

МІЖРЕГІОНАЛЬНА
АКАДЕМІЯ УПРАВЛІННЯ ПЕРСОНАЛОМ



МАУП

О. Х. Юлдашев

**МІЖНАРОДНЕ
ПРИВАТНЕ ПРАВО:
теоретичні та прикладні аспекти**

Київ 2004

ББК 67.312.2
Ю31

Рецензенти: *О. В. Дзера*, д-р юрид. наук, проф.
В. М. Коссак, д-р юрид. наук, проф.
Л. Д. Тимченко, д-р юрид. наук, проф.

Схвалено Вченою радою Міжрегіональної Академії управління персоналом (протокол № 3 від 30.03.04)

Схвалено на засіданні відділення юридичних наук Української академії наук (протокол № 2 від 20.05.04)

Юлдашев О. Х.

Ю31 Міжнародне приватне право: Теоретичні та прикладні аспекти. — К.: МАУП, 2004. — 576 с. — Бібліогр.: с. 553– 567.

ISBN 966-608-472-4

Видання є однією з перших спроб теоретичного осмислення феномену міжнародного приватного права в аспекті матеріального врегулювання відносин у сфері міжнародної торгівлі, а також виявлення та інкорпорації його норм. Відповідно воно містить дві частини — теоретичну та прикладну. У теоретичній частині міжнародне приватне право досліджується, виходячи з його природи. Розроблено новий конструктивний (практично-результативний) підхід до побудови оптимальної моделі приватноправового регулювання міжнародної торгової діяльності, запропоновано методологічні застави цієї діяльності, які можуть застосовуватися в процесі законотворчості. У прикладній частині на основі системного підходу розглянуто інкорпоровані об'єкти конкретних правовідносин у міжнародному приватному праві.

Для науковців, аспірантів і студентів вищих навчальних закладів, а також для фахівців-практиків, які працюють у законотворчій і правозастосовчій сферах.

ББК 67.312.2

ISBN 966-608-472-4

© О. Х. Юлдашев, 2004
© Міжрегіональна Академія управління персоналом (МАУП), 2004

ПЕРЕДМОВА

Становлення України як правової держави, розширення її міжнародних зв'язків, залучення до європейських і світових структур в аспекті вступу країни до Світової організації торгівлі (СОТ) та Європейського Союзу (ЄС) зумовили необхідність інтеграції національного законодавства в міжнародно-правовий простір. Цей етап характеризується розвитком утвердження і забезпечення прав людини, приватного права. Головною ознакою цього є закріплення основних прав і свобод громадян безпосередньо в тексті Конституції. Вона містить норму, якою Україна проголошується правовою державою, а основним принципом правової держави є верховенство права. Дотримання цього принципу неможливе в межах національної правової системи, оскільки, по-перше, він відображає підхід до розуміння прав людини як загальнолюдських цінностей, що є вищими за державу. По друге, сутність його полягає у пануванні права в усіх сферах суспільного життя, а отже і в міжнародній сфері.

Наступним принципом конституційного устрою України є пріоритетність норм міжнародного права. Цей принцип діє практично з моменту проголошення державного суверенітету. В Декларації про державний суверенітет України зазначено пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права та закладено основи майбутньої Конституції. Чинна Конституція України дещо інакше регулює питання співвідношення міжнародного і національного права, як і закон України “Про міжнародні договори України”, проте нормативне врегулювання цього питання, хоч і не досить вичерпне, але наявне. Згідно зі ст. 20 зазначеного закону “Дія міжнародних договорів України на території України” міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою, є частиною національного законодавства України і зас-

тосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародним договором України, ратифікація якого відбулася у формі закону, встановлено інші правила, ніж передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору.

Глобалізаційні та інтеграційні процеси зумовлюють розвиток суспільних приватноправових відносин з так званим іноземним елементом. Ці відносини регулюються міжнародним приватним правом (МПрП), яке розглядається у двох аспектах: 1) як колізійне право, і в цьому аспекті воно є галуззю національного права; 2) з позиції міжнародно-приватноправових норм як матеріального, так і процесуального характеру. Щодо другого аспекту, то міжнародні приватноправові норми потребують взаємоузгодженості з відповідними національними правовими системами, певної уніфікованості й чіткого визначення їх ролі та місця у світовій структурі права. Без цього неможливе їх ефективне функціонування та оптимальне досягнення їх основної мети — забезпечення прав людини. Водночас спостерігається дедалі більше розширення нормативного поля дії міжнародного права, що “накладається” на певні сфери приватного національного права.

Проблема ускладнюється специфічним сприйняттям і вирішенням однакових питань різними національними правовими системами, що зумовлено своєрідним історико-культурним розвитком націй, які репрезентують відповідну правову систему, та неоднаковим змістом їх правосвідомості, правової культури, специфічним розвитком приватно-правової доктрини та практики її застосування. Роль синтезуючого елемента належить інтеграції України до СОТ та ЄС. З огляду на стрімке зростання ролі міжнародного права і відповідне ускладнення його взаємодії з національним приватним правом є всі підстави вважати цю проблему однією з найактуальніших. Крім того, актуальність цього дослідження зумовлена невирішеністю низки питань щодо сутності приватного (міжнародно-приватного) права, складу та змісту конкретних правовідносин, а також важливістю вирішення цих питань для розв’язання державно-правових проблем сьогодення, розбудови права у напрямках, закладених Конституцією України, виходячи з потреб інтеграції держави у світове та європейське співтовариства.

Новизна дослідження визначається самою постановкою проблеми і нетрадиційністю засобів її вирішення. Для реалізації принципу верховенства права потрібні:

- 1) досконалі закони, які б утверджували, забезпечували права і свободи людини;
- 2) доступ до суду, правосудний (некорумпований) суд;
- 3) неухильне виконання судових рішень.

Ця сукупність утворює систему, правовий механізм забезпечення верховенства права. Права і свободи людини — приватне право (міжнародне приватне право) — є першим елементом наведеного правового механізму, який визначає те, “як” повинно бути, бажаний стан речей. При відхиленні від базового стану мають спрацювати другий і третій його елементи. Таким чином, приватне (міжнародне приватне) право — визначальний компонент правового механізму забезпечення верховенства права. Саме цей компонент є об’єктом даного дослідження, в межах якого з метою управління розвитком приватного права розглянуто відповідні теоретичні та практичні аспекти.

Теоретичні аспекти — це розуміння сутності приватного права, визначення його філософії, розроблення теорії та методології. Саме тут міститься першоджерело проблемності юридичної науки. Спрямованість даної роботи на вирішення проблем, пов’язаних із визначенням сутності та теоретико-методичного забезпечення приватного права, зумовлює її актуальність, а конструктивний (практично-результативний) підхід до розв’язання цих проблем — новизну. При цьому, якщо з’ясуванню сутності приватного права присвячено багато наукових праць різних епох — від Давнього Риму до сьогодення, то конструктивні підходи до управління розвитком приватного права майже не розроблялися, особливо в системному плані — від питань його філософії та теорії до методології. Остання взагалі розглядалася лише в аспекті виконання юридичних досліджень, але не правотворчості.

Отже, можна говорити про новий філософсько-теоретико-методологічний підхід, деякі положення якого викладено в монографії. Крім того, певну новизну має прикладна частина роботи — висвітлення норм міжнародного приватного права, які регулюють відносини у сфері міжнародної торгівлі. З огляду на це поза межами роботи залишилися такі традиційні інститути міжнародного приватного права, як деліктні зобов’язання, сімейне та спадкове право, трудові відносини тощо. Водночас автором з використанням методу системного аналізу (системою є те, що вирішує проблему) виділено ті компоненти приватного права, що забезпечують міжнародну торгівлю, — право народів (*jus gentium*). Виходячи з цього, в роботі розглянуто і такі нетрадиційні його розділи,

як правове забезпечення інвестиційної діяльності, правове регулювання ринку цінних паперів, платіжних розрахункових відносин тощо. При дослідженні деяких традиційних для міжнародного приватного права інститутів, наприклад “інтелектуальна власність”, висвітлюються часом незвичні, але необхідні для забезпечення міжнародної торгівлі елементи (зокрема, правове регулювання об’єктів інтелектуальної власності на митному кордоні України тощо).

Автор теоретично обґрунтував на високому філософсько-методологічному рівні нове бачення міжнародного приватного права, детально виклав його прикладну частину, яка охоплює об’єкти конкретних правовідносин. Ці об’єкти, визначені, як зазначалося вище, на основі системного підходу, умовно можна поділити на дві групи (підсистеми). До першої належать об’єкти матеріальної частини МПрП (глава 5), до другої — об’єкти його процесуальної частини (глава 6). У свою чергу, перша підсистема містить інкорпоровані норми, які, за авторською концепцією, становлять зміст МПрП. Це право за загальновизнаною класифікацією є однією з трьох складових приватного права — права народів, яке опосередковує, на думку автора, міжнародну торгівлю діяльність. При цьому в основу інкорпорації закладено принцип залучення до об’єктів МПрП тих процесів, які є об’єктивно необхідними і найтісніше пов’язані з цією діяльністю. Отже, норми, що розглядаються, є необхідно достатніми для її здійснення. Зокрема, правове забезпечення інвестування і зовнішньоекономічних договорів є свого роду початком і результатом цієї діяльності; право інтелектуальної власності — найважливішим її компонентом (з огляду на перехід до інноваційної економіки); фондовий ринок, правове (міжнародно-правове) регулювання цінних паперів, уникнення подвійного оподаткування, правові засади міжнародних розрахунків тощо — усе це разом із правовим регулюванням міжнародних перевезень є забезпеченням міжнародної торгової діяльності.

Робота вирізняється актуальністю, оригінальністю поставлених проблем і глибиною їх вирішення. Вважаю, що вона буде сприйнята з великим інтересом як в наукових колах, так і практиками.

О. А. Підпригора, академік Академії правових наук України

ДЕЯКІ ПОЛОЖЕННЯ ТЕОРІЇ ТА МЕТОДОЛОГІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА

1.1. ПРИВАТНЕ ПРАВО ЯК СТАЛИЙ ТЕРМІН У ПРАВознавстві

Визнання існування разом з публічним правом приватного (тобто права людини) сягає часів Давнього Риму. Вважається, що саме римський юрист Ульпіан започаткував цей розподіл права. Згідно з Ульпіаном, публічне право стосується стану Римської держави, а приватне право — користі окремих осіб. Приватне право складається з трьох частин: природного права (*jus naturale*), права народів (*jus gentium*) і цивільного права (*jus civile*).

Якщо публічне право опосередковує ставлення держави до особи і виражає інтереси суспільства в цілому, то приватне право захищає інтереси окремої особи. Такий розподіл права вважали зразковим багато століть тому. Поділ права на публічне і приватне був очевидним для більшості юристів романо-германської школи. Е. Дюркгейм називав його “найпоширенішою класифікацією” [50]. У Міжнародній енциклопедії порівняльного права зазначено, що поділ норм права на публічне та приватне є найважливішою класифікацією норм у романо-германському праві, що виділяє приватне право серед інших правових сімей [244]. Водночас за цією очевидністю криється одне з найскладніших завдань у галузі права. Протягом всієї історії роз-

виту юриспруденції здійснювалося багато спроб визначити чіткі критерії розмежування публічного і приватного права. Так, на думку Ф. Савіні, приватне право вирізняється метою юридичних відносин [247], за Р. Ієрингом — характером інтересу, який захищається [243]; за Е. Дюркгеймом — пов'язаними санкціями; за Г. Еллінеком — порядком реалізації суб'єктного права [245].

У XVIII–XIX ст. деякі правознавці пропонували так званий *матеріальний критерій*, відповідно до якого певну норму можна віднести до сфери публічного або приватного права залежно від змісту регульованих відносин. Так, до сфери приватного права повинні належати норми, що регулюють майнові відносини. Водночас очевидно, що застосування такого критерію не дає адекватної оцінки норми, оскільки, наприклад, відносини, пов'язані з формуванням державного бюджету, мають майновий характер але не належать до сфери приватного права. Розроблення матеріального критерію, власно кажучи, є варіантом *критерію інтересу*.

Новим напрямом порівняно з римською школою права є інша концепція, що виходить з *критерію формального характеру*, відповідно до якого до публічного права належать норми, що регулюють відносини, які охороняються в карному або адміністративному порядку, тоді як приватноправові відносини захищаються цивільними судами з ініціативи приватних осіб. Але і ця теорія не набула широкого визнання, оскільки не пояснювала кримінально- та адміністративно-правовий захист приватноправових інтересів, наприклад приватної власності, а в кримінальному праві багатьох країн існують норми, спрямовані на захист сімейних відносин, тощо.

У XIX ст. було запропоновано новий критерій розмежування приватного і публічного права, відповідно до якого зазначені галузі права розрізняються за методом правового регулювання. Для публічного права характерним є регулювання відносин розпорядженнями імперативного характеру, що не можуть бути змінені ніякою приватною волею окремої особи. У відносинах публічно-правового характеру все підпорядковано волі державної влади; у регулюванні таких відносин застосовується *метод влади і підпорядкування* [13; 64; 69; 92; 105; 122].

У сфері відносин приватноправового характеру, тобто відносин між приватними особами, діє зовсім інший метод регулювання: їм надається право певною мірою вільно визначати характер і зміст відносин між собою, вступати в будь-які відносини або, навпаки, утри-

муватися від реалізації своїх прав. Таким чином, на протипагу централізованої волі держави з її методом регулювання влади і підпорядкування застосовується метод, що створює між учасниками відносини юридичної рівності, породжуючи систему юридичної децентралізації, тобто свободи і приватної ініціативи [46].

Висувалися твердження, що не існує принципової відмінності між приватним і публічним правом, і розподіл права на приватне і публічне не має сенсу. “Коли ми хочемо аналізувати терміни “приватне” і “публічне”, намагаємося вводити критерій їх поділу, то виявляємо, — писав І. Покровський, — що межа, яка здавалася б цілковито ясною і чіткою, стає розмитою і зовсім стирається” [157]. Більш того, деякі вчені взагалі заперечували дуалізм у праві (наприклад, Д. Грім [40]), а відомий англійський юрист Дж. Остін вважав, що критерій поділу права на публічне і приватне, який застосовується на континенті, є незрозумілим [241].

Дуалізм у праві відкидався і за часів колишнього СРСР [197]. Як про щось ірраціональне, усвідомлюване скоріше на інстинктивному рівні, ніж за чіткими юридичними ознаками, характеризували поділ права на публічне і приватне І. Покровський і Б. Черепакін [158]. Проте більшість учених, як зазначалося вище, доходять висновку про доцільність такого поділу права [39; 104; 106; 118; 119; 121; 122].

Розмежування права саме на такі складові відображає природний розподіл інтересів, які виникають в умовах існування держави, і водночас визнання нею гідності та прав особистості. Проте, якщо Ульпіан з геніальною легкістю виділив ці дві сфери права, а згодом структурував приватне право, то вся наступна історія розвитку правової думки пов'язана з постійним протиставленням між прихильниками і супротивниками цієї теорії. Нині розмежування приватного і публічного права теж є складним завданням. Так, О. Крупчан стверджує [91], що застосування терміна “приватне” вимагає визначення конкретного галузевого складу приватного і публічного права. Проте це питання і досі є дискусійним і неоднозначним. У розумінні приватного і публічного права серед науковців “набагато більше питань, ніж відповідей, та не менше концепцій, припущень, версій, ніж логічних доказів та конкретних фактів” [91]. Для з'ясування сутності приватного та публічного права ключовою проблемою є пошук критеріїв їх поділу, а отже розроблення дефініцій приватного та публічного права. На наш погляд, вихід з цього глухого кута є. По-перше, розглядаючи поділ права на приватне

і публічне, передусім необхідно визначити мету такого розмежування. Чи не надумана ця проблема? Чи не виявиться, що розв'язання її ніяк не пов'язане з актуальними політичними завданнями сьогодення? І, по друге, методологічно правильним було б спробувати визначити приватне право, виходячи з поняття “право” взагалі. Більшість учених не досліджують це питання. Між тим виділення і розвиток приватного права є засобом здійснення сучасної політики держави, спрямованої, згідно зі ст. 3 Конституції України, на утвердження і забезпечення прав людини.

У період тоталітарного минулого панувала класова ідеологія, за якої приватні відносини реалізувалися під найжорсткішим контролем держави. При цьому дозволялося вкрай обмежене коло приватноправових угод. Ці угоди мали не двосторонню конструкцію “приватна (юридична) особа — приватна (юридична) особа”, а тресторонню — “приватна (юридична) особа — держава (надання дозволу) — приватна (юридична) особа”.

Сучасна офіційна (державна) політика в Україні орієнтується на ліберальну (лат. *liberalis* — вільний) ідеологію, побудовану на принципах парламентаризму, вільного підприємництва, демократичних свобод, проголошенні як соціальної цінності приватних прав і приватного життя людини, забезпеченні невтручання держави у приватне життя [128; 147; 151; 159].

У згаданій статті О. Крупчана [91] на підставі аналізу Конституції України показано, що держава повинна служити населенню, а державні інтереси — бути підпорядковані правам і свободам людини, приватним правам. Головними суспільними цінностями в сучасній українській державі мають стати загальнолюдські цінності. Згідно зі ст. 18 Конституції зовнішньополітична діяльність здійснюється за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права. Ця та інші статті разом з визнанням і захистом на рівні Конституції права на приватну власність створюють конституційно-правове поле для розвитку приватного права. Крім того, виокремлення приватного права є необхідною умовою в контексті інтеграції України у міжнародно-правове поле.

Проблема розмежування приватного і публічного права також має філософські, теоретичні, методологічні та методичні аспекти. Необхідність утвердження приватного права впливає із положень Конституції України, яка визначає, “що” потрібно робити в галузі прав і сво-

бод громадян (у сфері приватного права) та публічної влади (публічного права). Відповідь на те, “як” це слід робити, і є методологією.

Методологія права — стратегія, визначення шляхів досягнення головних цілей в галузі правого регулювання. Якщо на філософському (ідеологічному) рівні досліджуються питання “чому” (чому слід робити так, а не інакше), на рівні теорії визначається “що” (що має бути зроблено), то на питання “як” відповідають методологія (на рівні стратегії) та методика (на рівні тактичних дій).

Практичне значення виділення і розвитку приватного права, його розмежування у методологічному плані означає потребу виявлення приватноправових відносин, за яких права людини суверенні, втручання держави забороняється (у правилах римських XII Таблиць щодо договору між приватними особами було записано: “Як вони домовляться, то нехай так і буде..., нехай те і буде договором”), а за перешкоджання здійсненню приватних прав державні органи несуть відповідальність.

Необхідно також сформулювати методику розроблення приватноправових норм, передбачивши в основі їх побудови двосторонню конструкцію. Нагальність такого дослідження підтверджується на прикладі Земельного кодексу України, за яким цивільно-правові угоди щодо земель певного правового режиму дозволяються лише у разі погодження з відповідними органами державної влади (законодавчої, виконавчої, місцевої). Такого немає у більшості західних країн. Закон завжди повинен мати однозначне визначення, без будь-яких винятків. Це сприятиме не тільки законодавчому закріпленню засад приватного права, а й зменшенню корупційного тиску в країні.

Для правильного тлумачення приватного права доцільно з’ясувати зміст загального поняття “право”.

СУТНІСТЬ ПОНЯТТЯ “ПРАВО”

Для виділення приватного права із сім’ї подібного необхідно спершу розкрити сутність базового родового поняття права, а потім з’ясувати видові ознаки приватного права. Проте на сьогодні немає визначення базового поняття права, що значно ускладнює тлумачення будь-якого похідного від нього об’єкта. В сучасній юридичній літературі цій обставині приділяють мало уваги. Тому варто звернутися до

українських та російських правознавців і філософів ХІХ — початку ХХ ст. У галузі права поширеною є думка про те, що визначення права має бути сформульоване саме в межах філософії права. Так, Л. Петражицький [150] зазначав, що “явище пошуку визначення і невдачі багатьох відповідних спроб повторюються і з приводу інших загальних понять як абсолютно, так і відносно юридичних”, тому що “...ці поняття не можуть бути належними науковими поняттями, поки не вирішено проблеми про верховне поняття, про поняття права як такого.” Вчений підкреслює неспроможність науки не тільки у сфері так званого загального вчення про право (*allgemeine Rechtslehre*), а й щодо спеціальних юридичних дисциплін — приватного, публічного і особливо державного права. Він писав: “Приватне право поділяють на зобов’язальне, речове, сімейне право... Але яка, наприклад, специфічна природа зобов’язань, яка відмінність їх від обов’язків сімейного права тощо, — це знову питання спірне і нез’ясоване...” При цьому автор наводив іронічний вислів І. Канта: “Юристи ще й досі шукають визначення свого права” (до речі, сформулювати таке визначення не вдалося навіть самому Канту) і поділяв вчених-правознавців на три групи: 1) ті, хто визнає неможливість пізнання сутності та визначення поняття права; 2) ті, хто обходить ці питання; 3) ті, хто наводить своє (так зване робоче) визначення, яке відповідає лише цілям конкретного дослідження, не намагаючись зрозуміти, чому до них навіть геніальні попередники не змогли зробити цього. Виділяли ще й четверту групу — тих, хто розглядає право як багатоаспектне явище та, досліджуючи його як у державному, так і наддержавному вимірах, об’єднують усю гаму визначень у межах так званої синтетичної, інтегративної школи права [3].

Пошук синтетичної форми права тривав ще за часів дореволюційної Росії. На думку відомого українського правознавця Б. Кістяківського [7], право є і державно-організаційним, і соціальним, і психічним, і нормативним явищем. Державно-організаційне, або державно-наказове, поняття права визначається як сукупність норм, виконання яких забезпечується державою. Тобто право — це те, що держава наказує вважати правом. Соціологічне поняття права український правознавець ставить на друге місце. У його інтерпретації це є правовідносинами. Психологічне поняття (посідає третє місце) — це, по суті, визначення права за Л. Петражицьким (сукупність тих психічних переживань боргу або обов’язку, які мають імперативно-

атрибутивний характер). І, нарешті, четверте, нормативне визначення — право є сукупністю норм, які містять ідеї про належне, що визначають зовнішні взаємовідносини людей. Проте, незважаючи на численність визначень права, Б. Кістяківський сподівався на існування якоїсь “синтетичної форми”, яка б об’єднала усі ці поняття “у новий вид пізнавальних єдностей”. Визнавши той факт, що не можна створити єдиного наукового поняття права, він зазначав необхідність визнання “теорії множинності наукових понять права” і бачив можливість виявлення цієї синтетичної форми у вигляді “загального вчення про право”. Такого роду класифікацію вчених-юристів за їх поглядами на феномен права можна здійснити в наші дні. Слушна думка щодо багатоаспектності такого явища, як право, завжди акцентувалося в роботах П. Рабіновича [164], Ю. Шемшученка та ін. Ця думка є основоположною у дослідженнях останніх років. Не заглиблюючись у гносеологічні корені проблеми, сформулюємо загально-визнані положення сутності права. Саме це може бути шляхом формування єдиного поняття “право”.

Загальновизнані положення щодо сутності права:

1. Право не є законом, це зовсім різні об’єкти.
2. З-поміж численних теорій (шкіл, концепцій) є дві основні правові теорії — теорія природного і теорія позитивного (легістського) права, в межах яких досліджуються відповідно такі об’єкти, як право (лат. — *jus*) і закон (лат. — *lex*).

Враховуючи ці положення, введемо додаткові, які теж мають бути використані при визначенні приватного права.

3. Право є об’єктивна реальність — здатність володарювання над природою (“І сказав Бог: створимо людину... і нехай володарюють вони над рибами морськими, і над птицями небесними (і над звірами), і над всією землею...”)(Бут. 1: 28, 29), а також свого роду шкала цінностей (добро — зло), що надається людині. Вказана реальність є вічною, підґрунтям так званих загальнолюдських цінностей. Вона передбачає також властивість людини усвідомлювати свої наміри, дії, оцінювати їх за допомогою цієї шкали.

Таке авторське розуміння права узгоджується з визначеннями деяких юристів-філософів минулого. Багато з них, визначаючи право, звертали увагу на його об’єктивну заданість, безумовне добро для людства. Так, Я. Козельський, видатний український і російський філософ, правознавець, у своїх “Философских предложениях”

(розділ “Юриспруденція”) [83] писав: “Підстава всілякого доброго або безстороннього, тобто ні худого ні доброго, в міркуваннях усіх тварин, що відчують, справи називаю я правом або правостію, або справедливістю; наприклад, право є людині любити свого ближнього, харчуватися, тому що ця справа хоч не приносить ні користі, ні шкоди іншим людям, але вона потрібна для збереження життя людині. Це право називаю я божественним, тому що воно походить від самого Бога, вічним — що з ним перебуває і перебувати повинне, необхідним — що без нього усі тварини, які відчують, страждати повинні, неодмінним — що не залежить від тварини, а від Творця. Щодо залежності чи наміру право, або загальне право, розподіляється на багато особливих, як то: на право натуральне, право всесвітнє, або право народів, право ци-вільне та інші”.

4. Поява у людини зазначеної об’єктивної реальності (права) не пов’язана з іншими людьми, із суспільством, тобто ця реальність надається людині (правоздатність) Творцем (наддержавний характер права обґрунтовується і в межах інших концепцій, шкіл права — історичній, психологічній, соціологічній). Таке поняття права відповідає гегелівському його визначенню як об’єктивного духу.

Цю саму думку покладено і в основу філософії права видатного вченого-юриста Е. Гуссерля (1859–1938) — фундатора феноменологічної теорії права, що набула розвитку в деяких країнах Західної Європи (зокрема, у працях А. Рейнаха і Ф. Кауфмана). Його ейдоси (монади Лейбніца) — ідеальні поняття духу, які людина пізнає особливою логічною інтуїцією, норми — встановлені Вищим Розумом. У такому понятті права знімаються протиріччя між правом і мораллю, логічним є їх об’єднання в межах категорії моральності. Не випадково багато видатних юристів минулого розглядали сутність права як парну категорію права і моральності.

5. Закон — це модель того, “як” має бути; модель, що надається Богом (релігійні закони) або законодавцем (знову ж таки Творцем, але через законодавця, через світські правила).

6. Право є об’єктом пізнання. Його можна здебільшого пізнавати і лише деякою мірою, за допомогою закону, творити, регулювати (збільшувати або зменшувати). Закон, навпаки, — переважно об’єкт творіння і значно меншою мірою об’єкт пізнання (нормативістська та аналітична школи права).

7. Державі притаманна така властивість, як публічність (публічне право — публічна влада). Ця властивість (як і держава, державна влада) теж має трансцендентальну природу (як сказано в Біблії, “людські влади Богом установлені”).

Саме такі ознаки можна, на наш погляд, віднести до загально-визнаних, а отже, наблизитися до формулювання єдиного поняття права. Цей філософський прийом теорії пізнання (від часткового до загального) є досить поширеним в науці, перевіреним і надійним. Він гармонує з теорією систем, системним підходом, даючи змогу формулювати вказане визначення як відкрити (до залучення інших ознак) систему.

ГНОСЕОЛОГІЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА ТА КЛАСИФІКАЦІЇ В НЬОМУ

Наведені вище засади можуть бути покладені в основу розмежування приватного і публічного права. На підставі наведених вище положень 3, 4 право може бути лише приватним, а на підставі інших положень — як приватним, так і публічним. Законодавство може відображати інтереси особи (тобто бути приватним) або держави (бути публічним). Проте існують і протилежні погляди. Так, розглядаючи співвідношення приватного і публічного права, український правознавець М. Чижов (1853–1910) вважав, що підвалинами приватного права є не індивідуальні, а публічні інтереси. Піклуючись про всіх, держава дбає і про себе. В такому разі індивід та його приватне право є засобами для досягнення цінностей, корисних для всієї спільноти [226]. Це, дійсно, так, але щодо безпосередніх інтересів, то приватне право пов'язане з інтересами приватних осіб. Воно визначає ту сферу, в якій права людини суверенні, а втручання держави забороняється (ще раз згадаємо правило римських XII Таблиць щодо договору між приватними особами: “Як вони домовляться, то нехай так і буде,... нехай те і буде договором”).

Аналізуючи давнє римське право, Є. Скрипильов підкреслює: “Відмінність норм публічного права від норм приватного права полягає в тому, що перші — імперативні, тобто наказові, загальнообов'язкові. Якщо імперативні норми і трапляються в галузі приватного права, то лише як виняток. У сфері приватного права панують уповноважу-

вальні норми, тобто встановлені самими сторонами... У приватному праві існують норми “додаткові”, “умовно обов’язкові”, “диспозитивні”. Усе це означає, що суб’єкт права може скористатися уповноважувальною нормою, а може і не скористатися”.

Світова література початку ХХ ст. щодо поділу права на приватне і публічне містить цікаві здобутки. Перша згадка про приватне і публічне право приписується Тіту Лівію (59 р. до н. е. — 17 р. до н. е.) [158], а самі приватні норми містяться, як вважають дослідники держави та права, і в Законах Хамурапі, і в Законах Ману [225]. Але справжній відлік історії приватного права починається з праць відомого римського юриста Ульпіана (ІІІ ст. н. е.), який проголосив цей поділ права, що став класичним. У Західній Європі становлення приватного права пов’язують з рецепцією римського права, протистоянням у праві держави елементів римського права і національних традицій. У Франції 1804 р. було прийнято Цивільний кодекс (*code civil*), який став широковідомим у світі, згодом — Кодекс Наполеона (*code Napoleon*). Цей кодекс, джерелом якого було римське право став зразковим зводом законів буржуазного суспільства і був покладений в основу кодифікації багатьох держав світу. Римське право цілком відповідало інтересам буржуазних відносин, що зародилися в надрах феодального ладу. Воно потрібне було купцям, які намагалися зробити приватну власність вільною і позбавити її будь-яких феодальних обмежень. Рецепція римського права сприяла ліквідації партикуляризму і станового характеру феодального права, що гальмували зростання торгівлі та промисловості, розвиток приватної власності. Вивчення римського права допомагало краще зрозуміти особливості не тільки феодального, а й буржуазного права.

Росія одержала римську спадщину з Візантії. Тому стосовно Росії доцільно говорити про греко-римське право. Воно знайшло відображення в списках так званої Кормчої книги, що були джерелом церковного права. Крім того, в ХVІ ст. з’явився Литовський статут, який перейняв деякі ідеї та норми приватного римського права. Положення цього статуту, у свою чергу, сприйняла законодавча і судова практика Московської держави ХVІ–ХVІІ ст. Іншими словами, між російським і римським правом у цей період існували точки перетину, хоча і слабкі.

Засновані в Росії у ХVІІІ–ХVІХ ст. університети з юридичними факультетами за західноєвропейським зразком стали подальшими

провідниками ідей і понять римського права, у першу чергу, приватного. Хоча в Росії не було рецепції римського права в західному варіанті, але все-таки, за оцінкою російських правознавців, мав місце процес культурного запозичення. Римське право ставало елементом російської культури.

Проте були і супротивники не тільки застосування, а й вивчення римського права. До них належав видатний російській історик М. Карамзін. Він засуджував і спробу М. Сперанського скласти таке цивільне укладення, яке сприяло б ідеї Кодексу Наполеона 1804 р. Адже цей кодекс, як справедливо зазначалося, був “замішаний на римському цементі”. За наполяганням консервативного і навіть реакційного діяча М. Магницького, призначеного у 1819 р. піклувальником Казанського навчального округу, в 1826 р. римське право було вилучено з числа навчальних дисциплін, що викладалися в університеті. Магницький і його прихильники твердили про чужоземний, навіть “поганський” характер римського права, яке не може бути джерелом російського законодавства. Замість римського права було введено викладання візантійського права, під яким розуміли право канонічне, право Східнохристиянської церкви.

Супротивниками римського права та його рецепції були і слов'янофіли, на думку яких римське право не слід застосовувати до побуту мільйонів людей, тому що це право виникло на зовсім інших засадах. Головним доводом проти римського права було те, що воно є буржуазним, заснованим на принципах індивідуалізму і приватної власності, а тому суперечить російським народним поняттям і звичаям, підриває громадський лад. Якщо його і викладають у російській університетах, то переважно в силу традиції, не більш як за інерцією.

Прихильники римського права, на відміну від слов'янофілів, вважали, що немає непримиренної протилежності між римським правом і народним побутом: вони мають чимало спільного, наприклад спадкування, однакові правила купівлі-продажу нерухомості. Російські романисти, майбутні професори історії та теорії римського права, здобували ґрунтовні знання здебільшого у західних університетах, найчастіше в німецьких. Так, професор Московського університету Н. Крилов, який читав курс історії римського права, відвідував лекції відомого юриста Савіні, а С. Муромцев у 1873–1874 рр. — зна-

ного німецького правознавця, засновника “юриспруденції інтересів” Р. Ієринга.

Серед дореволюційних російських учених другої половини XIX — початку XX ст. було чимало першокласних на той час фахівців з римського права. До них варто віднести, наприклад, І. Покровського, чия робота “Історія римського права” (вид. 9-те, СПб., 1917) одержала найвищі відгуки. Її відводили почесне місце у світовій літературі з римського права поруч з відомими інституціями римського права німецького автора Р. Зомма.

Проте, оскільки в Росії не набули поширення рецепції римського права, російські правознавці приділяли головну увагу не догмі або системі римського права, що становила собою пізніші переробки і спроби пристосування дигест Юстиніана до умов життя, що змінилися, а історії римського права. Розроблення такої історії було значним внеском у науку римського права, але і догма, або доктрина, що ґрунтувалася на тих самих дигестах і посилено розроблялася переважно в Німеччині, помітно вплинула на вироблення в Росії теорії цивільного права і теорії права взагалі, особливо у другій половині XIX ст. Російські університети залучали у свої навчальні плани як самостійні дисципліни не тільки історію, а й теорію римського права [187].

Класики марксизму-ленінізму розвиток приватного права того часу пов’язували зі становленням і розвитком товарно-ринкових відносин приватної власності. Вважалося, що саме ці умови є основою утвердження приватного права, яке стає “класичним вираженням життєвих умов і конфліктів суспільства, де панує чиста приватна власність” [110]. За часів колишнього СРСР приватне право, як показано нижче, зазнало занепаду, свідомо обмежувалося державною політикою.

У сучасних умовах відродження приватного права пов’язане із соціально-економічними змінами, які відбулися у суспільстві наприкінці 80-х — на початку 90-х років. Цей період характеризується запровадженням ринкових відносин, визнанням природних прав людини, у тому числі права на підприємницьку діяльність, приватну власність, приватне життя. Відповідні зміни відбулися і у законодавстві, про що свідчить прийняття Верховною Радою України Постанови “Про Концепцію судово-правової реформи в Україні” і низки законів: “Про судову систему України”, “Про арбітражний суд”,

“Про господарські суди”. “Про статус суддів”, “Про органи суддівського самоврядування”, “Про кваліфікаційні комісії, кваліфікаційну атестацію і дисциплінарну відповідальність суддів судів України”, “Про міліцію”, “Про попереднє ув’язнення”, “Про прокуратуру”, “Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі”, а також Кримінального, Цивільного, Цивільного процесуального та Господарського кодексів.

Судово-правова реформа в Україні, про необхідність та напрями якої так довго точилися дискусії за “круглими столами”, на конференціях, симпозіумах, пленарних засіданнях, в засобах масової інформації тощо, офіційно розпочалася з моменту введення в дію Постанови Верховної Ради України “Про Концепцію судово-правової реформи в Україні, тобто з 1992 р. Концепцією передбачалося три етапи цієї реформи, але, на наш погляд, їх слід виділити більше. Зокрема, саме прийняття Концепції судово-правової реформи в Україні можна вважати її другим етапом. Фактично ж ця реформа розпочалася з прийняттям Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. та Акта проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р., де було визначено основні принципи побудови України як демократичної, правової держави, в якій державна влада має здійснюватися за принципом її розподілу на законодавчу, виконавчу та судову.

Третій етап пов’язаний з прийняттям у 1992–1994 рр. низки законів, наведених вище, та внесенням змін до чинних процесуальних кодексів України, спрямованих на забезпечення прав людини. Ці документи проголосили головними загальнолюдські (а не класові, як за часів СРСР) цінності, закріпили нові демократичні уявлення, щодо виконання суддівських і репресивних функцій держави.

Четвертий етап — це створення шляхом прийняття Конституції України конституційно-правових засад організації судової влади та ратифікація низки міжнародно-правових документів щодо прав людини, забезпечення незалежності судових органів від інших гілок влади, спроби законодавчого втілення світових зразків законності. Важливим кроком цього етапу стало також створення Конституційного Суду України. Цей Суд став реальним важелем політичної стабільності у суспільстві, надзвичайно важливим інструментом стримувань і противаг у системі здійснення державної влади, гарантом найвищої юридичної сили Конституції України.

Саме він як єдиний орган конституційної юрисдикції вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Основному закону України і дає офіційне тлумачення Конституції та законів України.

П'ятий етап реформи увійшов в історію як “мала судова реформа”. Він почався на базі прийнятих 21 червня 2001 р. Верховною Радою України пакету законодавчих актів про внесення змін до 12 чинних законів, які регулюють діяльність судів та визначають повноваження їх і правоохоронних органів. Завершено цей етап прийняттям Кримінального кодексу України.

І, нарешті, новий етап судово-правової реформи почався прийняттям у 2003 р. і введенням в дію з 1 січня 2004 р. Цивільного та Господарського кодексів України. Цілеспрямованою стратегією цих змін став розвиток приватного права, який може розглядатися як основоположний напрям правової реформи.

С. Алексєєв вирізняв чотири віхи в історії приватного права: перша — формування приватного (цивільного) права як цілісного системного нормативного утворення; друга — відпрацювання положень приватного права, їх поєднання у “праві університетів”; третя — (вирішальна) — зліт приватного права, коли воно, “в силу вимог до громадського суспільства, що формується, втілилось у вигляді відпрацьованих нормативних узагальнень безпосередньо у законах ліберального змісту”. Про четверту віху згадується в порядку постановки питання як про процес, що почався і виражає глибоку єдність приватного права і сучасного природного права [5]. Поєднання природних прав з традиційними цивільними правами людини наявне в Цивільному кодексі України. Так, у главі 21 Кодексу “Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи” йдеться про забезпечення саме природних прав людини: на життя; на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю; право на свободу тощо.

Зміст приватного права. Соціальна роль приватноправових засад у регулюванні взаємин людей. З'ясувавши визначення поняття приватного права, слід його конкретизувати, розкривши сутність цього терміна для оцінки соціальної ролі приватноправових засад у регулюванні взаємовідносин людей.

Зміст цивільного права протягом історії змінювався. Потужний розвиток теорії приватного права відбувся на початку ХХ ст. На той

час в ньому вже було визначено основні групи приватних прав, зокрема права абсолютні та відносні.

Абсолютні права. До абсолютних прав належали права речові, виняткові та права особистості. Це права, що виключають для будь-якого можливість вторгнення у певну сферу, надану вільному розсудові суб'єкта права. Вони були типовими для приватного права.

Речові та виняткові права. Речові права є найтиповішими для абсолютних прав. Протягом тривалого часу вони розглядалися як особливий вид власності, тобто як речові права. Ця точка зору набула розвитку у правових системах багатьох країн, особливо у французькій юридичній науці. Особисті права також нерідко пов'язували з правом власності. Французька судова практика, зазначав Ю. Гамбаров [33], традиційно розглядала право на ім'я як власність. Поняття власності символізувало собою будь-яке приватне право, у тому числі інші абсолютні права. Тенденція бачити у власності основу цивільного права зумовлена тим значенням, яке надавалося праву власності. Власності та родини — “цих двох основних інститутів цивільного права — стосуються певною мірою усі його положення” [33].

Отже, власності надавалося значення, що далеко виходить за межі її безпосередньої функції — засобу розподілу матеріальних благ між членами суспільства. У ній бачили гарантію цивільної свободи. “Велику помилку уряду становить надмірне прагнення до батьківської опіки над власністю; внаслідок цього воно руйнує і свободу, і власність”, — зазначав Наполеон у Державній Раді [239].

У літературі початку ХХ ст. (С. Франк та ін.) відображено думку прихильників старого погляду на природне право, які вбачали у праві власності здійснення ідеї свободи. “Першим явищем свободи в навколишньому світі є власність”, — писав Б. Чичерин у “Філософії права” [227]. Він вбачав у праві власності вияв “права розумної істоти, людини накладати свою волю на фізичну природу і підкоряти її собі”. Вважалося, що інші, крім власності, речові права або неминуче впливають з фактичного розподілу речей між різними особами — так зване сусідське право (у Земельному кодексі України, прийнятому 2001 р., використовується термін “добросусідство”): різноманітні сервітути, речові оренди — римські емфітевзи, суперфіцій — право забудови, наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст. — чиншове право та ін.), або є наслідком цивільного обороту (різні форми застави).

Виняткові права (авторське право, право на промисловий винахід тощо), на думку вчених, надаючи своїм суб'єктам монопольну можливість чинити певні дії, що мають майнову цінність, є засобом для закріплення за ними певного доходу, зумовленого здійсненням права. Ці інститути закріплюють за своїми власниками деякі не матеріальні, але майнові блага. Монопольний характер не надає їм якогось особливого статусу серед юридичного ладу, заснованого на інституті приватної власності та промислової свободи, тобто вони не більше виключають свободу, ніж приватне володіння якою-небудь ділянкою землі або річчю. Таким чином, авторське право, право на промисловий винахід та інші виконують розподільчу функцію, властиву їм, як і всім інститутам приватного права.

Права особистості. Ідея прав особистості базується на старому природному праві. Ці права досліджували такі його теоретики, як голландський вчений Гуго де Гроцій та англійський — М. Вольф. У законодавстві ці концепції відображено в § 16 Австрійського Цивільного укладення. Протягом ХХ сторіччя суто цивілістична література ігнорувала питання про права особистості, розглядаючи їх як рефлексії об'єктивного права, відображеного в поліцейських чи карних законах, або навіть, як було зазначено вище, підводила окремі інститути під поняття власності. Навіть ті вчені, які визнавали їх за суб'єктивні права, не зупинялися на докладнішому їх дослідженні. Тому виникла тенденція віднесення особистих прав до системи приватного права, не тільки до доктрини, а й у тогочасних кодексах або у вигляді окремих інститутів (право на ім'я — у § 12 Німецького Цивільного укладення.).

Для охорони суто особистих благ було широко визнано необхідність залучення до системи приватного права прав особистості. Юридична природа цих прав була дуже мало з'ясована. У літературі того часу точилися суперечки навколо того, чи наявне єдине право на власну особистість, з якого випливають різні правомочності, що регламентують певний аспект індивідуального життя; чи існує комплекс окремих інститутів (право на ім'я, право авторства, право на власне зображення, право на честь, право на свою інтимну сферу тощо) [36]. Вважалося, що права особистості виконують суто розпорядницьку функцію, будь-яка організаційна роль їм не притаманна. Вони забезпечують людині певну сферу особистої недоторканності, але не створюють відносин влади і підпорядкування.

Відносні права. Крім абсолютних прав, теоретично основних у системі приватного права, величезну роль у цивільному обороті відіграють відносні (зобов'язальні) права, які завжди виникають на основі абсолютних (речових, виняткових або особистих) прав. Вони є наслідком взаємного зіткнення абсолютних прав, що належать різним суб'єктам, і служать для переміщення певних благ, закріплених правопорядком, зі сфери одного суб'єкта прав до сфери іншого. Будь-яке конкретне домагання, що навіть виникло з абсолютного права, наприклад позов про право власності у застосуванні до абсолютного права (речового, виняткового або особистого), спрямоване проти певної особи, тим самим набуває негативного характеру.

Отже, відносні права також виконують функцію розподілу матеріальних або нематеріальних благ між громадянами. Але необхідно зазначити правовідносини, що, крім того, реалізують дуже важливу організаційну функцію. Речові права, особливо право власності на певні об'єкти (землю, засоби і знаряддя виробництва), мають безпосереднє відношення до організаційної функції, будучи передумовою організації праці.

Права публічні та зони, що межують між приватним і публічним правом. У літературі початку ХХ ст. тривали спроби сформулювати критерії поділу права на приватне і публічне, винайти межу між приватним і публічним правом, визначити приватноправові, особисті повноваження, що безпосередньо наближаються або входять до складу інститутів, які стосуються публічних прав.

На той час дуже поширеною була класифікація відносин між індивідом і державою, запропонована Еллінеком [235]. Вона містила чотири категорії: 1) права участі в державній владі, у законодавстві, управлінні, суді (*status activus*); 2) обов'язки індивіда стосовно держави (*status passivus*); 3) права громадянина на послуги з боку держави (*status positivus*); 4) права громадянина на невтручання державної влади у сферу наданої йому свободи (*status negativus*).

1. *Права участі у публічній владі*, наприклад право виборів у законодавчі установи, в органи місцевого самоврядування, право бути присяжним засідателем тощо, є типовими публічними правами. Здійснення їх пов'язане з уявленням про суспільне благо, загальний інтерес та ін. Щодо приватного інтересу суб'єкта, то, на думку Л. Петражицького, вони є відхиленням від правового розпорядження. Отже, відшукувати в цих юридичних інститутах приватних повноважень не доводиться.

2. *Обов'язки громадян стосовно держави*, наприклад військова повинність, трудова повинність, можуть переплітатися з правами або водночас бути правом. Наочним прикладом є обов'язок і право бути присяжним засідателем¹. Обов'язкам громадян відповідають права певних посадових осіб і представників державної влади, які повинні стежити за виконанням наведених обов'язків.

3. *Права громадян на послуги з боку держави*. Конструкція таких правовідносин залежно від обставин може бути різною. Часто діяльність держави у цій сфері набуває приватноправових форм. Іноді юридична природа певного інституту є спірною, і його відносять то до публічного, то до приватного права. Наприклад, до цього вдається, розглядаючи питання державного страхування робітників, В. Євтіхiev [51]. Він зазначає, що відповідні інститути складаються з багатьох правовідносин. З одного боку, це права застрахованих на порушення питання про призначення пенсії або допомоги у відповідних установах (страхових, лікарняних та інвалідних касах). Ці права не можна ні в якому разі вважати особистими, приватними. Їх здійснення пов'язане з уявленням про благо соціальної групи, заради якого і запроваджено спеціальну публічну службу — державне соціальне страхування. Наведені права зумовлюють не обов'язок установи (каси) задовольнити інтереси заявника, а обов'язок розглянути справу стосовно закону й обставин. Аналогічно діє право позову в цивільному суді, що теж є публічним суб'єктивним правом. Оскільки ці права (право позову, право на порушення справи про призначення допомоги або пенсії) є необхідним елементом у діяльності цивільного суду, органу соціального страхування, їх також можна розглядати як права участі у здійсненні державних функцій управління і суду. Отже, вони можуть бути віднесені до групи публічних суб'єктивних прав, заснованих на активному статусі громадянина.

Інша річ — домагання призначеної пенсії чи допомоги. Право на одержання призначеної пенсії не пов'язане ні з якими уявленнями про благо або інтереси соціальної групи, тобто це особисте, приватне право. Звідси випливає, що державне соціальне страхування можна розглядати як інститут, що не належить цілком ні до публічного, ні

¹Див. теорію правообов'язку в статті В. Дурденевського “Правовая еволюция воинской повинности” (Русская мысль, 1914).

до приватного права. Проте панівна на початку ХХ ст. теорія публічного права виходила з того, що більшість інститутів (організація, компетенція, функціонування установ тощо) належить до публічного права.

4. *Права громадянина на невтручання державної влади у сферу наданої йому свободи (права цивільної свободи).* Вони визначають певні межі втручання представників державної влади у сферу, визнану невід'ємним надбанням особи. До неї належать свобода совісті, свобода друку тощо. Правам цивільної свободи відповідають негативні обов'язки агентів та органів держави утримуватися від відповідних зазіхань.

Юридична природа прав цивільної свободи є спірною. Дехто з цивілістів того часу взагалі заперечували за ними властивості суб'єктивних прав і вважали їх рефлексом об'єктивного права, тобто юридично порожнім місцем, в якому воля індивіда забезпечується тим, що державна влада діє відповідно до порядку, встановленого нормами права. Проте ця точка зору є неправомірною. Права цивільної свободи розглядаються тільки з погляду відносин між індивідом і державою й ізолюються від інших прав індивіда. Тим часом зіставлення з іншими правами свідчить, що, по-перше, вони є такими самими особистими правами, як і всі приватні права, а, по-друге, їх не можна відокремити від відповідних приватних суб'єктивних прав.

Дійсно, що становить собою свобода совісті? Право гарантує громадянину невтручання держави у справи його совісті, у сферу його релігійного і морального життя. Але право гарантує захист суб'єкта не тільки від зазіхань державної влади, а й від посягань з боку приватних осіб. Тиск на чужу совість приватною особою може спричинити відповідний позов для охорони порушеного приватного суб'єктивного права. Отже, суб'єкту права забезпечується сфера особистого розсуду. Людина вільна дотримуватися будь-якої віри, не рахуючись аніскільки з благом соціальної групи. Припустимо, що існує послідовний атеїст, переконаний водночас, що релігія соціально доцільна. Це не обмежує його ні найменшою мірою і не змушує думати всупереч його переконанню. Таким чином, свобода совісті є приватним правом. Право свободи совісті — абсолютне, тобто звернене своєю заборонаю до кожного, у тому числі до державної влади та її представників.

Іншим прикладом є право приватної власності. Фахівцям з публічного права доводиться відносити приватну власність до публічних прав, оскільки конституції зазвичай вказують на її недоторканність нарівні з іншими цивільними свободами [48]. Це свідчить про двоїстість права власності, що складається з публічно-суб'єктивного та приватно-суб'єктивного права. Але набагато правильніше розглядати право власності як єдине абсолютне право, звернене проти всіх і кожного, у тому числі проти держави. Аналогічного висновку можна дійти стосовно інших свобод громадянина, наприклад свободи підприємництва (на той час промислу) тощо.

Отже, права цивільної свободи варто розглядати як вияв певних приватних прав. Така точка зору висловлювалася й у юридичній літературі¹, але не завжди з достатньою чіткістю. Панівною вона не стала. Віднесення цих прав до публічного права зумовлене історичним розвитком. Їх потрібно було наполегливо відвойовувати у державної влади. Головна небезпека для них завжди була з боку держави. Питання про гарантії цих прав належить до сфери публічного права [189; 201; 208].

Індивідуалізм приватного права. Однею з ознак приватного права вважався його індивідуалізм, тобто приватноправовий індивідуалізм. Зокрема, це поняття розглядається у працях І. Покровського, в огляді А. Нольде “Очередные вопросы в литературе гражданского права” [142]. Мається на увазі, що приватне право надає своїм суб'єктам свободу здійснення права в певному напрямі. Суб'єкт права є також суб'єктом цілепокладання. Він сам вибирає цілі, заради яких бажає діяти. Вони йому не нав'язуються ззовні, як це має місце у сфері права публічного. Отже, індивідуалізм приватного права полягає в тому, що самому суб'єктові надано право визначення цілей, яких він бажає досягати шляхом здійснення свого права.

Приватне право будь-якого історичного змісту забезпечує своєму суб'єктові індивідуальну свободу стосовно тих благ, які воно за ним закріплює, і за умови, що суб'єкт цими благами наділений. Таким чином, приватне право є способом реалізації принципу індивідуалізму щодо окремих осіб. У певному, історично ще не визначеному сенсі воно може бути способом здійснити цей принцип стосовно всіх

¹Див., наприклад, Орландо “Принципы конституционного права”. — СПб., 1908. — § 364.

членів суспільства і тим самим зробити його одним з основних відповідного ладу суспільних відносин.

М. Хлебніков вважав, що саме сутністю правового начала зумовлено те, що держава не має над собою, за правом, абсолютної влади і повинна надати їй сферу вільної діяльності та індивідуального розвитку [219]. Велику увагу проблемі співвідношення особи та держави приділяв М. Ковалевській. Він виходив із визнання єдиних витоків, єдиної мети — “людської солідарності” — держави та особи. При цьому вчений не визнавав теорію про природні права особи, а вважав, що, оскільки право і держава походять з одного джерела, то реальність здійснення прав особи залежить від суспільного середовища, від особистої підготовленості громадян держави, рівня їх самостійності [82].

Так само С. Котляревський підкреслював, що для індивідуалістичного розуміння правової держави характерним є лише проголошення формальної свободи та рівності, без урахування матеріальної. Але людині має бути гарантовано право на достойне існування, реалізацію прав у сфері народної освіти, опіки, захисту праці, загального поліпшення життєвих умов. Учений не заперечував, що задоволення цих прав залежить не тільки від волі держави, а й від наявності соціально-економічних і культурних умов. Проте справедливість вимагає рахуватися з певною рівновагою в задоволенні інтересів, хоча б найбільш природних і законних [90].

Розглядаючи генезис розвитку особистих прав, С. Пахман вважав, що ідея особи та особистих прав виникла спершу на ґрунті приватних відносин, а потім була застосована у сфері публічного права. Принцип індивідуальності, який характеризує сферу приватного права, виходить із поняття людини як окремої особистості. Самостійність цього принципу не суперечить інтересам суспільства, навпаки, однією з істотних умов міцності всієї “суспільної будівлі” є саме визнання особи й особистої самостійності в приватному побуті [148].

На думку професора Університету Св. Володимира М. Ренненкампа, між особою та владою право існує для особи і за посередництвом особи й ніскільки не порушує її свободу, але встановлює для неї тільки норму, порядок у правовідносинах. При цьому особа є основою права, і водночас вона може бути силою примушена коритися у разі ухилення від вимог діючого порядку. Як вважав учений, існування

суспільства засноване на обох елементах (особі й порядку), і жоден з них не може зникати із суспільного життя без зруйнування самого суспільства [154].

Оригінальним є підхід Е. Спекторського до розгляду цієї проблеми, яку він пов'язував із співвідношенням систем приватного та публічного права. Вони ніколи і ніде не існують у чистому вигляді, а діють сумісно, проникаючи одна в одну. Адже система приватного права, послідовно доведена до завершення, призводить через цілковитий лібералізм до індивідуалістичної анархії, до вільної, нічим не обмеженої гри людського егоїзму. Система ж публічного права, доведена до завершення, призводить до деспотизму, до повного поневолення особи державною владою. Водночас існування людських спільнот не можливе без поєднання свободи та авторитету [194].

Історія права дає приклади комбінації публічно-правового і приватноправового елементів. Співвідношення їх залежить нині від державної ідеології, яка застосовується на практиці, й певним чином — від економічних умов у країні, способу розподілу національного доходу. В минулому це співвідношення залежало від соціальної психології епохи, але завжди їх комбінація була і буде завжди найкращим показником характеру суспільного ладу певного періоду історії держави, правовим механізмом реалізації державної політики.

Щоб дослідити приватне і публічне право як два способи регламентування відносин між людьми, розглянемо кожне з них окремо. У працях А. Менгера проаналізовано суспільний лад, заснований тільки на приватноправових засадах, і, навпаки, — лише на публічно-правових. Приватноправовий лад без елемента публічного права, наближення до майже повного панування приватного права можна проілюструвати на прикладі феодалізму, коли правовідносини виникають не тільки з функцією розподілу благ, а й з дій організаційного характеру, позбавлені елемента соціального служіння і мають особисто вільний характер. Показано, що приватне право саме як таке, незалежно від свого змісту, не утверджує ще у відносинах між людьми індивідуальної свободи. Чим більше правовідносини, що виконують організаційну функцію, побудовані за приватноправовим типом, тим менше свободи в даному суспільстві.

Прикладом панування приватного права, щоправда, уявного, а не історично реального, є деякі ідеї теоретиків анархізму. Дослід-

ники анархізму (П. Ельцбахер [54], А. Борова [21], Р. Штаммлер, А. Туккер та ін.) ідеалізують приватноправову регламентацію суспільних відносин з усуненням будь-яких прав влади. Так, Р. Штаммлер у праці “Теорія анархізму” стверджує, що єдиною загальною ознакою анархічних теорій є заперечення державної влади для нашого майбутнього.

Незважаючи на послідовне заперечення держави, в анархічному ідеалі деяких дослідників неважко відшукати згадки про соціальну організацію, точніше — організації недержавного характеру, але з елементами соціального служіння. Проте, звичайно, в анархізмі, особливо індивідуалістичному (наприклад, Туккера), відображено також ідеал приватноправової або майнової приватноправової регламентації суспільних відносин, з усуненням будь-яких прав влади.

Туккер не заперечує необхідності існування правових норм, що повинні забезпечувати однакову свободу для всіх членів суспільства. Головними засадами такого анархічного права є 1) недоторканність людської особистості; 2) право власності, що випливає з праці; 3) обов’язковість договірних відносин. Останнє в системі цього автора має особливо важливе значення, тобто угоди між членами суспільства повинні замінити собою правотворчу, законодавчу діяльність сучасної держави.

Держава, що є організованим насильством над індивідом, повинна бути знищена. Недоторканність особи і трудова приватна власність, на якій Туккер наполягає, мають охоронятися шляхом договірних союзних об’єднань, з яких незгодна меншість може піти. Ідеалом Туккера є в досить чистому вигляді приватноправовий суспільний ідеал, з усуненням з нього будь-яких владних правовідносин як несумісних із принципами послідовного індивідуалізму. У цьому останньому моменті й криється небезпечно для таких теорій положення. Усуваючи публічно-правову владу і а fortiori приватноправову, індивідуалістичний анархізм не довів реальної можливості відсутності будь-якої влади. Не довів він також, що зміною приватноправових засад не запровадиться особисто вільна влада одних над іншими, влада, не пов’язана у своєму здійсненні з необхідністю дбати про благо підвладних, яка завжди є набагато депотичнішою і несуміснішою з індивідуалізмом, ніж публічно-правова влада.

Отже, приватноправова регламентація усіх відносин між людьми може набути двоїстого характеру. Це буде або правова система, де влада є особисто вільною, або така, що усуває будь-яку владу. Перша історично реальна, друга навряд коли-небудь можлива.

Суто публічно-правовий лад уявити собі набагато важче. Для цього потрібно відкинути думку про будь-які повноваження, здійснення яких не пов'язане з уявленням про суспільне благо. За такої організації суспільних відносин індивід не має ніяких прав, якими він міг би скористатися на власний розсуд. Особистість не є суб'єктом цілепокладання, — усі цілі поставлені заздалегідь, запропоновані їй суспільством. Відповідна соціальна психологія досить точно охарактеризована А. Гойхбаргом: “З повним усупільненням спочатку виробництва й обміну, а згодом і споживання, з усуненням усякої боротьби між людьми на ґрунті матеріальних засобів існування відкривається повна можливість безперешкодного всебічного розвитку людини, якщо завгодно — людської особистості, не як окремої особи, а як органічної частини величезного цілого, іменованого людством” [37]. Особистість не може служити цілям, які вона сама визначила. Для неї закрито доступ до творчості. Вона може розвиватися навіть всебічно, але тільки як частина певного цілого, аж ніяк не як окрема одиниця, хоча у маленькій галузі не пов'язана нічим і вільно обирає свій шлях.

Утопічна література дає також яскраві приклади послідовного ігнорування особистості та її свободи. До них належить комуністичне вчення Етьєна Кабе (“Подорож до Ікарії”, 1840). І, справді, в Ікарії життя людини від колиски до могили урегульовано найретельнішим чином. Держава поширює свою опіку навіть на найбільш особисту, найінтимнішу сферу. Існує особлива комісія для вдосконалення людського роду. З благим наміром схрещування рас республіка невпинно домагається збільшення кількості змішаних шлюбів; блондини і брюнети, жителі півночі й півдня беруть шлюби; крім того, республіка не раз приймала до себе дітей сусідніх держав, виховувала, як своїх власних, нарівні з усіма іншими і потім пов'язувала їх шлюбними узами з місцевими жителями. Таким чином республіка сприяла не тільки зростанню населення, а й вдосконаленню всієї нації.

Вчення Е. Кабе є крайнім антиіндивідуалістичним полюсом соціалізму. У такому суспільстві навряд чи можливі будь-які роз-

виток і прогрес. У ньому не буде передумов для створення чогось нового. Адже суспільний організм не може мати своєї душі, свого творчого “я”. Будь-яка зміна неминуче повинна спершу зародитися в індивідуальній свідомості. Тому справедливе твердження: “щоразу, як відбувався прогрес, це здійснювалося через індивідуальну свідомість”.

Прикладом такого суспільного ладу може бути радянський період в історії нашої держави. Розглядаючи публічне право як особливий спосіб юридичної регламентації суспільних відносин, слід зазначити, що влада, побудована на засадах суспільного служіння, сумісніша з індивідуальною свободою, ніж особисто вільна (панська) приватноправова влада. Тому найбільше правове виявлення особистої свободи визначається формулою “мінімум прав влади: необхідна влада — за принципом соціального служіння”.

Ідеали правової держави пов’язані з наданням найбільших гарантій прав особистості. Індивідуальна воля і приватне право, є необхідною передумовою цього правопорядку, незалежно від його соціального змісту. Навпаки, поліцейська держава є значним наближенням до переважно публічно-правового типу. Сфера цивільних прав у ньому звужена.

1.2. ЗАПЕРЕЧЕННЯ ІСНУВАННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В КОЛИШНЬОМУ СРСР

У період тоталітаризму в колишньому Радянському Союзі існувала достатньо розвинута методологія права на філософському, а точніше, ідеологічному рівні — методологія, яка повністю заперечувала приватне право. Юристи у своїх діях керувалися принципом, закладеним у фразі В. Леніна, яка стала “крилатою”: “Нічого приватного ми не визнаємо, для нас усе в галузі господарства є публічно-правовим, а не приватним”.

Для розуміння методології права часів СРСР зосередимося на ленінській ідеї щодо повного заперечення всього “приватного”, в

тому числі й приватного права. “Звідси, — писав він, — необхідно розширити застосування державного втручання у “приватноправові” відносини; розширити право держави скасовувати “приватні” договори; застосовувати до цивільних відносин нашу революційну правосвідомість...”¹

Для виконання цієї вказівки в текст проекту Цивільного кодексу РРФСР 1922 р. було внесено суттєві корективи: встановлено в першій же статті залежність самого захисту цивільних прав від їх соціального значення; запис про кабальні угоди та ін. Активне втручання держави у майнову сферу громадян, яка до того часу вважалась гарантованою від будь яких зовнішніх посягань, виявлялося як у повному вилученні із цивільного обороту цілої низки об’єктів, так і в різних юридичних обмеженнях, що поширювалися на особисте майно, у відносинах зобов’язально-правового характеру, у спадкових юридичних відносинах. Навіть правоздатність приватних осіб не визнавалася законодавством як абсолютна юридична цінність. Вона мала, так би мовити, делегований характер, надавалася їм пролетарською державою суворо на функціональних засадах — “з метою розвитку продуктивних сил країни” (ст. 4 Цивільного кодексу РРФСР 1922 р.).

І влада, і репресивний апарат дуже широко користувалася можливістю обмеження правоздатності. Головною метою було вилучення із проекту Цивільного кодексу абсолютно усього, що перешкоджало втручанням держави в “приватні угоди”, скасування не вигідних владі договорів, визнання недійсними небажаних пролетарській державі відносин власності. Ці корективи призвели до суттєвого вихолощення приватноправових засад із цивільного законодавства (порівняно з оригіналом, а не з наступними радянськими цивільними кодексами).

Перший цивільний кодекс пролетарської держави, проект якого, підготовлений юристами дореволюційної Росії, міг би стати одним із зразків світової цивілістики, був суттєво спалюжений. Наступні цивільні кодекси ще більшою мірою втрачали риси класичних юридичних конструкцій. За влучним висловом С. Алексєєва, цивільне законодавство того часу — це “німечні, принижені кодекси, ... позбавлені своєї душі — приватного права — це право не просто безсиле,

¹Ленин В. И. Полн. собр. соч. — Т. 44. — С. 398

занепале; с позицій високої юридичної матерії та цінностей, це право — принижене, гнане” [4].

Так само реформувався і цивільний процес. Цивільні процесуальні республіканські кодекси тих років розглядали цивільні спори в суді зовсім не як приватну справу двох осіб. Оскільки їх майнова правоздатність була делегованою, суд ставав не тільки органом захисту порушених або оспорюваних прав, а й охоронцем передусім державних інтересів у цивільному процесі. Звідси невідома класичному праву активна роль суду і прокуратури у цивільному судочинстві, якої позбавилися лише нещодавно, завдяки “малій” судовій реформі. Прокурор міг порушити цивільну справу за власною ініціативою або залучитися до вже початої справи на будь-якій стадії процесу, якщо цього вимагала “охорона інтересів держави або трудящих мас” (ст. 2 Цивільно-процесуального кодексу РРФСР 1923 р.). За певних умов суд міг вийти за межі вимог позивача; в основі такого рішення мали бути (за відсутності чинного законодавства) загальні засади “політики Робітничо-селянського уряду” (ст. 4 Цивільно-процесуального кодексу РРФСР 1923 р.).

Багато правовідносин взагалі не могли бути предметом судового захисту. У відносинах “особа — держава, державні органи” людина була майже повністю безправною. Суди, судова влада виступали (разом із законодавчою владою) як додаток виконавчої влади, переважно як засіб “боротьби із злочинністю”.

Отже, в країні було створено право тоталітарного типу, доцільність і необхідність якого “науково” обґрунтовувались. По суті, право спіткала та сама доля, як і всі інші суспільні інститути, — воно було одержавлене, поставлене на службу не інтересам суспільства в цілому, а партійно-державному апарату. Ці сили перетворили право на політичний інструмент для вирішення власних програмних завдань, практично згубили і право, його соціальну цінність, і юридичну науку. Методологічною основою останньої стала політична ідеологія, яка повністю витиснула попередні теоретичні концепції, що розроблялися дореволюційними юристами і вченими-теоретиками першого покоління радянських юристів.

Таким чином, зміна політичного курсу України, його лібералізація вимагають “розкручення” цього механізму в протилежний бік, тобто перетворення публічно-правових відносин на приватноправові. Саме тоді право досягає своїх справжніх цілей — забезпечення

прав і свобод людини. І нині це відчувається як в економічній, так і в політичній сферах прийняттям відповідного законодавства, здійсненням політико-правових, економіко-правових і судово-правової реформ. Проте позначається відсутність науково обґрунтованої доктрини, яка б мала бути результатом відповідних розробок у галузі філософії права, теорії права і держави та методології права. Робота у цьому напрямі чиниться навмання, методом спроб і помилок. Звідси і проблеми у розробленні сучасного законодавства: відсутність власної національної стратегії права державотворення, законотворчості призводить до непослідовності у реалізації приватизаційного курсу в межах нового земельного законодавства, до суперечності та дублювання положень Цивільного і Господарського кодексів тощо. Так само розвивалася юридична наука і в радянський період — тягнулася позаду практики, лише апологетично виправдовуючи законодавчу політику офіційної влади.

Методологією колишнього соціалістичного права була, як зазначалося вище, марксистсько-ленінська філософія, за якою безумовний пріоритет у публічній політиці мали інтереси державного апарату. Оскільки право за своєю потенційною можливістю і системотвірними властивостями має протилежну спрямованість, то фактичними цілями пролетарської держави було обмеження права, переведення його у декларативну, бюрократичну площину.

Багато сучасних учених вважає, що за радянських часів створювалося, утверджувалося публічне право. Але це не так. [114]. Адже справжнє публічне право, опосередковуючи ставлення держави до особи, відображає інтереси суспільства в цілому. Методологічним засобом для досягнення цієї мети на конструктивному рівні виступає розмежування цих інтересів. “Держава, — писав Вл. Соловйов, — має за мету загальну користь. Якщо б користь була дійсно загальною, тобто якщо б усі були дійсно солідарні у своїх інтересах, то не було б необхідності в державі та її законах, які виникають саме для погодження інтересів”. І далі: “Таким чином, власною метою держави є не інтерес як такий, що становить власну ціль окремих осіб і партій, а розмежування цих інтересів, що уможливує їх спільне існування” [192].

Отже, публічне право — це право інтересів суспільства в цілому, а не право інтересів державного апарату. Право, що не розмежовує і не погоджує всі окремі інтереси, а утверджує лише один якийсь інте-

рес, не є справжнім публічним правом. Це щось інше. Тому право, яке утверджує інтереси державного апарату, називатимемо етатичним, тоталітарним або бюрократичним. Під етатичним, тоталітарним правом розуміємо право політичне, право як елемент політико-правової надбудови. Саме таке право створювалося в колишньому СРСР, а “наукові” положення, які виправдовували і обґрунтовували його (вже за фактом створення), називали марксистсько-ленінським вченням про державу і право, теорією держави і права.

Радянське право не служило інтересам суспільства в цілому, а лише обслуговувало потреби правлячої верхівки. Отже, щодо оцінки права як соціальної цінності, то це була формальна його видимість. Тоталітарне право — це псевдоправо, антиправо (за термінологією Гегеля), бюрократичне право (термін, введений нами [237]). Саме тому, як підтвердження нашої тези про формальність, бюрократизм соціалістичного права, воно ототожнювалось зі специфічною формою його виявлення — з юридичною нормою, встановленою державою і санкціонованою її примусовою силою.

Характерними, системотвірними властивостями тоталітарного, бюрократичного права є:

1) *спрямованість на позбавлення людини її природних прав* і, зокрема, економічних засад особистої свободи, їх юридичного забезпечення. Як приклад можна навести, скажімо, руйнівні рішення щодо заборони підприємницької діяльності, обмеження діяльності особистих підсобних господарств громадян тощо. Такі рішення, як відомо, приймалися суто з політичних мотивів за роки “суцільної” колективізації. Підприємницька діяльність вважалася за часів колишнього СРСР злочином. Жорстоко каралося також перевищення обмежень щодо розмірів підсобного господарства (наприклад, якщо в ньому замість п’яти курчат, регламентованих у відповідних постановах уряду, виявлялось шість);

2) *декларативність*. Декларативними були норми радянських конституцій, багатьох законів щодо прав людини, положення яких суттєво обмежувались або зовсім виключались наступними відомчими актами;

3) *розвиненість відомчих правових норм, а також так званого “телефонного права”*, що суттєво звужувало, зводило нанівець дію законодавства.

Саме тому можна стверджувати, що тоталітарне право є “ви-

димістю” права (антиправом).

Таким чином, усі норми правових актів, які ми раніше відносили до права, можна поділити на ті, що відповідають призначенню права (дійсне право), і такі, що не відповідають цій меті (псевдоправо, антиправо). Але, знову ж таки, за Гегелем, істина цієї видимості полягає в тому, що вона нікчемна, і що право поновлюється запереченням свого заперечення.

1.3. РЕФОРМУВАННЯ ПРАВА В УКРАЇНІ

Визнання в період перебудови у постсоціалістичній Україні (як і в інших країнах колишнього СРСР) права приватної власності та свободи підприємництва зумовило об’єктивну суспільну потребу в реформуванні права тоталітарного періоду. Ці процеси відбуваються у напрямі “приватизації” (повернення обличчям до людини) публічного і створення різноманітного приватного права. Основним принципом таких перетворень є визнання головним обов’язком держави утвердження і забезпечення прав людини (ч. 2 ст. 3 Конституції України).

Спробою реформування права у зазначеному напрямі є судово-правова, адміністративна, земельна та інші реформи. З урахуванням цих об’єктивних і суб’єктивних передумов в Україні відбулися певні практичні зрушення щодо розвитку дійсного публічного і приватного права. Результатом їх було розроблення і прийняття Цивільного, Господарського, Земельного, Сімейного та інших кодексів, низки важливих законодавчих актів.

Характеризуючи ці зрушення, можна стверджувати, що в практиці законотворчої діяльності України сталися певні суттєві зміни в напрямі утвердження прав людини, в тому числі й економічних, обмеження втручання держави у приватний бізнес, у приватне життя людей. Водночас стан сучасної правотворчості свідчить і про суттєві її недоліки, недостатність методологічної бази правового реформування.

Методологічні проблеми. Відсутність методології права породжує проблеми — відхилення норм сучасного права, права постсоціалістичного періоду, від його бажаного стану (дійсних норм). За цими відхиленнями пропонуємо розрізняти такі мутації права, як

відомче та апаратне (номенклатурне) право.

Відомче право — це, на нашу думку, право, яке створюють для себе певна гілка влади, система органів влади. Наприклад, таке право створила для себе судова влада. Йдеться про законодавство щодо статусу суддів, судоустрою в Україні [238].

Апаратне (номенклатурне) право — право номенклатурної бюрократії займатися підприємництвом. Згадаємо знову ж таки В. Соловйова: “Визнання виключних прав... рівносильне запереченню будь-якого права” [192, с. 253].

До створення відомчого та апаратного (номенклатурного) права призводить відсутність методології переходу від тоталітарного до демократичного права. Наприклад, така методологія могла б містити принцип рівноваги, який згадувався вище. Стосовно судової реформи застосування цього принципу може означати, що виведення судів з-під прокурорського нагляду має бути компенсоване введенням іншої системи контролю, скажімо, з боку суспільства.

Методологія права повинна містити також набір наукових засобів для формування взаємопов'язаних (для досягнення цілі вищого рівня) різноманітних програм. Це також засоби з виявлення необхідності розроблення програм, забезпечення повноти набору їх завдань тощо (починаючи від загальнодержавних і закінчуючи програмами з безпеки людини).

Саме відсутність методології права призводить до виникнення таких норм права, які є сумішшю прав та обов'язків цивільно-правового характеру з адміністративними засадами (адміністративним розподілом за волонтаристськими рішеннями). Зокрема, такими є деякі положення земельного законодавства, що визначали права на володіння та використання земельних ділянок. Для застосування відповідних положень потрібні адміністративні рішення-дозволи.

Як відомче, так і апаратне право теж не є правом взагалі. Отже, процес розвитку приватного та публічного права у країні має відбуватися не стихійно, а цілеспрямовано. А таке можливе лише за наявності методології та конструктивної теорії права.

Формуючи новий конструктивний підхід до теоретико-методологічного забезпечення практичної законодавчої діяльності, розробки нового наукового напрямку — юридичної транзитології (яка вивчає перехід від тоталітарного до демократичного суспільства), повернемося до розмежування приватного і публічного права — першого етапу

створення згаданого наукового напрямку.

Розмежування приватного і публічного права в сучасній українській юридичній літературі. Найпоширеніші спроби розмежування цих двох сфер права у сучасній українській юридичній літературі — це віднесення до них відповідних галузей права (законодавства). Так, якщо, скажімо, цивільне, сімейне, торговельне, підприємницьке право та ін. в багатьох підручниках з теорії права належать до приватного права, то конституційне, адміністративне, кримінальне, фінансове, процесуальне право України — до публічного права (див., наприклад, [61]). Але, по перше, у кожній галузі традиційно приватного права (законодавства) містяться норми публічного характеру, а в галузях публічного права — приватноправові норми. Тобто галузі права не є достатньо “чутливими” до такого поділу. По друге, у сучасному українському праві, яке ще несе в собі залишки колишнього тоталітарного минулого, не всі норми відображають приватні або публічні інтереси. Деякі з них підпорядковані інтересам корумпованої частини апарату, що не дає змоги віднести відповідні норми до дійсного права.

Можна було б запропонувати відносити до приватного права норми, що встановлюють і забезпечують права людини. Це інший, цікавіший, підхід. Але забезпечення прав людини здійснюється і за допомогою норм права публічного характеру. Тобто і цей підхід не є достатньо чітким.

Наступним підходом є виділення такого феномена, як приватне життя. Це право на приватну власність, недоторканість житлового приміщення, самої особи, право на приватну кореспонденцію, телефонні переговори тощо. Концепцію права на приватне життя розроблено в судовій практиці деяких західних країн і США. Але знову ж таки, забезпеченість цього права здійснюється за допомогою імперативних норм, що мають публічний характер.

Є. Харитонов дає визначення приватного права як “сукупності правил і норм, що стосуються встановлення статусу та захисту інтересів окремих осіб, які не є фігурантами держави, не перебувають у відносинах влади — підпорядкування щодо одне одного, рівноправно і вільно встановлюють собі права та обов’язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи” [218]. Щодо розмежування приватного і цивільного права, то ці поняття, як вважає автор, не тотожні. Приватне право — це наднаціональна галузь права, а цивільне право —

вияв приватного права на національному рівні [218].

Виявом приватного права на наднаціональному рівні є міжнародне приватне право. Воно може розглядатися як галузь права. Ще з 20-х років ХХ ст. існує Кодекс міжнародного приватного права (Кодекс Бустаманте — Гавана, 20 лютого 1928 р.); в проєкті Цивільного кодексу України книга VIII “Міжнародне приватне право” містила розділи “Колізійне право”, “Міжнародний цивільний процес” тощо. Щоправда, однозначного тлумачення міжнародного приватного права ще не сформовано.

Під міжнародним приватним правом багато вчених розуміють галузь національного права (за наявності джерел міжнародного походження), яка складається з колізійних норм, тобто норм, що визначають державу, право якої має бути застосоване у відносинах з іноземним елементом. Цієї концепції дотримувалися в Росії такі відомі вчені, як І. Перетерський, Л. Лунц, М. Розенберг, С. Лебедєв, О. Садиков, М. Брамінський; в Англії — М. Вольф; у Німеччині — Л. Раале. Більше того, якщо брати світову думку і практику, то навіть міжнародне економічне право в доктрині більшості держав розглядається не тільки як галузь міжнародного, а і як частина національного права, з поширенням його дії на суб’єктів приватного права.

Поширеною є концепція розуміння міжнародного приватного права як права, що регулює не тільки колізійні відносини (конфлікт законів або юрисдикцій), а й інші приватні відносини у міжнародній сфері. Проте така точка зору має право на існування лише за наявності відповідних реалій — міжнародних (наддержавних) актів, що регулюють певні відносини (А. Тинель, Я. Функ, В. Хвалей [202]). В іншому разі ця концепція буде ні чим іншим, як черговим уявленням зі сфери віртуальних категорій. Щодо сьогодення, то може йтися про окремі конвенції, до яких приєдналася Україна в контексті деяких підгалузей МПрП (наприклад, у сфері права інтелектуальної власності, кодифікація якого залишається ще досить проблематичною). До Кодексу Бустаманте 1928 р. європейські країни не приєдналися, а європейський цивільний кодекс перебуває ще у зародковому стані.

Отже, приватне право — це сфера права, до якої належать норми цивільного та інших галузей права, що здебільшого регулюють відносини між “рівними”. Міжнародне приватне право як галузь міжнародного права є нерозвинутим правом. Водночас розгляд його

норм у частині міжнародного торговельного права має велике значення з огляду на вступ України до Світової організації торгівлі (СОТ) та Європейського Союзу (ЄС).

Міжнародне торговельне право — це те, що свого часу Ульпіан називав правом народів (*jus gentium*), розглядаючи його, а також цивільне право як частини приватного. Такого роду поділ права відбувався у Франції та Німеччині. Зокрема, у Франції 1807 р. крім чинного Цивільного кодексу було прийнято Торговельний кодекс (*Code de commerce*). У Німеччині з 1 січня 1900 р. набувають чинності Німецьке цивільне укладення і Німецьке торговельне укладення. Процеси становлення і розвитку торговельного права відбуваються і в інших країнах.

У Росії розвиток приватного права визначався появою купецького (торговельного) права, яке є важливим елементом першого. Г. Шершеневич виділяє такі етапи у розвитку торговельного права: перший — італійський (XI — друга половина XV ст.); другий — французький (друга половина XV — перша половина XIX ст.) і третій — німецький (починаючи з першої половини XIX ст.). Але на наступних етапах розвитку на території України приватноправові відносини, пов'язані з торгівлею, не набули спеціального закріплення на рівні торговельного кодексу. Не зупиняючись на причинах цивільно-правового монізму в нашій країні (введений у 2004 р. Господарський кодекс України не можна віднести до спеціального регулювання торгівлі), зазначимо, що він компенсується існуванням окремих законів, які встановлюють для торговельних угод (контрактів) певні винятки із загальних правил цивільного обороту.

Водночас у багатьох країнах Заходу торговельне право продовжувало розвиватися. “Починаючи з XIX ст., у торговельному праві зарубіжних держав виявилися нові тенденції, наприклад розширення правоздатності торговельних товариств. У XX ст. суттєво змінюється призначення деяких інститутів торговельного права” [210, с. 7–8]. Нині країни переживають новий етап у розвитку торговельного законодавства — на рівні ГАТТ СОТ. В Україні норми торговельного права сконцентровано у МПрп. Характеризуючи систему МПрп, його загальну та особливу частини як відносно стабільні, українські фахівці в галузі МПрп підкреслюють, що внаслідок суспільного розвитку з'являється необхідність звернути більше уваги на правову регламентацію зовнішньоекономічних відносин, інвестиційної діяльності, переве-

зень, нових сфер господарювання [210]. Доцільно проаналізувати приватноправові норми у цих сферах і, зокрема, у міжнародно-приватних відносинах, у межах МПрП, в якому (разом з традиційними його інститутами) особливу увагу приділити міжнародному торговельному праву – новій для нас сфері.

Щодо сучасного цивільного права (законодавства), то межі приватного у ньому суттєво розширені завдяки, зокрема, внесенню до Цивільного кодексу України низки статей і розділів, зміст яких був невідомий раніше чинному цивільному законодавству. Наприклад, з правилом римських XII Таблиць щодо договору (“як вони домовляться, то нехай так і буде,... нехай те і буде договором”) повністю корелюють сформульовані положення ст. 6 “Акти цивільного законодавства і договір Цивільного кодексу України”:

1) сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає його загальним засадам;

2) сторони мають право врегулювати у договорі, передбаченому актами цивільного законодавства, свої відносини, що не врегульовані цими актами;

3) сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов’язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

З’явилися принципово нові статті, присвячені захисту особистих немайнових прав. При цьому в главі 21 ЦКУ йдеться про особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи, тобто про захист природних прав людини.

Дійсне і бюрократичне право. Для розмежування дійсного і бюрократичного права спробуємо спершу ще раз відповісти на запитання: в чому ж полягає сенс поділу права на публічне і приватне? Річ у тім, що визнання приватного права є визнанням суверенітету особи, природних прав людини, її приватного інтересу. Утвердження приватного права є, на нашу думку, засобом урівноваження прав людини з державною владою. А закон рівноваги є найуніверсальнішим і найважливішим в організації суспільного життя, забезпеченні існу-

вання демократичного середовища у державі. Не випадково визнання існування приватного права, як і рецепція в цілому римського права, яке найбільш відповідає природним правам людини, відбувалося у багатьох країнах саме за часів розвитку ринкових відносин, зміцнення демократичних засад.

Аналогічні зміни у розвитку права спостерігаються нині і в постсоціалістичних державах. У багатьох з них проголошено курс на утвердження та забезпечення прав і свобод людини. Водночас не можна вважати, що постсоціалістичне право України розвивається як справжня соціальна цінність у суспільстві, містить дійсні публічні та приватні засади (хоча вітчизняна навчальна література стверджує, що це саме так). У багатьох підручниках з теорії права наведено визначення публічного і приватного права і перераховано, як зазначалося вище, ті галузі права України, які належать до цих його сфер. Але не все так просто. Адже норми конституційного, адміністративного, кримінального, фінансового, процесуального права України, на які посилаються автори цих підручників як на галузі публічного права, не є однозначно дійсним публічним правом. Частина (можливо, більша) норм перерахованих галузей права України беруть витоки з минулого тоталітарного (бюрократичного) права, а воно було значною мірою псевдоправом.

Отже, вважати наведені галузі права (навіть з усіма змінами, яким вони були піддані) такими, які є дійсним публічним правом, — некоректно. Крім того, не є автоматично приватним правом норми цивільного, торговельного, підприємницького та інших галузей права, як це також пропонують автори першого українського підручника з теорії права (Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Харків: Право, 2002). Навіть ухвалений у 2001 р. Земельний кодекс, незважаючи на його прогресивність, у цілому містить деякі цивільно-правові норми, які продовжують бюрократичні традиції минулого, передбачають втручання держави (її органів) у договірні відносини сторін [58].

Таким чином, потрібні кардинальні зміни у підходах до правотворення. Для того щоб ці зміни відбувалися цілеспрямовано, а вади тоталітарного права долалися якнайшвидше, право дійсно розвивалося відповідно до цілей забезпечення прав людини, у напрямі утвердження приватного права, потрібно мати його методологію.

ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО І ПУБЛІЧНОГО ПРАВА ТА МЕХАНІЗМИ ЇХ РОЗВ'ЯЗАННЯ

Методологічні положення розмежування та гармонізації приватних і публічних засад у міжнародному приватному праві. Матеріал, викладений у попередніх підрозділах, свідчить про наявність проблеми поділу права на приватне і публічне, виокремлення приватних та публічних засад у межах окремої галузі права (показано, що галузей суто приватного або публічного права не існує). Права людини (як критерій поділу права на приватне і публічне) теж мають приватноправові та публічно-правові аспекти, забезпечуються за допомогою норм, яким притаманні ознаки належності як до приватного, так і до публічного права. Отже, проблема цього поділу належить до категорії “одвічних”.

Проте, на нашу думку, актуальнішою і важливішою є проблема не поділу права, а оптимізації співвідношення приватних (спрямованих на забезпечення “егоїстичних” інтересів) і публічних (таких, що належать до компетенції держави) засад у приватному (міжнародно-приватному) праві, правовому регулюванні певних аспектів життєдіяльності людини. У методологічному (теоретико-філософському) аспекті таке співвідношення приватних і публічних засад є співвідношенням (взаємодією) філософських категорій особистого і колективного. Ця взаємодія має фундаментальне значення для розуміння всього комплексу соціальних проблем. Питання про механізми взаємодії особистого і колективного досліджувались протягом всієї історії людської цивілізації й мали різне теоретичне (існують соціальні доктрини щодо оптимального поєднання особистого і колективного, суспільного) та практичне вирішення. По-різному вони розв'язувалися і в різні історичні епохи.

Проблема співвідношення індивідуального і колективного є особливо актуальною для України, яка внаслідок глибоких трансформаційних перетворень, що охопили всі сфери соціальної дійсності, набуває якісно нового стану. Оптимізація співвідношення особистого і колективного є, на наш погляд, докорінним питанням філософії права, правової реформи. Підвалини суспільства колишнього СРСР з властивими йому економічними і політичними формами, соціально-культурними традиціями було зруйновано значною мірою саме тому, що воно виявилось не в змозі знайти адекватного вирішення

питання про співвідношення індивідуального і колективного, забезпечити поєднання інтересів окремої людини й суспільства в цілому. На наш погляд, замість терміну “суспільство” (якщо феномен “громадянське суспільство” означає реальний об’єкт) доцільніше було б застосовувати поняття “асоціації людей”. Отже, необхідно розв’язати проблему оптимізації відносин особистості та асоціацій людей, індивіда і колективу, громадянина і держави — оптимізації, адекватної сучасним соціально-економічним, політичним і духовним реаліям, потребам цивілізаційного прогресу.

В історичному розвитку теоретичних уявлень про співвідношення індивідуального і соціального та їх державно-правовому оформленні, як правило, виділяють два протилежні напрями — системоцентризм і персоноцентризм, фундаментальна розбіжність яких, як зазначається у літературі [234], полягає в полярності їх ціннісних шкіл. Якщо в персоноцентризмі саме людина є вищою точкою відліку і “мірилом усіх речей”, то у системоцентристській школі індивід або взагалі відсутній, або розглядається як допоміжний суб’єкт, здатний принести певну користь лише для досягнення якихось надособистісних цілей. Іншими словами, людина у всьому розмаїтті її життєвих проявів з мети соціального розвитку перетворюється на засіб, цінність якого визначається мірою його внеску в досягнення цілей такого розвитку.

В юридичній науці приділялася деяка увага питанням розмежування міжнародного приватного і міжнародного публічного у праві, проте лише на рівні уточнення термінології [10], а не їх співвідношення. Теоретико-методологічні дослідження у напрацюванні рекомендацій щодо конструктивного поєднання приватного і публічного у певній сфері права або у забезпеченні певного права людини практично не здійснювалися.

Співвідношення приватного і публічного у праві визначатимемо як проблему на макрорівні. До неї слід віднести й утвердження приватних засад у галузях права, які належать до публічної сфери. Співвідношення приватних і публічних засад у межах певного права людини або галузі приватного (міжнародного приватного) права назвемо співвідношенням на мікрорівні. Першу проблему в певному наближенні можна вважати вирішеною на політичному, практичному і теоретичному рівнях. На політичному рівні приватне (стосується інтересів, прав людини) є визначальним щодо публічного

(належить до інтересів держави). Саме це впливає зі змісту, зокрема, ст. 3 Конституції України. Прикладом практичного вирішення проблеми трансформації сфери публічного права до спрямування його на забезпечення прав людини можуть бути положення правової реформи (у тому числі кримінального і кримінально-процесуального законодавства), судової (зокрема, “малої” судової) реформи тощо.

Існують певні нароби в цьому напрямі також в юридичній літературі, наприклад у галузі адміністративного права, теорії державного управління. Так, поглиблюючи питання опанування юридичною, зокрема, адміністративно-правовою наукою такого об’єкта, як державне управління, відомий фахівець у галузі адміністративного права В. Авер’янов запропонував новий підхід до визначення завдань адміністративного права, який відповідає ст. 3 Конституції України, принципово новій ролі держави у відносинах з людиною. Саме нова політична ідеологія служіння держави людині відображена у його доктринальному тлумаченні суспільного призначення адміністративного права [1].

В. Авер’янов разом з “владноорганізуючою” (тобто управлінською) характеристикою державного управління, адміністративного права вводить ще одну його ознаку як галузі права — “забезпечення реалізації і захисту прав і свобод людини і громадянина”. При цьому остання, на думку автора, повинна посідати рівноцінне місце поряд з іншою головною характеристикою. Тобто у визначенні адміністративного права має бути зафіксована єдність трьох головних функцій: 1) управлінської (регулювання управлінської діяльності); 2) правореалізаційної (реалізація прав і свобод громадян); 3) правозахисної (захист порушених прав і свобод громадян). У межах третьої функції підвищується роль адміністративного права як засобу забезпечення реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина. Ця роль пов’язана зі створенням і функціонуванням адміністративної юстиції як форми спеціалізованого судового захисту прав і свобод громадян від порушень з боку виконавчої влади.

Слушною є теза В. Авер’янова про те, що втілення в життя зазначеного нового погляду на суспільне призначення адміністративного права сприятиме істотному посиленню його ролі у формуванні громадянського суспільства і демократичної соціальної правової держави. При цьому утвердження нового суспільного призначення адміні-

стративного права у сфері виконавчої влади має відбуватися шляхом запровадження:

- незалежності здійснення функцій і повноважень виконавчої влади у межах, визначених Конституцією і законами України;
- пріоритетності законодавчої регламентації повноважень, організації та порядку діяльності органів виконавчої влади;
- публічності та відкритості контролю над діяльністю органів виконавчої влади та їх посадових осіб, насамперед з позицій поваги до особи та справедливості, а також постійного зростання ефективності державного управління;
- відповідальності органів виконавчої влади, їх посадових осіб за свої рішення, дії чи бездіяльність перед громадянами та іншими суб'єктами, права яких було порушено, та обов'язкового відшкодування заподіяної цим суб'єктам шкоди;
- ефективного процесуального механізму оскарження громадянами та іншими суб'єктами порушених прав як у межах системи органів виконавчої влади, так і в судовому порядку. Як справедливо зазначається, утвердження такого підходу до розуміння суспільної ролі адміністративного права є настільки важливим і водночас настільки незвичним для вітчизняної науки, що його слід було б вважати стрижневою ідеєю всієї сучасної трансформації українського адміністративного права [1].

Як свідчать результати наших досліджень радянського законодавства, зокрема результати його ретроспективного аналізу (частково наведеного вище), на цьому етапі розвитку суспільства й держави в теорії та суспільній практиці пріоритет було надано викривленим колективним засадам на шкоду особистим, а особистість була перетворена з мети суспільного розвитку на засіб такого розвитку. Це, до речі, суперечить філософським і, зокрема, християнським засадам у праві, категоричному імперативу Канта про те, що людина може бути лише метою і ні в якому разі не засобом досягнення цілей. На рубежі 20–30-х років минулого століття особливо чітко виявилися дві протилежні тенденції в розвитку радянського типу демократії та її політико-юридичних форм. З одного боку — тенденція, що відповідає об'єктивним потребам суспільного прогресу, до розширення конституційних форм демократії, розвитку його інститутів і норм. З іншого боку — тенденція до обмеження і фактичної відмови від конституційних гарантій народовладдя і свободи

особи в законодавстві й суспільній практиці, носіями і провідниками якої виступали створені політичним керівництвом країни державні та суспільні структури.

Саме подоланню цієї другої тенденції, що залишалася домінуючою суспільного розвитку й у майбутньому, політико-юридичному забезпеченню демократизації всіх сфер суспільного і державного життя країни покликані служити принципове відновлення конституційного ладу держави та радикальна реформа конституційного і чинного законодавства, що мають затвердити народний суверенітет і привести масштаб прав і свобод особи у відповідність з рівнем суспільного розвитку і потребами сучасного етапу соціального розвитку. Йдеться, власне кажучи, про визначення цінності особи та суспільства, держави, інших форм колективного буття одне для одного, що в соціології виступає як проблема співвідношення інтересів суспільства й особи, а в юриспруденції — прав і обов'язків громадянина й держави, нації, народу, інших форм колективного співіснування людей.

Головна проблема вчення про державу і право, що вимагає свого вирішення на кожному етапі цивілізаційного процесу, полягає в тому, щоб знайти таку державно-правову організацію суспільства, що могла б поєднати існування стабільної держави і міцного правопорядку як необхідної умови поступального розвитку суспільства зі свободою особи. Методологічними засадами вирішення проблеми можуть бути відповідні філософські положення щодо оптимізації співвідношення особистого і колективного, приватного та публічного. Певна методологічна база для цього закладена і у вітчизняній соціально-юридичній думці: “Ми знаємо особистість, — писав П. Новгородцев, — не ізольовану і відособлену, а яка живе у суспільстві, у ньому здійснює свій життєвий шлях, і тому неминучим є двоїстий вияв особистості: індивідуальний і суспільний. ... Ми доходимо висновку, що абсолютний індивідуалізм і абсолютний колективізм повинні знайти поєднання в деякому загальному погляді. ... Особистість і суспільство не є якимись самодостатніми і конфронтуючими між собою субстанціями; вони ростуть з одного кореня і прагнуть до одного світла” [141]. На думку Вл. Соловйова, який також наполягав на оптимізації приватного і колективного, “ми не можемо раз і назавжди залишити сферу “колективного”, але при цьому також не в змозі перебороти “спокусу” індивідуального” [191].

Вихідною ідеєю вирішення цієї проблеми необхідно визнати наявність існування і діяльності у соціальній сфері двох елементів: 1) індивіда; 2) різних асоціацій людей, суспільних об'єднань, держави і суспільства в цілому. Саме суспільство має особистісно-збиральний характер. Це неминуче позначається на соціальних доктринах, які здебільшого віддають перевагу одному з елементів організації та життєдіяльності соціуму — індивідуальному або колективному. Такий розподіл повною мірою характерний для сучасного стану вітчизняних суспільних наук, різні напрями яких віддають пріоритет або колективному, або індивідуальному. Особливості сучасного соціального розвитку України впливають на погляди багатьох вітчизняних учених, і тому індивідуалістичні доктрини, у тому числі теорія природного права, різні анархічні вчення, які нещодавно піддавалися нищівній критиці, сьогодні активно завойовують собі місце у вітчизняному суспільствознавстві. Так, справедливо підкреслюючи, що в подоланні об'єктивних протиріч між суспільством та особистістю необхідною умовою є наявність свободи як суспільства, так і його співчленів, Д. Керимов припускає існування двох альтернативних варіантів вирішення поставленої проблеми: 1) пріоритет суспільного перед індивідуальним, що неминуче призводить до придушення свободи особи й обмеження її прав, які виступають у цьому випадку як дарунок держави, а не атрибутивна властивість індивіда (він повинен відповідати за це вірністю державі й бути підконтрольним їй у всіх проявах своєї соціальної й індивідуальної активності); 2) пріоритет індивідуального перед суспільним, який і відкриває шлях до утвердження свободи особи у вільному суспільстві [80].

Справді, ігнорування індивіда і його прав, гіпертрофія суспільних засад в організації та життєдіяльності соціуму характерні для багатьох десятиріч вітчизняної політичної історії. Ці вади є основним недоліком колективістських доктрин, у тому числі економічного матеріалізму, доведеного до крайнощів його вульгаризаторською інтерпретацією, що виводить усе безпосередньо з класових протиріч, суспільного виробництва, економіки. Проте чи можуть вони розвиватися без впливу творчої людської особистості? Чи є воля і розум людини лише рефлексми якихось економічних відносин або вони — самостійні фактори історичного розвитку, що набувають у певних умовах домінуючого значення? На ці та багато інших питань важко знайти відповіді в колективістських теоріях.

Неспроможність будь-якої індивідуалістичної доктрини, у тому числі численних анархічних вчень або теорії природного права в її “чистому”, первісному вигляді, полягає в запереченні органічності суспільних об’єднань. Для індивідуалізму суспільство в цілому або інші колективні об’єднання є лише механічною сумою індивідів; це об’єднання не має нічого нового, чого б не було в його складових елементах. Іншими словами, суспільство, з погляду прихильників цих концепцій, не є особливим єдиним організмом, що має власні закони генезису, а змінюється за законами, притаманними окремим індивідам.

Тенденцію до абсолютизації колективного так і не було подолано вітчизняною соціальною доктриною, у тому числі юриспруденцією, що існувала в радянський період історії, хоча і зазнала в процесі розвитку істотних змін. Реальний соціалізм також виявився такою суспільною системою, в якій індивідуальне переважно розчинялося в родовому, а особа перетворювалася на елемент соціальної машини держави як вищої мети й універсального засобу впливу на суспільний розвиток. У свою чергу, індивідуалістичні доктрини так і не змогли подолати тенденції до абсолютизації особистого, індивідуального на противагу соціальному [12].

Виникає питання, відповідь на яке є відправним моментом будь-якого дослідження зазначеної проблематики: наскільки принциповими і нездоланими є протиріччя цих різних напрямів людського пізнання і людського буття. Якщо визнати їх принциповими, то варто відмовитися від ідеї коли-небудь, проникнути в сутність явищ соціальної дійсності, тому що будь-яке пізнання особистості або соціуму, засноване на моністичному баченні розвитку людської цивілізації та його рушійних сил, є черговою помилкою. Звідси і висновок про об’єктивну неможливість солідарного розвитку людини і суспільства, громадянина і держави. Якщо ж ці розбіжності та протиріччя не принципові, то обидва зазначені напрями пізнання соціальної дійсності прямують назустріч один одному і містять зерно істини, яке можна і потрібно пересаджувати в новий ґрунт. В останньому випадку не йдеться про одноразове й остаточне подолання в межах об’єктивованого природно-історичного світу антимонії особистості та колективізму. Таке подолання на кожному етапі історичного розвитку може бути лише частковим і має відносний характер, а кожний новий ступінь цивілізаційного процесу породжує нові протиріччя, що вимагають вироблення

соціально ефективних механізмів співіснування особи та суспільства. Отже, питання не повинне ставитися в площині персоно- або системоцентризму. Юриспруденція буде ближче до істини, якщо відмовиться від штучного монізму, що неминуче призводить до однобічності, та погодиться на менш зручний, але такий, що більше відповідає розмаїттю соціальної дійсності, плюралізм. Слушною у соціальній науці є синтетична точка зору на розуміння природи суспільства і місця в ньому індивіда, конвергенція цих двох підходів і напрямів у вигляді їх поєднання і взаємодії в організації та функціонуванні соціуму [234].

Таким чином, виходячи з напрацьованих теоретико-методологічних засад, можна наблизитися до вирішення досліджуваної проблеми — конструктивного поєднання приватних і публічних засад на мікрорівні — в межах приватного права або правового забезпечення певного права людини. Актуальність такого дослідження зумовлена не тільки тим, що ці аспекти в юридичній літературі практично не розглядались, а й важливістю розв'язання проблем оптимізації приватних і публічних засад для забезпечення прав людини, ефективного функціонування економіки країни [15].

Проблеми гармонізації Цивільного та Господарського кодексів України. У теорії права, як зазначалося, проблема оптимізації приватних і публічних засад у галузі приватного (міжнародного приватного) права практично не розглядалася. Практика йде шляхом визначення можливості залучення норм публічного права в матерію приватного (міжнародного приватного) права. Так, у ст. 6 Конвенції про право, застосоване до міжнародної купівлі-продажу товарів (Гаага, 15 червня 1955 р.) зазначено: “У кожній з Договірних Держав застосування права, визначеного цією Конвенцією, може бути виключене з мотивів публічного порядку.” Такого роду застереження містяться майже в усіх конвенціях МПрП та протоколах до них. Це означає пріоритетність національного публічного порядку над міждержавними домовленостями і договорами. Особливістю МПрП є також те, що деякі його інститути містять нормативні акти, які регламентують діяльність переважно (виключно) юридичних осіб публічного права. Це, наприклад, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про закупівлю товарів (робіт) і послуг тощо. Водночас у теорії МПрП, як і в теорії права в цілому, немає рекомендацій щодо віднесення певних об'єктів правового регулювання до ведення приватно- або публічно-правового по-

рядків, раціональної їх взаємодії. Відсутність таких рекомендацій призводить до протиріч, дублювання правового регулювання з боку цих порядків, що неприпустимо у межах однієї правової системи. Прикладом такої проблеми в Україні є функціонування Цивільного (ЦКУ) та Господарського (ГКУ) кодексів, які є джерелами економічного (підприємницького) права людини, а отже і джерелами МПрП. Розглянемо питання гармонізації цих документів детальніше, оскільки відповідні норми ЦКУ і ГКУ є матеріальними нормами внутрішнього — відповідно приватного і публічного права (їх положення висвітлено у деяких підрозділах цієї монографії).

Суперечки між прихильниками прийняття Господарського кодексу і його супротивниками (як правило, представниками цивільно-правової науки) точилися не одне десятиліття. Зрештою, в Україні 16 січня 2003 р. Господарський кодекс було прийнято. Таким чином, проблема з теоретичної площини перемістилася в практичну. Змінилася і сутнісна сторона проблеми. Замість питання “бути або не бути” виникла проблема спільного, несуперечливого, послідовного функціонування. Адже колізії в національному законодавстві — явище вкрай небажане. Колізії у правовому регулюванні економічної діяльності (майнових відносин — у термінах ЦКУ або господарської — у термінах ГКУ) можуть, якщо не паралізувати, то істотно знизити її активність.

Для запобігання колізіям розроблення таких важливих для цієї сфери життєдіяльності правових актів, як Цивільний і Господарський кодекси, повинно було б здійснюватися системно, координовано. Необхідно було, відкинувши непотрібні в даному випадку наукові амбіції, розпочати роботу над цими документами ще на рівні концептуальних ідей їх створення. Ув'язування на рівні концептуальних ідей, а потім і змісту — предмета, об'єктів і шляхів їх регулювання з боку Цивільного і Господарського кодексів — ось що було необхідно для підвищення ефективності правового регулювання господарської діяльності. Проте складається враження, що розроблення обох кодексів, яке почалося приблизно одночасно, здійснювалося в умовах найсуворішої таємності, закритості, ізоляції їх авторів. Цивільний кодекс розроблявся як самодостатній. Про це свідчать глави, присвячені питанням державної реєстрації юридичних осіб (ст. 89), регламентації їхніх організаційно-правових форм (ст. 83) і статусу (дещо виправляє ситуацію розмежування юридичних осіб публічного й

приватного права, про що йтиметься нижче), самовільного будівництва (ст. 376 ЦКУ), реєстрації договорів комерційної концесії (ст. 1118), затвердження договорів (ст. 1111, 1114) та ін. Щодо Господарського кодексу, то він містить посилання на Цивільний, хоча й у ГКУ належної послідовності немає.

Логічно було б починати розмежування вказаних кодексів з визначення предмета їх правового регулювання. В існуючих спробах визначення предмета Цивільного кодексу (цивільних відносин як особистих немайнових і майнових, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їхніх учасників) і предмета Господарського кодексу (господарських відносин як таких, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності) немає чіткого розмежування сфери ведення цих кодексів. Доказом тому є, зокрема, те, що ГКУ крім предмета свого регулювання — майнові й особисті немайнові відносини (ст. 4) — містить безліч статей, що цілком можна віднести до майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їхніх учасників. Проте розмежування цих кодексів можна було б здійснити, використовуючи такі категорії, як об'єкт (сфера регулювання), суб'єкт і способи правового регулювання.

Об'єкт правового регулювання. На наш погляд, саме поділ за об'єктом (сферою), суб'єктом і способом правового регулювання міг би бути однією з концептуальних ідей розмежування Цивільного і Господарського кодексів. Пропонується ідентифікувати господарське право як публічне, а цивільне як приватне. Якщо цивільне право, на думку Е. Харитонова, — це вияв приватного права на національному рівні, то господарське — вираження публічного [218]. Досягнення спряженості — погодженості (сумісності, нарешті, гармонії) обох кодексів полягає в регламентації Господарським кодексом тих об'єктів (як правило, публічного характеру), врегулювання яких Цивільний кодекс відніс до закону. Наприклад, у главі 7 ГКУ “Загальні положення про юридичну особу” цивілісти віднесли до регламентації в законі порядку, форм створення і реєстрації юридичних осіб:

- юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку (ст. 80 ГКУ “Поняття юридичної особи”);
- юридична особа підлягає державній реєстрації в порядку, встановленому законом (ст. 89 “Державна реєстрація юридичної особи”);

- юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом (ст. 83 “Організаційно-правові форми юридичних осіб”, ч.1);
- визначення випадків, у яких товариство не може бути створено однією особою, особливості правового статусу окремих видів установ, правила для окремих видів товариств і установ: товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Особливості правового статусу окремих видів установ встановлюються законом (ст. 83, ч. 2);
- положення цієї глави застосовуються до всіх товариств та установ, якщо інші правила для окремих видів товариств або установ не встановлені законом (ст. 83, ч. 4).

Таким чином, ГКУ, уособлюючи публічну частину економічного права людини, усуває прогалини цивільного права, коли повинні забезпечуватися інтереси суспільства в цілому або застосування стандартних умов ЦКУ зумовлює потребу в додаткових державних гарантіях.

Суб’єкт правового регулювання. Юридична особа традиційно визначається в теорії держави і права, по-перше, як колективний суб’єкт [5]; по-друге — як суб’єкт цивілістичних, приватноправових відносин. Проте таке розуміння юридичної особи застаріло і не відповідає сучасним реаліям, економічним умовам діяльності колективних утворень і приватних осіб у правовідносинах публічного характеру. Законодавством більшості країн уже давно передбачено можливість створення юридичних осіб однією фізичною особою¹. Щодо цього ЦКУ, передбачаючи можливість створення акціонерного товариства однією особою (як юридичною так і фізичною — ст. 153), відповідає світовим цивільно-правовим зразкам.

Поділ сфер ЦКУ і ГКУ за суб’єктами впливає зі змісту ст. 81 і 82 ЦКУ. З них, зокрема, можна дійти висновку, що питання створення і функціонування юридичних осіб публічного права виводиться зі сфери правового регулювання ЦКУ, навіть у цивільних правовідносинах. Щодо цих осіб Цивільний кодекс діє за принципом субсидіарності (залишковості, “якщо інше не встановлене законом”). Іншими словами, створення, статус і порядок функціону-

¹ М. І. Кулагін називає юридичні особи такого роду компаніями однієї особи, “юридичними мутантами” [96].

вання юридичних (та інших) осіб публічного права винесене ЦКУ за межі його регулювання, передано до відання іншого закону, іншої, ніж цивільно-правова, сфери регулювання. Це повинна бути сфера публічно-правового регулювання, господарсько-правова сфера.

Розмежувавши цивільно- і господарсько-правові сфери (приватне і публічне), можна визначити “входи” і “виходи” сутнісних частин відповідних кодексів (де закінчується приватноправове і починається публічно-правове регулювання). Наступне завдання — це забезпечення сумісного функціонування різних за природою об’єктів за рахунок їх розмежування, а потім — поєднання їх інтересів. Важливість такого розмежування і наступного єднання важко перебільшити. Держава (здаємо знову Вл. Соловійова) має на меті загальну користь. Власною метою держави є не інтерес як такий, складова власної мети окремих осіб і партій, а розмежування цих інтересів, що уможливорює їхнє спільне існування.

Способи правового регулювання. Передусім зазначимо, що розмежування приватного і публічного вперше за останні десятиліття відкрило можливості для створення справжнього цивільного права: виникли передумови для формування істинно цивільних — двосторонніх конструкцій правовідносин, а не тресторонніх, як це було за радянських часів.

У методологічному плані розмежування за способом правового регулювання цивільного і господарського законодавств може виглядати так: цивільні правовідносини — це завжди відносини між юридично рівними учасниками, які мають вигляд двосторонньої конструкції. Господарські правовідносини — це економічні відносини між: а) юридично нерівними учасниками (однією зі сторін є орган публічної влади); б) юридично рівними особами, одна з яких — юридична особа публічного права. Такі правовідносини, як правило, є тресторонніми конструкціями.

Розмежувавши об’єкт, суб’єкт і способи правового регулювання Цивільного і Господарського кодексів, розглянемо головну функцію господарського права. На сьогодні це якісно нова функція, важливість формулювання якої зумовлена крахом колишньої концепції господарського права — врегулювання “соціалістичних господарсько-організаційних відносин”, що панувала за радянських часів. Коли йдеться про господарське право, потрібно мати на увазі участь держави в гос-

подарському житті країни шляхом врегулювання як внутрішньо-державних господарських відносин, так і зовнішньоекономічної діяльності. Саме ці напрями — головна мета створення Господарського кодексу. Необхідність його розроблення зумовлена потребою підвищення ступеня участі держави в господарській діяльності. Участі саме наданням кодифікаційного акта, а не шляхом відомчого її регулювання актами органів виконавчої або місцевої влади.

Існують різні підходи до визначення ролі держави в економіці країни, починаючи від концепції повної “деполітизації економіки” (XIX ст. — А. Сміт, Д. Рікардо), у контексті якої роль держави повинна зводитися лише до контролю за правилами гри в економіці. Вважалося, що держава не повинна брати участь у міжнародних економічних відносинах. У другій половині XX ст. офіційною стала кейнсіанська (запропонована Дж. Кейнсом) доктрина регулювання економіки, відповідно до якої держава вже значною мірою бере участь у регулюванні економіки як національної, так і міжнародної [75].

Господарський кодекс доцільно інтерпретувати як джерело економічного права, зміст якого відображає уявлення законодавця про економічну роль, діяльність держави в економіці. Зокрема, у цей кодекс можна було б залучити:

а) правові норми, ділові звичаї, судові рішення (рішення господарських судів), що регулюють економічні відносини та опосередковуються на сьогодні адміністративним правом. Питання про те, що такі економічні відносини мають істотну специфіку, яка відрізняє їх від інших відносин адміністративного (поліцейського) права, тут не розглядається як очевидне;

б) інші самостійно існуючі регламенти економічних відносин, наприклад конкурентне право, антидемпінгове законодавство, нетарифне регулювання зовнішньої торгівлі та ін.

Основними об'єктами економічного права могли б бути такі найважливіші сфери економіки, як *виробництво*, *торгівля* (замість соціалістичного розподілу) і *посередництво* між виробництвом і споживачем. Коло регламентованих відносин у виробництві пропонується визначити на основі системного підходу, зокрема використання категоріального апарату — циклу (етапів) життєдіяльності системи: створення, функціонування, розвиток, елімінація. Звідси адекватні завдання публічної влади щодо регламентації таких

адміністративно-економічних (господарських) груп функцій, як *створення, функціонування і розвиток* (елімінація) суб'єктів господарювання стосовно виробництва, торгівлі та посередництва. Це їхня реєстрація, ліцензування, стандартизація (державні та міжнародні стандарти типу ISSO) і сертифікація, забезпечення конкурентного середовища, державний контроль (його форми, порядок здійснення), банкрутство, примусовий розподіл, реорганізація тощо. Регламентація сфери торгівлі передбачає тарифне і нетарифне регулювання, врегулювання антидемпінгової політики та ін.

Один з найважливіший компонентів господарської діяльності — посередництво до недавнього часу взагалі не був урегульований у законодавстві. Це спричинило його нерозвиненість, стримування потенцій торговельного обороту, наявність напрацьованих практикою різних схем одержання винагороди, у тому числі й таких, що суперечать принципам чесного підприємництва, є правопорушеннями (корупція, хабарництво). Відсутність інституту відповідальності за невиконання підприємницької винагороди зумовила також введення в Кримінальний кодекс України таких статей, як “Вимагання” (ст. 189), “Примус до виконання або невиконання цивільно-правових зобов'язань” (ст. 355) та ін. Водночас у законодавстві розвинутих держав з ринковою системою господарювання це питання має досить докладну правову регламентацію. Наприклад, у Німеччині, де посередницький прибуток легітимізований на рівні цивільного законодавства, передбачено різні варіанти визначення його розміру і запроваджено інститут відповідальності за невиконання посередникові комісійних.

В умовах глобалізації, інтеграції України у всесвітні та європейські структури актуалізуються й питання захисту національних інтересів, економічної безпеки країни. Механізми глобалізації останнім часом є об'єктом ґрунтовних досліджень, значна частина яких стосується саме відповідних змін ролі й статусу національної держави в цілому та її здатності виконувати економічні функції. Одним з результатів таких досліджень є висновок про те, що вже сьогодні панування транснаціональних корпорацій (ТНК) і найбільших банків, безконтрольний рух фінансового капіталу призводить до девальвації ролі держави. Саме це свідчить про зникнення державного суверенітету, який перетворюється лише на віртуальну реальність, а держава стає нездатною ефективно впливати на еко-

номічний і соціальний розвиток. Так, досліджуючи наслідки глобалізації економічного простору, Л. Мясникова підкреслює: “Раніше господарство практично кожної країни являло собою самовиробляючу систему. Тепер така система — тільки світове господарство в цілому. ... Наявність транснаціонального капіталу фактично зводить нанівещь спроби регулювати фінансові ринки — кейнсіанські та монетаристські методи виявляються марними. При цьому сама роль національної держави відходить на другий план, транснаціональний капітал знаходиться поза юрисдикцією цих держав” [136]. І саме тут значною є роль публічного правопорядку, Господарського кодексу. Разом з розвитком міжнародного торговельного права (у межах СОТ і ЄС) повинне адекватно розвиватися і національне господарське законодавство протекціоністської орієнтації. Це законодавство має забезпечити рівновагу інтересів міжнародних співтовариств, національних інтересів держави й суб’єктів господарювання. Йдеться також про закони України “Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту”, “Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту”, “Про митний тариф”, що становлять так званий антидемпінговий кодекс України, але потребують офіційної кодифікації. І це доцільно було б зробити на рівні ГКУ, який, закладаючи основи національної протекціоністської політики, регулював би господарські відносини фізичних та юридичних осіб з державою, встановлював також механізми взаємодії національних і міжнародно-правових норм. Водночас ГКУ мав би встановлювати правові засади такого державного управління в галузі економіки, яке б не спотворювало конкуренцію, не ставило суб’єкти господарювання у нерівні умови. На жаль, проблеми у цьому питанні існують.

За результатами аналізу Антимонопольним комітетом України національного законодавства встановлено, що державна допомога у вигляді різноманітних пільг, дотацій, субсидій, кредитів тощо стосується практично всіх галузей господарства України. Наявна система державної підтримки підприємницької діяльності іноді не лише спотворює ринкові відносини, створює нерівні умови підприємницької діяльності, а й знижує ефективність використання обмежених державних ресурсів. Неврахування конкуренції як критерію для цілеспрямованого визначення напрямів та обсягів допомоги держави суб’єктам господарювання знижує точність

реалізації економічної політики держави стосовно розвитку ринкових відносин.

Запровадження в Україні законодавчо врегульованого на рівні кодексу механізму надання та використання державної допомоги дасть змогу стимулювати на загальноприйнятих засадах економічний розвиток менш розвинутих чи пріоритетних галузей, регіонів, окремих суб'єктів господарювання, що зумовить зростання загального добробуту та розвиток економіки держави в цілому. Єдині підходи до надання державної допомоги сприятимуть усуненню нерівності між суб'єктами господарювання та їх закордонними конкурентами, позбавить останніх можливості використовувати надання державної допомоги в Україні для ініціювання необґрунтованих антидемпінгових та інших захисних заходів, що безпідставно обмежують українських товаровиробників на світових ринках.

Набуття членства у СОТ та ЄС є базовою економічною складовою інтеграції України у світовий та європейський економічні простори, основою для входження до світової інфраструктури. Членство в цих організаціях вимагає адаптації законодавства України до законодавства ЄС та виконання вимог, встановлених СОТ щодо здійснення торгівлі. Одним з основних питань адаптації є врегулювання системи надання державної допомоги окремим суб'єктам господарювання. Слід визначити правові, економічні та організаційні засади надання, використання та контролю державної допомоги суб'єктам господарювання в Україні. Головною метою має стати визначення розміру державної допомоги, порядку її надання та використання, а також державний контроль за цими заходами, спрямованими на запобігання спотворенням економічної конкуренції та ефективний розвиток конкурентних відносин в Україні. Усе це сприятиме розвитку ефективних ринкових відносин, удосконаленню механізмів захисту конкуренції, гармонізації промислової політики із конкурентною та адаптації законодавства України до законодавства ЄС, забезпеченню механізмів виконання п. 2.2 ст. 49 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейським Союзом та Угоди СОТ “Про субсидії та компенсаційні заходи”.

Продовжуючи тему захисту національного товаровиробника, варто зазначити необхідність закріплення в кодексі нетарифних інструментів у цілому. Нетарифні інструменти — це комплекс об-

межувальних, заборонних заходів, що перешкоджають проникненню іноземних товарів на внутрішній ринок. Метою цих заходів є захист національної промисловості, охорона життя і здоров'я населення, моралі, релігії, національної безпеки. Основними господарсько-правовими засобами тут могли б бути ембарго, кількісні обмеження, ліцензування, квотування, обов'язкові стандарти, технічні бар'єри та інші вимоги до сертифікації товарів, їх пакування і маркування, пріоритет національного товаровиробника при здійсненні торгів, державних закупівель, самообмеження експорту тощо. Вжиття такого роду заходів могло б бути віднесене до господарської компетенції органів виконавчої, місцевої влади. Цим, зокрема, і відрізняються нетарифні методи від тарифного регулювання (мита і митних зборів, кількісних обмежень, умов здійснення платежів та ін.), яке виконується лише на законодавчій основі. Звичайно ж, застосування нетарифних засобів не повинне порушувати ринкові механізми (що має бути чітко обумовлено в Господарському кодексі) і навіть, навпаки, може сприяти налагодженню ефективнішого функціонування ринку.

Чітке визначення господарської компетенції органів виконавчої та місцевої влади у сфері застосування заходів нетарифного регулювання мало би важливе значення в забезпеченні принципу законності у народному господарстві. Річ у тім, що міністерства і відомства, користуючись відсутністю на сьогодні відповідних законодавчих актів, які регулюють застосування нетарифних методів, зловживають їх використанням далеко не в інтересах економіки України (наприклад, корупційна система розміщення урядових замовлень; умови транспортування, що дискримінують іноземні вантажі; регіональна політика розвитку, що передбачає пільги для окремих регіонів з імпорту/експорту; дискримінаційна політика щодо іноземних інвестицій; дискримінаційні податкова, фінансова, валютна політика; політика регулювання платіжних балансів, що створює переваги для окремих торговельних потоків або гальмує їх), дублюючи діяльність законодавчих органів, а то і безпосередньо підмінюючи її.

Наступною функцією публічної влади є створення конкурентного середовища. У главі III ГКУ "Обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції" йдеться про порядок здійснення цієї функції, проте положення цього розділу суперечать Конституції України і законодавству про

захист економічної конкуренції. Так, п. 1 ст. 26 ГКУ “Обмеження конкуренції” передбачає випадки визнання обґрунтованими рішень чи дій органів державної влади й місцевого самоврядування, спрямованих на обмеження конкуренції, або таких, що зумовлюють ці обмеження. Водночас ст. 15 Закону України “Про захист економічної конкуренції” визнає антиконкурентними дії органів влади, місцевого самоврядування, адміністративно-господарського управління і контролю з прийняття будь-яких актів (рішень, наказів, розпоряджень, постанов і т. п.), надання письмових або усних вказівок, висновків, угод, які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи перекручування конкуренції. Створення конкурентного середовища, на нашу думку, є найважливішою функцією держави. Не регулювання виробництва, цін тощо (це вже застосовувалося), а саме створення конкурентних умов — от те, що може забезпечити процвітання і достаток.

Отже, Господарський кодекс повинен відображати, як зазначалося вище, наше уявлення про функції публічної влади у сфері створення, забезпечення функціонування і розвитку господарського комплексу країни, виходячи з ідеї забезпечення прав людини на підприємництво і держави на здійснення господарської діяльності. При цьому йдеться про наявність не тільки відповідних правових норм (позитивного врегулювання), а й механізмів, які б забезпечували реалізацію цих норм.

Необхідність врегулювання прав на підприємницьку діяльність і забезпечення їх реального виконання впливає із завдань розвитку економіки України, а також виконання вимог низки найважливіших міжнародно-правових документів, зокрема Конвенції Ради Європи про захист прав людини й основних свобод, що набула чинності для України з 17 вересня 1997 р. Ця конвенція, захищаючи права громадян країн — її учасниць, визначає позитивні обов’язки держав із забезпечення в межах своєї юрисдикції прав і свобод, закріплених у Конвенції та протоколах до неї. Сутність позитивних обов’язків, на що звернув увагу М. Буроменський, полягає в тому, що держава насамперед повинна мати законодавство, яке б найбільшою мірою забезпечувало дотримання конвенційних прав і свобод, а також передбачати всі необхідні заходи для того, щоб це законодавство діяло [24]. У рішенні Європейського Суду щодо однієї зі справ такого роду, зокрема у справі “Сидирпоулус та інші проти

Греції” від 10 липня 1998 р. було підтверджено позитивне зобов’язання держави забезпечити асоціаціям право придбати статус юридичної особи.

Розроблення Господарського кодексу на підставі викладених концептуальних ідей забезпечить ефективність цього документа, чітке його розмежування з Цивільним кодексом, виключить можливість їх дублювання і протиріч. У практичному плані стосовно соціальної організації життєдіяльності людей йдеться про узгодження інтересів особи і суспільства — проблему, що вимагає вирішення у будь-якому людському співтоваристві.

Організаційне забезпечення розв’язання проблеми. Для наукового забезпечення процесу трансформації права України, розвитку приватного права, його методології в системі Академії правових наук України створено Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва та інші науково-дослідні структури. Завданнями наукового забезпечення розвитку приватного права з боку цих структур має стати не тільки “фотографування”, узагальнення, аналіз та виявлення відповідних прогресивних тенденцій. Необхідно також сприяти їх розвитку в законотворчій діяльності, запропонувати методологію і механізми, які забезпечували б розроблення найдосконаліших зразків приватного права. Іншими словами, необхідне наукове управління цим процесом у країні.

Потрібно на теоретико-методологічному рівні ввести конструктивне визначення системи права як реальної соціальної цінності, розробити організаційні механізми збереження його як такої цінності. Слід також визначити головні ознаки, принципи побудови, функціонування і розвитку цієї системи, яка, по перше, має бути стабільною. Величезна кількість постійних змін до законодавства означає відсутність права. По друге, право повинне бути не політичним знаряддям влади, а інваріантним до політичної влади, політичних лідерів і розстановки політичних сил. Воно має бути вищим за будь який державний орган, починаючи з Президента, Верховної Ради, Конституційного і Верховного судів (як, наприклад, у США, де Конституцію однаково поважають, неzapе- речно підкоряються їй і прибиральник, і поліцейський, і президент країни).

Перша проблема, з якої впливає відповідне завдання дослідження в галузі приватного права, — це вироблення принципів і за-

сад створення дійсного публічного і приватного права, а також введення критеріїв віднесення норм до дійсного права, таких його сфер, як публічне і приватне.

По третє, слід розробити технологію прийняття державно-публічних рішень (найважливіших державних реформ, програм, концепцій, законопроектів), яка б забезпечувала їх високу якість. Етапи цієї технології визначають набір і структуру необхідних функцій державного управління. Виходячи з цього набору і структури, можна віднайти достатньо раціональну організаційну структуру органів управління. В цьому разі вона визначатиметься не “на око” і не з меркантильних міркувань або з намагання створити засіб політичного торгу.

Другою проблемою дослідження в галузі приватного права з позиції викладеного є розроблення методології “приватизації” публічного (тоталітарного) права — сукупності заходів з повернення певної галузі публічного права “обличчям до людини”.

Третя проблема — формування методології побудови таких приватноправових конструкцій, які б відповідали класичним зразкам.

Четверта і п’ята проблеми, які потребують розв’язання, — розроблення механізмів протидії появи відомчого та номенклатурного права, формулювання пропозицій щодо побудови системи управління розвитком приватного права в Україні.

Розв’язанню наведених і деяких інших проблем присвячено тему “Методологія приватного права” у секторі теорії і методології приватного права Інституту приватного права і підприємництва НАН України. Одним із результатів цього дослідження має стати закладення підвалин методології та нової конструктивної (практично результативної) теорії приватного права і держави, обґрунтування (в межах цієї теорії) застосування методології (стратегії) реформування псевдоправа в дійсне право, необхідності введення та розроблення деяких положень теорії юридичної транзитології.

Необхідна теорія, яка б давала змогу і правильно виявити те, “що” треба змінити, і озброювала б законотворчу діяльність методологією, методами, “як” це можна було б виконати. Потрібні фахівці, по перше, з використання світових зразків права, накопичених людством (зокрема, імплементації класичних конструкцій побудови норм приватного права, міжнародно-правових актів у поле національного законодавства). По друге — в галузі проектування, моделювання найефективніших технологій розроблення і прийняття

найважливіших раціональних державно-публічних рішень: проектів реформ і концепцій, законопроектів, організаційно-правових форм у сфері державного управління. Потрібні управлінці законотворючим процесом.

Із застосуванням нових методології і методів в Україні мають бути розроблені механізми управління розвитком приватного права, протидії появи відомчого та апаратного права. Здійснення такого дослідження повинне забезпечити українській науці досягнення:

- лідерства міжнародного рівня в розробленні положень нових теорій (теорії юридичної транзитології та теорії приватного права);
- статусу провідної в цьому напрямі держави в межах СНД, Східної Європи, а, можливо, й у світі.

МЕТОДОЛОГІЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Енциклопедичне, загальноприйняте, традиційне визначення поняття “методологія” зводилося в недавньому минулому до трактування її як: 1) вчення про метод наукового пізнання та перетворення світу; 2) сукупності прийомів дослідження, що застосовуються у будь-якій науці (методологія від *метод* і *логія*) (МРЕ. — М., 1960. — Т. 1. — С. 1219). Тобто існування цього терміна обмежувалося науковою сферою діяльності. Так розуміли і продовжують розуміти його багато хто з правознавців — вчених-юристів стосовно методології права.

На нашу думку, в багатьох сферах життєдіяльності, за які відповідалі суспільні науки, зокрема в управлінні, правотворенні, практика має бути продовженням наукового процесу. Це теж можна вважати методологічним положенням. Справедливість його підтверджує така сфера діяльності, як менеджмент. Усі методи наукового аналізу і синтезу, що застосовуються в дослідженнях як само собою зрозуміле, використовуються і в практиці менеджменту, в тому числі у галузі державного управління. Крім того, наукові методи повинні застосовуватися у розв’язанні значних і складних проблем практики. Оскільки в Україні, принаймні в галузі правотворення, наявні такі проблеми, то слід використовувати у відповідних процесах правотворення наукові методи, сукупність (система) яких визначається як методологія.

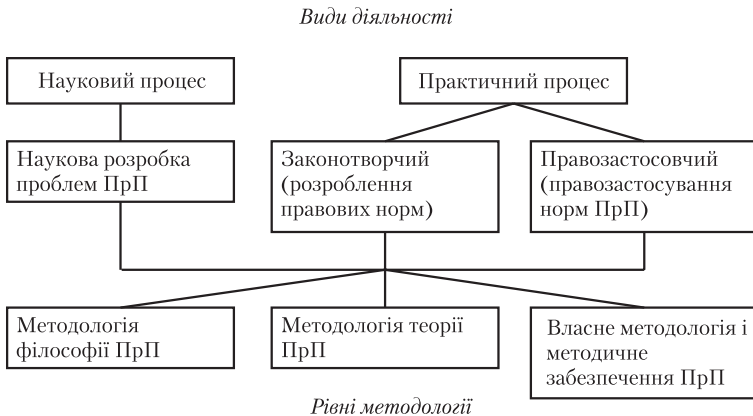
Тому пропонуємо розглядати методологію приватного права як

компонент системи методології держави і права. Ця система має бути трирівневою і охоплювати: 1) методологію філософії приватного права; 2) методологію теорії приватного права; 3) власне методологію приватного права, яка повинна мати методологічний і методичний рівні. Об'єктами методологічного забезпечення є науковий і практичний процеси в галузі приватного права. Практичний процес поділяється на законотворчий і правозастосовчий. Якщо побудувати матрицю, у рядках якої вказати методологічні рівні, а у стовпцях — перераховані об'єкти, то на перетині рядків і стовпців одержимо повний набір видів методологічного забезпечення, які можуть використовуватися як завдання для розроблення в межах згаданої вище юридичної транзитології (див. також схему, наведену нижче).

Перший (базовий) рівень методології права — методологічне забезпечення філософії, ідеології, наукового розроблення таких явищ, як філософія (ідеологія) права, і практичного застосування філософії та ідеології в процесі законодавчої діяльності.

Другий рівень — це методологічне забезпечення теорії, досліджень у галузі права — наукове розроблення теоретичних положень щодо конструювання приватноправових норм, вибір і застосування певного наукового арсеналу.

Методологія приватного права *третього рівня* повинна мати двойний характер — власне методологічну (стратегія) і методичну



Система методологічного забезпечення приватного права (ПрП)

(тактика — сукупність методів) частини. Методологія має величезне значення як для здійснення досліджень у галузі права, так і для процесів законотворчості та правозастосування. На це вже давно звертали увагу російські та українські вчені. Як зауважував свого часу один з корифеїв української теорії права П. Недбайло, саме філософсько-правові засади юридичної науки (як і будь якої іншої суспільної науки) визначають загальний підхід до мети і спрямування дослідження, добору досліджуваних фактів і явищ та інтерпретації результатів дослідження [148].

Дефіцит методології в юридичних дослідженнях зазначають і сучасні теоретики права. У статті П. Рабіновича “Трансформація методології вітчизняного праводержавознавства: досягнення і проблеми” [104, с. 20] є посилання на Рекомендації науково-практичної конференції “Проблеми методології сучасного правознавства”. У них, зокрема, зазначалося: “Загальний стан розробки методологічних проблем українського правознавства відстає від сучасних проблем, хвибує відчутними недоліками. Поширення набули методологічна невизначеність, еkleктизм, некритичне запозичення певних методів та методичних заходів інших наук поза межами їх можливого використання у дослідженнях соціально-правових проблем. Мають місце непоодинокі прояви абстрактного, соціально беззмістовного визначення державно-правових явищ, нерозбірливого застосування концепцій та норм, що належать до різних, нерідко протилежних зарубіжних правових систем, недооцінки правових принципів, вимог відповідності об’єктивній реальності, потребам та критеріям практики”.

Не менш суттєвою є методологія приватного права у практичній сфері. Визначаючи важливість наявності методології приватного права, слід погодитися з Є. Харитоновим який зазначав, що цивільне право України вже котре десятиріччя створюється і розвивається спонтанно, залежно “від ідеологічних доктрин; від ступеня впливу того чи іншого угруповання правників; від звернення до певних іноземних зразків” [218, с. 17]. Ця думка є слушною, хоч в роботі не вказано всіх основних чинників, що впливають на процес (а отже, і результат) державопрямованості.

З’ясування цих чинників є предметом самостійного дослідження, яке було нами здійснено і викладено в роботі “Права человека в свете христианской доктрины и идей открытого духовного общества” [237]. Зокрема, перелік факторів негативного характеру,

які необхідно нейтралізувати в процесі державного управління, законотворення, тобто цілі управління (вони мають визначатися залежно від проблем), наведено, виходячи із загроз людині. Але це тільки відповідь на запитання — “що” робити. Щодо того, “як” робити, то відповідь на це запитання і є завданням методології прийняття відповідних державно-політичних публічних рішень.

Цю відповідь мають дати філософія права та його теорія, яка повинна містити загальну частину для всіх галузей права, тобто бути придатною для побудови його публічної та приватної сфер, і спеціальну частину, призначену для використання при розробленні норм, що становлять певну сферу або галузь права. Отже, необхідні методологія приватного права і методологія окремих його галузей (цивільного, адміністративного тощо). Загальна методологія повинна бути потенційно здатною забезпечити розв’язання проблеми безпеки здійснення приватних прав людини.

Оцінка нинішнього стану методології права в площині практичної законотворчості та правозастосування визначається їх рівнем. Законотворчість (як і правозастосування) перебуває в Україні на вкрай низькому рівні. Про це свідчать не тільки безперервні зміни у чинному законодавстві, а й так зване “ручне управління” — творіння права Президентом країни, органами виконавчої влади, Конституційним судом тощо.

Щодо правозастосування розрізнятимемо методологію правозастосування, що є загальною для усіх галузей права, і методологію галузевого правозастосування (у галузі кримінального, цивільного права тощо). Загальної методології стосуються, наприклад, методологічні положення, які випливають зі ст. 8, 9 Конституції України: “Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується” (ч. 3 ст. 8.); “Чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України” (ч. 3 ст. 9).

Проте, чи дотримуються цих норм методологічного характеру в правозастосовчій діяльності, наприклад в діяльності суду? Чи можна знайти суд, який прийняв би позовну заяву, обґрунтовану лише посиланнями на Конституцію України? Або побачити судові рішення, винесене на підставі міжнародного договору?

Зміст методології права. Зміст методології приватного права виз-

начається її рівнем. Розрізнятимемо, як зазначалося вище, три рівні цієї методології: філософський, теоретичний та власне методологічний (методичний). Під філософським рівнем слід розуміти передусім ідеологію побудови системи права.

Вважаємо, що коректніше говорити не про методологічні надмірності, а про дефіцит методологічного забезпечення як у практичній юридичній діяльності, так і в теорії права. Можливі зауваження щодо методологічних надмірностей. Проте ні з тим, ні з іншим погодитися не можна. Щодо методологічних надмірностей, то саме відсутність потужної методологічної бази призводить до безперервних змін прийнятих законів і постанов. Законодавці змушені постійно оглядатися назад, а чи не завалиться споруда з прийнятих ними законопроектів, яку вони будують, під тягарем власних надбудов. Навіть прийняті українським Парламентом нові кодекси часто не набувають чинності або їх дія призупиняється, а в тексти легітимних, офіційно опублікованих документів вносяться зміни ще до набуття ними чинності. Такого правового свавілля не було і в перші роки існування радянської влади. До речі, за тієї доби методологія права існувала, і навіть на той час була достатньо розвинутою. Це була марксистсько-ленінська методологія (філософія) права.

Перехід до філософсько-методологічного рівня приватного права потребує відповіді на два питання: 1) “ЩО” — які саме підвалини буде закладено в основу правової політики, певних видів юридичних рішень (йдеться про вибір конкретної філософії для правотворення); 2) “ЯК” — як забезпечити практичну реалізацію обраної конкретної філософії для правотворення. Почнемо з відповіді на перше запитання, що має бути філософсько-методологічною базою саме для українського правотворення. До цього часу в юридичній і у філософській літературі така методологія не визначена. Роботи в галузі філософії права, як сучасні, так і минулих років, здебільшого є викладом політико-правових поглядів, і в цьому плані мало чим відрізняються від теорії політико-правових вчень. Немає єдиних загально визначених критеріїв оцінки цих вчень, їх вибору для визначення, формування філософії національного або міждержавного (конвенційного) правотворення, філософії правотворення у певній сфері (приватній або публічній) чи галузі права, а також філософії права України в цілому. Не сформульовано відповідного замовлення на цю розробку і з боку теорії права. Такі теоретичні прогалини спричиняють значні

проблеми на практиці. Відсутність ефективної національної методології правотворення, заснованої на найефективнішій ідеології (сумі концептуальних ідей, доктрин) з урахуванням національних традицій і особливостей, призводить до запозичення правових моделей західного зразка, що не завжди відповідають не тільки найвищим цінностям, а й національним традиціям. А це зумовлює часті зміни у законодавстві, заперечення його взагалі й може призвести навіть до повалення суспільного ладу. Яскравим прикладом втрат через відсутність власної філософської доктрини правотворення, чітких критеріїв її оцінки є те що Конституція України, прийнята порівняно нещодавно, виявилася, як заявив її гарант, недосконалою і потребує суттєвих змін. Чи не станеться так, що внесені до неї зміни знову швидко застаріють.

Філософія права як наука повинна містити світоглядні концепції побудови, функціонування і розвитку політичної, державної влади, правотворення. Завдання її методології — визначити, сформулювати конкретну ідеологію, яку можна було б покласти в основу правотворення. Розглянемо критерії вибору, оцінки наявних ідеологій. Для цього необхідно визначити головну мету людини, людства в цілому. Такою метою, на наш погляд, є виживання людини. Отже, критерієм оцінки вибору політичного вчення, певної концепції, ідеології має бути відповідність її досягненню головної мети.

Людству відомі певні типи панівних ідеологій, які можна поділити на дві групи — бездуховні та духовні. До перших належать тоталітарні, нацистські, соціалістична, ліберальні (анархічні) ідеології. До других — переважно консервативні. Визначаючи умовність такого поділу, зазначимо, що у межах першої групи головними цінностями, що охороняється, можуть бути держава, державні інтереси (тоталітарні ідеології); певні класи — класовий підхід (соціалістична ідеологія); людина, її права (ліберальні ідеології, крайнім вираженням яких є анархізм). У межах ідеологій другої групи перевага віддається збереженню існуючих цінностей, передусім моральних, духовних. Оцінюючи наведені ідеології за виділеним нами головним критерієм, зазначимо, що перші призводять не до виживання, а до загибелі людей. І це не тільки нацистські або соціалістична ідеології, а й ліберальні (гуманістичні). Гуманізм, як підкреслюється у працях М. Бердяєва, поставив людину в центр Всесвіту. Він дав свободу творчому розвитку людини, віддаливши її від Божественного центру.

Тому, на думку Бердяєва, гуманізм не тільки утверджував самовпевненість людини, не тільки підносив її, а й принижував, тому що перестав вважати її істотою вищою, Божественного походження. Пройшовши етапи свого розвитку, гуманізм ще в епоху Реформації метафізично вже заперечував свободу взагалі й свободу самої людини. Це довела Велика французька революція, яка спонукалася пафосом прав людини і громадянина, свободи, але спричинила лише тиранію, розлила річки крові. Філософ доходить висновку, що революція, яка онтологічно зміцнює права людини, але забуває про права Бога, винищує сама себе. Щодо духовних ідеологій, то вони сприяють збереженню, виживанню людини. Нами обґрунтовується [237], що філософією праводержавотворення може бути християнська доктрина, з урахуванням національних особливостей України — православна християнська доктрина, на базі якої можна вирішувати всі глибинні питання приватного права, у тому числі й такі докорінні, як право власності, інші речові права, будувати правові інститути (наприклад, добросусідства) тощо.

Щодо відповіді на друге питання — “ЯК”, то практичним механізмом втілення цієї ідеології у правотворчу діяльність міг би бути “моральний фільтр” для влади, створений в межах теорії мудрих рішень, що теж запропоновано у [237].

Методологія (стратегія) реформування псевдоправа в дійсне право, методологічна основа розробки правових рішень мають забезпечувати їх ефективність, тобто досягнення цілей легітимним і найраціональнішим шляхом. І, нарешті, універсальні методи побудови компонентів приватного права повинні давати змогу створювати такі конструкції його норм, які б забезпечували незалежність незаборонених дій громадян цивільно-правового характеру від втручання держави.

Така постановка методологічних завдань здійснена вперше. Адже їх вирішення є необхідним, в іншому разі, як і на Заході, реформування, наприклад цивільного права, триватиме десятки років. Саме розвинута теорія приватного права має забезпечити вирішення завдань, поставлених Конституцією України щодо головного обов'язку держави.

СУТНІСТЬ, ПРИНЦИПИ ТА МЕТОДИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

2.1. ПРЕДМЕТ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Сутність міжнародного приватного права. Міжнародне приватне право — одна із складових приватного права, яке регулює майнові та особисті немайнові відносини громадян і юридичних осіб не тільки заходами національної правової системи, а й за допомогою відповідних міжнародних документів. Ці відносини засновані на юридичній рівності учасників, автономії їх волі, майновій самостійності (відособленості) та вільному волевиявленню.

Приватне (міжнародне приватне) право регулює відносини, що забезпечують приватні інтереси, автономію та ініціативу приватних власників і об'єднань приватних осіб: 1) в їхній майновій діяльності; 2) в особистих стосунках. Нас цікавитимуть перші відносини. В цьому разі міжнародне приватне право є договірним правом (на нашу думку, цей критерій є вдалішим). З огляду на це до МПрП належить передусім міжнародне торгове право. Ринок з властивими його учасникам егоїстичними прагненнями вимагає визнання зазначеної частини МПрП. Іншими словами, ринок і МПрП, що регулює майнову діяльність, — це дві сторони однієї медалі — економічна і правова. Поки існуватиме ринок, збережеться і відповідна частина МПрП. Але його природа змінюватиметься залежно від об'єкта ринкових відносин. Отже, МПрП, що регулює майнову діяльність, приватне право — це

все те, що регулює торговельний оборот. “Lex Mercatoria”, за словами О. О. Мережка, — нове правове явище, яке опосередковує відносини, що виникають із зовнішньоекономічних операцій, договорів між юридично рівними учасниками (Мережка А. А. Транснаціональне торговельне право (Lex Mercatoria). — К.: Таксон, 2002. — 464 с.). Саме в договорі закріплюються права та обов’язки сторін, що мають бути вільним волевиявленням.

Особливістю приватноправових відносин, що розглядаються у МПрП, є ускладненість їх іноземним елементом. Ним можуть бути:

- 1) суб’єкти правовідносин (наприклад, договір купівлі-продажу, укладений між українською та бельгійською фірмами);
- 2) об’єкти правовідносин (скажімо, відносини з приводу іноземних інвестицій);
- 3) юридичні факти (наприклад, українські громадяни, перебуваючи у Туреччині, зареєстрували спільне підприємство, уклали з турецькою фірмою договір підяду на будівництво будинку).

У конкретних приватних правовідносинах іноземні елементи можуть перебувати у будь-яких поєднаннях: належати до однієї з цих груп, двох або до всіх трьох. Наприклад, громадянин України — представник російської компанії — уклав у Парижі з представником китайської фірми договір купівлі-продажу товарів, розрахунки за які після надходження товарів до Росії повинні здійснюватися банком Німеччини. Як бачимо, виникають правовідносини купівлі-продажу, що мають кілька іноземних елементів, які належать до всіх трьох груп. За своїм складом ці відносини охоплюють п’ять держав. Кількість іноземних елементів може бути і більшою. При цьому досить наявності у складі правових відносин одного іноземного елемента, причому з будь-якої групи, щоб вони набули міжнародного характеру. Ці правовідносини, ускладнені іноземним елементом, охоплює міжнародне приватне право, що виступає як галузь права, навчальна дисципліна і наука.

Предметом міжнародного приватного права є правовідносини двох груп. По перше, це так звані колізійні відносини, а по друге — приватноправові відносини в широкому розумінні слова, тобто власне цивільно-правові відносини — особисті немайнові та майнові, “обтяжені” іноземним елементом [42]. Ці відносини впливають з права власності, права на підприємницьку діяльність, торговельних та інших відносин, відповідно до зовнішньоекономічних контрактів. При цьому головну увагу слід приділити саме останнім, оскільки традиційні сімейні, спад-

кові, трудові відносини достатньо повно відображені у наявній літературі з МПрП. Вони відносно консервативні. Підприємницькі, торговельні відносини, по-перше, динамічніші, а, по-друге, стали поширеними внаслідок переходу країн колишнього соціалістичного табору до ринкової економіки, виникнення значної кількості суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. У сучасних умовах інтеграції України в СОТ та ЄС роль таких відносин підвищується [31].

Колізійні відносини. Предметом правовідносин МПрП першої групи, як зазначалося вище, є так звані колізійні правовідносини. *Колізія* (лат. *collisio* — зіткнення) — зіткнення будь-яких протилежних сил, інтересів, прагнень; розбіжність між окремими законами однієї держави чи протиріччя законів, судових рішень різних держав; розбіжності або суперечності між правовими нормами, що регулюють однакові правовідносини¹. Колізія законів характеризується як протиріччя (зіткнення) двох чи більше формально діючих нормативних актів з одного і того самого питання².

Юридична наука на сьогодні не має єдиного поняття колізії права. Одні автори вбачають у ній суперечність юридичних норм (Н. Александров, М. Шаргородський), деякі розуміють її як одночасну дію різних норм щодо однієї фактичної ситуації (А. Міцкевич, А. Черданцев), інші визначають колізію як ситуацію, що виникає перед правозастосовчими органами за необхідності вибору певного правопорядку (І. Перетерський, С. Крилов, Л. Лунц).

Існує думка щодо багатозначності цієї категорії. Зокрема, А. Власенко [26] наполягає на тому, що термін “колізія” слід розуміти: 1) як відносини конфліктного характеру між нормами права для регулювання однієї фактичної ситуації, коли сам конфлікт полягає в розбіжностях чи протиріччі. Розбіжності трактуються як “слабке” зіткнення нормативно-правових правил, а протиріччя — як найсильніше зіткнення юридичних настанов; 2) як різновид правових колізій разом з конфліктами актів тлумачення та ін. [26].

Стосовно кваліфікації колізій можна розрізняти дві їх групи: колізії внутрішнього права і колізії, протиріччя між відповідними нормами, що регулюють аналогічні відносини в різних країнах, різних правових системах. До перших, за Н. Власенком, належать:

¹УРЕС: В 3-х т. — К., 1988. — Т. 2. — С. 283.

²Большой юридический словарь. — М.: ИНФРА-М, 1999. — С. 283.

- колізії у часі (норми, ухвалені в різний час, але спрямовані на регулювання одноманітних відносин);
- ієрархічні колізії (норми, видані різними правотворчими органами з одного і того самого правового питання);
- змістові колізії (норми, що мають різний обсяг регулювання для ідентичних правовідносин);
- просторові колізії (норми, які регулюють правовідносини у різних територіальних одиницях);
- персональні колізії (норми, що поширюються лише на певне коло осіб).

Якщо перша група колізій є наслідком нерозвинутості правової теорії, методології, прогалин у законотворчій діяльності та законодавчій техніці, то колізії другої групи вважаються цілком закономірними. Так, С. Лебедєв зазначає, що наявність у цих відносинах міжнародного чи іноземного елемента, не змінюючи їх юридичного змісту, наперед визначає їх зв'язок більше ніж з одним правопорядком або, іншими словами, породжує проблему “колізії” вітчизняного закону і закону іншої держави чи держав, з якими пов'язаний такий елемент (*collisio statutorum*), оскільки одні й ті самі питання можуть по-різному регулюватися в цих законах [100]. Але закономірність, а отже і виправданість колізій, допустимі лише у відносинах власності або пов'язаних з особистими стосунками (сімейне, спадкове право тощо). Стосовно торговельної діяльності, договірного права колізії суттєво негативно впливають на діловий оборот. Як засіб їх нейтралізації застосовуються спеціальні цивільні принципи, а також уніфікація як матеріально-правових, так і колізійних норм національного права.

Щодо спеціальних цивільно-правових принципів, то тут передусім слід назвати принцип автономії волі сторін. Сторони за цим принципом можуть у договорі визначати не тільки його умови і зміст, а й право, яке має застосовуватися до їх договору. Така можливість допускається національним правом багатьох держав (у тому числі цивільним законодавством України), а також правом світової (європейської) спільноти. Так, згідно з Римською конвенцією про право, що застосовується до договірних зобов'язань, укладеної у 1980 р. країнами ЄС (набула чинності з 1 квітня 1991 р.), вибір права сторонами повинен бути прямо визначений в умовах договору чи в обставинах справи або цілковито впливати з них. Якщо сторони

не зазначили у договорі, яке право належить застосовувати, то допускається можливість врахування мовчазної волі сторін. Це так звані конклюдентні дії (можливість застосування цього принципу і межі його дії повинні бути визначені законом).

Усунення колізій можна вважати цільовою функцією МПрП. На важливість цієї функції звертає увагу відомий фахівець у галузі МПрП М. Богуславської. Якщо для інших галузей права питання колізії законів мають другорядне, підпорядковане значення, то в МПрП, вважає він, колізійна проблема та її усунення становить основний зміст цієї правової галузі [19]. У міжнародному приватному праві колізія — одна з базових, основоположних категорій, яка визначається як зіткнення, розбіжність, протиріччя між певними законами чи судовими рішеннями різних держав, що породжує конфліктні розбіжності в її правовому регулюванні.

І дійсно, як відомо, спершу МПрП розвивалось виключно як колізійне право, завданням якого було розв'язання конфлікту між юрисдикціями. Така позиція МПрП вплинула, зокрема, на те, що в англосаксонській системі права ця галузь права визначається доктринально сформульованим терміном “law of the conflict of laws”, тобто правом щодо конфлікту законів, чим ще раз підкреслюється значення саме конфліктних норм у регулюванні відносин з іноземним елементом.

Приватноправові відносини, “обтяжені” іноземним елементом.

До приватного права, а точніше — до сфери приватного права, традиційно відносять певні галузі права (передусім цивільне, а також інші галузі права: сімейне, трудове тощо), які протиставляються таким чином сфері публічного права — публічно-правовим галузям — кримінальному, адміністративному, фінансовому та ін.

У публічно-правовій сфері переважають владні організаційні, примусові засади, пов'язані із здійсненням державних і суспільних (публічних) інтересів. Приватноправовий підхід зумовлений ініціативою і самостійністю учасників господарської діяльності, які реалізують власні (приватні) інтереси. Звичайно, у регулюванні економіки, майнових відносин кожна із цих сфер має свої переваги і недоліки, а тому майже ніколи не існує у “чистому” вигляді, хіба що за надзвичайних ситуацій. Так, наприклад, у період війни не обійтися без різкого посилення публічно-правових засад. Проте у найліберальніших ринкових умовах приватноправові засади неминуче дово-

диться обмежувати з метою запобігання монополізму і недобросовісній конкуренції, захисту прав споживачів тощо. Отже, проблема полягає не в дозволі або усуненні втручання держави в майновий оборот, а в обмеженні цього втручання, у встановленні законом його чітких меж і форм.

Варто зважати, що для вітчизняного господарства ця проблема завжди мала і має особливу гостроту, оскільки сфери приватного права як галузі, за загальним правилом закритої для довільного втручання держави, в історії як Росії, так і України майже не було. Ще наприкінці XVII — на початку XVIII ст., коли в західноєвропейських державах активно розвивалося приватнокапіталістичне господарство, російський монарх був вправі за своїм бажанням вилучити будь-як майно в будь-кого з підданих (як це, наприклад, робив Петро I, вимагаючи грошей на ведення воєн). Тільки в другій половині XVIII ст. Катерина II у вигляді особливого привілею дозволила дворянству мати на правах приватної власності майно, що не могло стати об'єктом довільного вилучення на користь держави або яких-небудь обтяжень “у казенному інтересі”. Для всіх інших суспільних станів таке майнове становище навіть юридично стало можливим тільки після реформ Олександра II, тобто у другій половині 60-х років XIX ст., й існувало лише до 1918–1922 рр., майже 50 років. Це і був унікальний для вітчизняної історії, але досить короткий період визнання й існування приватного права. Оскільки ні до цього часу, ні після нього ніяких приватноправових засад у країні, по суті, не існувало, держава звикла безцеремонно, довільно і безмежно втручатися у майнову сферу.

Як зазначалося вище, радянське цивільне право розвивалося в умовах панування відомої ленінської ідеї: “Ми нічого приватного не визнаємо, для нас усе в галузі господарства є публічно-правовим а не приватним”. Такий підхід зумовив переважання в економіці твердих централізованих засад, що спричинили виникнення, наприклад, категорії “планових” (“господарських”) договорів. Їх зміст визначався не волею й інтересами учасників, а плановими органами, що вирішували, хто, з ким і на яких умовах укладатиме конкретний договір. Але навіть при цьому визначення деяких умов вимушено віддавалося на розсуд сторін, а договори за участю громадян, як правило, виводилися з-під впливу плану (якщо не враховувати системи карткового розподілу товарів). Проте цивільно-правове регулювання було

формальним, його зміст порівняно з класичними зразками був істотно видозмінений, і навіть саму приватноправову термінологію намагалися вивести із широкого вжитку [42].

Наведений вище поділ права віднесенням певних його галузей до тієї чи іншої сфери є загальноприйнятим, але не точним, оскільки навіть деякі цивільно-правові норми можна віднести до публічно-правових, а серед кримінально-правових виявити норми приватно-правового змісту. Тому пропонуємо інші критерії для виокремлення приватного права.

Відносини, зумовлені вступом і функціонуванням України у СОТ та ЄС як предмет міжнародного приватного права. Конкретні види приватноправових відносин, що належать до особливої частини МПрП, залежать часто від особистих уподобань автора. Навіть у навчальних курсах з однойменної дисципліни (а вони, як відомо, відображають вже сформовану позицію з певного питання) до особливої частини цієї галузі завжди відносять (разом із цивільно-правовими інститутами, питаннями шлюбних та трудових правовідносин з іноземним елементом) також відносини, пов'язані із міжнародними купівлею-продажем, перевезеннями пасажирів, багажу і вантажів, міжнародні розрахункові та кредитні відносини (див., наприклад [211]), тобто ті інститути, які за своєю природою є цивільністичними, але більше пов'язані із діловим (торговельним) оборотом. Враховуючи глобалізаційні, інтеграційні тенденції сучасного суспільного розвитку і, зокрема, курс України на вступ до СОТ і ЄС, особливу увагу ми приділили саме цим аспектам МПрП, що зумовлено відповідними політичними рішеннями. Отже, розгляд саме цих відносин є не суб'єктивним уподобанням автора, а об'єктивною потребою, зумовленою вимогами часу. Виходячи з цього, ретельно розглянуто питання:

- права власності в міжнародному приватному праві;
- міжнародних та національних правових засад в інвестиційній діяльності;
- міжнародно-правового регулювання ринку цінних паперів;
- подвійного оподаткування, зовнішньоекономічних договорів;
- правового регулювання договору (контракту) міжнародної купівлі-продажу товарів;
- міжнародних розрахунків, міжнародних перевезень, державної закупівлі та її міжнародних аспектів (типовий закон про заку-

півлю товарів, будівельних робіт і послуг ЮНСІТРАЛ), у тому числі державної закупівлі в країнах ЄС, адаптації українського законодавства до права ЄС, принципів організації закупівель Світовим банком та ін.

2.2. ПРИНЦИПИ ТА МЕТОДИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Принципи приватного права. Ці принципи є одночасно і принципами МПрП. Вище підкреслювалося, що для приватноправових відносин характерним є приватний, егоїстичний інтерес їх сторін, а також те, що ринок із властивими його учасникам егоїстичними прагненнями вимагає визнання приватного права. Наголошувалося також, що поки існуватиме ринок, збережеться і приватне право. Водночас ніякий ринок не функціонуватиме, якщо ці егоїстичні інтереси не будуть моральними. Тому моральність, справедливість, добросовісність та розумність є найважливішим принципом сфери приватного права. Його можна назвати принципом “незловживання” цивільними правами.

Цивільні права, зазначається у ЦКУ, особа здійснює у межах, регламентованих договором або актами цивільного законодавства. При реалізації своїх прав вона повинна утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, вчинені з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. При здійсненні цивільних прав особа повинна дотримуватися моральних засад суспільства. Не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. У разі недотримання особою при здійсненні своїх прав наведених вище вимог суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші важелі, визначені законом (ст. 13 ЦКУ “Межі здійснення цивільних прав” . Такі самі вимоги зазначено і в розділі, присвяченому власності, та в інших.

Чинний Земельний кодекс України містить спеціальний розділ “Добросусідство”, зміст якого розкриває ст. 103:

1) власники та землекористувачі земельних ділянок повинні вибирати такі способи їх використання відповідно до цільового призначення, за яких власникам, землекористувачам сусідніх земельних ділянок завдається найменше незручностей (затіннення, задимлення, неприємні запахи, шумове забруднення тощо);

2) власники та землекористувачі земельних ділянок зобов’язані не використовувати їх способами, які не дають змоги власникам, землекористувачам сусідніх земельних ділянок використовувати їх за цільовим призначенням (неприпустимий вплив);

3) власники та землекористувачі земельних ділянок зобов’язані співпрацювати при вчиненні дій, спрямованих на забезпечення прав на землю кожного з них та використання цих ділянок із запровадженням і додержанням прогресивних технологій вирощування сільськогосподарських культур та охорони земель (обмін земельних ділянок, раціональна організація територій, дотримання сівозмін, встановлення, зберігання межових знаків тощо).

Детально зміст добросусідських (моральних) відносин розкрито у статтях: “Попередження шкідливого впливу на сусідню земельну ділянку” (ст. 104); “Наслідки проникнення на земельну ділянку гілок і коренів дерев” (ст. 105); “Обов’язки щодо визначення спільних меж” (ст. 106); “Спільне використання межових споруд” (ст. 108); “Використання дерев, які стоять на межі земельних ділянок” (ст. 109) та ін.

Інші принципи приватного права відображено у ст. 3 ЦКУ “Загальні засади цивільного законодавства”. Такими засадами є:

1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;

2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом;

3) свобода договору;

4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом;

5) судовий захист цивільного права та інтересу;

6) справедливість, добросовісність та розумність.

На підставі аналізу загальних положень кодексу нами виділено ще такі принципи:

7) регулювання особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ч. 1 ст. 1);

8) незастосування цивільного законодавства до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій, а також до податкових, бюджетних відносин, якщо інше не передбачено законом (ч. 2 ст. 1);

9) визнання учасниками цивільних відносин фізичних та юридичних осіб держави Україна, Автономної Республіки Крим, територіальних громад, іноземних держав та інших суб'єктів публічного права (ст. 2);

10) конституційність засад цивільного законодавства України та визнання ЦКУ основним актом цього законодавства (ч. 1, 2 ст. 4);

11) визнання актами цивільного законодавства Конституції України, ЦКУ, будь-яких законів України, які приймаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу, актів Президента України, що приймаються у випадках, встановлених Конституцією України, постанов Кабінету Міністрів України, а також нормативно-правових актів інших органів державної влади України, органів влади Автономної Республіки Крим, що регулюють цивільні відносини, виданих лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом (ст. 4);

12) взаємопов'язаність, несуперечність норм цивільного права (ч. 2 ст. 4);

13) обмеження можливостей регулювання цивільних відносин актами Президента України, випадками, встановленими Конституцією, органів державної влади України (крім Кабінету Міністрів), органів влади Автономної Республіки Крим – випадками і межами, встановленими Конституцією України та ЦКУ (ч. 3, 5 ст. 4);

14) пріоритетність ЦКУ і законів над постановами Кабінету Міністрів України (ч. 4 ст. 4);

15) однаковість регулювання цивільних відносин на всій території України;

16) поширення дії актів цивільного законодавства лише на відносини (застосовується також до прав та обов'язків), які виникли з дня набуття ними чинності (ч. 1, 3 ст. 5);

17) обмеження визнання зворотної дії акта цивільного законодавства лише випадками, коли він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність особи (ч. 2 ст. 5);

18) пріоритетність волі сторін (сторони у правочині) над актами цивільного законодавства; обмеженість цієї волі лише загальними засадами цивільного законодавства та обов'язковістю для сторін положень актів цивільного законодавства, що впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами (ст. 6)

19) субсидіарність у застосуванні положень ЦКУ до врегулювання відносин у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин (ч. 1 ст. 9),

20) презумпція добросовісності та розумності поведінки особи при здійсненні нею своїх цивільних прав;

21) визнання чинних міжнародних договорів, що регулюють цивільні відносини, при наданні Верховною Радою України згоди на обов'язковість цих договорів, частиною національного цивільного законодавства України (ч. 1 ст. 10);

22) пріоритетність правил чинного міжнародного договору України, укладеного у встановленому законом порядку, перед правилами відповідного акта цивільного законодавства (ч. 2 ст. 10) та ін.

Методи МПрП. *Правовий метод* регулювання — сукупність погоджених між собою способів впливу на певну групу відносин. У МПрП це питання найменш вивчено. Для нього характерним є *цивільно-правовий метод*, який відображає природу цієї галузі. Проте цей метод надто загальний. Конкретнішим є порівняльно-правовий метод. Крім того, для регулювання відносин з іноземним елементом застосовуються два юридично-технічних методи — колізійний та матеріально-правовий.

Порівняльно-правовий метод. Для вирішення спірного питання в МПрП використовують зіставлення і вибір норм права. Тому порівняльне правознавство (компаративістика), що застосовує таке зіставлення і вибір норм, та міжнародне приватне право мають багато спільних рис, оскільки вони не обмежені однією національно-правовою системою, а використовують і право іноземних держав.

Об'єкти порівняння у МПрП. Порівняльно-правовий метод застосовується до певних об'єктів права. Ними можуть бути системи і "родини" права, його галузі, інститути, норми. Порівняльне право передбачає зіставлення об'єктів іноземних гетерогенних (різних за природою) правових систем. У разі зіставлення двох об'єктів однієї правової системи може йтися про порівняльне дослідження, а не про порівняльне право.

Юридично-технічні методи регулювання відносин у МПрП.
Колізійний метод регулювання. Є необхідним для регулювання цивільно-правових відносин, регламентація яких не погоджена, а також у разі необхідності вибору між нормами права. Для МПрП значення мають не всі колізії, а тільки ті, що виникають між іноземними правовими системами (міжнародні колізії).

Колізійні норми. Передумовами виникнення колізійної норми є посилення процесів міграції населення за кордон, розширення господарських зв'язків між державами тощо. Сутність колізійної норми полягає у відсиланні до компетентного законодавства, визначенні умов і меж його застосування до певних правовідносин.

У МПрП утвердилася позиція, згідно з якою кожна колізійна норма складається з двох частин — обсягу і прив'язки. У першій частині норми (в обсязі) вказуються правовідносини, які вимагають правового врегулювання (наприклад, здатність до укладення цивільно-правових угод; визначення права власності на річ). У другій частині (прив'язці, колізійному принципі, формулі прикріплення) міститься відсилання до законодавства держави, яке повинне регулювати певні правовідносини (згідно із законодавством держави, де створено підприємство; за законом країни, де перебуває майно). За змістом прив'язки вони поділяються на односторонні та двосторонні.

Матеріально-правовий метод і матеріально-правові норми.
Колізійна норма, відсилаючи до законодавства певної держави, самостійно не регулює правовідносини з іноземним елементом. Її існування має сенс за умови використання і матеріально-правової норми, тобто такої, яка, по суті, регулює правовідносини в МПрП. Наявність матеріально-правових норм свідчить про існування разом з колізійним матеріально-правового методу регулювання зазначених відносин. Сутність цього методу полягає в тому, що правовідносини регулюються безпосередньо юридичними нормами, без відсилання до іноземної правової системи.

У книзі “Международное частное право” за редакцією Г. К. Дмитрієвої [117] запропоновано так званий загальний метод МПрП. Під ним розуміють сукупність конкретних прийомів, способів і засобів юридичного впливу, спрямованого на подолання колізії права різних держав. Цей метод передусім поєднує способи регулювання, тобто шляхи юридичного впливу, виражені в юридичних нормах. Їх два — колізійно-правовий та матеріально-правовий. Обидва вони спрямо-

вані на подолання колізії права. Сюди ж належать конкретні юридичні прийоми: застосування застереження про публічний порядок, вирішення інтерлокальних та інтертемпоральних колізій, зворотного відсилання і відсилання до права третьої держави тощо.

2.3. СПОСОБИ РОЗВ'ЯЗАННЯ КОЛІЗІЙ ЗА МІЖНАРОДНИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ

Приватноправові відносини з іноземним елементом регулюють двома способами: відсиланням до відповідного законодавства країни, за яким потрібно розв'язувати спір (колізійно-правовий спосіб) та шляхом ратифікації країною відповідних міжнародно-правових договорів (конвенцій) з певних питань приватного права, уніфікації його матеріальних норм (матеріально-правовий спосіб).

Колізійно-правовий (відсильний) спосіб. Сутність його полягає у виборі компетентного правопорядку для вирішення конкретної справи. У внутрішньому праві держав є особливі норми — колізійні, що містять правила вибору права, певним чином вказують, право якої держави потрібно застосовувати для врегулювання відносини з іноземним елементом. Колізійна норма, визначаючи компетентний правопорядок, відсилає для визначення прав і обов'язків учасників відносин до права певної держави (воно може бути як вітчизняним, так і іноземним).

З відсильним характером колізійного способу пов'язана ще одна його особливість. У разі його застосування уможливно виділяють дві стадії регулювання: 1) вибір права за допомогою колізійної норми (вирішення колізійного питання); 2) застосування матеріальних норм вибраного приватного права для визначення прав та обов'язків сторін, що є кінцевою метою вибору права. Тому даний спосіб регулювання є не прямим, а опосередкованим: регулювання здійснюється матеріальними нормами приватного права держави, вибраної за допомогою колізійної норми.

Таким чином, вибір права, а отже і колізійно-правовий спосіб регулювання, здійснюються за допомогою колізійних норм. Колізій-

ний спосіб регулювання у міжнародному приватному праві є основним, тобто відсилання — головне призначення цього права. Звідси й основна назва, інтерпретація МПрП як колізійного права.

Поява перших правил, а згодом і перших доктрин у сфері міжнародного приватного права в національних законодавствах багатьох країн пов'язана з виникненням численних колізій права внаслідок розвитку відносин між державами, в яких склалися власні норми приватного права із чітко вираженими розбіжностями. Ці правила, що одержали назву колізійних норм, застосовувалися для розв'язання проблем, що виникають з колізії національних законів. Протягом тривалого часу МПрП існувало і розвивалося тільки як колізійне право. У деяких країнах (наприклад, в Англії, США, ФРН, Японії) така позиція стосовно МПрП збереглася і в наш час, там воно називається колізійним правом. Таке розуміння міжнародного приватного права характерне і для українських представників цієї галузі [111].

У багатьох країнах було прийнято відповідні закони або підготовлено проекти:

- 1978 р. — Закон про міжнародне приватне право в Австрії;
- 1979 р. — Закон про міжнародне приватне право в Угорщині;
- 1982 р. — Закон про розв'язання колізій між законом і нормами іноземного права в Югославії, Закон про міжнародне приватне право і процес у Туреччині;
- 1986 р. — Закон про нове регулювання в галузі міжнародного приватного права у ФРН;
- 1987 р. — Закон про міжнародне приватне право у Швейцарії;
- 1995 р. — Закон про реформу італійської системи міжнародного приватного права; у цей же період розроблено проект Цивільного кодексу України, книга VIII “Міжнародне приватне право” якого — класичний приклад колізійного (відсильного) права [63; 68; 77–80].

Недоліками колізійно-правового (відсильного) способу є:

1) опосередкований непрямий характер його дії — спершу відсилання і лише після цього — застосування норм матеріального права. При цьому судді “*ex officio*” застосовують і знають власне право; іноземне право вони знати не зобов'язані. Як свідчить практика, з'ясувати зміст і кваліфіковано використати норми іноземного права досить складно;

2) за законами однієї держави, громадянином якої є одна із сторін договору, відповідні відносини мають юридичну силу, а за законами іншої, до якої належить інша сторона — ці відносини не породжують ніяких правових наслідків. Це, так звані “відносини, що кульгають”. Вони виникають на практиці досить часто, ускладнюючи реалізацію міжнародних ділових зв’язків;

3) не виключається ситуація, коли за національним правом однієї країни спір з відносин МПрП має вирішуватися за законодавством іншої держави, але у разі звернення до нього виявляється, що за її національним правом розв’язання відповідного спору також має здійснюватися за законами іноземної держави. Тобто виникає ситуація, яку називають “колізією колізій”.

Ось чому інтереси розвитку міжнародного ділового обороту вимагають удосконалення цього способу.

Уніфікація матеріальних норм приватного права (матеріально-правовий спосіб). Як зазначалося вище, однією з причин виникнення колізії та проблеми вибору права є розбіжності у змісті приватного права різних держав. Отже, колізійну проблему можна вирішити (подолати колізію) створенням і застосуванням однакових за змістом правових норм. Наприкінці XI ст. розпочався процес уніфікації у МПрП, тобто створення однакових (уніфікованих) колізійних норм. Уніфікація здійснюється у формі міжнародних договорів (конвенцій), що укладаються між державами, які беруть на себе міжнародно-правове зобов’язання застосовувати сформульовані у договорі однакові колізійні норми із визначеного кола приватноправових відносин [117]. Використання уніфікованих норм частково знімає розглянуті недоліки колізійного способу: сприяє ліквідації “колізії колізій”, а також зменшує імовірність виникнення “відносин, що кульгають”, заповнює прогалини в національному колізійному праві.

В Україні це досягається наданням Верховною Радою України згоди на обов’язковість відповідного чинного міжнародного договору (в ст. 10 ЦКУ зазначено, що чинний міжнародний договір є частиною національного цивільного законодавства України), створенням у різних країнах уніфікованих матеріальних норм певних галузей приватного права, що знімає саму колізійну проблему. Такі норми безпосередньо застосовуються до відносин з іноземним елементом, минаючи стадію вибору права, долаючи колізію шляхом вирішення спору за суттю. Оскільки уніфіковані норми за своєю природою є матеріаль-

ними правовими нормами, що визначають права та обов'язки учасників приватноправових відносин, цей спосіб уніфікації називають також матеріально-правовим.

Незважаючи на те що уніфікація — досконаліша форма регулювання приватноправових відносин, вона не набула значного поширення. Процес уніфікації, розпочатий наприкінці XIX ст., завершився укладанням у 1902 і 1905 рр. п'яти конвенцій, що визначають правила розв'язання колізій з низки питань у сфері сімейно-шлюбних відносин. У 1902 р. на конференції в Гаазі було укладено три конвенції: про шлюб, про розлучення і судове розлучення чоловіка і жінки, про опіку над неповнолітніми; у 1905 р. — ще дві конвенції: про особисті та майнові відносини між подружжям та про піклування про повнолітніх. Їх часто поєднують однією назвою — Гаазькі конвенції про шлюб і родину 1902–1905 рр. Але і вони не набули поширення, у них брали участь лише деякі європейські держави, причому згодом кількість таких держав зменшилася. Деякі конвенції у 70-ті роки було замінено новими (наприклад Конвенція про укладення шлюбу і визнання його недійсним 1978 р., Конвенція про право стосовно майна чоловіка і жінки 1978 р., Конвенція про визнання розлучення і судового розлучення чоловіка і жінки 1970 р.).

З інших угод, спрямованих на уніфікацію колізійного права, варто згадати Конвенцію про право щодо міжнародної купівлі-продажу 1986 р., що замінила аналогічну конвенцію 1955 р.; Конвенцію про колізії законів стосовно форми заповідальних розпоряджень (Гаага, 5 жовтня 1961 р.); Конвенцію про право, яке застосовується до аліментних зобов'язань (Гаага, 2 жовтня 1973 р.); Женевську конвенцію щодо дозволу деяких колізій законів про перекладні та прості векселі; Конвенцію, що має на меті дозвіл деяких колізій законів про чеки (Женева, 19 березня 1931 р.); Конвенцію, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство (Гаага, 12 квітня 1930 р.) та ін.

Прикладом найбільш вдалої уніфікації колізійно-правових норм є регіональна уніфікація, розпочата латиноамериканськими країнами. На VI Панамериканській конференції 1928 р. було укладено договір, що одержав назву (за іменем його укладача — відомого кубинського юриста) Кодекс Бустаманте. Це єдина, досить повна уніфікація колізійно-правових норм (складається з чотирьох книг : книга I “Міжнародне цивільне право”; книга II — “Міжнародне торговельне право”;

книга III “Міжнародне кримінальне право”; книга IV “Міжнародний процес”, що містять 437 статей), та ін. Щоправда, навіть у своєму регіоні договір не набув загального застосування, його ратифікували 15 держав Центральної та Південної Америки (США не приєдналися до нього). Кодекс Бустаманте вплинув на розвиток колізійного права на всіх континентах. Ширше уніфікація колізійних норм відбувається на двосторонній основі, як правило, у формі висновку договорів про надання правової допомоги.

Отже, перший (відсильний) спосіб подолання колізій здійснюється у двох правових формах: національно-правовій (за допомогою національних колізійних норм, розроблених кожною державою у своєму праві самостійно) і міжнародно-правовій (за допомогою уніфікованих колізійних норм, розроблених державами спільно у міжнародних договорах). Ці форми належать до колізійного способу, тому що в обох випадках колізія права вирішується вибором права, відсиланням до права конкретної держави. Водночас ще у XIX ст. цей спосіб виявив свою обмеженість і зумовив виникнення іншого способу подолання колізій — уніфікації матеріального приватного права.

Другий спосіб регулювання відносин, ускладнених іноземним елементом, виник у практиці міжнародного приватного права наприкінці XIX ст. Інтенсифікація розвитку економічних, науково-технічних та інших міжнародних зв'язків показала недостатність колізійно-правових норм.

Нині в умовах глобалізації дедалі більше відчувається потреба в однаковому регулюванні відносин, особливо у сферах укладання зовнішньоекономічних договорів, власності, у тому числі інтелектуальної, інвестицій, цінних паперів, митної справи, оподаткування, міжнародного цивільного процесу тощо. У галузі торгівлі, наприклад, широко застосовуються договори, що створили однакові матеріальні цивільно-правові норми:

- Женевські конвенції про векселі 1930 р.;
- Женевські конвенції про чеки 1931 р.;
- Конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р.;
- Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р.;
- Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг 1988 р.;
- Конвенція про однаковий закон щодо висновку договорів про міжнародну купівлю-продаж товарів (Гаага, 1 липня 1964 р.);

- Резолюція 31/98 Генеральної Асамблеї від 15 грудня 1976 р.;
- Арбітражний регламент Комісії ООН із права міжнародної торгівлі;
- Брюссельська конвенція з питань юрисдикції та примусового виконання судових рішень щодо цивільних і комерційних спорів;
- Конвенція про створення Ради митного співробітництва (Брюссель, 15 грудня 1950 р.);
- Конвенція УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг (Оттава, 28 травня 1988 р.);
- Конвенція УНІДРУА із міжнародних факторних операцій;
- Лакхнауська угода про вжиття однакових заходів з контролю міжнародної торгівлі прекурсорами та іншими хімічними речовинами, що використовуються при незаконному виготовленні наркотичних засобів і психотропних речовин (28 липня 1999 р.);
- Типовий закон ЮНСІТРАЛ про закупівлі товарів (робіт) і послуг тощо.

Уніфікація приватного права — досконаліший спосіб регулювання приватноправових відносин міжнародного характеру. Його широке запровадження може зняти всі недоліки колізійно-правового способу і забезпечити гармонізоване регулювання цих відносин. На жаль, такі заходи ще далекі від свого втілення. Уніфікація припускає значний рівень співробітництва держав, що характеризується високим ступенем довіри. Мінливий характер міждержавних відносин, що виявляється і в прагненні створити єдиний правовий простір (європейський і світовий), може додати нового імпульсу процесу уніфікації права.

Нині уніфікація ще не стала переважним способом регулювання приватноправових міжнародних відносин і охоплює здебільшого торгівлю й операції, пов'язані з нею, — перевезення, розрахунки тощо. Проте і тут водночас застосовується колізійний спосіб, що іноді є єдиною можливістю для вирішення спірних питань. В інших же сферах приватних відносин (власність, сімейно-шлюбні, спадкоємні, деліктні та інші), як і раніше, панує традиційний спосіб регулювання за допомогою колізійних норм [117].

Отже, міжнародному приватному праву властиві два способи регулювання: 1) колізійно-правовий, який здійснюється у двох правових формах — національній і міжнародній; 2) матеріально-правовий, що реалізується у міжнародно-правовій формі. Обидва вони спрямовані на подолання колізійної проблеми, хоча і різними засобами. Саме

це поєднує їх у юридичну спільність: вони є різним виявом загального методу міжнародного приватного права. У процесі регулювання приватних правовідносин, ускладнених іноземним елементом, обидва способи взаємодіють, доповнюючи один одного.

2.4. КВАЛІФІКАЦІЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА. ЙОГО СИСТЕМА І ДЖЕРЕЛА

Перед судом або іншим органом, який повинен розв'язати спір з іноземним елементом, виникає проблема тлумачення юридичної норми, кваліфікації цієї норми або фактичних обставин справи, вирішення “конфлікту кваліфікацій”. Тлумачення норми — це з'ясування її змісту. Кваліфікація є елементом тлумачення норми і полягає в її юридичній оцінці, визначенні мети норми права. Питання предмета кваліфікації як самостійне вперше було відображено наприкінці XIX ст. у працях німецького юриста Кана і французького — Бартена. Обидва вчені дійшли висновку, що колізійні норми різних правових систем, навіть у разі їх формулювання за однаковою термінологією, містять “приховані колізії”, які породжують “конфлікт кваліфікацій”, тобто неподобність принципів національного права.

Основні способи вирішення питання кваліфікації. Кваліфікація обставин справи (сутності суперечки) або норми права може бути різною залежно від правової системи, принципи якої застосовуватимуться. Тому розрізняють кілька основних способів кваліфікації: 1) за законом суду; 2) за системою права тієї держави, до якої відсилає колізійна норма; 3) за принципом автономної кваліфікації.

Теорія кваліфікації за законом суду означає, що суд, застосовуючи колізійну норму, кваліфікує її відповідно до змісту цієї норми у цивільному законодавстві правової системи місцезнаходження суду. Кваліфікація за законом суду виявляється і тоді, коли суд, керуючись визначеннями, поняттями, категоріями свого права, кваліфікує іноземне право як власне. Опоненти теорії кваліфікації за законом

суду вважають доцільнішою кваліфікацію за системою права тієї держави, до якої відсилає колізійна норма. Зазначена теорія не набула широкого схвалення. Фахівцеві, правова свідомість якого формується переважно під впливом принципів, понять і категорій власної правової системи, складно зрозуміти іноземне право так, як його тлумачать у країні походження цього права.

Теорія “автономної кваліфікації” полягає в тому, що суд, розглядаючи суперечки з іноземним елементом, повинен кваліфікувати поняття норми права не за допомогою звернення до конкретних існуючих правових систем, а на основі загальних правових понять, які утворюються внаслідок порівняльного юридичного аналізу законодавства окремих держав.

Застереження про публічний порядок. Під публічним порядком Верховний Суд України має на увазі правопорядок держави, основоположні принципи, існуючого в ній устрою (стосовно її незалежності, цілісності, самостійності та недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо — пункт 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, винесених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України” № 12 від 24 грудня 1999 р.).

Результат дії колізійної норми, а саме застосування або незастосування іноземного права, в певних випадках пов’язаний із застереженням про публічний порядок. Це означає, що, по-перше, іноземний закон, до якого відсилає колізійна норма, може не застосовуватися, якщо він суперечить основам публічного порядку певної держави. Тому права й обов’язки, які ґрунтуються на такому іноземному законі, не визнаються в державі, де він не може бути застосований. По-друге, іноземний закон може не використовуватися, якщо це суперечить основам застосування законодавства в цій державі.

Зворотне відсилання і відсилання до закону третьої держави. Сутність зворотного відсилання полягає у відсиланні колізійної норми законодавства однієї держави до закону іншої держави, а закон останньої, не вирішуючи питання, у свою чергу, відсилає до закону першої держави. Якщо ж до розв’язання спору залучається правова система третьої держави, то йдеться про відсилання до закону третьої країни (трансмісію).

Обхід закону в МПрП. Означає усвідомлене створення хоча б однією стороною правовідносин основ для застосування закону тієї правової системи, яка лояльніше визначає певний правовий статус. Так, різні принципи визначення “національності” суб’єктів господарської діяльності дають змогу підпорядковувати їх правовий статус законодавству тієї держави, яка є найсприятливішою у питаннях укладення і виконання господарських договорів, податкової, та митної політики.

Система МПрП. Під системою в загальній теорії систем розуміють сукупність елементів, у якій реалізуються відносини, що мають задалегідь задані властивості. Відповідно до цього галузь права як система — це сукупність правових норм (елементів), у якій реалізується певний предмет (відносини), що має відповідні властивості (метод). Предметом міжнародного приватного права є колізійні відносини та приватноправові (цивільно-правові) відносини за участю іноземного елемента. Колізійні відносини — це норми, побудовані за методом посилення (відсильні норми, перелік яких зумовлений кількістю існуючих прив’язок). Приватноправові норми визначаються з ознак належності до цивільно-правових (приватних), зокрема відносин, зумовлених вступом і функціонуванням країни у СОТ та ЄС. Такими є відносини у сферах права власності, ринку цінних паперів, зовнішньоекономічних відносин за участю юридичних і фізичних осіб тощо. Перелік цих відносин наведено нижче.

Джерела МПрП. Під ними в юридичній науці розуміють форми, які відображають правову норму. Традиційно визнають чотири форми джерел МПрП: 1) внутрішнє законодавство; 2) міжнародні угоди (договори); 3) міжнародні та торговельні звичаї; 4) судова й арбітражна практика.

Внутрішнє законодавство. Закони і нормативно-правові акти, які є джерелами МПрП, поділяються на спеціальні та загальні. До перших належать такі, що регулюють відносини виключно цієї галузі права (Закон “Про зовнішньоекономічну діяльність”). До других — загальні, тобто такі, що регулюють відповідні відносини частиною своїх норм, наприклад, Господарський кодекс України (розділ VII), Цивільний процесуальний кодекс України (ст. 10) та ін.

В іноземних державах, особливо тих, що належать до “родини континентального права”, приблизно з 60-х років ХХ ст. практикується прийняття законів з питань МПрП. У державах “родини загального права” прийняття таких законів не набуло значного поширення.

Міжнародні договори. Практика регулювання правовідносин у договірній формі є важливою для держав, оскільки норми міжнародних угод у більшості правових систем є основним джерелом регулювання питань, які належать до сфери МПрП. Міжнародні договори (угоди) містять уніфіковані норми, що спеціально створюються для врегулювання міжнародних невідносин. Часто норми національного права є результатом трансформації міжнародної угоди у внутрішнє законодавство. Причому вони можуть визначати не тільки правовий статус іноземних суб'єктів права в певній державі, а й права та обов'язки таких суб'єктів за кордоном. Внутрішні за походженням, цивільно-правові за змістом, ці норми є матеріально-правовими нормами МПрП.

Звичай — це правило, які склалися давно, систематично застосовується, хоч і не вимагає фіксації у певній правовій формі. Звичай поділяють на міжнародні та торговельні.

Міжнародні звичаї засновані на послідовному і тривалому застосуванні певних правил. Зумовлені суверенітетом і рівністю держав, міжнародні звичаї стають обов'язковими для них. Різновидом міжнародних звичаїв є звичаї торговельні, які широко застосовуються у міжнародній торгівлі та торговельному мореплаванні. Вони є обов'язковими для застосування, якщо: 1) норми законодавства безпосередньо посилаються на них; 2) сторони під час укладання контракту погодилися регулювати свої відносини певним звичаєм. Якщо ж відносини між сторонами не урегульовано законодавством і умовами контракту, суд, вирішуючи спірне питання, може також застосовувати торговельні порядки.

Міжнародні та торговельні звичаї, судова й арбітражна практика є джерелами матеріально-правових норм у державах тією мірою, якою вони їх визнають [48].

Судова й арбітражна практика. Це погляди суддів на певне питання, зафіксовані в рішеннях суду (судові прецеденти). Вони мають вирішальне значення для розв'язання судами аналогічних питань у майбутньому. Це характерно для держав “родини загального права”. Вважається, що для України судова й арбітражна практика не є джерелом права, у тому числі й МПрП, хоча на практиці може бути по-іншому. Водночас практично ніде не називаються загальновизнані принципи і норми міжнародного права, хоча їх слід вважати основними джерелами МПрП. Зовнішньополітична діяльність України, як

зазначено у ст. 18 Конституції України, спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права. Основними джерелами є відповідне національне законодавство; частину його становлять чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надається Верховною Радою України, ділові звичаї, угоди сторін тощо.

Завершуючи розгляд питань щодо джерел МПрП, слід зазначити що визначення їх у конкретних міжнародно-правових відносинах залежить від суб'єктивного фактора, зокрема волі сторін цих правовідносин. У цивільних кодексах багатьох країн записано, що сторони мають право відступати від положень актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд. Проте укладені договори не повинні суперечити головним засадам будь-яких джерел права — моральним засадам суспільства, міжнародного співтовариства.

СУБ'ЄКТИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

3.1. ПРАВОВИЙ СТАТУС ІНОЗЕМНИХ ФІЗИЧНИХ ОСІБ ТА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА В УКРАЇНІ

Термін “фізична особа” означає людину як суб'єкта права і застосовується в різних галузях права, у тому числі в МПрП. Фізична особа має свій статус, але законодавство виділяє за самостійним статусом різновиди фізичних осіб: 1) громадяни; 2) іноземні фізичні особи (іноземці), особи без громадянства; 3) біженці; 4) мігранти та ін. У даному разі нас цікавлять іноземці та особи без громадянства, яких необхідно відрізнити (за обсягом прав та обов'язків) від громадян України.

Іноземець — особа, яка не перебуває у громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав. *Особа без громадянства* — особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином (згідно зі ст. 1 Закону України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства”)¹.

Права іноземців та осіб без громадянства в Україні. Ці особи мають ті самі права і свободи та виконують ті самі обов'язки, що і

¹ВВР України. — 1994. — № 23. — Ст. 161.

громадяни України, якщо інше не передбачено Конституцією та Законом України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” та іншими законами України, а також її міжнародними договорами .

Іноземці та особи без громадянства є рівними перед законом, незалежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, мови, ставлення до релігії, роду і характеру занять та інших обставин. Якщо іноземною державою встановлено обмеження щодо реалізації прав і свобод громадянами України, Кабінет Міністрів України може прийняти рішення про запровадження відповідного порядку реалізації прав і свобод громадянами цієї держави на території України. Це рішення набуває чинності після його опублікування і може бути скасоване у разі зникнення підстав, за яких воно було прийняте.

Здійснення іноземцями та особами без громадянства своїх прав і свобод не повинно завдавати шкоди національним інтересам України, правам, свободам і законним інтересам її громадян та інших осіб, які проживають в Україні. Іноземці та особи без громадянства зобов'язані поважати та дотримуватися Конституції і законів України, шанувати традиції та звичаї народу України (ст. 2 Закону України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства”).

Серед основних прав і обов'язків, у ч. II “Основні права, свободи та обов'язки іноземців та осіб без громадянства” цього закону зазначається:

1) право на інвестиційну та підприємницьку діяльність — іноземці та особи без громадянства мають право займатися в Україні інвестиційною, а також зовнішньоекономічною та іншими видами підприємницької діяльності, передбаченими законодавством України. При цьому вони мають такі самі права та обов'язки, що і громадяни України, якщо інше не випливає з Конституції та законів України (ст. 7);

2) право на трудову діяльність — іноземці та особи без громадянства мають рівні з громадянами України права та обов'язки у трудових відносинах, якщо інше не передбачено законодавством України та її міжнародними договорами;

3) іноземці та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, а також яким надано статус біженця в Україні, мають пра-

во працювати на підприємствах, в установах та організаціях або займатися іншою трудовою діяльністю на підставах і в порядку, встановлених для громадян України;

4) іноземці та особи без громадянства, які прибули в Україну для працевлаштування на визначений термін, можуть займатися трудовою діяльністю відповідно до одержаного у встановленому порядку дозволу на працевлаштування. Працевлаштування в Україні іноземців, найнятих інвестором у межах і за посадами (спеціальністю), визначеними угодою про розподіл продукції, здійснюється без отримання дозволу на це (ст. 8).

У Конституції України (ст. 26) зазначено, 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 чи міжнародними договорами України. Такими винятками є:

- ст. 70 розділу III Конституції “Вибори. Референдум” — право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років;
- ч. 2 ст. 76 розділу VI Конституції “Верховна Рада” — народним депутатом України може бути громадянин України, який на день виборів досяг двадцяти одного року, має право голосу і проживає в Україні протягом останніх п'яти років;
- ч. 3 ст. 127 розділу VIII Конституції “Правосуддя” — на посаду судді може бути рекомендований кваліфікаційною комісією суддів громадянин України;
- ч. 4 ст. 22 Земельного кодексу України — землі сільськогосподарського призначення не можуть передаватись у власність іноземним громадянам, особам без громадянства, іноземним юридичним особам та іноземним державам;
- ч. 2–4 ст. 81 Земельного кодексу:
 - 1) іноземні громадяни та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також за межами населених пунктів, на яких розташовано об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності;
 - 2) іноземні громадяни та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки відповідно до ч. 2 цієї статті у

таких випадках:

- а) придбання за договором купівлі-продажу, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами;
 - б) викуп земельних ділянок, на яких розташовано об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності;
 - в) прийняття спадщини;
- 3) землі сільськогосподарського призначення, прийняті у спадщину іноземними громадянами, а також особами без громадянства, протягом року підлягають відчуженню;
- ч. 4 ст. 8 Закону України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” — іноземці та особи без громадянства не можуть призначатися на окремі посади або займатися певною трудовою діяльністю, якщо відповідно до законодавства України умовою призначення на ці посади або заняття такою діяльністю є належність до громадянства України;
 - ст. 68 розділу IX “Міжнародні відносини” Кодексу України “Про надра”:
 - 1) іноземним юридичним особам і громадянам надра у користування та право на переробку мінеральної сировини надаються на конкурсній основі на підставі угод (контрактів), що укладаються відповідно до вимог цього Кодексу та інших законодавчих актів України;
 - 2) порядок укладання контрактів на користування надрами та переробку мінеральної сировини за участю іноземних юридичних осіб та громадян визначається Кабінетом Міністрів України.

Відповідно до ст. 13 Закону “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” іноземці можуть відповідно до законодавства України мати у власності будь-яке майно, успадковувати і заповідати його, а також мати особисті немайнові права.

Також у даному законі зазначено:

- іноземці та особи без громадянства можуть укладати і розривати шлюби з громадянами України та іншими особами відповідно до законодавства України;
- іноземці та особи без громадянства мають рівні з громадянами України права та обов'язки у шлюбних і сімейних відносинах (ст. 18);

- іноземцям та особам без громадянства гарантуються недоторканність особи, житла, невтручання в особисте і сімейне життя, таємниця листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень, повага їх гідності нарівні з громадянами України (ст. 19);
- іноземці та особи без громадянства можуть пересуватися на території України і обирати місце проживання в ній відповідно до порядку, встановленого Кабінетом Міністрів України. Обмеження в пересуванні та виборі місця проживання допускаються, коли це необхідно для забезпечення безпеки України, охорони громадського порядку, охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів її громадян та інших осіб, які проживають в Україні;
- іноземці та особи без громадянства, яким надано статус біженця в Україні, мають рівні з громадянами України права на пересування, вільний вибір місця проживання, за винятком обмежень, встановлених законом (ст. 20);
- іноземці та особи без громадянства мають право на звернення до суду, інших державних органів для захисту їх особистих, майнових та інших прав;
- у судочинстві іноземці як учасники процесу користуються такими самими процесуальними правами, що й громадяни України (ст. 22).

Господарський кодекс України у розділі II “Суб’єкти господарювання” визначає ними громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці (п. 2 ч. 2 ст. 55). Іноземці та особи без громадянства при здійсненні господарської діяльності в Україні користуються такими самими правами і мають такі самі обов’язки, що і громадяни України, якщо інше не передбачено цим Кодексом та іншими законами.

Важливими міжнародними нормативними актами є:

1. *Загальна декларація прав людини*. Проголошена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р. Відповідно до її положень: “Кожна людина, де б вона не перебувала, має право на визнання її правосуб’єктності; всі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний їх захист законом. Усі люди мають право на рівний захист від якої б то не було дискримінації, що порушує цю Декларацію, і від якого б то не було

підбурювання до такої дискримінації; кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом та ін”.

2. *Протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини та основних свобод*. Підписаний у Страсбурзі 22 листопада 1984 р., містить положення стосовно іноземців. Іноземець, який законно проживає на території держави, не може бути висланий за її межі інакше, ніж на виконання рішення, прийнятого відповідно до закону, і повинен мати можливість:

- а) наводити аргументи проти свого вислання;
- б) вимагати перегляду своєї справи;
- в) бути представленим з цією метою перед компетентним органом або перед особою чи особами, призначеними цим органом.

Іноземець може бути висланий до здійснення своїх прав, передбачених у п/п “а”–“в” п. 1, якщо таке вислання є необхідним в інтересах публічного порядку або зумовлене міркуваннями національної безпеки.

3. *Конвенція 1962 р. про рівноправність у галузі соціального забезпечення Генеральної конференції Міжнародної організації праці*.

4. *Конвенція про правову допомогу і правові відносини з цивільних, сімейних та кримінальних справ*. Укладена в Мінську 22 січня 1993 р. у межах СНД.

5. *Двосторонні договори України про правову допомогу та правові відносини (у цивільних, сімейних, кримінальних та інших справах)*. Згідно з ними громадяни однієї договірної сторони користуються на території другої договірної сторони таким самим правовим захистом своїх особистих та майнових прав, як і громадяни цієї другої договірної сторони. Вони мають право звертатися до суду та інших установ, до компетенції яких належать цивільні та кримінальні справи, можуть порушувати клопотання і здійснювати інші процесуальні дії за тих самих умов, що і громадяни другої договірної сторони. Двосторонніми договорами зазвичай встановлюються також порядок відносин при наданні правової допомоги; обсяг правової допомоги; форми доручень про надання правової допомоги; порядок виконання доручень; порядок виконання окремих процесуальних дій; певні гарантії щодо свідків, потерпілих та експертів; несення витрат, пов'язаних із наданням правової допомоги;

порядок визнання і виконання судового рішення; визнання і виконання рішень арбітражу та ін.

6. *Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права* (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). Прийнятий на Генеральній Асамблеї ООН 16 грудня 1966 р.

7. *Міжнародний пакт про цивільні та політичні права* (International Covenant on Civil and Political Rights). Прийнятий на Генеральній Асамблеї ООН 16 грудня 1966 р.

8. *Конвенція про рабство (Slavery Convention)*. Укладена в Женеві 25 вересня 1926 р., змінена Протоколом, підписаним у штаб-квартирі ООН 7 грудня 1953 р. Її учасниками є понад 90 держав.

9. *Додаткова конвенція про скасування рабства, торгівлі рабами та інститутів і практики, подібних до рабства*.

Конвенції з питань правового статусу фізичної особи. У перші роки діяльності Ради Європи (РЄ) було прийнято конвенції з питань правового статусу особи. Так, 1955 р. у Парижі було підписано *Європейську конвенцію про поселення № 19*. Договірні держави зобов'язалися сприяти в'їзду на свою територію іноземних громадян, дозволяти їм вільно пересуватися нею, заохочувати їхнє проживання, за винятком випадків, що суперечать суспільному порядку, національній безпеці, здоров'ю чи моральності населення.

Конвенція передбачала надання громадянам договірних держав національного режиму стосовно багатьох аспектів життя, у тому числі особисті та майнові права, їх судові та адміністративні гарантії, здійснення прибуткових видів діяльності, питання заробітної плати та умов праці в цілому тощо.

Положення Конвенції про поселення щодо сприяння в'їзду розвинула *Європейська угода про правила, які регулюють пересування осіб між державами — членами РЄ № 25 (Угода щодо пересування)*, яку було відкрито для підписання 1957 р. в Парижі. Вона передбачала спрощений режим пересування осіб між державами — членами РЄ: для в'їзду на територію держави вимагався лише один документ із зазначених кожною договірною державою у Додатку до Угоди. При цьому власникові такого документа дозволявся повторний в'їзд на територію держави без дотримання будь-яких формальностей, навіть якщо його громадянство є спірним.

Попри рекомендаційний характер багатьох положень зазначених конвенцій, а також збереження за державами широких дискреційних

повноважень щодо обмеження сфери їхнього застосування, ці конвенції стали важливим кроком у поліпшенні правового статусу іноземців та зміцненні міжнародних зв'язків, заклали основи для подальшого розвитку міжнародного законодавства у цій сфері, особливо у межах ЄС.

Найширше у конвенціях РЄ з питань правового статусу суб'єктів регламентовано становище трудящих-мігрантів. У 1977 р. у Страсбурзі було підписано *Конвенцію № 93 – Конвенцію про трудящих-мігрантів*, яка врегулювала низку питань праці та зайнятості цих осіб – від форм добору з метою подальшого працевлаштування у приймаючій державі до остаточного повернення до країни походження. Конвенція визначає переважно зобов'язання договірних держав і безпосередньо не надає трудящим-мігрантам певних прав, за винятком права на безпечні умови праці (ст. 20), на звернення до суду та адміністративних органів приймаючої держави (ст. 26) та на створення організацій (ст. 28).

Основне зобов'язання договірних держав, яке передбачає Конвенція, – забезпечення трудящим-мігрантам національного режиму стосовно багатьох аспектів життя:

- працевлаштування;
- доступу до житла та квартирної плати;
- права на загальну освіту, професійну підготовку і перепідготовку, на доступ до вищої освіти;
- умов праці та їх інспектування;
- соціального забезпечення, соціальної та медичної допомоги;
- оподаткування доходів, припинення дії трудового договору та звільнення;
- судочинства, правового та судового захисту особи, її майна;
- участі у справах підприємства;
- збереження набутих прав тощо.

Таким чином, підводячи підсумки аналізу правового статусу іноземних фізичних осіб та осіб без громадянства, слід зазначити, що закріплений в законодавстві національний режим стосовно цивільної правоздатності іноземців має безумовний характер, тобто він надається іноземцю у кожному конкретному випадку без вимоги взаємності.

Національний режим щодо окремих прав іноземців може гарантуватися багатосторонніми конвенціями, угодами про правову допомогу, двосторонніми договорами в силу відповідних домовленостей або на підставі принципу взаємності.

3.2. ЮРИДИЧНІ ОСОБИ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Поняття та ознаки юридичної особи. Під юридичною особою в правовій доктрині розуміють будь-яку організацію, що не залежить від її учасників та володіє властивими тільки їй майновими правами [39].

Навести вичерпне визначення юридичної особи складно. Законодавство деяких країн йде просто шляхом перерахування основних, найсуттєвіших ознак юридичних осіб або містить тільки їх класифікацію. Ця складність має просте пояснення: конструкція юридичної особи, що опосередковує відносини майнового обороту, застосовується до форм утворення та існування не тільки комерційних юридичних осіб, а й некомерційних, у тому числі за участю держави.

У сучасній доктрині здебільшого визнається, що *юридична особа* — це організація, що створюється в порядку, передбаченому законодавством, має власне найменування, характеризується організаційною єдністю, має відокремлене майно, права та обов'язки, переважно майнові, самостійно (від свого імені) виступає у цивільних правовідносинах та господарському обороті, відповідає за зобов'язаннями договорів та деліктів [209].

Згідно із Цивільним кодексом України юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді (ст. 80).

Ознаки юридичної особи — сукупність обов'язкових та мінімально необхідних внутрішніх характеристик організації, які в сукупності є підставою для визнання її юридичною особою. Визначення ознак, що становлять зміст поняття “юридична особа”, — з'ясування тих умов діяльності громадського (колективного) утворення, за наявності яких вона стає самостійним носієм прав та обов'язків, тобто юридичною особою.

Вирізняють такі істотні ознаки юридичної особи:

1. *Майнова відокремленість*. Означає роздільність майна юридичної особи та її членів, засновників та інших осіб (держави чи автономного утворення, органів вищих рівнів, інших організацій). Майно юридичної особи може бути власністю її членів, належати їм на правах господарського відання або оперативного управління.

Майнова відокремленість — це визнана за юридичною особою здатність придбати майно, що буде відокремлене від майна інших осіб, насамперед засновників. Вона полягає, по-перше, у відокремленості від її засновника (засновників), по-друге — у відокремленості від майна інших осіб, та не залежить від їх подальшої долі. Майно, закріплене за юридичною особою, повинне бути відокремлене не лише фізично, а й юридично. Правовою формою відокремлення майна є установчі документи, в яких визначаються розмір, порядок формування статутного фонду, джерела формування майна, його правовий режим. Ця ознака характеризує організацію, що вже є юридичною особою, і тому належить до її правових ознак. Мати майнові права може лише організація, яка вже визнана суб'єктом цивільного права, тобто юридичною особою.

2. *Організаційна єдність*. Означає, що юридична особа існує та діє як єдине ціле: колектив є цілісним механізмом, що формує єдину волю. Ця єдність визначається та закріплюється в статуті юридичної особи або положенні, договорі, законі чи адміністративному акті, що визначають характер її діяльності, структуру, органи. Ця ознака виявляється переважно у певній ієрархії, підпорядкованості органів управління, що становлять структуру організації, а також у чіткій регламентації відносин між її учасниками.

3. *Участь у цивільному обороті від свого імені (власне найменування)*. Кожна юридична особа має власне найменування, відмінне від найменування інших суб'єктів права. Воно необхідне для ідентифікації цієї особи у цивільному чи господарському обороті, тому що саме від свого імені вона набуває майнових та особистих немайнових прав і несе обов'язки, вступаючи в різноманітні цивільно-правові відносини з іншими організаціями та громадянами. Законодавство держав іноді визначає особливості, пов'язані з найменуванням юридичної особи. Наприклад, воно може містити рекомендацію уникати у найменуванні іноземних виразів чи слів. Законодавства Австрії, ФРН, Швейцарії надають рекомендації стосовно доцільності чи небажаності використання у назві фірми імені хоча б одного з її

членів, а також зазначення існування компанії (і Ко) або виду її діяльності (торгівля товарами, продаж автомобілів тощо). Крім того, існують норми про доцільність зазначення у назві форми товариства чи ступеня відповідальності (повне товариство, акціонерне, з обмеженою відповідальністю тощо). Ця ознака визнається підсумковою та одночасно метою утворення юридичної особи.

4. *Здатність організації нести самостійну майнову відповідальність.* Здатність організації від свого імені брати участь у цивільних правовідносинах, самостійно набувати майнових та особистих немайнових прав і виконувати обов'язки зумовлює самостійну відповідальність юридичної особи за своїми зобов'язаннями. Наявність власного майна, у свою чергу, є необхідною передумовою самостійної майнової відповідальності юридичної особи щодо договорів, які вона укладає. Найпоширенішими є юридичні особи, які за своїми зобов'язаннями несуть не тільки самостійну, а й виключну майнову відповідальність. Саме в них найбільш яскраво та повно виявляються сутність та спрямованість інституту юридичної особи. Не випадково провідне місце серед юридичних осіб посідають акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю. Саме виключна майнова відповідальність акціонерного товариства як самостійного суб'єкта права, що дає змогу окремим власникам розраховувати заздалегідь рівень підприємницького ризику, уможливила залучення до участі у такому товаристві великої кількості осіб й тим самим акумулювання великого капіталу.

Кожна юридична особа за своїми боргами відповідає всім майном, що перебуває в її власності або володінні, на яке за законом може бути накладено стягнення. В окремих випадках можливе покладення відповідальності за боргами однієї юридичної особи на майно іншої. Таке положення має місце у двох випадках: якщо вища юридична особа гарантувала сплату визначених сум та у разі ліквідації юридичної особи.

5. *Здатність бути позивачем або відповідачем у суді, арбітражному чи третейському суді.* Широка участь організацій у майнових та особистих немайнових відносинах, можливість покладення на них цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язань, заподіяння майнової шкоди іншим особам спричиняють потребу в захисті порушених цивільних прав, а звідси — і необхідність звернення з позовом до суду, арбітражного чи третейського суду. Іншими словами, юридична особа

стає стороною-позивачем або відповідачем у цивільному, арбітражному процесі або третейському розгляді цивільного спору [222].

Крім наведених вище ознак юридичної особи деякі правові системи світу виділяють такі:

- *похідна природа юридичних осіб*. Виявляється в тому, що в основу їх створення завжди покладено волевиявлення певних осіб. Засновницьке волевиявлення повинно відповідати встановленим вимогам щодо суб'єкта, змісту і форми. Суб'єктом засновницького волевиявлення можуть бути дієздатні (за деякими винятками) суб'єкти цивільного права: фізичні, юридичні особи, держава та територіальні громади в особі відповідних органів. До того ж окремі категорії осіб не мають засновницьких прав на створення певних видів юридичних осіб. Особа може бути обмежена в засновницьких правах;
- *самостійність у цивільному обороті*. Юридична особа самостійно, без доручення здійснює цивільну та господарську діяльність. Самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями власним майном. Іноді, відповідно до статуту, закону чи договору, відповідальність може бути покладена на інших осіб.

Сутність цивільної правосуб'єктності юридичної особи виявляється в її самостійності у цивільному обороті. Умовами самостійності юридичної особи є свобода вибору виду діяльності, незалежність, самостійна відповідальність. Кожна юридична особа вправі від свого імені вступати у цивільно-правові відносини з іншими юридичними особами та громадянами, захищати свої права в суді та в арбітражі. Межі самостійної діяльності юридичної особи визначаються законом, статутом або положенням, локальними актами.

Таким чином, визнання будь-якого колективного утворення юридичною особою залежить не від того, чи буде воно офіційно визнане таким, а від того, чи наділене воно тими властивостями, які у своїй сукупності зумовлюють його функціонування як самостійного учасника цивільних правовідносин, тобто юридичної особи. Дії ознак юридичної особи лише передбачаються, а на практиці законодавство визначає їх особливості та винятки. Так, наприклад, положення про абсолютну самостійність юридичної особи комерційного характеру здебільшого обмежене приписами антимонопольного законодавства різних країн.

Вивчення особливостей міжнародних законодавств, що визначають становище юридичних осіб взагалі (як суб'єктів цивільних прав та обов'язків), і норм, які стосуються окремих організаційно-правових форм юридичних осіб, важливе для правильного тлумачення правового статусу юридичної особи, порядку та умов її участі в комерційному обороті, відповідальності юридичної особи та/або учасників юридичної особи за її зобов'язаннями [97; 108].

Отже, юридична особа як суб'єкт міжнародного приватного права — це певне утворення, що має сукупність визначених національним законодавством ознак, зареєстроване на території однієї держави, кордонами якої не обмежується його діяльність, правосуб'єктність (право- та дієздатність) якого визнається на території іноземної держави, а також на яке поширюються дві системи законодавств: національного права держави-резидента, та держави, на території якої воно діє чи передбачає діяти.

Правосуб'єктність юридичних осіб. При здійсненні господарської діяльності на території інших країн виникають дві проблеми: 1) про визнання правосуб'єктності іноземної юридичної особи; 2) про допуск її до здійснення господарської діяльності на території даної держави, а також про умови такої діяльності.

Правосуб'єктність охоплює два елементи:

- правоздатність — здатність володіти суб'єктивними правами та нести юридичні обов'язки, тобто мати їх;
- дієздатність — здатність самостійно, своїми діями набувати прав та обов'язків.

Правосуб'єктність іноземних юридичних осіб, як правило, визнається на підставі двосторонніх умов, насамперед торговельних. Питання про допуск іноземної юридичної особи до господарської діяльності на території певної держави вирішується її законодавством. У більшості випадків здійснення такої діяльності можливе після дотримання формальностей. У торгових договорах встановлюється режим для іноземних юридичних осіб. Він може бути заснований на принципах або найбільшого сприяння, або національного режиму.

У багатосторонній Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах країн СНД від 22 січня 1993 р.¹ зазначено, що правоздатність іноземних

¹Ратифікована Законом від 10 листопада 1994 р. № 240/94.

юридичних осіб визначається за правом країни, де заснована ця юридична особа чи організація (ст. 23).

Місцезнаходження господарського товариства визначається законом країни, відповідно до якого воно засноване, якщо виконано вимоги цього закону про реєстрацію і публічність; у разі відповідності таких вимог — за законом, згідно з яким товариство зареєстроване; за відсутності зазначених умов місцезнаходженням товариства вважається місцезнаходження його керівних органів.

У багатьох випадках дуже важливим є визначення державної належності певної особи. Прикладом цього є міжнародний договір, в якому вказано, що юридичні особи держав, які домовляються, наділяються на основі взаємності режимом найбільшого сприяння або національним режимом з метою здійснення діяльності на території іншої договірної держави. Для цього необхідно визначити, які з них повинні розглядатися як юридичні особи даної держави, іноземні особи або особи, що належать до країн, які не беруть участі в Угоді.

Іноземні юридичні особи здійснюють підприємницьку та інші види діяльності, що регулюються цивільним законодавством, згідно з правилами, встановленими ним для такої діяльності юридичних осіб, якщо законом не передбачено інше.

Місцезнаходженням підприємницького товариства є країна, відповідно до права якої воно засноване, якщо товариство виконало вимоги права цієї країни щодо реєстрації та публічності або (за відсутності таких вимог) якщо воно організоване згідно з правом цієї країни. За відсутності таких умов застосовується право країни, з якої підприємницьке товариство керується.

Види юридичних осіб. У світовій практиці з-поміж різноманіття юридичних осіб можна виділити дві основні групи: юридичні особи публічного права та юридичні особи приватного права. Принципове розмежування їх здійснюється відповідно до природи акта, на підставі якого утворено ці особи. Якщо юридичну особу засновано на підставі публічного (адміністративного) акта, вона є публічно-правовою, якщо відповідно до приватноправового акта, — приватноправовою.

До *публічно-правових юридичних осіб* належать держава, адміністративно-територіальні одиниці, різноманітні державні органи та установи, торгово-промислові палати. Питання про віднесення до цієї категорії державних підприємств неоднозначне.

Приватноправові юридичні особи утворюються суб'єктами права

різних держав як колективної власності, так і заснованими на власності однієї приватної особи.

Внаслідок багатомісячних традицій у світі утворилися певні організаційно-правові форми, які можуть варіювати за назвами в різних країнах, але мати при цьому приблизно однаковий правовий статус, хоча класифікації, безумовно, не існує. Найпоширенішим є поділ юридичних осіб залежно від характеру об'єднання (осіб або капіталів) та ступеня відповідальності учасників за зобов'язаннями юридичної особи (усім своїм майном або виключно у межах внеску).

Об'єднання осіб засновані на особистій участі їх членів у веденні справ підприємства. Об'єднання капіталів мають на меті концентрацію капіталів і уникнення учасниками ризику, що виникає у процесі господарської діяльності. У більшості країн континентальної Європи існує розподіл об'єднань підприємців на такі види: повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, акціонерне товариство. При цьому спілки — це об'єднання осіб, товариства — об'єднання капіталів.

Акціонерні товариства — найпоширеніша форма об'єднань у зарубіжних країнах, оскільки вона є найзручнішою для підприємців. З одного боку, акціонерне товариство дає можливість здійснювати концентрацію капіталу, збираючи засоби дрібних власників і передаючи їх у розпорядження великого капіталу, з іншого — сприяє уникненню ризику, пов'язаного з господарською діяльністю, не допускаючи висунення до акціонера ніяких вимог щодо зобов'язань товариства. Винятком у цьому плані є Німеччина, де більшість підприємств зареєстровано у формі GmbH (товариств з обмеженою відповідальністю).

У Великобританії існує дещо інша класифікація фірм за правовим статусом. Розрізняють товариства (об'єднання осіб) і компанії (об'єднання капіталів).

Виділяють товариства:

- з необмеженою відповідальністю — за статусом приблизно відповідають повному товариству, за винятком того, що така організаційна форма не визнається юридичною особою, не підлягає обов'язковій реєстрації в торговому реєстрі;
- з обмеженою відповідальністю — за статусом відповідають командитному товариству.

Розрізняють компанії:

- з необмеженою відповідальністю — відрізняються від аналогічного товариства тільки тим, що визнаються юридичною особою; їх утворення пов'язане з дотриманням певних, але незначних формальностей;
- з обмеженою відповідальністю — за статусом подібні до акціонерного товариства, але відрізняються від нього тим, що в компанії створюється не акціонерний, а пайовий капітал, який розподіляється на рівні паї. Відмінність між паєм і акцією полягає у тому, що акція може дробитися, і певна її частина належати різним особам, що неможливо у разі паю. Акція повинна бути оплачена відразу, оплата паю можлива протягом визначеного часу.

Компанії з обмеженою відповідальністю поділяються на публічні (оголошують публічну підписку на паї та підлягають публічній звітності) та приватні (аналогічні за статусом товариствам з обмеженою відповідальністю континентального європейського типу).

У США існують два види об'єднань: товариства (об'єднання осіб) і корпорації (об'єднання капіталів). *Товариства* утворюються на основі закону, прийнятого в більшості штатів, де товариство визнається як об'єднання двох або більше осіб для ведення справ з метою отримання прибутку. Товариство не визнається юридичною особою, але має певні властивості правосуб'єктності. Будь-який компаньйон товариства має компетенцію представляти інших власників і брати фінансові зобов'язання. За законодавством США товариства можуть бути повними і командитними.

Корпорації бувають публічні, непідприємницькі та підприємницькі. Перші два види не ставлять за мету одержання прибутку, третій вид за статусом приблизно відповідає звичному для нас акціонерному товариству. Особливістю США є відсутність єдиного для всіх штатів закону, що визначає правове становище корпорацій. Тому зазвичай корпорації утворюються за законом того штату, де передбачено найбільш пільгові умови щодо податків і зборів, стягнутих при створенні корпорації. Найпопулярнішими щодо цього є штати Делавер і Нью-Джерсі.

Одноосібні підприємства є власністю однієї особи (наприклад, родини), що несе відповідальність за своїми зобов'язаннями усім капіталом підприємства і усім своїм майном, якщо майно не відособлене від капіталу підприємства. Фірмове найменування одноосібно-го підприємства може збігатися з прізвиськом та іменем підприємця,

якому воно належить, або відрізнятися від нього. Усі справи підприємства веде його власник або спеціально уповноважені на це службовці. Здебільшого таким особам надається широкий обсяг повноважень при збереженні за власником підприємства права контролю їхньої діяльності. Форму одноосібних підприємств мають, як правило, дрібні та середні фірми, але бувають і винятки. У сучасних умовах багато великих сімейних компаній перетворюються на акціонерні товариства.

Щодо приватноправових юридичних осіб розрізняють три порядки їх утворення: дозвільний, явочно-нормативний та явочний. За *дозвільного порядку* для створення юридичної особи необхідний дозвіл відповідного уповноваженого державного органу. Такий орган може вирішувати питання про доцільність створення конкретних юридичних осіб. У країнах, що застосовують *явочно-нормативний порядок*, існує загальний нормативний акт, який регулює порядок виникнення і діяльності юридичних осіб. Отже, юридичні особи виникають з моменту державної реєстрації, здійсненої в обов'язковому порядку в разі виконання передбачених у даному акті вимог. Такий порядок найпоширеніший у світовій практиці. Діє він і в Україні. За *явочної системи* для створення юридичної особи необхідно мати позитивно виражений намір діяти як окремих, відособлених від учасників суб'єкта права.

Інше важливе питання полягає у визначенні власне того, чи є юридичною особою дана організація, оскільки в різних країнах організаційні форми значно варіюють, і за однакової назви їх у деяких державах не існує гарантії, що і правовий статус цих організацій буде однаковим.

Класична доктрина міжнародного приватного права пов'язує особистий закон юридичної особи з місцем її утворення. Отже, особистий закон юридичних осіб, визначається їх "національністю". Крім того, існують теорії місця реєстрації, місцезнаходження адміністративного офісу, місця діяльності, контролю над фірмою.

Види підприємств в Україні. Згідно із положеннями Господарського кодексу України (ч. I ст. 63)¹ передбачається (залежно від форм власності) діяльність таких підприємств :

¹ Господарський кодекс України, затверджений Законом України "Про підприємства в Україні" від 16.01. 2003 № 436-IV (ВВР України. — 2003. — № 18–20).

- приватне підприємство, яке діє на основі власності громадян чи суб'єкта господарювання (юридичної особи);
- підприємство, засноване на колективній власності (підприємство колективної власності);
- підприємство, засноване на змішаній формі власності (на базі об'єднання різних форм власності.
- підприємство, засноване на власності об'єднання громадян;
- державне підприємство, що діє на основі державної власності;
- комунальне підприємство, яке діє на основі комунальної власності територіальної громади;

Якщо у статутному фонді підприємства іноземні інвестиції становлять не менше 10 %, воно вважається підприємством з іноземними інвестиціями, якщо 100 %, — іноземним підприємством (ч. 2 ст. 63 ГКУ).

Приватним визнається підприємство, яке діє на основі приватної власності одного або кількох громадян, іноземців, осіб без громадянства та його (їх) праці або з використанням найманої праці. Приватним є також підприємство, що діє на основі приватної власності суб'єкта господарювання — юридичної особи (ч. 1 ст. 113 ГКУ).

Підприємства з іноземними інвестиціями мають право бути засновниками дочірніх підприємств, створювати філії та представництва на території України та за її межами з дотриманням вимог законодавства України та відповідних держав. Законом можуть бути визначені галузі господарювання та/або території, для яких встановлюються загальний обсяг участі іноземного інвестора, а також території, на яких діяльність підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог збереження національної безпеки. Правовий статус і порядок діяльності підприємств з іноземними інвестиціями визначається Господарським кодексом, Законом про режим іноземного інвестування в Україні, іншими законодавчими актами (ч. 4–6 ст. 116 ГКУ).

Іноземним є унітарне (створене одним засновником) або корпоративне (створене, як правило, двома або більше засновниками за їх сумісним рішенням) підприємство, засноване відповідно до законодавства України, що діє виключно на основі власності іноземців або іноземних юридичних осіб, а також діюче підприємство, набуте повністю у власність цих осіб. Іноземні підприємства не можуть створюватися у галузях, визначених законом, які мають стратегічне значення для без-

пеки держави. Діяльність філій, представництв та інших відокремлених підрозділів підприємств, утворених за законодавством інших держав, здійснюється на території України відповідно до її законодавства (ч. 1–3 ст. 117 ГКУ “Іноземне підприємство”). Підприємство може бути учасником промислово-фінансової групи (або транснаціональної промислово-фінансової групи, якщо до складу групи входять українські та іноземні юридичні особи) (ч. 1 ст. 125 ГКУ).

Господарські товариства — підприємства або інші суб’єкти господарювання (у тому числі громадяни країни, а також іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані відповідно до законодавства як підприємці), створені юридичними особами та/або громадянами шляхом об’єднання їх майна й участі у підприємницькій діяльності з метою отримання прибутку (ст. 79 ГКУ “Поняття господарського товариства”). До господарських товариств, згідно зі ст. 80 ГКУ “Види господарських товариств”, а також Законом України “Про господарські товариства”, належать: акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, повні товариства, командитні товариства.

Акціонерне товариство — товариство, яке має статутний фонд, поділений на певну кількість акцій однакової номінальної вартості, й несе відповідальність за зобов’язаннями тільки майном товариства. Акціонери відповідають за зобов’язаннями товариства тільки в межах належних їм акцій.

Товариство з обмеженою відповідальністю — товариство, що має статутний фонд, розподілений на частки, розмір яких визначається установчими документами. Учасники товариства несуть відповідальність в межах їх вкладів.

Товариство з додатковою відповідальністю — товариство, статутний фонд якого розподілений на частини певними установчими документами. Учасники такого товариства відповідають за його боргами своїми внесками до статутного фонду, а за недостатності цих сум — додатково належним їм майном в однаковому для всіх учасників кратному розмірі до внеску кожного учасника. Граничний обсяг відповідальності учасників передбачається в установчих документах.

Повне товариство — товариство, всі учасники якого займаються спільною підприємницькою діяльністю і несуть солідарну відповідальність за зобов’язаннями товариства усім своїм майном.

Командитне товариство — товариство, в якому разом з одним або більше учасниками, які здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і несуть відповідальність за його зобов'язання всім своїм майном, є один або більше учасників, відповідальність яких обмежується вкладом у майно товариства (вкладників). Якщо у командитному товаристві беруть участь два або більше учасників з повною відповідальністю, вони несуть солідарну відповідальність за боргами товариства¹.

Як випливає зі ст. 81, 83 ЦКУ, зазначені товариства належать до юридичних осіб приватного права, які, на відміну від юридичних осіб публічного права, створюються на підставі установчих документів. Ці документи розробляються, складаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками), якщо законом не встановлено інший порядок їх затвердження. Установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками. Товариство може бути створене однією особою; воно діє на підставі статуту, затвердженого цією особою.

Згідно зі ст. 119 ГКУ “Види об'єднань підприємств” ці об'єднання залежно від порядку їх заснування можуть утворюватися як господарські, державні або комунальні.

Господарські об'єднання — це об'єднання підприємств (незалежно від їх виду) за їх ініціативою, які на добровільних засадах об'єднали свою господарську діяльність. *Державне (комунальне) господарське об'єднання* — об'єднання підприємств, утворене рішенням органу державної виконавчої влади або компетентного органу місцевого самоврядування.

Господарські об'єднання, як зазначено у ст. 120 ГКУ, утворюються як асоціації, корпорації, консорціуми, концерни або інші об'єднання підприємств, передбачені законом.

Асоціація — договірне об'єднання, створене з метою постійної координації господарської діяльності підприємств, що об'єдналися шляхом централізації однієї чи кількох виробничих та управлінських функцій, розвитку спеціалізації та кооперації виробництва, оптимізації сумісних виробництв.

Корпорація — тимчасове статутне об'єднання підприємств для досягнення її учасниками певної загальної мети.

¹ Закон України “Про господарські товариства” від 19 квітня 1991 р.

Концерн — статутне об'єднання підприємств на базі їх фінансової залежності від одного чи групи учасників, з централізацією функцій науково-технічного та виробничого розвитку, інвестиційної, фінансової, зовнішньоекономічної та іншої діяльності.

Державні та комунальні господарські об'єднання утворюються переважно у формі корпорації або концерну, незалежно від найменування об'єднання (комбінат, трест тощо).

3.3. ПРАВОВИЙ СТАТУС ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Іноземні юридичні особи в Україні. Їх правовий статус визначається нормами як українського законодавства, так і міжнародних договорів України з іншими державами. Статус іноземної юридичної особи зумовлює її державну належність для визначення: обсягу її правосуб'єктності; податкового режиму; вирішення колізійних питань; звернення по дипломатичну допомогу; порядку її ліквідації тощо.

Згідно з багатосторонньою конвенцією про правову допомогу країн СНД від 22 січня 1993 р. правоздатність юридичних осіб визначається законодавством держави, за законами якої вони утворені. Іноземні юридичні особи підтверджують свій статус виписками з торгового, банківського або судового реєстрів тощо (п. 5 Положення про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 25 травня 1998 р. № 740). При цьому вказані виписки повинні бути засвідчені відповідно до законодавства країни їх видачі, переведені на українську мову та легалізовані в консульській установі України, якщо міжнародними договорами, в яких бере участь Україна, не передбачено інше. Наприклад, у договорах України з іноземними державами про надання правової допомоги передбачено, що легалізація цих та інших документів не потрібна. Зазначені виписки можуть бути також засвідчені в посольстві відповідної держави в Україні.

З 1 липня 2004 р. набув чинності Закон України “Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців”, згідно з яким документ про підтвердження реєстрації юридичної іноземної

особи в країні її місцезнаходження повинен бути легалізований у встановленому порядку.

Згідно із ч. 2 ст. 3 Закону України “Про режим іноземного інвестування” від 19 березня 1996 р. іноземні юридичні особи можуть утворювати в Україні підприємства, які повністю їм належать, філії та інші опосередковані підрозділи, а також набувати у власність діючі підприємства повністю. Участь іноземного капіталу у спільних підприємствах, заснованих в Україні, зумовлює утворення юридичних осіб права України. У певних питаннях іноземні юридичні особи підпорядковані законам країни своєї “національності”. Йдеться про питання, пов’язані з особистим статусом цієї юридичної особи, зокрема щодо заснування та ліквідації.

У більшості розвинутих країн діють спеціальні акціонерні закони. У Франції це Закон про торгові товариства 1966 р., у ФРН — Закон про акціонерні товариства 1965 р., в Англії — Закон про компанії 1985 р., у США правове положення підприємницьких корпорацій визначається законами окремих штатів. Ці акціонерні закони регламентують оподаткування прибутку, порядок діяльності та повноваження зборів акціонерів тощо.

Найважливішою особливістю сучасного західного акціонерного законодавства є відмова від принципу спеціальної правоздатності таких товариств. Якщо відповідну юридичну особу за кордоном буде ліквідовано, то і в Україні вона або її відділення також вважатимуться ліквідованими. Український публічний порядок може не допускати застосування іноземного закону товариства.

Відповідно до вітчизняного законодавства суб’єкти господарювання України можуть здійснювати діяльність, спрямовану на встановлення, зміну чи припинення правовідносин з “іноземним елементом” як на території України, так і за кордоном. Органи, що діють від імені України, місцеві органи влади та управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у господарській діяльності на території України, також діють як юридичні особи.

В Україні юридичними вважаються особи, які отримують цей статус від моменту їх реєстрації на території України відповідно до Положення про державну реєстрацію суб’єктів підприємницької діяльності від 25 травня 1998 р. Реєстрація здійснюється у виконавчому комітеті міської, районної в місті ради або в районній, районній міст Києва і Севастополя державних адміністраціях за їх місцезнаходжен-

ням, місцем проживання суб'єкта, якщо інше не передбачене законом України.

Філії, представництва, відділення та інші відокремлені підрозділи, створені суб'єктом підприємницької діяльності — юридичною особою відповідно до чинного законодавства України, юридичної реєстрації не потребують. У своїй діяльності вони керуються положенням, затвердженим юридичною особою. Якщо відокремлені підрозділи розташовані за межами України, їхня діяльність регулюється законодавством України.

Українські юридичні особи за кордоном. Юридичні особи України мають право здійснювати свою діяльність за межами України відповідно до:

- законодавства України;
- статутних завдань;
- законодавства іноземної держави;
- міжнародних угод.

Законодавство України регулює види діяльності юридичної особи у міжнародному господарському обороті. Юридичні особи України діють від свого імені, несуть самостійну майнову відповідальність, тобто не відповідають за дії інших суб'єктів права України, наприклад держави як суб'єкта цивільних відносин.

Статутом (установчими документами) юридичних осіб визначаються: а) права осіб як юридичних (з моменту реєстрації); б) їхня спеціальна правоздатність. Юридичні особи можуть діяти як суб'єкти міжнародного приватного права тільки у тих сферах господарювання, що визначені статутом. Тобто, суб'єкти господарської діяльності України мають право укладати угоди, спрямовані виключно на виконання статутних завдань.

У разі порушення положень установчих документів або законодавства України до вказаних суб'єктів можуть застосовуватися спеціальні санкції, передбачені законодавством України. Зокрема, йдеться про вимоги ст. 37 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність”, Положення про порядок застосування до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності спеціальних санкцій, передбачених ст. 37 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність” від 5 жовтня 1999 р. (zareestrovaniy u Ministerstvi yustitsii Ukraini 21 zhovtnya 1999 r. za №718/4011). Цими санкціями є індивідуальний

режим ліцензування або тимчасове зупинення зовнішньоекономічної діяльності.

Законодавство іноземної держави детально регламентує питання допуску українських юридичних осіб на власну територію, визначає сфери та умови їх діяльності. Міжнародні угоди можуть регулювати питання правоздатності юридичних осіб України; правовий режим, який їм надається; сфери їх діяльності, а також конкретні питання щодо них, наприклад оподаткування.

Транснаціональні корпорації та міжнародні юридичні особи.

У господарській діяльності більшості держав найпоширенішими є такі міжнародні юридичні особи (міжнародні об'єднання):

- *міжнародні підприємства* — підприємства, створені за міжнародним договором (Міжнародний банк реконструкції і розвитку — МБРР) або на підставі внутрішнього закону однієї чи двох держав, прийнятого відповідно до міжнародного договору (Банк міжнародних розрахунків — БМР, Європейський банк реконструкції та розвитку — ЄБРР). Зокрема, ЄБРР є міжнародною юридичною особою в силу того, що згідно зі ст. 45 Угоди про заснування Європейського банку реконструкції та розвитку, підписаної у Парижі 29 травня 1990 р., він має повну правосуб'єктність (правоздатність) на: 1) укладання договорів; 2) придбання і розпорядження рухомим і нерухомим майном; 3) порушення процесуальних дій. Для того щоб надати можливість ЄБРР досягти своєї мети і виконати покладені на нього функції як на міжнародну організацію, на території кожної країни-учасниці йому надається статус юридичної особи;
- *транснаціональні компанії* — підприємства, створені за законом певної країни, які мають власну “національність”, але діють більш ніж в одній країні у формі агентств, відділень, філій;
- *комунітарні підприємства* — підприємства, що створюються державами, які беруть участь у процесі економічної інтеграції, або громадянами цих країн. Як і стосовно міжнародних підприємств, їх “національність” визначається місцем інкорпорації. Критерій інкорпорації є головним для визначення “національності” (державної належності) юридичної особи за правом держав, що належать до англосаксонської системи права, а також за правом скандинавських країн. За цим критерієм “національність” юридичної особи визначається місцем її створення і затвердження статуту. Крім критерію інкорпо-

рації в МПрП існують інші критерії (закони) визначення “національності” юридичної особи: місцезнаходження та місце діяльності. За критерієм місцезнаходження “національність” юридичної особи визначається місцем її знаходження (право континентальних держав Західної Європи), а за критерієм місця діяльності — місцем її виробничого функціонування (центр експлуатації). Останній критерій застосовується у практиці країн, що розвиваються [20];

- *транснаціональні корпорації (ТНК)* — підприємства, відділення та філії яких розташовані на даний час практично у всіх країнах, є в економічному аспекті єдиним механізмом, а в юридичному — незалежними компаніями. Жодне законодавство світу не містить визначення ТНК, оскільки діючі на території держави підрозділи цих корпорацій визнаються місцевими суб’єктами, які підпорядковані у своїй діяльності внутрішньому національному регулюванню. Транснаціональні корпорації — це спілки, об’єднання, діяльність яких не обмежена однією нацією або державою.

ТНК притаманні такі ознаки:

- 1) єдина економічна система;
- 2) група самостійних підприємств;
- 3) поширення діяльності на території кількох держав;
- 4) структурні підрозділи є суб’єктами національного права;
- 5) здійснення управління та контролю з єдиного центру;
- 6) перебування корпорації поза юрисдикцією окремої держави, групи держав або міжнародних організацій.

За характером відносин з материнським підприємством залежні підприємства поділяються на філії, дочірні підприємства та спільні підприємства. Філії не є юридичними особами і діють на підставі положення, затвердженого для них материнським підприємством. Дочірні підприємства утворюються в договірному порядку або їхня залежність від материнського підприємства визначається тим, що останнє має акції дочірнього підприємства. Спільні підприємства (змішані товариства) мають у своєму статутному фонді частку, що належить і національному капіталу.

Використання ТНК як форми діяльності дає змогу отримувати високий прибуток у державах з порівняно низькими податковими ставками, а тим країнам, де податки високі, зосереджувати менший за обсягом прибуток. Такі корпорації створені як юридичні особи однієї держави, проте можуть мати в інших країнах численні філії,

дочірні підприємства тощо. З правового погляду ці утворення не є міжнародними юридичними особами, хоч термін “міжнародна” застосовується і в офіційних назвах деяких з них. Підрозділи (структурні одиниці) іноземних суб’єктів господарювання, які не є юридичними особами за законодавством України (філії, відділення тощо), але мають постійне місцезнаходження на її території та зареєстровані в порядку, передбаченому законом, визнаються суб’єктами зовнішньоекономічної діяльності (ст. 378 ГКУ “Суб’єкти зовнішньоекономічної діяльності”).

Діяльність ТНК регулюють численні міжнародно-правові документи, які переважно або є регіональними, або їх норми не мають імперативного (обов’язкового) характеру. Серед конвенцій, що регулюють діяльність ТНК, варто назвати *Конвенцію про транснаціональні корпорації*, підписану Україною 6 березня 1998 р. у Москві та ратифіковану 13 липня 1999 р. (із застереженнями).

Сторони Конвенції визнають під терміном “транснаціональна корпорація” юридичну особу (сукупність юридичних осіб), яка:

- має у власності, господарському віданні або оперативному управлінні відокремлене майно на території двох та більше сторін;
- утворена юридичними особами двох та більше сторін;
- зареєстрована як корпорація згідно з цією Конвенцією.

Термін “транснаціональна корпорація” охоплює різні транснаціональні структури, у тому числі фінансово-промислові групи, компанії, концерни, холдинги, спільні підприємства, акціонерні товариства з іноземною участю тощо. Корпорації мають право здійснювати на території сторін будь-які види діяльності, не заборонені законодавством сторін (ст. 2). Учасниками ТНК можуть бути юридичні особи будь-якої організаційно-правової форми, у тому числі з третіх країн. Державні, муніципальні та унітарні підприємства можуть бути учасниками корпорації в порядку і на умовах, визначених власниками їх майна (ст. 3).

Конвенція містить перелік заходів, які сторони зобов’язалися вживати з метою стимулювання створення та діяльності корпорацій, але цей перелік не вважається вичерпним (ст. 8). Колізійні норми у Конвенції переважають над матеріально-правовими (відносини, не врегульовані Конвенцією, регулюються двосторонніми угодами між сторонами, а також їх національним законодавством (ч. 2 ст. 1).

Сторони погодилися, що корпорація створюється і діє відповідно

до вимог законодавства сторін (ч. 6 ст. 1). Порядок реєстрації корпорації визначається законодавством держави, що є місцем її реєстрації (ст. 4). Структура управління (склад вищого, виконавчого і контрольного органів) визначається в установчих документах корпорації, на основі законодавства держави, яка є місцем її реєстрації (ст. 6).

За зобов'язаннями корпорації та/або головного підприємства (центральної компанії), що виникли у результаті участі в діяльності корпорації, учасники несуть відповідальність згідно із законодавством сторін, юридичні особи яких належать до корпорації (ст. 9). Корпорація подає звітність відповідно до законодавства держави, що є місцем її реєстрації (ст. 10). Соціально-трудові відносини у корпорації регулюються на основі законодавства сторін, на території яких розташовані її учасники, якщо інше не обумовлене міждержавними договорами (угодами) (ст. 12).

Конвенція також регламентує питання ліквідації корпорації: “Корпорація може бути ліквідована на підставах, передбачених законодавством держави — місця реєстрації корпорації, а також у зв'язку із закінченням дії відповідної міжурядової угоди” (ст. 13).

Застереження, які містяться у Конвенції:

1) ТНК на території України та за її межами, якщо їх створення може призвести до монополізації товарних ринків в Україні, впливає чи може вплинути на економічну конкуренцію на її території, створюються за згодою Антимонопольного комітету України у порядку, передбаченому антимонопольним законодавством України;

2) Україна бере на себе зобов'язання застосовувати положення Конвенції про ТНК, за винятком другого та восьмого абзаців преамбули і слів у ст. 19 “Економічний Суд Співдружності Незалежних Держав чи інший”.

Діяльність суб'єктів МПрП, зокрема ТНК, регулюють також Регіональна декларація про міжнародні інвестиції та багатонаціональні підприємства від 21 червня 1976 р., Керівні принципи для багатонаціональних підприємств (додаток до Конвенції), Кодекс іноземних інвестицій, прийнятий 1970 р. латиноамериканськими державами, Хартія економічних прав та обов'язків держав, затверджена резолюцією ООН у 1974 р., норми якої спрямовані на захист економічних прав країн, що розвиваються, та обмеження діяльності ТНК.

ПРАВО ВЛАСНОСТІ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

4.1. СУТНІСТЬ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ТА ЙОГО ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Поняття “власність” і право власності. Власність є матеріальною основою суспільного розвитку. Як науковий термін вона вживається у двох аспектах: в економічному і юридичному. В економічному аспекті — це присвоєння матеріальних благ, сутність якого полягає в належності наявних засобів виробництва й одержаних продуктів праці державі, територіальним громадам та окремим колективам чи індивідам. Належність (присвоєння) у цьому разі означає ставлення суб'єкта присвоєння до певних матеріальних благ як до своїх і відповідно ставлення до них усіх інших осіб — як до чужих. Це матеріально-речовий аспект процесу присвоєння, який характеризує ставлення людей до речі.

Інший аспект присвоєння матеріальних благ — це суспільні відносини власності, які характеризують відносини між людьми, що ґрунтуються на розмежуванні “мого” і “чужого”. Сутність його полягає в пануванні власника над річчю та усуненні всіх інших суб'єктів від речі, тобто в недопущенні будь-яких перешкод власнику в пануванні над річчю з боку невластника [8; 112; 149].

Саме тому економічні відносини закріплюються, регламентуються і захищаються державою за допомогою норм права. Врегульовані

правовими нормами, економічні відносини здійснюються як правовідносини і виступають у такій юридичній категорії, як право власності в сучасних державах.

У кожній державі центральним правовим інститутом є інститут права власності. Праву власності належить головне місце у системі речових прав. У свою чергу, речове право — це найбільш об'ємний і важливий правовий інститут у всіх правових системах світу. Йому присвячено відповідні розділи цивільних кодексів, спеціальні закони країн.

Речові права характеризуються двома основними ознаками:

1) вони прямо передбачені законодавствами. Особа не може за своїм бажанням створювати будь-які різновиди речових прав;

2) належать до прав абсолютних, за яких правочинності носія права відповідає обов'язок всіх інших осіб визнавати їх дію й утримуватися від їх порушення.

Право власності охоплює права: володіння, користування та розпорядження майном.

Право володіння — надане законом право фактичного володіння річчю.

Право користування — заснована на законі можливість експлуатації майна, добування з нього корисних властивостей, одержання плодів і прибутків.

Право розпорядження — надана законом можливість на власний розсуд чинити дії, що визначають юридичну долю майна, наприклад продаж, дарування, знищення.

Право власності виникає на основі норм права й за наявності певних юридичних чинників та підстав, способів набуття цього права.

Способи набуття права власності:

1. *Первинні* (право виникає вперше):

- виробництво, переробка речі, придбання плодів, збільшення кількості речей (наприклад, до будинку прибудували сау-ну), присвоєння безгосподарних речей;
- давність — факт тривалого володіння чужим майном. “Осо-ба, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном — протягом п'яти років, набуває права власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено цим кодексом” (ч. 1 ст. 344 ЦКУ “Набу-вальна давність”).

2. *Похідні* (у порядку правонаступництва):

- із волі власника, наприклад договір і одностороння угода;
- всупереч волі власника (націоналізація, конфіскація, реквізиція).

Для ринкової системи господарювання характерним є те, що в її основу покладено захист права власності, зокрема приватної, кому б вона не належала — вітчизняному чи іноземному суб'єкту права власності.

Захист права власності виявляється:

- у захисті відносин власності за нормального, непорушеного стану;
- у відновленні порушених відносин власності.

Способи захисту відносин власності:

1) зобов'язально-правові:

- позови із відшкодування, позадоговірної шкоди (танкер розлив нафту і заподіяв величезний збиток рибному господарству);
- позови із відшкодування шкоди, заподіяної безпідставним збагаченням (гроші надіслано за іншою адресою, а одержувач їх не віддає);

2) дії щодо відшкодування збитків, заподіяних під час порушення договірних зобов'язань.

Існують такі види позовів для захисту прав власності:

- у праві континентальної Європи — речово-правові;
- у країнах загального права — спеціальні види позовів.

У континентальній Європі (як і в Україні) застосовують віндикаційні та негаторні позови.

Віндикаційний позов — вимагання неволодіючим власником від неправомірно володіючого невластника своєї речі (майна). Позивачем виступає власник, який втратив володіння річчю (вкрали, загубив, передав іншій особі в тимчасове користування, а та відмовляється її повернути), але не втратив права власності на неї. Відповідачем за цим позовом є особа, яка неправомірно володіє чужою річчю.

Негаторний позов — позов про припинення неправомірних дій. Наприклад, ситуація, коли перед вашим гаражем вивантажили купу цегли, і ви не можете виїхати, тобто користуватися своїм гаражем.

Щодо іноземних осіб практично у всіх державах застосовується національний режим захисту права власності.

Крім внутрішнього законодавства кожної держави питання регулювання прав власності розглядаються у міжнародних конвенціях і міждержавних угодах. Стосовно МПРП це такі міжнародні акти:

- Конвенція про обмеження відповідальності власників суден внутрішнього плавання від 1 березня 1973 р.;
- Міжнародна конвенція про обмеження відповідальності власників морських суден від 10 жовтня 1957 р.;
- Конвенція про заснування Організації інтелектуальної власності від 14 липня 1967 р.;
- Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1983 р. (Україна приєдналася до Конвенції 25 грудня 1991 р.) та ін.

Особливості обмеження відповідальності власників суден розглянуто у підрозділі 5.7 цієї монографії; зміст Конвенції “Про охорону права інтелектуальної власності” — у підрозділі 5.2.

Регулювання права власності у законодавствах різних країн.

Сам факт визнання права власності, зміст цього права, обсяг дієздатності та правоздатності власників можуть бути у різних країнах неоднаковими. Відомо, що питання дієздатності особи, пов'язані зі здійсненням нею операцій з рухомим майном, багато в чому залежать від законодавства країни, де знаходиться майно.

У кожній країні існує свій підхід до поділу майна (речей) на рухоме і нерухоме. У державах романо-германської (континентальної) правової системи існує чітке визначення поняття власності. Йому і питанню речового права загалом присвячено окремі розділи цивільних кодексів країн: у французькому Цивільному кодексі 1804 р. з трьох книг — книга II “Про майно і різноманітні видозміни власності”; німецькому Цивільному укладенні 1896 р. з п'яти книг — книга III “Речове право”; у швейцарському Цивільному кодексі 1907 р. з чотирьох книг — книга IV “Право власності”; в австрійському Цивільному кодексі 1811 р. із трьох частин — друга частина “Речове право”; у шведському Кодексі 1734 р. з дев'яти розділів — четвертий “Про нерухомість”, значно оновлений в 1970 р. Отже, у країнах “родини континентального права” питанням прав власності приділяється багато уваги, і в них це право виступає як окремий правовий інститут [49; 53; 55; 56; 59].

Країни англосаксонської (загальної) системи права мають свої особливості. Це право залишається переважно судовим, правом су-

дового прецеденту. В Англії немає галузевих кодексів європейського типу, в англійському праві відсутній поділ права на публічне і приватне. Право США містить кодекси, невластиві праву Англії. В деяких штатах діють цивільні кодекси, в 25 штатах — цивільно-процесуальні.

У цивільному законодавстві багатьох держав наявне досить чітке розмежування між рухомим та нерухомим майном. Так, у Цивільному кодексі Франції дається широка концепція поняття нерухомих речей. До них кодекс відносить нерухомість:

- 1) за природою — будинки, споруди, землю;
- 2) за призначенням:
 - речі, призначені для обслуговування нерухомості — машини, інструменти, сировина, худоба в маєтку;
 - те, що належить до нерухомого майна, — земельні ділянки;
 - незібраний урожай;
 - предмети, які власник землі помістив на свою ділянку для обслуговування та експлуатації (наприклад, тварини для оброблення землі, рільничі знаряддя);
 - речі, поєднані із землею назавжди;
 - узуфрукт (користування річчю, що належить іншій особі, із присвоєнням принесених нею плодів за умови збереження суті речі) на рухомі речі;
 - сервітути (право користування чужим майном) або земельні повинності (земельні сервітути);
 - позови, які мають своїм предметом повернення нерухомості.

Рухомими за нормами цього кодексу вважаються речі, які можуть змінювати своє місцезнаходження (скажімо, рухаються самі); зобов'язання та позови, що мають своїм предметом сплату грошових сум чи права на рухомі речі; акції або частки у фінансових, торговельних та промислових компаніях; тимчасові чи довчні ренти, сплачувані державою або приватними особами (ст. 516–529 Цивільного кодексу Франції).

У Федеративній Республіці Німеччині визначено вужче, ніж у Франції, поняття нерухомості: земля і складові частини земельної ділянки. До рухомого майна належить усе, що не є складовими земельної ділянки. Такі самі визначення поняття рухомого та нерухомого майна існують в Італії та Японії. Відповідно до Цивільного кодексу Португалії до нерухомих речей належать міські й сільські

будівлі та споруди; води; дерева, куші, плодові насадження, якщо вони тісно пов'язані із землею; спадкові права на вказане майно; частини сільських та міських споруд; будь-яка рухома річ, поєднана назавжди з ними. Усі інші речі вважаються рухомими (ст. 204–205) і обліковуються у спеціальних реєстрах (ст. 205). Приблизно таким самим за змістом є поділ речей на рухомі та нерухомі у багатьох інших державах.

У цивільному праві Болгарії одним з критеріїв віднесення майна до нерухомості є фізичний зв'язок об'єкта із землею. Тому нерухомістю вважають землю, насадження та будівлі. До рухомого майна належать, зокрема, цінні папери, транспортні засоби, речі особистого користування. У законодавстві Швеції чітке розмежування майна на рухоме й нерухоме досягається переліченням нерухомого майна (земля, будівлі, устаткування, речі, якими обладнаний будинок, тобто ліфти, радіатори, труби тощо). Кодекс про нерухоме майно містить положення стосовно зазначених об'єктів.

У США та Англії класифікація майна на рухомість або нерухомість застосовується тільки щодо суб'єктів іноземного права. Але існує розподіл на реальні та персональні речі, наприклад річ у володінні та річ у вимозі є річчю персональною, а річ, що перебуває в оренді, — реальною, але нею не володіють.

Віднесення речей до рухомих і нерухомих має певні правові наслідки: неоднакова форма посвідчення права власності та укладання угод на ці види майна. Наприклад, у Німеччині обов'язковою є письмова форма, що вимагає офіційної реєстрації в письмовому реєстрі. За законодавством ніяке речове право на нерухоме майно не може виникнути і припинитися без занесення його до Земельної книги. Для угод із рухомими речами не потрібно спеціальних формальностей.

Особливим типом правової системи є система мусульманського права. Оскільки в Корані питанням власності не приділено окремої уваги, то й у мусульманському праві власність ніколи не становила спеціального предмета досліджень.

Після розгляду інституту права власності у зарубіжних країнах перейдемо до аналізу цього інституту в праві України, зокрема в нових Цивільному та Господарському кодексах.

4.2. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Серед численних нормативно-правових актів в Україні щодо питань власності провідними є Конституція України, Закон України “Про власність” від 7 лютого 1991 р., Цивільний (книга 3) та Господарський кодекси України.

Цивільний кодекс України, у книзі 3 “Право власності та інші речові права” дає таке визначення праву власності: “Правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316)”. “Власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном. На зміст права власності не впливають місце проживання [власника] та місцезнаходження майна” (ст. 317).

Відповідно до ч. 1 ст. 134 ГКУ “Право власності — основне речове право у сфері господарювання” суб’єкт господарювання, який здійснює господарську діяльність на підставі права власності, на власний розсуд, одноосібно або разом з іншими суб’єктами володіє, користується і розпоряджається належним йому майном, у тому числі має право надавати майно іншим суб’єктам для використання його на правах власності, господарського ведення, оперативного управління або на підставі інших форм правового режиму майна, передбачених цим кодексом. При цьому право господарського ведення є речовим правом суб’єкта підприємництва, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), з обмеженням повноважності розпорядження стосовно окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених законодавством (ч. 1 ст. 136 ГКУ “Право господарського відання). Правом оперативного управління визнається речове право суб’єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення комерційної діяльності (ч. 1 ст. 137 ГКУ “Право оперативного управління).

Згідно зі ст. 2 Закону України “Про власність” власність в Україні може бути в таких формах: приватна, колективна, державна; всі форми власності є рівноправними. Інакше регулюються відносини власності в Конституції України. По-перше, у Конституції (ст. 41, 116,

142, 143) щодо власності вживаються терміни “приватна”, “державна” та “комунальна” і не згадується колективна власність. При цьому комунальна власність (власність територіальних громад сіл, селищ, міст) розглядається відокремлено від державної. По-друге, на відміну від Закону “Про власність”, у Конституції йдеться не про рівноправність форм власності, а про рівність перед законом усіх суб’єктів права власності (ч. 4 ст. 13).

Суб’єкти права власності. Суб’єктами права власності вважаються Український народ та інші учасники цивільних відносин: фізичні та юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб’єкти публічного права (ст. 2, 318 ЦКУ)..

Цивільний кодекс України визначає такі форми права власності:

- право власності Українського народу (ст. 324);
- право приватної власності (ст. 325);
- право державної власності (ст. 326);
- право комунальної власності (ст. 327).

Господарський кодекс виокремлює ще й підприємства колективної власності. Таким підприємством вважається корпоративне або унітарне підприємство, що діє на основі колективної власності засновника (засновників) (ч. 1 ст. 93 ГКУ “Поняття підприємства колективної власності”).

Суб’єктами права власності відповідно до ст. 3 Закону України “Про власність” можуть бути також інші держави, їх юридичні особи, спільні підприємства, міжнародні організації, громадяни інших держав та особи без громадянства. Іноземні юридичні особи та громадяни можуть стати власниками майна в Україні у разі придбання об’єктів приватизації, а також внаслідок здійснення іноземних інвестицій у формах, визначених Законом України “Про режим іноземного інвестування”.

Для забезпечення здійснення підприємницької діяльності законодавство допускає об’єднання майна, що є власністю громадян, юридичних осіб і держави, та створення на цій основі змішаних форм власності, в тому числі власності спільних підприємств за участю юридичних осіб і громадян інших держав.

Суб’єктивне право власності визначається Законом України “Про власність” та ЦКУ як врегульовані законом суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження майном. Кожне

із зазначених повноважень власник може передати іншій особі, не втрачаючи при цьому права власності. Так, при здаванні майна до камери схову володіння ним здійснює охоронець; орендар володіє і користується зданим йому в оренду чужим обладнанням; комісіонер володіє і розпоряджається речами, зданими на комісію. Проте ні охоронець, ні орендар, ні комісіонер власниками майна, що перебуває в їхньому володінні, не стають. Право власності продовжує належати тому, кому воно належало до здавання майна на збереження, в оренду чи на комісію.

Можливі й такі випадки, коли права володіння, користування і розпорядження одночасно зосереджуються в особі, яка не є власником майна (наприклад, право власності на майно, закріплене за державним підприємством, належить державі, а не підприємству, яке ним володіє, користується і розпоряджається).

Державна власність, як і раніше, є основою економіки України. Навіть після приватизації її питома частка досить значна [47; 81]. До державної власності в Україні згідно із Законом “Про власність” належать загальнодержавна, республіканська власність і власність адміністративно-територіальних одиниць (комунальна власність). Суб’єктом права загальнодержавної власності є держава в особі Верховної Ради України, республіканської — Автономна Республіка Крим, комунальної власності — адміністративно-територіальні одиниці в особі обласних, районних, міських, селищних, сільських рад (відповідно до ст. 142 Конституції України суб’єктами права комунальної власності є територіальні громади сіл, селищ і міст).

Об’єкти загальнодержавної власності. Згідно із чинним законодавством (п. 5 ст. 116 Конституції України) управління об’єктами державної власності відповідно до закону здійснює Кабінет Міністрів України. Декретом від 15 грудня 1992 р. № 8-92 “Про управління майном, що є у загальнодержавній власності” Кабінет Міністрів України поклав виконання функцій з управління зазначеним майном на міністерства та інші центральні органи виконавчої влади. При здійсненні цих повноважень їм заборонено пряме втручання в господарську діяльність підприємств.

Виходячи з різного ступеня усупільнення державного майна, його значення для народу і держави, законодавство відносить до об’єктів права державної власності:

- землю;
- майно, що забезпечує діяльність Верховної Ради України та утворених нею державних органів;
- майно Збройних сил, органів державної безпеки, прикордонних і внутрішніх військ;
- оборонні об'єкти;
- єдину енергетичну систему;
- системи транспорту загального користування, зв'язку та інформації, що мають загальнодержавне значення;
- кошти державного бюджету;
- Національний банк України та його установи і створювані ними кредитні ресурси;
- республіканські резервні, страхові та інші фонди;
- майно вищих і середніх спеціальних навчальних закладів;
- майно державних підприємств;
- об'єкти соціально-культурної сфери або інше майно, що становить матеріальну основу суверенітету України і забезпечує її економічний та соціальний розвиток.

У державній власності може перебувати й інше майно, передане у власність України іншими державами, а також юридичними особами і громадянами.

Об'єкти комунальної власності. Певні особливості встановлено законодавством щодо управління державним майном, закріпленим за казенним підприємством. Жорсткіший характер управління майном цих підприємств з боку відповідних уповноважених органів дає підстави (з урахуванням змісту ст. 38 Закону “Про підприємства в Україні”) говорити про управління казенним підприємством. Воно здійснюється міністерством або іншим центральним органом виконавчої влади: “Управління майном, що є в комунальній власності, здійснюють територіальні громади села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування”.

Відповідно до Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. від імені та в інтересах територіальних громад права суб'єкта комунальної власності здійснюють відповідні ради. Згідно із законодавством вони приймають рішення про створення підприємствами комунальної власності спільних підприємств, у тому числі з іноземними інвестиціями.

Місцеві державні адміністрації здійснюють на відповідній території управління об'єктами, що перебувають у державній власності та передані до сфери їх управління (ст. 19 Закону України “Про місцеві державні адміністрації” від 9 квітня 1999 р.).

Перелік об'єктів права комунальної власності визначено в ст. 35 Закону України “Про власність”. До них належать:

- майно, що забезпечує діяльність відповідних рад і утворюваних ними органів;
- кошти місцевих бюджетів, державний житловий фонд, об'єкти житлово-комунального господарства;
- майно закладів народної освіти, культури, охорони здоров'я, торгівлі, побутового обслуговування;
- майно підприємств;
- місцеві енергетичні системи, транспорт, системи зв'язку та інформації, в тому числі націоналізоване майно, передане відповідним підприємствам, установам, організаціям;
- інше майно, необхідне для забезпечення економічного і соціального розвитку відповідної території.

У комунальній власності перебуває також майно, передане у власність відповідної територіальної громади іншими суб'єктами права власності.

У зв'язку з поділом державної власності на загальнодержавну та комунальну Кабінетом Міністрів України було прийнято Постанову від 5 листопада 1991 р. № 311 “Про розмежування державного майна України між загальнодержавною (республіканською) власністю і власністю адміністративно-територіальних одиниць (комунальною власністю)”, якою затверджено перелік державного майна України, яке передається у власність адміністративно-територіальних одиниць. Постановою також встановлено порядок розмежування майна між власністю областей, міст, районів та інших адміністративно-територіальних одиниць.

Передача майна здійснюється у порядку, передбаченому Законом України “Про передачу об'єктів права державної та комунальної власності” від 3 березня 1998 р., який регулює відносини, пов'язані з передачею об'єктів права державної власності у комунальну власність територіальних громад сіл, селищ, міст або в їх спільну власність, а також об'єктів права комунальної власності у державну власність. Детально порядок безоплатного передавання об'єктів права

державної власності врегульовано “Положенням про порядок передачі об’єктів права державної власності”, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 21 вересня 1998 р. № 1482.

Колективна власність. Охоплює майно, що належить окремим організаційно оформленим колективам громадян, а також майно інших колективних організацій. Члени таких організацій об’єднують свою працю (підприємницьку діяльність) і кошти для досягнення певних цілей. Вони безпосередньо або через створювані органи визначають порядок використання майна, управління ним та розподілу доходів.

В економіці України колективна власність, яка прийшла на зміну традиційній колгоспно-кооперативній та власності громадських організацій, набуває сьогодні нового характеру. Вона має значні можливості для розвитку і могла би бути використана протягом тривалого часу. Чинним законодавством значно розширено коло суб’єктів колективної власності. Стаття 20 Закону України “Про власність” відносить до нього трудові колективи державних підприємств, колективи орендарів, колективні підприємства, кооперативи, акціонерні товариства, господарські товариства, господарські об’єднання, професійні спілки, політичні партії та інші громадські об’єднання, релігійні організації, що є юридичними особами. Водночас стосовно такого специфічного об’єкта права власності, як земля, коло суб’єктів обмежене колективними сільськогосподарськими підприємствами, сільськогосподарськими кооперативами, садівницькими товариствами, сільськогосподарськими акціонерними товариствами.

Приватна власність. Важливим аспектом здійснення громадянами права приватної власності є право використовувати належне їм майно для господарської та іншої не забороненої законом діяльності [46]. Питання власності регулюють міжнародні договори України:

- Угода “Про розподіл всієї власності колишнього Радянського Союзу за кордоном” від 6 липня 1992 р.;
- Угода між Урядом України і Урядом Республіки Молдова “Про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності” від 11 серпня 1994 р.;
- Угода між Україною та Республікою Білорусь “Про взаємне визнання та регулювання відносин власності” від 22 січня 1993 р. та ін.

Здійснювати відносини щодо володіння, користування та розпорядження власністю, незалежно від її форм, можуть не тільки народ України, її громадяни, юридичні особи та держава Україна, а й інші держа-

ви, їх юридичні особи, спільні підприємства, міжнародні організації, громадяни іноземних держав та особи без громадянства. Майно їм може належати на правах спільної (часткової або сумісної) власності цих суб'єктів права. Законодавством України допускається об'єднання майна, що є власністю громадян, юридичних осіб та/чи держави і створення на цих засадах змішаних форм власності, в тому числі власності спільних підприємств за участю громадян та юридичних осіб інших держав (ст. 3 Закону України “Про власність”). Тому такі спільні підприємства можуть мати на території України у власності майно, необхідне для здійснення діяльності, визначеної установчими документами, якщо інше не передбачено законодавчими актами України.

Міжнародні організації та юридичні особи іноземних держав можуть мати на території України у власності будинки, споруди, інше майно соціально-культурного та виробничого призначення. Це положення відображено і в численних міжнародних договорах про торговельні відносини, науково-технічну співпрацю тощо. Так, згідно із п. 3 ст. 5 Угоди про торговельні відносини між Україною та США від 6 травня 1992 р. кожна з держав дозволяє комерційним представництвам іншої держави ввозити на свою територію і використовувати відповідно до звичайної комерційної практики конторське та інше обладнання (друкарські машинки, фотокопіювальні апарати, комп'ютери, телефакси та ін.).

Правовий режим майна, що є об'єктом права власності інших держав, юридичних, осіб, спільних, підприємств і міжнародних організацій, визначається законодавчими актами України, якщо інше не встановлено міжнародними договорами. Окремі майнові об'єкти можуть бути спільними для кількох держав. Йдеться, зокрема, про природні об'єкти. Режим використання спільних природних об'єктів, розташованих на території України та сусідніх держав, визначається міжнародними договорами, ратифікованими Україною.

Стосовно громадян іноземних держав та осіб без громадянства в Законі України “Про власність” зазначено, що вони користуються правами та несуть обов'язки щодо належного їм на території України майна нарівні з громадянами України, якщо інше не передбачено законодавством нашої держави (ч. 2 ст. 11). Тобто на іноземців у питаннях права власності поширюється національний режим. Це випливає з вимог Закону України “Про власність”, де окремим положенням наголошено, що суб'єктами права на приватну власність крім

громадян України можуть бути також іноземні громадяни та особи без громадянства (ст. 11).

Відповідно до законодавства України іноземці можуть мати у власності будь-яке майно, успадковувати й заповідати його, зокрема мають право власності на житло (ст. 12, 13 Закону України “Про правовий статус іноземців”). Згідно зі ст. 8 Закону України “Про приватизацію державного майна” покупцями об’єктів приватизації можуть бути разом з громадянами України іноземні громадяни та особи без громадянства, юридичні особи інших держав.

Деякі об’єкти в Україні не можуть належати на праві власності іноземним громадянам та особам без громадянства. Так, згідно із Земельним кодексом України іноземним громадянам, іноземним юридичним особам та особам без громадянства земельні ділянки сільськогосподарського призначення у власність не передаються. Ці особи можуть набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення.

Законодавством України встановлено, що земля може надаватися іноземним суб’єктам права у користування та на умовах оренди. Так, у постійне користування (без заздалегідь визначеного терміну) земля надається радами народних депутатів із земель, що перебувають у державній власності, спільним підприємствам, міжнародним об’єднанням і організаціям за участю українських та іноземних юридичних і фізичних осіб, підприємствам, що повністю належать іноземним інвесторам.

У Законі України “Про оренду землі” зазначено, що орендарями землі в Україні, тобто суб’єктами строкового, платного володіння і користування земельною ділянкою, необхідною для здійснення підприємницької та іншої діяльності, можуть бути міжнародні об’єднання та організації, іноземні держави, іноземні юридичні та фізичні особи, особи без громадянства. Орендарі набувають права на оренду земельної ділянки на підставах і в порядку, передбачених Земельним кодексом України, Законом України “Про оренду землі” та іншими законами України за договором оренди землі. Його умови визначено в Законі “Про оренду землі”. У наведених нормативно-правових актах врегульовано питання, пов’язані з порядком та умовами укладання й дії договору оренди, орендною платою, права та обов’язки орендодавців та орендарів, захист їх прав.

Виключно користування землею іноземним суб’єктам дозволяється в більшості країн СНД (Азербайджан, Киргизстан, Узбеки-

тан, Україна та ін.). Водночас законодавство Естонії передбачає можливість володіння землею іноземними суб'єктами права.

Відповідно до Кодексу України “Про надра” не передаються у власність іноземним суб'єктам права й надра України. Проте вони можуть надаватися у постійне чи тимчасове користування з певною метою, наприклад для геологічного вивчення, в тому числі для дослідно-промислового розроблення родовищ корисних копалин загальнодержавного значення; видобування корисних копалин тощо. Кабінет Міністрів України Постановою від 8 червня 1998 р. № 841 затвердив Положення “Про порядок організації та проведення міжнародних конкурсів (тендерів) на укладання контрактів на користування надрами”. Іноземним юридичним та фізичним особам надра в користування надаються на конкурсній основі на підставі угод (контрактів) з урахуванням вимог законодавства про зовнішньоекономічну діяльність, Кодексу України “Про надра”, інших актів законодавства. Правовою підставою користування надрами є ліцензія, видана відповідно до контракту.

У Положенні вказано, що об'єктами тендерів щодо укладання контрактів на користування надрами можуть бути:

- 1) окремі ділянки надр, у тому числі континентального шельфу і виключної (морської) економічної зони України;
- 2) конкретні родовища або частини родовищ корисних копалин;
- 3) техногенні родовища корисних копалин;
- 4) об'єкти будівництва та експлуатації підземних споруд, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, у тому числі споруд для підземного зберігання нафти, газу та інших речовин і матеріалів, захоронення шкідливих речовин і відходів виробництва, скидання стічних вод.

У користування можуть надаватися окремі ділянки надр, у тому числі континентального шельфу і виключної (морської) економічної зони України, родовища корисних копалин або їх частини як загальнодержавного, так і місцевого значення, зокрема техногенні родовища. Порядок надання частини надр користувачам на території України визначається Положенням про порядок надання гірничих відводів, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 27 січня 1995 р. № 59.

Загалом питання, пов'язані з наданням природних ресурсів у користування, є компетенцією приймаючої сторони. Це впливає з Резо-

люції Генеральної Асамблеї ООН “Про постійний суверенітет над національними природними багатствами” від 14 грудня 1962 р., де закріплено право народів вільно розпоряджатися своїми природними багатствами згідно з національними інтересами. На цих засадах ґрунтується й законодавча практика України, наприклад Закон України “Про виключну (морську) економічну зону” від 16 травня 1995 р.

До об’єктів, які не можуть перебувати у власності громадян, громадських об’єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, належать такі, що затверджені Постановою Верховної Ради України “Про право власності на окремі види майна” від 17 червня 1992 р. № 2471-ХІІ . Так, у власності зазначених суб’єктів права не можуть бути:

1) зброя, боєприпаси (крім мисливської та пневматичної зброї, зазначеної в Додатку 2 до вказаної постанови, а також спортивної зброї та боєприпасів до неї, що купуються громадськими об’єднаннями з дозволу органів внутрішніх справ), бойова і спеціальна військова техніка, ракетно-космічні комплекси;

2) вибухові речовини й засоби вибуху, всі види ракетного палива, а також спеціальні матеріали та обладнання для його виробництва;

3) бойові отруйні речовини;

4) наркотичні, психотропні, сильнодіючі отруйні лікарські засоби (за винятком отримуваних громадянами за призначенням лікаря);

5) державні еталони одиниць фізичних величин;

6) спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації (ці засоби не можуть також перебувати у власності юридичних осіб недержавних форм власності);

8) електрошокові пристрої та спеціальні засоби, що застосовуються правоохоронними органами, крім газових пістолетів і револьверів та патронів до них, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії.

Цією ж постановою затверджено спеціальний порядок набуття права власності на окремі види майна (Додаток 2) певними суб’єктами правовідносин. Іноземці можуть мати вклади в установах Ощадбанку України чи бути застрахованими в нашій державі. Але відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України “Про порядок обігу сертифікатів, отриманих громадянами України як компенсація втрат від знецінення грошових заощаджень в установах Ощадного банку України та колишнього Держстраху” від 7 лютого 1996 р. № 161 вони не мають права на сертифікат, який видається на суму індек-

сації вкладів чи знецінення коштів в установах колишнього Держстраху і може бути використаний для приватизації державного майна. Зазначений Закон України “Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України” не вирішує питання про право іноземців на компенсаційні сертифікати, що могли б бути використані для приватизації державного майна.

Іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, а також міжнародні організації можуть бути засновниками та учасниками акціонерного товариства нарівні з громадянами та юридичними особами України, крім випадків, передбачених законодавчими актами України.

Певне майно може використовуватися іноземцями тільки на території України. Його вивезення за межі митної території нашої держави заборонено. Так, Постановою Кабінету Міністрів України від 11 вересня 1996 р. № 1094 затверджено перелік предметів промислового призначення, що застосовуються у виробничій сфері, вивезення (пересилання) яких громадянами України, іноземцями та особами без громадянства за межі митної території України забороняється.

Майно, необхідне для виконання контрактів іноземними юридичними особами та громадянами, надається їм на умовах, передбачених законодавством України. Передання третім особам державного майна, яке надається в користування відповідно до контракту іноземним юридичним особам та громадянам, не допускається. Після закінчення терміну дії контракту майно (у тому числі нерухоме), придбане (споруджене, створене) за рахунок іноземної юридичної особи (громадянина), залишається у її (його) власності, якщо інше не передбачено контрактом.

Питання про користування майном, яке не перебуває у власності іноземних суб'єктів, регулюється й законодавством про іноземні інвестиції. В Україні, зокрема, передбачається користування з присвоєнням користувачем його плодів. Вище зазначалося, що користування майном може оформлятися договором майнового найму (оренди). Іноземні суб'єкти права можуть бути орендарями будь-якої форми власності майна. Це передбачає, зокрема, Закон України “Про оренду державного майна”, де вказано, що орендарями можуть бути фізичні та юридичні особи іноземних держав, міжнародні організації та особи без громадянства. Особливості такої оренди визначаються законодавством України (ст. 6).

Отже, суб'єкти іноземного права можуть бути власниками, володільцями та користувачами майна в Україні, якщо це прямо та у виключній формі не заборонено законом України. У свою чергу, громадяни, юридичні особи України мають право володіти, користуватися та розпоряджатися майном, що належить їм і розташоване за кордоном, у повному обсязі та відповідно до вимог місцевого законодавства.

Відповідність законодавства України конвенціям з прав людини щодо права власності. Законодавство України щодо права власності не протирічить міжнародному. Єдиним положенням у системі Європейської конвенції з прав людини та протоколів до неї, яке стосується захисту права власності та правомочностей власника, є ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Вона передбачає: “Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном; ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше, як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Ці положення, однак, жодним чином не обмежують право держави запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків, інших зборів чи штрафів”. Значення цього положення підсилюється тим, що Протокол № 1 став першою багатосторонньою міжнародно-правовою угодою із зазначеного питання. До цього право на мирне володіння майном дуже узагальнено проголошувалося у ст. 17 Загальної декларації прав людини 1948 р.: “Кожна людина має право володіти майном як одноосібно, так і разом з іншими. Ніхто не може бути безпідставно позбавлений свого майна”. Проте ця Декларація не має юридичної обов'язковості, хоч і набула значного морально-політичного впливу. Значні розбіжності у поглядах стосовно того, чи слід взагалі регулювати це право, і якщо так, то у якому обсязі, не дали змоги від самого початку внести відповідне положення до тексту Конвенції з прав людини та зумовили ту обережність, з якою воно сформульоване у Протоколі. Текст складений таким чином, що держави зберігають значну свободу щодо визначення обсягу цього права та допустимих обмежень його здійснення. До того ж, як можна побачити з тексту, Протокол прямо не гарантує компенсації в разі втручання у здійснення майнових прав. Особливістю цього положення є також те, що воно передбачає захист не лише фізичних, а й юридичних осіб, тоді як решта положень Конвенції та протоколів до неї стосується лише прав фізичних осіб.

ПРИВАТНО- ТА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ МАТЕРІАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

5.1. МІЖНАРОДНІ ТА НАЦІОНАЛЬНІ ПРАВОВІ ЗАСАДИ У ЗДІЙСНЕННІ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

ПОНЯТТЯ ІНВЕСТИЦІЙ

Світовий досвід свідчить, що найкоротшим шляхом піднесення на якісно новий рівень розвитку продуктивних сил країни є оптимальне використання інвестицій у різноманітних організаційно-правових формах. Основу сучасної ринкової економіки становлять відносини, пов'язані з інвестуванням у виробництво матеріальних благ. У врегулюванні цих відносин важлива роль належить правовим засобам. При цьому об'єктом регулювання є інвестиція як елемент матеріальних відносин. Необхідно з'ясувати сутність інвестицій та вивести поняття “іноземні інвестиції”.

В економічній та юридичній літературі стосовно природи інвестицій існують суперечливі погляди. Поняттям “інвестиції” не охоплюються комерційні угоди, такі, як продаж товарів або аналогічні торговельні операції. На практиці під інвестиціями розуміють традиційні інвестиції у формі капітальних вкладень, внески у спільні підприємства або позики, а також інші види інвестування, які здійснюються на основі контрактів з розподілом одержаного прибутку між учасниками.

М. Богуславський розрізняє державні інвестиції та приватні [18]. Під державними інвестиціями він розуміє позики, кредити, які одна держава чи група держав надають іншій державі. Йдеться про відносини між країнами, які регулюються міжнародними договорами і до яких застосовуються норми міжнародного права. Можливі також “діагональні” відносини, коли консорціум (група) приватних банків надає інвестиції державі.

Приватними є інвестиції, що надаються приватними фірмами, компаніями або громадянами однієї держави відповідним суб’єктам іншої держави. Інвестиційні відносини настільки складні та різноманітні, що в багатьох випадках відносини між державами та між приватними особами взаємопов’язані. Такий зв’язок виявляється й у випадках суброгації, коли інвестор передає всі свої права та вимоги державі.

Існує й така складна конструкція відносин, за якої матеріальні зобов’язання держави-боржника за одержаними кредитами (наприклад, сплата відсотків) задовольняються за рахунок повної або часткової вартості майнових прав, одержаних приватним інвестором у країні боржника (надання прав на розробку природних ресурсів) [17].

Є. Черевик вважає, що інвестиція — це капітал, нагромаджений і не використаний для споживання за певний період виробничої діяльності та знову вкладений у виробництво [224].

Термін “інвестиція” переважно вживається у розумінні “капітальні вкладення”. Н. Кузнецова, зазначає, що поняття “інвестиції” та “капітальні вкладення” співвідносяться як категорії загального й окремого: інвестиція у відтворення основних фондів і приріст матеріально-виробничих запасів здійснюється у формі капітальних вкладень [95].

У літературі під інвестиціями здебільшого розуміють вкладення фінансових і матеріально-технічних засобів з метою одержання бажаного соціально-економічного ефекту. Інвестиції поділяють на фінансові та реальні. До фінансових належать вкладення фінансових коштів для придбання акцій, облігацій та інших цінних паперів, цільові вклади, банківські депозити. До реальних — капітальні вкладення у нове будівництво, розширення, реконструкцію, технічне переозброєння і підтримання виробництва, а також вкладення коштів у створення матеріально-виробничих запасів. Дуже часто під іноземними інвестиціями мають на увазі іноземні капітали,

вкладені у підприємство за кордоном. Наприклад, Ф. Хеніус у зовнішньоторговельному словнику визначив, що “іноземні інвестиції — це інвестиції, експортовані з однієї країни і вкладені на території іншої” [248].

Дещо ширше трактування поняття іноземних інвестицій пропонує Н. Вознесенська [29]. Під терміном “іноземні інвестиції” вона розуміє таке надання коштів іноземним інвестором, за якого обов’язковою є економічна діяльність (за участю або без участі місцевого капіталу), що зумовлює створення виробничого об’єкта, який сприяє розвитку економіки держави, підвищенню її економічного потенціалу.

Термін “іноземні інвестиції” визначено у законодавстві України. У Законі України “Про режим іноземних інвестицій” під іноземними інвестиціями розуміють цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об’єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту.

Господарський кодекс (ч. I ст. 391 “Види іноземних інвестицій”) виділяє такі види інвестицій: іноземна валюта, яка визнається конвертованою Національним банком України; будь-яке рухоме і нерухоме майно та пов’язані з ним майнові права; інші цінності (майно), які визнаються іноземними інвестиціями згідно із законом.

Відповідно до закону України “Про інвестиційну діяльність” інвестиціями є всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об’єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (дохід), або досягається соціальний ефект.

Законодавство країн СНД, яке регулює іноземні інвестиції, підходить загалом з однакових позицій до їх визначення. Так, згідно із Законом Республіки Казахстан “Про іноземні інвестиції” від 27 грудня 1994 р. (зі змінами та доповненнями) іноземні інвестиції — це всі види майнових та інтелектуальних цінностей, вкладених іноземними інвесторами в об’єкти підприємницької діяльності з метою одержання прибутку.

Закон Російської Федерації “Про іноземні інвестиції в РСФСР” іноземними інвестиціями називає усі види майнових та інтелектуальних цінностей, які вкладаються іноземними інвесторами в об’єкти підприємницької та інших видів діяльності з метою одержання прибутку (доходу).

Отже, інвестиції — це по-перше, речі, цінні папери, грошові кошти, результати інтелектуальної діяльності та майнові права. По-друге, ознакою іноземних інвестицій є їх вкладення в об'єкти інвестиційної діяльності з метою одержання прибутку (доходу) або досягнення соціального ефекту.

Таким чином, можна дати узагальнене визначення іноземних інвестицій. *Іноземні інвестиції* — речі, грошові кошти, майнові права, цінні папери, а також результати інтелектуальної діяльності, вкладені іноземним інвестором (у передбачених законом формах) в об'єкти інвестиційної діяльності на території України з метою одержання прибутку (доходу) або досягнення соціального ефекту.

Правове регулювання іноземних інвестицій здійснюється національним законодавством, на яке впливає міжнародне право. Внутрішньодержавне право встановлює правовий режим іноземних інвестицій: національний, пільговий чи обмежувальний. Вибір конкретних правових засобів для регулювання іноземних інвестицій залежить від соціально-економічних умов.

В Україні іноземні інвестиції регулюються такими нормативними актами:

- Господарським кодексом (глава 38);
- Законом України “Про інвестиційну діяльність” від 18 вересня 1991 р.;
- Законом України “Про захист іноземних інвестицій” від 10 вересня 1991 р.;
- Законом України “Про режим іноземних інвестицій” від 19 березня 1996 р.

Крім того, існує багато двосторонніх угод про захист інвестицій між Україною та іншими державами.

Найоптимальнішим варіантом є регулювання вітчизняних та іноземних інвестицій на однакових засадах. Але таке можливе у разі досягнення країною певного рівня розвитку продуктивних сил. І, навпаки, з метою досягнення такого рівня, залучення передових технологій й коштів для їх впровадження на певному етапі доцільно іноземним інвестиціям надати пільговий режим. Проте допуск їх у національну економіку може мати і несприятливі наслідки. У міжнародній практиці існують прецеденти, коли ТНК, які є економічно потужнішими, ніж вітчизняні інвестори, здійснювали значні інвестиції,

що негативно впливали на політичний або економічний розвиток цих країн [18].

Іноземні інвестори, вкладаючи свій капітал, керуються теорією міжнародного експортного маркетингу. Відповідно до цього сприятливими умовами для здійснення інвестицій є:

- політична стабільність;
- економічна стабільність;
- наявність стабільного національного законодавства про іноземні інвестиції;
- стан внутрішнього ринку, ступінь його насиченості товарною продукцією та задоволення попиту споживачів, наближення до джерел сировини, собівартість формування інвестиційних проєктів та терміни їх окупності, можливість транспортування та збуту продукції тощо.

Перешкодами для іноземних інвестицій зарубіжні бізнесмени вважають:

- часті зміни інвестиційного законодавства;
- несприятливе для іноземних інвесторів податкове законодавство;
- відсутність вільноконвертованої національної валюти;
- недосконалість банківської системи;
- відсутність інформації щодо найвигідніших місць вкладення капіталу [166].

Для правового становища інвесторів у світі характерні певні режими:

- 1) такий самий, як і для вітчизняних інвесторів (національний режим);
- 2) який передбачає надання іноземним інвесторам додаткових прав, преференцій та пільг стосовно митних стягнень, податків для зборів і гарантій здійснення ними інвестиційної діяльності (режим найбільшого сприяння);
- 3) який забороняє, або обмежує іноземні інвестиції (обмежувальний режим).

Крім того, в міжнародній практиці використовується і такий вид режиму, як “справедливий” (недискримінаційний). Його встановлення підтримується Міжнародним валютним фондом (МВФ) та Міжнародним банком реконструкції і розвитку (МБРР).

Національні законодавства більшості країн СНД і Балтії виходять з рівності прав різних форм власності, в тому числі й іноземної,

на своїй території. Ці положення зафіксовано у різноманітних законах, що регулюють право власності та підприємницьку діяльність. Крім того, в законах, які безпосередньо повинні регулювати інвестиційну діяльність стосовно іноземних інвестицій, декларується національний режим, за якого іноземні інвестори у своїх правах та обов'язках прирівнюються до національних. У цьому разі вітчизняні та іноземні підприємці виступають на ринку рівноправними партнерами. Привілейований режим, як правило, встановлюється шляхом повного або часткового звільнення від сплати митних та інших податків, надання певних пільг при ввезенні та вивезенні капіталу, сировини й обладнання тощо. Для визначення режиму іноземних інвестицій в певній країні необхідно проаналізувати систему нормативних актів, які прямо або опосередковано регулюють інвестиційну діяльність.

Так, наприклад, Закон Республіки Казахстан “Про іноземні інвестиції” прямо не наголошує на національному режимі щодо них, але в ньому зазначено, що підприємства з іноземними інвестиціями та іноземні інвестори діють в умовах, не менш сприятливих, ніж ті, що надаються у подібній ситуації інвестиціям юридичних осіб Республіки Казахстан.

Закон Російської Федерації “Про іноземні інвестиції” передбачає, що іноземні інвестиції на території Росії мають правовий захист, який забезпечується цим законом, іншими законодавчими актами та міжнародними договорами, що діють на території Росії. Правовий режим іноземних інвестицій, а також діяльність іноземних інвесторів, спрямована на їх здійснення, не можуть бути менш сприятливі, ніж режим для майна, майнових прав та інвестиційної діяльності юридичних осіб і громадян Росії, за винятками, передбаченими законодавством.

Серед країн з процедурою допущення іноземних інвестицій у національну економіку особливе місце посідають Австралія та Канада, у законодавствах яких найдетальніше розроблено відповідний порядок. За законодавством Данії особливого дозволу Міністерства промисловості потребують іноземні інвестори, які хочуть придбати місцеве підприємство з активами, що перевищують 10 млн датських крон. У Великій Британії угода про придбання іноземними інвесторами місцевого підприємства з активами понад 15 млн фунтів стерлінгів або підприємства, яке володіє 25 % ринку

конкретного товару, має бути погоджена з антимонопольною комісією. У Сінгапурі іноземні інвестори мають одержати дозвіл тільки для інвестицій, спрямованих на створення нового торговельного підприємства [101]. На дозвільному принципі інвестування базується законодавство Литви. Закони про іноземні інвестиції Грузії та Азербайджану декларують принцип свободи здійснення іноземних інвестицій.

Законодавство України про іноземні інвестиції комбінує принцип свободи інвестування з можливим одержанням дозволу. Такий висновок базується на тому, що здійснення певних видів іноземних інвестицій може бути обмежене відповідно до порядку, встановленого законодавством України. Зокрема, про це свідчать такі положення ГКУ: іноземні інвестори мають право здійснювати всі види інвестицій, передбачені законодавством, і у формах, вказаних Господарським кодексом; заборона або обмеження будь-яких видів і форм іноземних інвестицій можуть визначатися виключно законом (ст. 391, 392).

У державних програмах залучення іноземних інвестицій у пріоритетні галузі економіки і соціальну сферу може бути передбачено встановлення додаткових пільг для суб'єктів господарювання, які діють у цих сферах (ч. 1 ст. 394 ГКУ). Водночас законом можуть визначатися галузі господарювання та/або території, в яких визначається загальний обсяг участі іноземного інвестора, а також території, на яких діяльність підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється відповідно до вимог збереження національної безпеки. Правовий статус і порядок діяльності підприємств з іноземними інвестиціями визначаються цим кодексом, Законом “Про режим іноземного інвестування в Україні” та іншими законодавчими актами (ч. 5, 6 ст. 116). Іноземні підприємства не можуть створюватися в галузях, визначених законом, які мають стратегічне значення для безпеки держави. Вимоги і порядок утворення, а також організації та діяльності іноземних підприємств визначаються цим кодексом, Законом про режим іноземного інвестування та іншими законами (ч. 2, 4 ст. 117).

Ст. 7 Закону України “Про режим іноземного інвестування” визначає національний режим інвестиційної та іншої господарської діяльності для іноземних інвесторів, за винятками, передбаченими законодавством та міжнародними договорами України. Все це ство-

рює основу для прийняття законодавчих актів, які встановлюватимуть винятки з принципу свободи іноземного інвестування. Так, Законом України “Про внесення змін і доповнень до Закону України “Про телебачення і радіомовлення” від 2 червня 1995 р. в Україні забороняється створення телерадіоорганізацій іноземними юридичними і фізичними особами та особами без громадянства, а також створення та діяльність телерадіоорганізацій, у статутному фонді яких понад 30 % іноземних інвестицій. Іноземне інвестування телерадіоорганізацій України здійснюється під контролем та за згодою Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення (ст. 13 Закону).

Відповідно до ч. 3 ст. 2 Закону України “Про страхування” від 7 березня 1996 р. загальна частка іноземних юридичних осіб та іноземних громадян у статутному фонді страховика не може перевищувати 49 %, крім випадку, коли допускається залучення до учасників страховика іноземних громадян за умови здійснення ними всіх розрахунків щодо зобов'язань та боргів страховика, термін сплати яких минув. При цьому частка іноземних учасників у статутному фонді може бути встановлена на рівні не більше 50 % статутного фонду, крім страховиків, котрі отримали ліцензію на право страхування життя, для яких частка іноземних учасників не може перевищувати 49 % загального розміру статутного фонду (ст. 43 вказаного закону України).

У ст. 3 Закону України “Про режим іноземного інвестування” також наголошується, що іноземні інвестиції можуть здійснюватися у формах, які не заборонені законами України. У ч. 3 ст. 7 цього закону прямо передбачено можливість визначення територій, на яких діяльність іноземних інвесторів та підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог національної безпеки.

Таким чином, в інвестиційному законодавстві України принцип свободи інвестування поєднується з можливим одержанням дозволу на певні види інвестиційної діяльності.

ВИДИ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ

Іноземні інвестори можуть здійснювати інвестиції на території України у видах, передбачених законом. Такими видами інвестицій є: конвертована валюта, цінні папери, валюта України за реінвестування, рухоме та нерухоме майно та пов'язані з ним майнові права, а також права інтелектуальної власності, права на здійснення господарської діяльності та ін.

Конвертована валюта. Економіка України потребує залучення іноземних інвестицій у вільноконвертованій валюті з метою вкладення її у найважливіші інвестиційні проекти. Конвертованість іноземної валюти визначається Національним банком України.

Згідно з Декретом Кабінету Міністрів України “Про систему валютного регулювання і валютного контролю” іноземною валютою визнаються іноземні грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної держави, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти у грошових одиницях іноземних держав і міжнародних розрахункових (клірингових) одиницях, що перебувають на рахунках або вносяться до банківських та інших кредитно-фінансових установ за межами України. Крім того, зазначений Декрет до іноземної валюти відносить також монетарні метали, платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати), виражені в іноземній валюті або в монетарних металах. Монетарні метали — це золото і метали іридієво-платинової групи у будь-якому вигляді та стані, за винятком ювелірних, промислових та побутових виробів з цих металів та їх брухту.

Валюта України. Реінвестовані кошти у валюті України, за умов сплати податку на доходи від інвестицій, також належать до іноземних інвестицій. Валюта України — грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет і в інших формах, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території України, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти на рахунках, внески в банківських та інших кредитно-фінансових установах на

території України. До валюти України також належать платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, бони, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, ощадні книжки, інші фінансові та банківські документи), виражені у валюті України. Остання є єдиним законним засобом платежу на території України.

Закон України “Про режим іноземного інвестування” наголошує, що валюта України вважається одним із видів іноземних інвестицій за реінвестицій в об’єкт первинного інвестування, а також за умови сплати податку на прибуток (дохід) у будь-які інші об’єкти інвестування відповідно до законодавства України.

Рухоме і нерухоме майно та пов’язані з ним майнові права. Закон України “Про власність” не визначає, яке майно є рухомим, а яке — нерухомим. Ст. 181 Цивільного кодексу України дає таке визначення: “До нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об’єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення.” Режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об’єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. А рухомими речами є речі, які можна вільно переміщувати у просторі.

У цивільному праві Болгарії одним з критеріїв віднесення майна до нерухомості є фізичний зв’язок об’єкта із землею. У цьому контексті розрізняють три види нерухомості: а) земля; б) насадження; в) будівлі [45].

За законодавством про іноземні інвестиції інвестору необхідно спершу придбати майно, а потім вкласти його в об’єкти інвестиційної діяльності. Іноземні інвестори мають право здійснювати інвестиції на території України у вигляді акцій, облігацій, інших цінних паперів, а також корпоративних прав (прав власності на частку (пай) у статутному фонді юридичної особи відповідно до законодавства України або законодавства інших країн), які виражені у конвертованій валюті. Валютне законодавство України відносить такі цінні папери до валютних цінностей, об’єднуючи їх єдиним поняттям — “іноземна валюта”.

Цінні папери. Відповідно до ст. 194 Цивільного кодексу України і ст. 163 Господарського кодексу *цінним папером* є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає взаємовідносини між особою, яка його ви-

пустила (видала), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передання прав, що випливають з цього документа, іншим особам (ст. 163 ГКУ “Цінні папери та їх види”).

У ст. 195 ЦКУ зазначено такі групи та види цінних паперів:

1) пайові, які засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом і одержанні частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та частини майна в разі ліквідації емітента;

2) боргові, що засвідчують відносини позики і передбачають зобов'язання емітента сплатити у визначений термін кошти відповідно до зобов'язання;

3) похідні, механізм випуску та обігу яких пов'язаний з правом на придбання чи продаж протягом терміну, встановленого договором, цінних паперів, інших фінансових та/або товарних ресурсів;

4) товаророзпорядчі, які надають їх тримачеві право розпоряджатися майном, вказаним у цих документах.

Цінні папери належать до так званих “портфельних” інвестицій. Під ними розуміють: надання іноземними державами кредитів; придбання державних облігацій та інших державних цінних паперів; придбання акцій, цінних паперів підприємств, комерційних банків, фондових бірж та ін. Питання державних кредитів регулюються міждержавними угодами та програмами надання кредитів, які розробляються міжнародними організаціями. Регулювання портфельних інвестицій повинно здійснюватися національним законодавством.

Відносини, пов'язані з емісією та обігом цінних паперів, регулюються Цивільним і Господарським кодексами України, Законами України “Про цінні папери і фондову біржу”, “Про господарські товариства”, “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”, “Про національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні” та ін., а також підзаконними актами. До цього виду інвестицій можуть застосовуватися окремі положення Закону України “Про банки і банківську систему”.

За ст. 2 Закону “Про режим іноземного інвестування” іноземні інвестори здійснюють свою діяльність шляхом прямого придбання майна та майнових комплексів або у формі акцій, облігацій та інших цінних паперів. Тобто, коли йдеться про акції, облігації та інші цінні папери або корпоративні права, то мають на увазі вкладення інозем-

ним інвестором коштів у конвертованій валюті з метою придбання цінних паперів. Закон “Про режим іноземного інвестування” наголошує, що акції, облігації, інші цінні папери, а також інші корпоративні права повинні бути виражені у конвертованій валюті.

Закон України “Про цінні папери і фондову біржу” передбачає можливість у випадках, передбачених статутом емітента, здійснювати оплату цінних паперів в іноземній валюті або шляхом передання майна. Це може бути купівля акцій та інших цінних паперів діючих підприємств, угоди з придбання акцій на фондових біржах. Але в усіх випадках під інвестиційною діяльністю іноземного інвестора розуміють придбання акцій та інших цінних паперів за конвертовану валюту. Розповсюдження шляхом продажу акцій та інших цінних паперів іноземних юридичних осіб, а також інших суб’єктів господарської діяльності в Україні не може визнаватися здійсненням іноземних інвестицій.

Крім вкладення акцій, облігацій, інших цінних паперів Закон України “Про режим іноземного інвестування” передбачає, що іноземні інвестиції можуть здійснюватися також у вигляді корпоративних прав, а саме прав власності на частку (пай) у статутному фонді юридичної особи, створеної відповідно до законодавства України або інших країн. За Господарським кодексом корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що передбачають повноваження на участь цієї особи в управлінні організацією, отриманні певної частки її прибутку (дивідендів) та активів у разі ліквідації організації відповідно до закону, а також інші повноваження, передбачені законом і статутними документами (ч. 1 с. 167).

У Законі України “Про внесення змін до Закону України “Про оподаткування прибутку підприємств” корпоративними є права власності на частку (пай) у статутному фонді (капіталі) юридичної особи, в тому числі право на управління, одержання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також частки активів у разі ліквідації відповідно до чинного законодавства.

Одними з видів іноземних інвестицій можуть бути грошові вимоги та права на вимоги виконання договірних зобов’язань, які гарантовані банками першої категорії та мають вартість у конвертованій валюті, підтверджену згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями. Різновидом таких платіжних вимог є векселі, чеки та ін.

Вексель — цінний папір (а також вид кредитних грошей), що містить безумовне абстрактне грошове зобов'язання векселедавця (трасанта) сплатити після настання терміну визначену суму грошей власнику векселя (векселетримачеві або ремітенту).

Надаючи вексель ремітентові, трасант стає зобов'язаним перед ним. Він відповідає за сплату та за акцепт векселя платником. Перед векселетримачем можуть бути дві зобов'язані особи: платник і векселедавець. Розширення кола суб'єктів вексельних відносин відбувається шляхом передання прав на одержання платежу. Таке право за векселем на пред'явника передається врученням цінного папера новому тримачеві. Для передання права вимоги за ордерним векселем необхідно крім передання цінного папера зробити передатний напис — індосамент. Правове значення індосаменту полягає в тому, що з його здійсненням у вексельних відносинах з'являються новий вексельний кредитор — індосатор і новий вексельний боржник — індосант, який відповідає за платіж за індосованим ним векселем перед індосатором. Таким чином, передання права вимоги за векселем може розглядатися як один із видів іноземних інвестицій.

Чек — грошовий документ встановленої форми, який містить безумовне розпорядження чекодавця банку здійснити після пред'явлення чека платіж зазначеної у чеку грошової суми чекотримачеві готівкою чи перерахуванням грошей на його рахунок у банку.

Чек як документ містить право, що не може бути реалізоване без пред'явлення цього папера. Якщо перевідний вексель може бути виставлений на будь-яку особу і виступає насамперед як інструмент кредиту, то чеки виконують здебільшого функцію засобу платежу і завжди виставляються на банк, у якому у чекодавця є гроші на рахунку. Банк виплачує гроші з коштів, внесених чекодавцем як клієнтом банку. Чекотримач є кредитором, перед яким зобов'язані дві особи: банк-платник, а у разі несплати чека — чекодавець. Внаслідок того, що чек є оборотоздатним, він може виступати як один із засобів (видів) здійснення іноземних інвестицій.

Усі чеки поділяються на ордерні, пред'явницькі та іменні. Пред'явницький чек можна передати шляхом простого вручення. Ордерні чеки передаються шляхом здійснення індосаменту (аналогічно вексялям). Так само, як і у вексельних відносинах, індосамент на чеку може бути бланковим або іменним. Кожний новий індосамент створює в особі індосанта нового чекового боржника, який

несе солідарну відповідальність з чекодавцем перед чекотримачем за платіж за чеком.

Отже, вкладення в об'єкти інвестиційної діяльності грошових вимог та права вимоги на виконання договірних зобов'язань, які мають вартість у конвертованій валюті, є одним із видів іноземних інвестицій. Він повинен бути підтверджений згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями і гарантований банками першої категорії.

Права інтелектуальної власності. Іноземні інвестиції, відповідно до законодавства України, можуть виступати у вигляді будь-яких прав інтелектуальної власності, вартість яких у конвертованій валюті підтверджена згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями, а також експертною оцінкою в Україні, у тому числі легалізовані на території України авторські права, права на винаходи, промислові зразки, корисні моделі, знаки для товарів і послуг, ноу-хау тощо. Визнання права авторів творів науки, літератури та мистецтва інтелектуальною власністю дало змогу створити юридичні умови для переходу прав на ці твори до інших осіб.

Права на здійснення господарської діяльності. Ці права, у тому числі права на користування надрами та використання природних ресурсів, наданих відповідно до законодавства або договорів, вартість яких у конвертованій валюті підтверджена згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями, є одним із видів іноземних інвестицій.

Міжнародний досвід свідчить, що розробка природних ресурсів завжди привертала іноземних інвесторів. Цим пояснювалося і ухвалення спеціальних актів, які регламентують правовий режим участі іноземного капіталу в освоєнні природних ресурсів. Тому однією з форм активної участі іноземних інвесторів в Україні може стати концесійна діяльність. Україна має великі родовища декоративного каміння, каоліну, вугілля, залізних руд, марганцю, урану, титану, хрому, нікелю, літію, цирконію та інших корисних копалин (понад 80 видів) [231].

Концесія — акт публічної влади, яким держава наділяє іноземну юридичну або фізичну особу спеціальним правом брати участь у здійсненні певного виду господарської діяльності, спрямованої на досягнення суспільної мети. ГКУ (ч. I ст. 406) так визначає цей термін: “Концесія — це надання, з метою задоволення громадських потреб, уповноваженим органом державної влади або органом місце-

вого самоврядування на підставі концесійного договору на оплатній і строковій основі вітчизняним або іноземним суб'єктам господарювання (концесіонерам) права на створення (будівництво) та/або управління (експлуатацію) об'єктом концесії за умови взяття концесіонером на себе відповідних зобов'язань, майнової відповідальності та підприємницького ризику”.

Концесія характерна тим, що юридичній особі надається документ, який визначає її певні права й обов'язки [206]. Концесійна діяльність базується на таких принципах (ст. 407 ГКУ):

- поєднання державного регулювання концесійної діяльності та здійснення її на підставі концесійного договору;
- вибір концесіонерів переважно на конкурсній основі;
- комплексне і платне використання об'єкта концесії, участь держави та органів місцевого самоврядування у частковому фінансуванні об'єктів концесії соціального призначення;
- взаємна вигода сторін у концесійному договорі, розподіл ризиків між ними;
- державне гарантування інвестицій концесіонерів;
- стабільність умов концесійних договорів;
- забезпечення прав і законних інтересів споживачів продукції (послуг), що надаються концесіонерами.

Концесійна діяльність здійснюється на підставі концесійних договорів, які укладаються відповідно до законодавства України з концесіонерами, у тому числі іноземними інвесторами, Кабінетом Міністрів України, уповноваженим ним органом державної влади або визначеним законом органом місцевого самоврядування. Термін дії концесійного договору встановлюється сторонами цього договору залежно від характеру та умов концесії. Цей термін не може бути меншим від 10 років і більшим від 50 років. Кабінет Міністрів України може затверджувати типові концесійні договори для здійснення певних видів концесійної діяльності. Вимоги до концесійних договорів, порядок їх укладення, а також інші питання правового регулювання концесійної діяльності визначаються законом про концесії та іншими законами (ст. 408 ГКУ).

За своєю юридичною природою концесійний договір є різновидом договору оренди. За відсутності відповідної правової регламентації відносин, які випливають з концесій, можна було б застосовувати норми, що регулюють оренду та відносини у використанні

конкретних об'єктів (наприклад, надр) [134]. Проте основну роль відіграють спеціальні акти законодавства про концесії. Так, у Казахстані з 1 січня 1992 р. набув чинності Закон про концесії. У Киргизстані 6 березня 1992 р. прийнято Закон про концесії та іноземні концесійні підприємства. Російська Федерація 21 лютого 1992 р. прийняла Закон про надра. Аналогічний закон прийнято в Україні.

Законодавством України передбачено надання іноземним інвесторам прав на розробку та освоєння відновлюваних і невідновлюваних природних ресурсів. Така діяльність має здійснюватися з урахуванням вимог, сформульованих у главі 15 ГКУ “Використання природних ресурсів у сфері господарювання”, на підставі концесійних договорів, які укладаються з іноземними інвесторами Кабінетом Міністрів України або іншим уповноваженим органом, згідно з порядком, регламентованим законодавством України про надра.

Права на розроблення та використання природних ресурсів надаються за плату. Концесійні платежі — плата, яку вносить концесіонер за право використання об'єктів, що надаються у концесію. Розміри концесійних платежів, терміни їх внесення, форма, вид валюти, в якій вони сплачуються, визначаються концесійним договором.

У Законі України “Про режим іноземного інвестування” зазначено, що іноземні інвестиції можуть здійснюватися у вигляді інших цінностей відповідно до законодавства України. Наведений перелік не є вичерпним, і за відсутності прямої заборони в законах України іноземні інвестиції можуть здійснюватися в інших видах.

РЕЄСТРАЦІЯ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ

Відповідно до ст. 13 Закону “Про режим іноземного інвестування” іноземні інвестиції реєструються у встановленому порядку. Як зазначається у ст. 395 “Державна реєстрація іноземних інвестицій”, ця реєстрація здійснюється Радою Міністрів Автономною Республікою Крим, обласними, Київською і Севастопольською міськими держадміністраціями протягом трьох робочих днів після їх фактичного надходження в порядку, що визначається Кабінетом Міністрів України. Незареєстровані іноземні інвестиції не дають права на одержання пільг і гарантій, передбачених цим кодексом та іншими законами для іноземних інвесторів і підприємців з іноземними інвестиціями. Про-

цедура реєстрації визначається Положенням про порядок державної реєстрації іноземних інвестицій, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 7 серпня 1996 р.

Порядок реєстрації. Орган державної реєстрації реєструє іноземні інвестиції протягом трьох робочих днів, починаючи з дати їх надходження. Іноземні інвестиції, зареєстровані до набуття чинності Законом України “Про режим іноземного інвестування”, за бажанням інвестора можуть бути перереєстровані.

Державна реєстрація іноземної інвестиції діє протягом усього періоду її функціонування. У разі повної або часткової репатріації іноземної інвестиції за кордон іноземний інвестор або уповноважена особа повинні повідомити про це відповідний орган державної реєстрації, про що останній робить позначку на інформаційному повідомленні й відповідний запис у журналі обліку державної реєстрації внесених іноземних інвестицій.

Орган, який здійснює реєстрацію, присвоює порядковий номер за видами іноземних інвестицій відповідно до такого переліку:

- 1) іноземна валюта, що визнається конвертованою Національним банком України;
- 2) валюта України (для реінвестицій);
- 3) будь-яке рухоме і нерухоме майно та пов’язані з ним майнові права;
- 4) акції, облігації, інші цінні папери, а також корпоративні права (права власності на частку (пай) у статутному фонді юридичної особи, створеної відповідно до законодавства України або законодавства інших країн), виражені у конвертованій валюті;
- 5) грошові вимоги та права на вимоги виконання договірних зобов’язань, які гарантовані банками першої категорії і вартість яких виражена у конвертованій валюті;
- 6) іноземні інвестиції у вигляді будь-яких прав інтелектуальної власності;
- 7) права на здійснення господарської діяльності, у тому числі права на користування надрами та використання природних ресурсів, надані відповідно до законодавства України або згідно з договорами;
- 8) інші цінності відповідно до законодавства України.

Таким чином, реєстрація іноземних інвестицій виконується відповідно до їх видів, визначених ст. 2 Закону України “Про режим

іноземного інвестування”. Органи, що реєструють іноземні інвестиції, зобов’язані надавати Міністерству фінансів України та Міністерству статистики України інформацію не пізніше п’ятого числа місяця, що настає за звітним кварталом.

Державна реєстрація іноземних інвестицій здійснюється шляхом присвоєння інформаційному повідомленню про надходження іноземної інвестиції реєстраційного номера. Для державної реєстрації інвестор або уповноважена ним особа подає органу державної реєстрації такі документи:

1) інформаційне повідомлення про здійснення іноземної інвестиції в трьох примірниках з позначкою державної податкової адміністрації за місцем надходження інвестицій про її фактичне внесення;

2) документи, що підтверджують форму здійснення іноземної інвестиції. До них належать установчі документи про створення юридичних осіб, контракти про виробничу кооперацію, спільне виробництво та інші види спільної інвестиційної діяльності, концесійні договори;

3) документи, що підтверджують вартість іноземної інвестиції;

4) документ, що свідчить про внесення заявником плати за реєстрацію. Розмір плати становить двадцять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян на день здійснення реєстрації іноземної інвестиції. Кошти, одержані за реєстрацію іноземної інвестиції, перераховуються у такому порядку: 50 % – відповідно до республіканського (Автономної Республіки Крим, обласних, Київського та Севастопольського міських бюджетів, 50 % – до Державного бюджету України).

Перший примірник інформаційного повідомлення повертається заявникові як підтвердження факту державної реєстрації іноземної інвестиції, другий надсилається поштовим відправленням Мінфіну у день реєстрації іноземної інвестиції, третій залишається в органі, що здійснив її реєстрацію.

Реєстраційний номер інформаційного повідомлення про внесення іноземної інвестиції складається з таких елементів:

- коду системи позначень адміністративно-територіальних одиниць (СПАТО), до яких належить район, де розташований орган державної реєстрації, що зареєстрував іноземну інвестицію;
- порядкового номера за видом іноземної інвестиції;
- порядкового номера за формою внесення іноземної інвестиції;

- порядкового номера реєстрації іноземної інвестиції в журналі обліку державної реєстрації іноземних інвестицій.

Форма ведення журналу обліку державної реєстрації іноземних інвестицій визначається Міністерством зовнішньоекономічних зв'язків і торгівлі України.

У разі втрати або знищення інформаційного повідомлення про внесення іноземної інвестиції заявникові на його вимогу видається дублікат зазначеного документа. Для отримання його заявник подає до органу державної реєстрації опубліковане в офіційній пресі оголошення про визнання недійсним втраченого інформаційного повідомлення про внесення плати за надання дубліката інформаційного повідомлення. Орган державної реєстрації протягом п'яти днів повинен видати дублікат інформаційного повідомлення про внесення іноземної інвестиції.

Відмова у державній реєстрації іноземних інвестицій можлива лише у разі, коли здійснення цієї інвестиції суперечить законодавству України або подані документи не відповідають вимогам положення "Про порядок державної реєстрації іноземних інвестицій". Відмова у державній реєстрації повинна бути оформлена письмово із зазначенням мотивів і може бути оскаржена в судовому порядку. Відмова з мотивів недоцільності здійснення іноземної інвестиції не допускається.

Оцінка іноземних інвестицій. Іноземні інвестиції та інвестиції українських партнерів, у тому числі внески до статутного фонду підприємств, оцінюються в конвертованій валюті та у валюті України за домовленістю сторін на підставі цін міжнародних ринків або ринку України. Перерахування інвестиційних сум в іноземній валюті у валюту України здійснюється за офіційним курсом валюти України, визначеним Національним банком України. За реінвестицій прибутку України, доходу та інших коштів, одержаних у валюті України внаслідок здійснення іноземних інвестицій, перерахування інвестиційних сум відбувається за офіційним курсом валюти України, визначеним Національним банком України на дату фактичного здійснення реінвестиції.

Певні проблеми існують при оцінці іноземних інвестицій у вигляді прав інтелектуальної власності. Однією з проблем спільної підприємницької діяльності та іноземного інвестування загалом є оцінка іноземних інвестицій. Щоправда, Кабінет Міністрів України

Постановою від 20 липня 1996 р. затвердив “Положення про порядок залучення експертів до оцінки майна, що перебуває у загальнодержавній власності, під час створення підприємств з іноземними інвестиціями”. Але зазначений акт регулює лише порядок та умови залучення експертів до оцінки майна, що перебуває в державній власності, під час створення підприємств з іноземними інвестиціями з метою впорядкування механізму визначення вартості внесків українського засновника до статутних фондів таких підприємств.

Майно оцінюють на підставі договору, що укладається між замовником та експертом відповідно до типового договору, затвердженого Фондом державного майна. За результатами оцінки експерт складає звіт, який серед інших реквізитів повинен містити викладення методики оцінки та обґрунтування вибору методів оцінки. Майно оцінюється у визначеній замовником конвертованій валюті та у валюті України відповідно до вимог ст. 5 Закону України “Про режим іноземного інвестування”. Таким чином, Положення “Про порядок залучення експертів до оцінки майна, що перебуває у загальнодержавній власності, під час створення підприємств з іноземними інвестиціями” не пропонує методики оцінки, а знову ж таки відсилає до відповідної статті Закону “Про режим іноземного інвестування”, яка передбачає оцінку іноземних інвестицій. У цьому Законі (ст. 5) зазначено, що іноземні інвестиції та інвестиції українських партнерів, у тому числі внески до статутного фонду підприємств, оцінюються в іноземній конвертованій валюті та у валюті України за домовленістю сторін за цінами міжнародних ринків або ринку України. Практично оцінку виконують відповідно до Міжнародних стандартів оцінки МСО 1–4 та Норм професійної діяльності оцінювачів, затверджених Радою Українського товариства оцінювачів.

Законодавство про іноземні інвестиції України прямо вимагає, щоб вартість прав інтелектуальної власності було підтверджено згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями. Ця вимога поширюється на внесення іноземних інвестицій у будь-якій формі. Але передання прав на інтелектуальну власність у вигляді промислової власності здійснюється в інших державах, як правило, двома способами: за договором купівлі-продажу охоронного документа або тимчасового надання права користування за ліцензійним договором. В обох випадках власник права промислової власності надає свої права іншій стороні

за винагороду. Один із основних обов'язків ліцензіата (покупця) полягає у виплаті винагороди. Комерційними положеннями контракту визначаються вид, розмір і терміни виплати винагороди, а інколи — і рівень продажних цін на продукцію за ліцензією. Використовуються дві основні форми винагороди: разова оплата всієї вартості ліцензії та поточні відрахування від обсягу виробництва або продажу продукції у розмірі погоджених ставок (роялті). Нерідко вони комбінуються з іншими формами оплати, зокрема гарантованою сплатою певних сум.

ІНОЗЕМНІ ІНВЕСТОРИ

Суб'єктами (інвесторами та учасниками) інвестиційної діяльності, згідно із законодавством України, можуть бути громадяни та юридичні особи України або іноземних держав, а також держави. Національне законодавство країн по-різному підходить до визначення поняття “іноземний інвестор”.

Стаття 396 ГКУ так визначає суб'єктів господарювання з іноземними інвестиціями: це підприємства з іноземними інвестиціями, іноземні підприємства, філії або представництва іноземної юридичної особи, інші форми, не заборонені законом. Стаття 50 “Діяльність іноземних підприємств в Україні” відносить до них і громадян.

Чимало країн, в яких діють спеціальні правові акти щодо регулювання інвестиційної діяльності, згадують про інвестора загалом, не даючи тлумачення терміна “іноземний інвестор”. В інших країнах можуть існувати різні підходи для визначення цього поняття. В одних випадках це робиться через перелік чітко окреслених ознак, притаманних іноземному інвестору. Наприклад, відповідно до Закону Республіки Казахстан від 27 грудня 1994 р. “Про іноземні інвестиції” (із змінами і доповненнями) іноземними інвесторами визнаються іноземні юридичні особи, іноземні громадяни, особи без громадянства, громадяни Республіки Казахстан, які мають постійне місце проживання за кордоном, за умови, що вони зареєстровані для ведення господарської діяльності в країні їх громадянства; іноземні держави, міжнародні організації.

Термін “іноземний інвестор” може також визначатися через детальний перелік категорій інвесторів. Наприклад, у законі Російсь-

кої Федерації “Про іноземні інвестиції в РСФСР” від 4 липня 1991р. (зі змінами) передбачено, що іноземними інвесторами можуть бути:

- іноземні юридичні особи, у тому числі компанії, фірми, підприємства, організації або асоціації, які створені та наділені повноваженнями здійснювати інвестиції відповідно до законодавства країни, де вони розташовані;
- іноземні громадяни, особи без громадянства, громадяни колишнього СРСР, які постійно проживають за кордоном, за умови, що вони зареєстровані з метою здійснення господарської діяльності в країні громадянства або постійного проживання;
- іноземні держави;
- міжнародні організації.

Аналогічний підхід до визначення поняття “іноземний інвестор” закріплено у болгарському Законі “Про економічну діяльність іноземців та захист іноземних інвестицій” від 16 січня 1992 р., який містить перелік тих, хто відповідно до цього закону вважається іноземною особою, але не пропонує загального визначення цього поняття.

Дуже часто термін “іноземний інвестор” визначається через прив’язку до інвестиційної діяльності взагалі. Наприклад, у Законі України “Про режим іноземного інвестування” від 19 березня 1996 р. іноземними інвесторами вважаються суб’єкти, які здійснюють інвестиційну діяльність на території України. У цьому ж Законі надається перелік суб’єктів інвестиційної діяльності, який не є вичерпним.

Нижче наведено визначення правовими актами різних країн кола іноземних інвесторів.

Хорватія: до правових актів, що окреслюють коло потенційних іноземних інвесторів, належать Конституція країни, Цивільний кодекс, Закон про компанії, Акт про основні права, пов’язані з власністю, валютне законодавство тощо. Конституція Хорватії містить положення про іноземних фізичних та юридичних осіб, які можуть займатися підприємницькою діяльністю у Хорватії, та про їхні права й обов’язки. Інші законодавчі акти оперують тими самими категоріями потенційних іноземних інвесторів, пов’язуючи їх діяльність з конкретними сферами, які регулюються цими актами.

Чехія: коло потенційних іноземних інвесторів визначається Конституцією та деякими іншими правовими актами, що стосуються

діяльності компаній тощо. Конституція Чехії містить лише загальні положення про іноземних фізичних та юридичних осіб і про їх права та обов'язки, що випливають з національного законодавства.

Польща: Закон “Про товариства з іноземною часткою” від 14 червня 1991 р. відносить до кола потенційних інвесторів фізичних осіб, чий зареєстрований офіс розташовано за межами Польщі; компанії, які не є юридичними особами і створені відповідно до іноземного законодавства.

Законодавство країн, в яких існують спеціальні правові акти про іноземні інвестиції, як правило, детальніше визначає коло потенційних іноземних інвесторів. Так, за Законом України “Про режим іноземного інвестування” до них належать

- юридичні особи, створені відповідно до іншого законодавства, ніж законодавство України;
- фізичні особи-іноземці які не мають постійного місця проживання на території України і не обмежені у дієздатності;
- іноземні держави, міжнародні урядові та неурядові організації;
- інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, які визначаються такими відповідно до законодавства України.

У визначенні кола потенційних іноземних інвесторів важливу роль відіграє аналіз змісту відповідних положень законів. Так, Закон Болгарії “Про економічну діяльність іноземців та захист іноземних інвестицій” 1992 р. зараховує до кола іноземних інвесторів:

- іноземні юридичні особи, зареєстровані за кордоном;
- фізичні особи, які є громадянами іноземних держав і мають місце постійного проживання за межами Болгарії.

З цього випливає, що іноземні компанії, які не зареєстровані за кордоном, не розглядаються як іноземні інвестори, тобто на них не поширюється режим іноземного інвестування, закріплений у правових актах країни. Громадяни Болгарії, що мають подвійне громадянство, у разі інвестиційної діяльності в країні можуть вибирати: користуватися правами громадянина Болгарії чи тієї країни, громадянами якої вони є.

З'ясування питання про коло іноземних інвесторів було б неповним, якщо не визначити критерії для тлумачення поняття “іноземний”. У багатьох країнах при визначенні кола іноземних інвесторів до уваги береться лише місце проживання фізичної особи та місцезнаходження зареєстрованого офісу юридичної особи. Якщо при

з'ясуванні кола іноземних інвесторів не вказати відмінність між громадянином країни інвестування та іноземним громадянином, між національною та іноземною компаніями, то на практиці громадянин країни, на території якої здійснюється інвестиція, може бути віднесеним до категорії іноземних інвесторів, якщо попереднє місце його постійного проживання було за межами такої країни. Докази та визначення того, що місцем проживання є країна постійного перебування або офіційного місця проживання, повинні виходити з норм її права.

Крім того, слід також врахувати й те, чи встановлює закон вимогу, щоб фізична або юридична особа мали постійне місце проживання або місцезнаходження за кордоном. Якщо, наприклад, юридична особа має кілька місць (країн) перебування, то до уваги береться тільки право країни постійного місцезнаходження.

У Канаді існує інший підхід щодо визначення належності до іноземних інвесторів: Закон Канади “Про іноземні інвестиції” 1985 р. поділяє юридичних осіб на національних та іноземних інвесторів. Для визначення цих категорій використовуються поняття “канадці” та “не канадці”. Поняття “канадець” поширюється на:

- канадських громадян, якщо йдеться про фізичних осіб-резидентів, які здійснюють трудову діяльність в Канаді та мають там постійне місце проживання;
- підприємства, створені органами влади;
- підприємства, які контролюються канадцами.

В Україні іноземні інвестори мають дотримуватися законодавства України та не завдавати шкоди її державним, соціальним та економічним інтересам. Держава не може націоналізувати іноземні інвестиції (в Україні вони не підлягають націоналізації, ч. 3 ст. 397 ГКУ). Органи державної влади та їх посадові особи не мають права реквізувати іноземні інвестиції, за винятком випадків здійснення рятувних заходів під час стихійного лиха, аварій, епідемій, епізоотій. Реквізування може бути здійснене лише на підставі рішення органів, уповноважених на це Кабінетом Міністрів України, у порядку, встановленому законом (ч. 4 ст. 397 ГКУ). Компенсація, що сплачується в цих випадках іноземному інвестору, має бути адекватною, ефективною і визначеною на момент виконання рішення про відшкодування збитків. Сума компенсації за цим рішенням повинна бути негайно сплачена у валюті, в якій було здійснено інвестиції, або в

іншій, прийнятній для іноземного інвестора валюті відповідно до валютного законодавства. Законом можуть бути передбачені відсотки на суму компенсації (ч. 6 ст. 397 ГКУ).

Таким чином, сприятливе регулювання в Україні іноземних інвестицій на рівні кодифікованого акта усуває основні, зазначені вище, перешкоди для іноземного інвестування, а введення якісно нових гарантій має сприяти їх ширшому залученню в економіку країни.

ІНВЕСТУВАННЯ ЗА МЕЖІ УКРАЇНИ

За останні роки система державного управління інвестиційною діяльністю в Україні неодноразово підлягала зміні. Так, згідно із Розпорядженням Президента України “Про заходи щодо координації роботи органів державної виконавчої влади з міжнародними фінансовими організаціями у питаннях економічного співробітництва” від 7 лютого 1995 р. на базі Агентства міжнародного співробітництва та інвестицій було створено Агентство координації міжнародної тех-нічної допомоги, положення про яке затверджено Указом Президента України від 26 червня 1995 р. № 488.

Указом Президента України від 2 липня 1996 р. № 493 утворено Національне агентство України з реконструкції та розвитку. (положення про нього затверджено Указом Президента України від 30 серпня 1996 р. № 771), перейменоване згодом на Національне агентство України з питань розвитку та європейської інтеграції (Указ Президента України від 10 серпня 1998 р. № 866). Положення про нього в новій редакції затверджено Указом Президента України від 23 квітня 1998 р. № 357. Функції та повноваження цього агентства у сфері регулювання іноземних інвестицій було передано Міністерству економіки України (нині — Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції), що стало правонаступником Національного агентства, яке було ліквідовано Указом Президента України від 23 жовтня 2000 р. № 1159.

Інвестування за межі України може здійснюватись у вигляді майнових цінностей та грошових коштів (майнових прав і майна, крім сировини, комплектуючих виробів і запасних частин, товарів народного споживання, а також таких, які відповідно до

чинного законодавства віднесено до високоліквідних і стосовно експорту яких передбачено ліцензування, квотування або спеціальний режим).

Інвестування підлягає ліцензуванню. Індивідуальні ліцензії на здійснення такого інвестування видає Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України відповідно до Положення “Про порядок видачі індивідуальних ліцензій на здійснення резидентами майнових інвестицій за межами України”, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1996 р. № 229.

Продаж інвестованих майнових цінностей є експортом товарів. Виручка в іноземній валюті від їх продажу підлягає зарахуванню на рахунки резидентів в уповноважених банках у терміни сплати заборгованості, зазначені в контрактах, але не пізніше ніж через 90 днів з моменту підписання акта або іншого документа, що засвідчує продаж цінностей. Порядок використання валютних коштів, які надходять резидентам від інвестування майнових цінностей за межами України, регулюється валютним законодавством. України.

Резиденти України можуть здійснювати інвестиції за кордон з метою:

- створення спільних підприємств (або підприємств, що повністю належать українським резидентам) та за умови одержання резидентом продукції цього підприємства (якщо існує потреба в такій продукції), гарантованості ринку збуту продукції спільних підприємств за кордоном та використання ними української робочої сили;
- участі в розробленні та експлуатації за кордоном сировинних родовищ для одержання необхідної Україні сировини з використанням української робочої сили;
- створення спільних підприємств (або підприємств, що повністю належать українським резидентам) з організації послуг (сервісних, транспортних тощо) та завоювання ринків збуту високотехнологічної продукції України.

Здійснення інвестицій за межі України у вигляді грошових коштів регулюється Національним банком України. Згідно зі ст. 6 Декрету Кабінету Міністрів України “Про систему валютного регулювання і валютного контролю” від 19 лютого 1993 р. Національний банк України встановлює порядок надання індивідуальних ліцензій на здійснення інвестицій у вигляді грошових коштів.

Національний банк України визначає, що резиденти України можуть здійснювати інвестиції за межі України у вигляді грошових коштів шляхом:

- участі у підприємствах, що створюються спільно з іноземними юридичними та фізичними особами;
- придбання частки у діючих іноземних підприємствах або придбання у власність діючих іноземних підприємств повністю;
- створення за кордоном підприємств, що повністю належать українським інвесторам, а також відкриття за кордоном філій та інших відокремлених підрозділів;
- придбання нерухомого і рухомого майна, інших майнових прав, а також будь-яких прав інтелектуальної власності;
- придбання за кордоном та в Україні акцій, облігацій, інших цінних паперів іноземних держав, фірм, банків тощо, деномінованих в іноземній валюті, за винятком цінних паперів або інших корпоративних прав, отриманих фізичними особами-резидентами як дарунок або у спадщину;
- в інших формах, які прямо не заборонені чинним законодавством України та країни інвестицій.

Щодо джерела фінансування інвестицій за межі України, то резиденти України здійснюють інвестиції за кордон виключно за рахунок власних коштів, зарезервованих та облікованих на рахунках бухгалтерського балансу для інвестування за кордон. Здійснення інвестицій за кордон за рахунок бюджетних коштів дозволяється лише на підставі відповідної постанови Верховної Ради України. Інвестування за рахунок кредитів, одержаних від уповноважених та іноземних банків, інших резидентів і нерезидентів, забороняється.

Право на одержання індивідуальної ліцензії щодо здійснення інвестицій за кордон мають резиденти України — юридичні особи, а також фізичні особи, які зареєстровані як підприємці у встановленому законом порядку. Усі види інвестицій в грошовій формі за кордон (незалежно від їх суми) повинні здійснюватися резидентами України у безготівковій формі, виключно через кореспондентські рахунки уповноважених банків у банках країни інвестицій.

Надходження на користь резидентів в іноземній валюті (прибуток, дивіденди тощо), одержані від інвестиційної діяльності за межами України, підлягають зарахуванню на валютні рахунки резидентів в уповноважених банках після сплати податків та інших

зборів, передбачених законодавством іноземної держави. У разі сплати резидентами України податків та інших зборів у країні інвестицій резиденти повинні подати до уповноваженого банку та податкової інспекції офіційне підтвердження відповідного органу країни інвестицій стосовно суми сплачених податків та інших зборів.

Суми податків та інших зборів враховуються уповноваженими банками лише у разі здійснення вказаних платежів у країнах, що мають міждержавні угоди з Україною про запобігання подвійному оподаткуванню. (Докладніше питання подвійного оподаткування розглянуто у підрозділі 5.4.)

Уповноважені банки можуть здійснювати інвестиції у грошовій формі за кордон шляхом:

1) відкриття банків та інших підприємств, установ, статутний капітал яких повністю формується за рахунок коштів українських резидентів;

2) участі у діючих іноземних банках та інших підприємствах і установах;

3) створення банків та інших підприємств, установ за кордоном спільно з нерезидентами — юридичними і фізичними особами;

4) відкриття за межами України філій, представництв та інших відокремлених підрозділів;

5) придбання за кордоном та в Україні акцій, облігацій та інших цінних паперів іноземних держав, банків, фірм тощо, деномінованих в іноземній валюті;

6) придбання нерухомого та рухомого майна, інших майнових прав, а також прав інтелектуальної власності;

7) інших форм інвестування, які прямо не заборонені чинним законодавством України та країни інвестицій.

Для здійснення інвестицій за кордон уповноваженими банками (в тому числі за дорученням інших резидентів та нерезидентів) необхідним є одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України.

На території України можуть створюватись спеціальні (вільні) економічні зони різних функціональних типів: вільні митні зони і порти, експортні, транзитні зони, митні склади, технологічні парки, технополіси, комплексні виробничі зони, туристично-рекреаційні, страхові, банківські тощо. Окремі зони можуть поєднувати в собі

функції, властиві різним типам спеціальних (вільних) економічних зон. На території цих зон діє законодавство України з урахуванням особливостей, передбачених законом “Про створення конкретної спеціальної (вільної) економічної зони”.

У спеціальних (вільних) економічних зонах створюються сприятливі митні умови та режим митного оподаткування, пільговий режим та рівень оподаткування, специфічні валютно-фінансові умови, банківсько-кредитна система, система кредитування і страхування, умови окремих видів платежів та система державного інвестування. На території такої зони мають право функціонувати будь-які суб'єкти економічної діяльності згідно із законодавством України та законом про створення цієї зони. Суб'єкти економічної діяльності мають право самостійно вибирати види, форми і методи своєї діяльності у межах спеціальної (вільної) економічної зони, що не суперечать законодавству України. На її території не дозволяється діяльність, що суперечить міжнародним угодам, учасницею яких є Україна.

ЗАХИСТ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

В Україні, як зазначалося вище, приділяється багато уваги забезпеченню гарантій інвестицій. Відповідно до інвестиційного законодавства України держава гарантує стабільність умов здійснення інвестиційної діяльності, додержання прав і законних інтересів її суб'єктів. Державні органи та їх посадові особи не мають права втручатися в діяльність суб'єктів інвестиційної діяльності, крім випадків, коли таке втручання допускається чинним законодавством і здійснюється в межах компетенції цих органів та посадових осіб. Ніхто не має права обмежувати права інвесторів у виборі об'єктів інвестування, за винятком випадків, передбачених законодавством.

У разі прийняття державними або іншими органами актів, що порушують права інвесторів та учасників інвестиційної діяльності, збитки, завдані цим суб'єктам, підлягають відшкодуванню у повному обсязі згаданими органами. Спори про відшкодування збитків розв'язуються судом або арбітражним судом відповідно до їх компетенції.

Згідно із Законом України “Про інвестиційну діяльність” (статті 18, 19) захист інвестицій — це комплекс організаційних, технічних та правових заходів, спрямованих на створення умов, які сприяють збереженню інвестицій, досягненню мети внесення інвестицій, ефективній діяльності об’єктів інвестування та реінвестування, захисту законних прав та інтересів інвесторів, у тому числі права на отримання прибутку (доходу) від інвестицій.

Держава гарантує захист інвестицій незалежно від форм власності, а також видів іноземних інвестицій. Захист інвестицій забезпечується законодавством України та її міжнародними договорами. Інвесторам, у тому числі іноземним, забезпечується рівноправний режим, що виключає застосування заходів дискримінаційного характеру, які могли б перешкодити управлінню інвестиціями, їх використанню та ліквідації, а також передбачаються умови і порядок вивезення вкладених цінностей і результатів інвестицій.

З метою забезпечення сприятливого та стабільного інвестиційного режиму держава встановлює державні гарантії захисту інвестицій (що є системою правових норм, які спрямовані на захист інвестицій та не стосуються питань фінансово-господарської діяльності учасників інвестиційної діяльності та сплати ними податків, зборів, обов’язкових платежів). Державні гарантії не можуть бути скасовані або звужені стосовно інвестицій, здійснених у період дії цих гарантій.

Як зазначалося вище, інвестиції не можуть бути безоплатно націоналізовані, реквізовані тощо; аналогічні заходи можуть застосовуватися лише на основі законодавчих актів України з відшкодуванням інвестору в повному обсязі збитків, заподіяних через припинення інвестиційної діяльності. Порядок відшкодування збитків визначається в зазначених актах.

Внесені або придбані інвесторами цільові банківські вклади, акції та інші цінні папери, платежі за набуте майно або за орендні права у разі вилучення відповідно до законодавчих актів України відшкодовуються інвесторам, за винятком сум, що виявилися використаними або втраченими внаслідок дій самих інвесторів або вчинених за їх участю.

Спори, пов’язані з інвестиційною діяльністю, розглядаються відповідно судом, арбітражним судом або третейським судом. Усі витрати та збитки іноземних інвесторів, спричинені цими діями, повинні бути відшкодовані на основі поточних ринкових цін та/або

обґрунтованої оцінки, підтверджених аудитором чи аудиторською фірмою. Компенсація, що виплачується іноземному інвестору, повинна бути швидкою, адекватною та ефективною.

Регулювання інвестицій в межах ГАТТ СОТ і ЄС. У межах договірної механізми ГАТТ/СОТ питанням регулювання інвестицій присвячено спеціальну Угоду щодо інвестиційних заходів, пов'язаних з торгівлею (ІЗПТ). Відповідно до положень Угоди національний режим поширюється на застосування ІЗПТ, об'єднаних у приблизний список. Крім того, забороняється вводити будь-які кількісні обмеження стосовно них. При цьому передбачається можливість винятків з такого режиму, які закріплені в усіх інших положеннях ГАТТ/СОТ.

Країни, що розвиваються, у разі загрози їх торговельному балансу одержують ще й право тимчасово виходити з-під дії загального режиму застосування ІЗПТ. Угода з ІЗПТ має свій інституційний механізм — Комітет, відкритий для участі усіх країн-учасниць. Його головними завданнями є надання консультацій цим країнам щодо належної реалізації Угоди з ІЗПТ, а також контроль над їх впровадженням з боку країн-учасниць. Комітет з ІЗПТ підзвітний у своїй діяльності головному органу ГАТТ/СОТ — Раді з питань торгівлі товарами. Для розв'язання суперечок між учасницями Угоди використовують процедури консультацій та врегулювання спорів, передбачених загальною Угодою ГАТТ/СОТ.

Правове регулювання інвестицій в ЄС стосовно України. Із широкомасштабних угод щодо інвестицій велике значення має Угода про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС (далі — УПС) від 14 червня 1994 р. (ратифікована Парламентом України 10 листопада 1994 р.). Інвестуванню присвячено положення Угоди, що регулюють заснування та діяльність компаній, транскордонний рух капіталу, захист інтелектуальної власності. Важлива роль інвестицій підкреслюється також у вступній частині до УПС, де є численні посилання на цей різновид діяльності як на мету співпраці сторін та засіб економічної перебудови або інструмент сприяння стабільному розвитку сторін. Правовий аспект положень у царині підприємництва та інвестицій може бути виявлений через аналіз норм, які регулюють галузі, пов'язані з цими сферами.

На сучасному етапі співробітництва обидві сторони не готові забезпечувати свободу заснування іноземних компаній. Замість цього

вони намагатимуться створити передумови для сміливіших інтеграційних кроків у майбутньому. На рівні ЄС можливість заснування та діяльності українських компаній на його території звужена переважно через впровадження режиму найбільшого сприяння для компаній та філій і національного режиму для дочірніх компаній, щодо якого існують численні винятки. Вони є стандартними для кожної УПС (з іншими новими незалежними державами) та складаються:

- з концесійних вимог (у галузі вугільної промисловості);
- обмежень діяльності (рибальство);
- придбання (нерухомості) та доступу на ринок (телекомунікації);
- критеріїв походження (аудіовізуальні послуги);
- повідомлень та дозволів (у деяких галузях сільського господарства);
- обмежень (послуги агентств новин) та ін. Дуже важливо, що такі винятки не мають ніяких обмежень у часі.

Аналіз свідчить, що в Україні правовий статус європейських компаній, філій та дочірніх фірм є однорідним: до всіх них застосовується національний режим (з багатьма винятками) або режим найбільшого сприяння (якщо він надає кращі умови).

Такими винятками в Україні є:

- тимчасове (5 років) підпорядкування створення філій і дочірніх фірм компаній ЄС деяким українським законам (про валютний контроль, про банки, про заставу, акції та фондові біржі, приватизацію);
- п'ятирічна відстрочка створення однакових умов, необхідних для заснування страхових компаній ЄС або спільних страхових компаній;
- спеціальні винятки у сфері нерухомості та землеволодіння, професійної діяльності в окремих секторах;
- обмеженнях у сфері рибальства та полювання;
- дозволи у сфері телекомунікацій, обмеження у засобах масової інформації тощо.

Термін дії спеціальних положень закінчується у 1999 р.

Однією з проблем інвестиційної діяльності є незастосування режиму найбільшого сприяння до українських компаній, що не дає їм змоги користуватися таким самим правовим статусом, який застосовують країни — члени ЄС до своїх компаній. Обмеження, накладені

на українські компанії, ставлять їх на один рівень з компаніями країн третього світу.

Нині Україна взяла на себе зобов'язання щодо поліпшення захисту інтелектуальної власності через приєднання до 2005 р. до таких багатосторонніх конвенцій:

- Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів;
- Міжнародна конвенція про охорону прав акторів-виконавців, виробників фонограм і органів радіомовлення;
- Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію торговельних знаків;
- Ніщцька угода про міжнародну класифікацію виробів та послуг з метою реєстрації знаків;
- Будапештський договір про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів з метою патентної процедури;
- Міжнародна конвенція про захист нових сортів рослин.

Приєднання до цих конвенцій, а також належне дотримання положень таких документів, як Паризька конвенція про охорону промислової власності, Мадридська угода про міжнародну реєстрацію торговельних знаків, Договір про патентне співробітництво, учасницею яких Україна вже є, дасть їй змогу на практиці забезпечити рівень захисту прав на інтелектуальну власність, аналогічний до існуючого в ЄС.

5.2. ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

СУТНІСТЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Дослідження права інтелектуальної власності у межах міжнародного приватного права має неабияке значення в питаннях доведення прав людини в Україні до рівня міжнародних стандартів. Згідно із Загальнодержавною програмою адаптації законодавства України до законодавства ЄС, затвердженою Законом України від 18 березня 2004 р., саме інтелектуальну власність визначено однією з пріоритетних сфер цієї адаптації. Це зазначено також у ст. 51 Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими співтовариствами, їх державами.

Перш ніж перейти до аналізу права інтелектуальної власності, необхідно уточнити її сутність та види.

Інтелектуальна власність — результат інтелектуальної, творчої діяльності однієї людини (автора, виконавця, винахідника та ін.) або кількох осіб.

Творча діяльність — це цілеспрямована інтелектуальна діяльність людини, результатом якої є щось якісно нове, що вирізняється неповторністю, оригінальністю і суспільно-історичною унікальністю. Творчість властива будь-якій діяльності людини: технічній, художній, літературній, науковій, виробничій тощо. За своєю цілеспрямованістю творчість можна умовно поділити на два основні види:

- духовна творчість (гуманітарного характеру, спрямована на збагачення внутрішнього світу людини);
- науково-технічна творчість (винаходи в усіх галузях людської діяльності, корисні моделі, промислові зразки, знаки для товарів і послуг, знаки обслуговування, фірмові назви і комерційні позначення, інформаційна продукція, селекційні досягнення тощо, тобто такі результати науково-технічної творчості, які можна використовувати будь-яким способом, що не суперечить закону, в господарській діяльності — промисловості, сільськогосподарському виробництві).

Усі зазначені результати творчої діяльності об'єднані поняттям "інтелектуальна власність". З цього загального поняття міжнародно-правові документи виділяють окремо промислову власність, до якої належать винаходи, загальнокорисні зразки, промислові креслення або моделі, фабричні, товарні знаки, знаки обслуговування. Інші об'єкти інтелектуальної власності, які залишилися за межами поняття промислової власності, становлять групу результатів творчої діяльності, що охороняється авторським правом, яку часто називають літературно-художньою власністю¹. Таким чином, усі результати творчої діяльності щодо цивільної правової охорони поділяються на дві групи: одна з них охороняється авторським правом, друга — правом промислової власності (патентним правом) та іншими нормативними актами. Всі результати творчої діяльності чинним законодавством визнані товаром і, отже, мо-

¹ За законодавством деяких країн об'єктом авторського права є також комп'ютерні програми, які охороняються як літературні твори (ст. 433 ЦКУ).

жуть бути об'єктом будь-яких цивільних правочинів. У період переходу до ринкової економіки це має істотне значення, оскільки результати творчої діяльності у такий спосіб стають об'єктом цивільного обороту і створюють ринок духовної та науково-технічної продукції.

Право інтелектуальної власності — право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт цього права. Воно складається з особистих немайнових та (або) майнових прав, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається законодавчо (ст. 418 ЦКУ).

У законодавстві (ст. 419 ЦКУ) визначено співвідношення права інтелектуальної власності та права власності на річ: вони не залежать одне від одного. Перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ. І навпаки — перехід права власності на річ не означає переходу права на об'єкт права інтелектуальної власності.

Гарантією реалізації права на результати творчої діяльності є насамперед Конституція України, зокрема ст. 41, 54 закріплено:

- право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності;
- гарантія свободи літературної, художньої, наукової та технічної творчості, захист інтелектуальної власності, авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, пов'язаних з різними видами інтелектуальної діяльності;
- право на результати інтелектуальної, творчої діяльності;
- заборона використання або поширення цих творів без згоди автора, за винятками, встановленими законом.

Право на свободу літературної, художньої, наукової та технічної творчості, вільного вибору сфер, змісту та форм (способів, прийомів) творчості закріплено і в ст. 309 ЦКУ. За цією статтею цензури процесу творчості та результатів творчої діяльності не допускається.

Джерелом права інтелектуальної власності є:

- Конституція України;
- Цивільний, Цивільний процесуальний, Кримінальний, Кримінально-процесуальний, Господарський, Господарський процесуальний та Митний кодекси України;
- Кодекс законів про працю;
- Кодекс про адміністративні правопорушення;

- пакет законів України, прийнятих Верховною Радою України у грудні 1993 р.: “Про охорону прав на винаходи і корисні моделі”, “Про охорону прав на промислові зразки”, “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”, “Про авторське право і суміжні права” та ін.

Україна у складі Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ). Україна з 26 квітня 1970 р. є членом цієї організації, приєднавшись у складі СРСР до Конвенції, що засновує ВОІВ. Участь в ній вона підтвердила 25 грудня 1991 р. як самостійна держава.

До міжнародних договорів, адміністративні функції яких виконує ВОІВ та учасницями яких є Україна, належать:

- Всесвітня конвенція про авторське право (дата набуття чинності для України – 27 травня 1973 р.);
- Паризька конвенція про охорону промислової власності (дата набуття чинності для України – 25 грудня 1991 р.);
- Договір про патентну кооперацію (дата набуття чинності для України – 25 грудня 1991 р.);
- Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків (дата набуття чинності для України – 25 грудня 1991 р.);
- Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (дата набуття чинності для України – 25 жовтня 1995 р.);
- Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин (редакція 1978 р., дата набуття чинності для України – 3 листопада 1995 р.);
- Договір про закони щодо товарних знаків (дата набуття чинності для України – 1 серпня 1996 р.);
- Будапештський договір про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів з метою патентної процедури (дата набуття чинності для України – 2 липня 1997 р.);
- Найробський договір про охорону Олімпійського символу (дата набуття чинності для України – 20 грудня 1998 р.);
- Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків (дата набуття чинності для України – 29 грудня 2000 р.);
- Ніщцька угода про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків (дата набуття чинності для України – 29 грудня 2000 р.);
- Конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм 1971 р. (дата набуття чинності для України – 18 лютого 2000 р.);

- Договір ВОІВ про авторське право 1996 р. (дата набуття чинності для України — 6 березня 2002 р.);
- Договір ВОІВ про виконання і фонограми 1996 р. (дата набуття чинності для України — 20 травня 2002 р.);
- Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення 1961 р. (дата набуття чинності для України — 12 червня 2002 р.);
- Гаазька угода про міжнародну реєстрацію промислових зразків — Гаазький акт 1969 р. (дата набуття чинності для України — 28 серпня 2002 р.) та Женевський акт 1999 р. (дата набуття чинності для України — 23 грудня 2003 р.);
- Договір про патентне право 2000 р. Україна 31 березня 2003 р. зда-ла на зберігання Генеральному директору ВОІВ документ про приєднання до Договору. Договір набуде чинності після аналогічного передання на зберігання документів про приєднання 10 дер-жав — членів ВОІВ.

Досить чітко регламентовані питання інтелектуальної власності у Цивільному кодексі України від 16 січня 2003 р. № 435-IV, книга четверта якого “Право інтелектуальної власності” регулює порядок набуття, здійснення та захисту прав інтелектуальної власності. Зокрема, глава 35 “Загальні положення про право інтелектуальної власності” містить норми, які регулюють питання, пов’язані з:

- поняттям прав інтелектуальної власності;
- співвідношенням прав інтелектуальної власності та права власності;
- об’єктами і суб’єктами прав інтелектуальної власності;
- підставами набуття прав інтелектуальної власності;
- особистими немайновими і майновими правами інтелектуальної власності;
- терміном чинності прав інтелектуальної власності;
- використанням об’єктів прав інтелектуальної власності та передачею майнових прав інтелектуальної власності;
- здійсненням прав інтелектуальної власності, які належать кільком особам;
- правами інтелектуальної власності на об’єкти, створені у зв’язку з виконанням трудового договору або за замовленням;
- наслідками порушення прав інтелектуальної власності;
- захистом прав інтелектуальної власності судом.

Наступні глави книги четвертої ЦКУ розкривають цивільно-правові норми з охорони прав на окремі види об'єктів прав інтелектуальної власності:

- об'єкти авторських і суміжних прав;
- наукові відкриття;
- винаходи, корисні моделі та промислові зразки;
- компонування (топографії) інтегральних мікросхем;
- раціоналізаторські пропозиції;
- сорти рослин і породи тварин;
- комерційні (фірмові) найменування;
- торговельні марки (знаки для товарів і послуг);
- географічні зазначення (походження товарів);
- комерційні таємниці.

Проте чинний Цивільний кодекс України не може підмінювати собою всі інші закони, які регулюють цивільні правовідносини у сфері інтелектуальної власності. Він виконує поєднувальну роль головного нормативного акта системи цивільного законодавства, містить лише норми, які мають загальне значення, і детально не регламентує правовідносини у сфері інтелектуальної власності. Досвід зарубіжних країн та історія розвитку вітчизняного цивільного права доводять перевагу регулювання цих правовідносин спеціальними законами. В Україні у цій сфері діє до 100 підзаконних актів.

Об'єкти права інтелектуальної власності:

- літературні, художні та інші твори (авторське право);
- виконання, фонограма, відеограма та програма (передача) організації мовлення (суміжні права);
- наукове відкриття, винахід, корисна модель, промисловий зразок;
- компонування інтегральної схеми;
- раціоналізаторська пропозиція;
- сорти рослин, породи тварин;
- комерційне найменування; торговельна марка;
- географічне зазначення;
- комерційна таємниця.

Об'єктом цього права може бути не будь-який твір, а лише той, що має певні, визначені законом ознаки, зокрема творчий характер і вираження в матеріальній формі, тобто твір, який є результатом творчої праці автора.

Авторське право визнається за будь-яким твором у галузі науки, літератури і мистецтва, незалежно від його форми, готовності та художньої цінності. Це положення має важливе значення, оскільки охороняє твори, різні за художнім рівнем і метою, у тому числі й такі, що не призначалися автором для публікування. Закон України “Про авторське право і суміжні права” в редакції від 11 липня 2001 р. не містить такої ознаки твору, як його достоїнство. Тобто правова охорона твору надається незалежно від його достоїнства. Зазначений Закон в попередній редакції прямо передбачав, що твори підлягають охороні незалежно від їх “достоїнства”.

Сучасний рівень науки і техніки дає змогу створювати складні твори, в яких поєднуються кілька форм, наприклад кіно- і телефільми (літературний текст, музика, декорації тощо). Об’єктом авторського права виступає фільм як єдине ціле. Проте самостійними об’єктами авторського права в аудіовізуальному творі можуть бути сценарій, музика, пояснювальний текст, робота головного оператора, художника-постановника, які увійшли складовою частиною до твору (ст. 17 Закону про авторське право).

Отже, твір як об’єкт авторського права втілений у певну матеріальну форму: рукопис, ноти, скульптура, картина тощо. Але авторське право на твір (як нематеріальний об’єкт авторського права) і право власності на річ, в яку він втілений, не залежать одне від одного. Тому не слід плутати твір як об’єкт авторського права і річ — рукопис, картину, примірник книги. На річ, в яку матеріально втілюється твір, може існувати право власності, право користування тощо, але не авторське право. Так, продаж письменником своєї книги не позбавляє його авторських прав (ст. 12 Закону про авторське право)¹.

Суб’єктами права інтелектуальної власності є творець (творці) об’єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності.

Спільною істотною ознакою авторського права і права промислової власності є те, що об’єктами їх, зокрема на винаходи, корисні

¹ Такі об’єкти права інтелектуальної власності, як винагороди, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки, комерційні найменування, географічні назви, можна об’єднати під назвою “об’єкти права промислової власності”, як це визначено у ст. 4 Паризької конвенції з охорони права промислової власності.

моделі, промислові зразки, виступають саме результати творчої діяльності людини. Ніяка інша діяльність не може бути предметом регулювання цих інститутів. Тому в авторському праві підкреслюється, що суб'єктом творчої діяльності можуть бути тільки людина або група (колектив) людей, а не організації (юридичні особи). Проте суб'єктами авторських відносин і відносин щодо об'єктів права інтелектуальної власності на наукові відкриття, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, компонування інтегральної мікросхеми, сорти рослин, породи тварин (прав та обов'язків) можуть бути як громадяни, так і юридичні особи.

Надання будь-якої технічної допомоги автору чи винахіднику (консультації, розрахунки, креслення, оформлення заявок тощо) не має творчого характеру і не відповідає поняттю “творчість”, тому допомога такого роду не може вважатися творчим співавторством. Не мають творчого характеру (і тому не вважаються творчістю) запозичення, перенесення і використання чужого, навіть дуже позитивного досвіду, використання результату за ліцензією тощо. Творчий характер діяльності означає передусім певну індивідуальність, тобто те, що відрізняє цю діяльність від інших.

Спільною рисою духовної та науково-технічної творчої діяльності є те, що кожна з них має завершитися конкретним результатом, об'єктивованим у певну матеріальну форму або зафіксованим на певному матеріальному носіїві. Якщо творчий пошук не завершився конкретним результатом, то немає об'єкта правової охорони — немає що охороняти. Проте слід мати на увазі, що під правову охорону підпадає будь-який результат творчого пошуку, в тому числі й негативний, незалежно від його суспільної цінності.

Результати науково-технічної творчості мають бути не просто реалізовані в певну матеріальну форму (креслення, зразок, опис тощо), а й у встановленому порядку визнані відповідним державним органом саме тим результатом, на досягнення якого було спрямовано творчий пошук. Винахід повинен бути описаний у заявці чи відображений у кресленнях. Проте для надання йому правової охорони цього замало — він має бути кваліфікований відповідним відомством України як винахід. Без такого визнання і без державної реєстрації заявлена пропозиція не вважається винаходом, і їй не надається правова охорона. Таким відомством, відповідно до чинного законодавства, визначено Державний депар-

тамент інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України.

Результати творчої діяльності, які охороняються авторським правом, спеціальної кваліфікації та державної реєстрації не потребують. Для одержання правової охорони таких результатів досить надання їм певної матеріальної форми (рукопис, ноти, інші описи цього результату, завершена скульптура чи малюнок тощо).

Авторське право і право промислової власності поєднує те, що вони охороняються на певній території, тобто мають територіальний характер. Щодо авторського права і суміжних прав, то це саме правило поширюється також на об'єкти, які ним охороняються. Іноземні особи та особи без громадянства в Україні відповідно до міжнародних договорів або на основі принципу взаємності мають такі самі права, як і громадяни України. Якщо міжнародним договором встановлено інші правила, ніж ті, що містяться у законодавстві України, то застосовуються правила міжнародних договорів.

Спільним у правовому регулюванні відносин, пов'язаних з творчою діяльністю, є також однакова дієздатність суб'єктів творчого процесу. Іншими словами, творцями будь-яких результатів творчої діяльності можуть бути як повнолітні громадяни, так і неповнолітні.

Право авторства і право на ім'я виникають як у автора будь-якого твору літератури, науки та мистецтва, так і в автора винаходу, промислового зразка, незалежно від віку. Кожний творець має право вважати себе автором свого винаходу чи іншого твору і вимагати цього від інших. Кожний автор має право випускати свій твір у світ або під власним іменем, або під псевдонімом, або анонімно. Творець винаходу має право просити, аби його витвору було присвоєно його ім'я або спеціальну назву.

Автор результату творчої діяльності має право на винагороду за наявності підстави для її виплати. Такою підставою відповідно до чинного законодавства є тільки факт використання цього результату. За невикористаний твір чи винахід винагорода не виплачується. Будь-який результат творчої діяльності за загальним правилом може використовуватися лише на підставі договору. Позадовірно використання таких об'єктів допускається лише у випадках, передбачених чинним законодавством.

За законодавством суб'єктом авторських прав і прав промислової власності може стати й держава. Так, після закінчення терміну дії ав-

торського права твір стає надбанням суспільства. Винахідник може передати виключне право на використання винаходу державі та іншим юридичним особам¹.

У цивільно-правовому регулюванні відносин, пов'язаних з творчою діяльністю, багато істотних відмінностей. Передусім це різні об'єкти відносин. Так, об'єктом авторських відносин є твори у галузі літератури, науки, мистецтва, зокрема стаття, монографія, дисертація, картина, музичний твір, скульптура, твір архітектури, фотографія. Коло цивільно-правових відносин у сфері науково-технічної діяльності та художньо-технічної творчості досить широке. Воно охоплює відносини зі створення і використання винаходів, промислових зразків, раціоналізаторських пропозицій, товарних знаків, корисних моделей, знаків обслуговування, нових сортів рослин, нових порід тварин і птахів, науково-технічної інформації, комплекс результатів творчої діяльності, що стосується електронно-обчислювальних машин тощо. Цей перелік невичерпний, він постійно поповнюється.

Відмінність об'єктів зумовлює особливості їх правової охорони. Для надання правової охорони об'єктам промислової власності чинне законодавство передбачає їх попередню кваліфікацію як таких і наступну державну реєстрацію. Лише після виконання цих процедур заявникам видаються правоохоронні документи у формі патентів або свідоцтв. Об'єкти, що охороняються авторським правом, для одержання правової охорони не потребують подання спеціальної заявки, здійснення експертизи і державної реєстрації. На результати духовної творчості правоохоронні документи не видаються. Для одержання правової охорони цих об'єктів досить надати їм об'єктивну матеріальну форму.

Істотною відмінністю цивільно-правової охорони результатів духовної та науково-технічної творчості є різні терміни дії авторського і патентного права. Право авторства, право на недоторканність твору не обмежуються терміном. Автор будь-якого твору науки, літератури і мистецтва чи об'єкта промислової власності залишається таким незалежно від того, коли його створено. Права авторства охороняються вічно.

¹ Умови передавання майнових прав інтелектуальної власності можуть бути визначені договором, який укладається відповідно до Цивільного кодексу України та іншого закону (п. 2 ст. 427 ЦКУ).

Право на ім'я також ніяким терміном не обмежене. Як і право авторства, воно діє безстроково. Інші авторські права та права промислової власності обмежені певним терміном дії. Так, Закон про авторське право у ст. 28 передбачає, що авторське право діє протягом усього життя автора і 70 років після його смерті, рахуючи з 1 січня року, який настає за роком смерті автора.

Чинним законодавством встановлено різні терміни дії прав промислової власності для різних її об'єктів. Патенти на винаходи і нові сорти рослин діють протягом 20 років з дня надходження заявки до патентного відомства України. Патент на промисловий зразок видається на 10 плюс 5 років від дати надходження заявки. Свідоцтво на знак для товарів і послуг діє протягом 10 років від дати надходження заявки до патентного відомства, і на прохання його власника дія свідоцтва може бути подовжена на наступні 10 років.

Авторське право, на яке чинне законодавство встановило певні терміни його дії, зводиться до права на винагороду за використання твору чи об'єкта промислової власності. Автори результатів творчої діяльності мають право на винагороду, якщо зазначені результати будуть використані протягом терміну дії авторського права. Так, письменник має право на винагороду, якщо твір використовується за його життя, а спадкоємці автора — у межах 70 років після його смерті.

Винагорода за використання винаходу чи іншого об'єкта промислової власності виплачується за умови, що використання мало місце в межах терміну дії патенту. По закінченні терміну дії авторського права або права промислової власності твір чи об'єкт промислової власності стають суспільним надбанням і можуть використовуватися будь-ким без згоди автора і без виплати авторської винагороди.

Проте у спеціальній цивілістичній літературі жваво дискутується питання про правовий режим результату інтелектуальної діяльності [32; 67; 71]. Річ у тім, що в законодавствах більшості країн світу про інтелектуальну власність на результати творчості визнається лише виключне право на використання [73; 95; 152; 153]. Власник патенту не має права власності на результат, що охороняється патентом, а лише виключне право використання цього результату. Водночас більшість держав визнає за творцем зазначеного результату саме право власності [74; 217]. Отже, питання постає так: є результат творчості об'єктом права власності чи тільки об'єктом виключного права використання.

Цей дуалізм у правовій охороні результатів інтелектуальної діяльності відображено і в законодавстві України про інтелектуальну власність. Так, Закон України “Про авторське право і суміжні права” визнає за творцями творів та їх правонаступниками лише виключне право на використання. Закони про промислову власність України за творцями та їх правонаступниками визнають право власності з усіма наслідками, що з цього випливають. Визнання права власності на результати інтелектуальної діяльності закріплено також Законом України “Про власність” від 7 лютого 1991 р. У новому Цивільному кодексі України визнається лише право інтелектуальної власності.

Таким чином, ми маємо правовий інститут інтелектуальної власності як права власності на нематеріальні результати діяльності: ідеї, думки, міркування, образи, символи тощо, які реалізуються або втілюються в певних матеріальних носіях. Це та специфічна ознака продукту інтелектуальної діяльності, що є об’єктом цієї власності.

Результати інтелектуальної діяльності визнаються товаром. Товар є об’єктом як господарського, так і цивільно-правового обороту. У цивільному законодавстві передбачено можливість укладати будь-які угоди стосовно об’єктів інтелектуальної власності. Право інтелектуальної власності є складовою інституту власності.

Об’єкти інтелектуальної власності можуть використовуватися відповідно до їх характеру так само, як об’єкти звичайного права; використання об’єктів інтелектуальної власності зазвичай здійснюється на платній основі. Користувач має сплатити власнику за право користування об’єктом інтелектуальної власності, що є звичайним і для об’єктів власності. Отже, такі правомочності суб’єкта власності, як право використання об’єкта власності та право інтелектуальної власності, не мають принципової відмінності. Право розпорядження притаманне як праву власності, так і праву інтелектуальної власності, оскільки їх суб’єкт має право визначати долю власності та інтелектуальної власності, що йому належить. Такі дії, як користування і розпорядження, можуть передаватися власником іншим особам, які здійснюють їх від імені власника. Законодавство майже всіх країн передбачає можливість передання права розпорядження власністю, в тому числі інтелектуальною, іншим особам. Власник може вчиняти будь-які цивільно-правові дії, спрямовані як на використання об’єкта права власності, так і на розпорядження, у тому числі інтелектуальною власністю.

Правовий захист інтелектуальної власності є строковим і має на меті передати її результати у загальне надбання відразу після закінчення дії прав на них. Це є загальним, остаточним і непорушним статусом результатів інтелектуальної діяльності та комерційних позначень, які не мають спеціальної форми правового захисту інтелектуальної власності. Об'єкти прав інтелектуальної власності, які є загальним надбанням, не можуть використовуватись тільки для приватних цілей і є доступними для вільного копіювання та використання будь-ким.

Однією із цілей правового захисту винаходів шляхом надання патентів на них є впровадження нових технологій до загального використання через їх інформативні функції. Наприклад, умовою надання патенту на винахід є розкриття сутності винаходу шляхом публікування його опису як компенсації ("quid pro quo"), що позбавляє цей винахід конфіденційності. Публікування патентним відомством даних щодо винаходу забезпечує його доступність для громадськості й дає можливість іншим зрозуміти сутність винаходу, щоб використати його для досліджень або експериментів (залежно від норм національного патентного законодавства), що є основою для подальшого розвитку техніки і технологій. Проте відразу після закінчення терміну дії патенту на винахід громадськості дозволяється використовувати цей винахід, який стає суспільним надбанням.

Авторські права надають їх власникам можливість використання твору, виключне право дозволити використовувати твір, право перешкоджати неправомірному використанню твору, в тому числі заборонити таке використання, та інші майнові права, встановлені законом. До права використання твору належать:

- опублікування, відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі;
- перекладання, перероблення, адаптація;
- аранжування та інші подібні зміни;
- внесення складовою частиною до збірників баз даних, антомологій, енциклопедій тощо;
- публічне виконання, продаж, передання в найм (оренду) тощо;
- імпортування його примірників, примірників його перекладів;
- перероблення тощо та інші дії, встановлені законом.

Патент надає його власнику право на використання винаходу, копісної моделі, промислового зразка; виключне право дозволити їх

використання (видавати ліцензії); виключне право перешкоджати неправому використанню винаходу, корисної моделі, промислового зразка, у тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, регламентовані законом.

Використанням винаходу (корисної моделі) визнається:

- виготовлення, пропонування до продажу, в тому числі через Інтернет, застосування або ввезення, зберігання, інше введення в господарський оборот у зазначених цілях продукту, виготовленого із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі);
- застосування способу, що охороняється патентом, або пропонування його для використання в Україні, якщо особа, яка пропонує цей спосіб, знає про те, що його застосування забороняється без згоди власника патенту, або, виходячи з обставин, що це і так є очевидним;
- пропонування для продажу, введення в господарський оборот, застосування або ввезення чи зберігання в зазначених цілях продукту, виготовленого безпосередньо способом, що охороняється патентом.

Власник патенту може використовувати попереджувальне маркування із зазначенням номера патенту на продукті чи на упаковці продукту, виготовленого із застосуванням запатентованого винаходу.

Патент надає його власникові право забороняти іншим особам використовувати винахід (корисну модель) без його дозволу, за винятком випадків, коли таке використання не визнається порушенням прав, що надаються патентом.

Власник патенту може передавати на підставі договору право власності на винахід (корисну модель) будь-якій особі, яка стає його правонаступником, а щодо секретного винаходу (корисної моделі) — тільки за погодженням із державним експертом. Власник патенту надає будь-якій особі дозвіл (видає ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) на підставі ліцензійного договору, а щодо секретного винаходу (секретної моделі) такий дозвіл надається тільки за погодженням із державним експертом.

МІЖНАРОДНІ ПРАВОВІ ДОКУМЕНТИ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Міжнародна система охорони інтелектуальної власності спрямована на формування єдиних підходів до забезпечення її прав. Комплекс заходів щодо міжнародного співробітництва координує Всесвітня організація інтелектуальної власності, що є однією із 16 спеціалізованих організацій в системі ООН.

ВОІВ у її сучасному вигляді було започатковано у 1883 і 1886 рр. укладенням відповідно Паризької конвенції з охорони промислової власності та Бернської конвенції з охорони літературних і художніх творів. Кожна з цих конвенцій передбачала створення секретаріату — Міжнародного бюро.

14 липня 1967 р. у Стокгольмі було укладено Конвенцією про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, яка набула чинності у 1970 р. Конвенція визначає об'єкти інтелектуальної власності, права на які мають охоронятись державами-учасницями. Відповідно до ст. 2 Конвенції інтелектуальна власність — це права на літературні, художні та наукові твори, на виконавчу діяльність артистів, звукозапису, радіо- і телевізійних передач, права на винаходи у всіх сферах людської діяльності, наукові відкриття, промислові зразки, знаки для товарів, знаки обслуговування, комерційні (фірмові) найменування і комерційні позначення, захист проти недобросовісної конкуренції, а також всі інші права, що належать до інтелектуальної діяльності у виробничій, науковій і художній галузях. На 1 січня 2004 р. 179 держав є учасницями Конвенції.

Основними цілями ВОІВ є:

- сприяння охороні інтелектуальної власності в усьому світі шляхом співробітництва між державами і, у відповідних випадках, взаємодії із будь-якою іншою міжнародною організацією;
- забезпечення адміністративного співробітництва Союзів, тобто тих, що створені у межах Паризької та Бернської конвенцій, а також інших договорів, адміністративні функції стосовно яких виконує ВОІВ.

З метою сприяння охороні інтелектуальної власності в усьому світі ВОІВ заохочує розроблення та укладання нових міжнародних договорів, спрямованих на уніфікацію національних законодавств у

сфері охорони інтелектуальної власності; надає технічну допомогу країнам, що розвиваються; збирає і поширює інформацію; забезпечує роботу служб, спрямовану на одержання охорони винаходів, знаків для товарів, послуг і промислових зразків; сприяє розвитку інших видів адміністративного співробітництва між державами-членами.

ВОІВ має три керівних органи:

- 1) Генеральна Асамблея, членами якої є держави — учасниці ВОІВ, а також Паризького і/або Бернського союзів;
- 2) Конференція, членами якої є всі держави — учасниці ВОІВ;
- 3) Координаційний комітет, члени якого обираються із членів ВОІВ, Паризького і Бернського комітетів; Швейцарія є членом “*ex officio*”.

ВОІВ виконує адміністративні функції 23 міжнародних договорів щодо різних аспектів охорони інтелектуальної власності. Вирізняють три групи таких договорів :

1. *Договори з охорони інтелектуальної власності, що визначають міжнародні стандарти з цього питання.* До них належать, зокрема,:

- Паризька конвенція з охорони промислової власності;
- Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів;
- Всесвітня конвенція про авторське право;
- Найробський договір про охорону Олімпійського символу;
- Вашингтонський договір про інтелектуальну власність стосовно інтегральних мікросхем;
- Договір про закони щодо товарних знаків (ТЛТ);
- Договір про патентні закони (ПЛТ)
- Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин;
- Конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворювання їхніх фонограм;
- Договір ВОІВ про авторське право;
- Договір ВОІВ про виконання і фонограми;
- Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення.

2. *Договори, що забезпечують правову охорону різних об'єктів інтелектуальної власності в різних державах.* Вони визначають спеціальні процедури, що надають можливість заявникам зручно і значно дешевше набувати права інтелектуальної власності на винаходи, промислові зразки, торговельні марки:

- Договір про патентну кооперацію (РСТ);
- Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків;
- Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків;
- Будапештський договір про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів з метою патентної процедури;
- Гаазька угода про міжнародну реєстрацію промислових зразків.

3. *Договори, що встановлюють міжнародні класифікації для різних об'єктів інтелектуальної власності:*

- Страсбурзька угода про Міжнародну патентну класифікацію;
- Ніццька угода про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків;
- Локарнська угода про Міжнародну класифікацію промислових зразків;
- Віденська угода про Міжнародну класифікацію зображувальних елементів торговельних марок.

Паризька конвенція з охорони промислової власності 1883 р. (Паризька конвенція)¹. Забезпечує правову охорону результатів інтелектуальної діяльності, спрямованих на підвищення суттєвої якості товарів; в інших країнах можлива на базі її принципів. Конвенція застосовується для об'єктів прав промислової власності в її якнайширшому розумінні, у тому числі винаходів, торговельних марок, промислових зразків, корисних моделей, фірмових найменувань, географічних зазначень та захисту від недобросовісної конкуренції. Головні положення Конвенції поділено на три основні категорії: національний режим, право пріоритету, загальні норми щодо матеріальних прав.

Національний режим. Відповідно до положень національного режиму Конвенція передбачає, що стосовно правової охорони об'єктів прав промислової власності кожна країна-учасниця повинна надавати громадянам інших країн-учасниць такий самий режим правової охорони, як і для власних громадян. Це положення поширюється також на громадян країн, які не є її учасницями, якщо вони мають постійне місце проживання, або діюче промислове чи комерційне

¹ Для України Конвенція чинна з 25 грудня 1991 р.

підприємство у країні-учасниці. Конвенція дозволяє країнам-учасницям вимагати обов'язкового представництва іноземних осіб професійними національними патентними повіреними, зареєстрованими у патентному відомстві країни.

Право пріоритету. Конвенція передбачає право пріоритету на винаходи (а також корисні моделі, де вони набувають правової охорони), торговельні марки і промислові зразки. Це право означає, що на підставі правильно оформленої першої заявки, поданої в одній з країн-учасниць, заявник може протягом певного періоду (12 місяців для винаходів і корисних моделей та 6 місяців для промислових зразків і торговельних марок) подати заявку на надання охоронного документа в будь-якій іншій країні-учасниці. Ці пізніші заявки розглядаються як такі, що подані в той самий день, що і перша заявка. Іншими словами, пізніші заявки мають пріоритет (звідси термін “право пріоритету”) стосовно заявок, які протягом того самого періоду можуть бути подані іншими особами на ті самі винахід, корисну модель, торговельну марку або промисловий зразок. Крім того, на ці пізніші заявки, що базуються на першій, не впливатиме будь-яка подія, що може статися у зазначений проміжок часу, зокрема розкриття сутності винаходу шляхом його публікування або продаж товарів, маркованих торговельною маркою, чи виробів, виготовлених із застосуванням промислового зразка.

Однією з головних практичних переваг цього положення є те, що у разі бажання заявника одержати правову охорону в кількох країнах йому не потрібно подавати всі заявки одночасно, оскільки він має у своєму розпорядженні 6 або 12 місяців для того, щоб вирішити, в яких саме країнах він бажає одержати правову охорону, і організувати належні заходи для її забезпечення. Переважно обирають країни, в яких заявник бажає використовувати і продавати свій винахід або захищати його від можливих конкурентів.

Загальні норми щодо матеріальних прав. Конвенція встановлює декілька загальних правил, яких повинні дотримуватися всі країни-учасниці. Найважливішими з них є:

1) патенти, видані в різних країнах-учасницях на один і той самий винахід, не залежать один від одного, тобто видача патенту на винахід в одній країні-учасниці не зобов'язує інші країни-учасниці видавати патент на саме цей винахід. У наданні патенту на винахід не може бути відмовлено, цей патент не може бути відхилений чи

анульований або його дія не може бути припинена у будь-якій країні-учасниці на підставі того, що у наданні патенту на цей винахід було відмовлено або він був відхилений, анульований чи припинив свою дію у будь-якій іншій країні-учасниці;

2) винахідник має право бути названий як такий у патенті на винахід;

3) у наданні патенту на винахід не може бути відмовлено і він не може бути визнаний недійсним на підставі того, що продаж пристрою, виробу чи речовини, які є об'єктами запатентованого винаходу, або пристрою, виробу, речовини, виготовлених способом, що становить об'єкт запатентованого винаходу, підпадає під заборону чи обмеження, що випливають із національного законодавства (оскільки патентування і використання винаходу — різні питання);

4) кожна країна-учасниця, норми національного законодавства якої передбачають надання примусових ліцензій, для запобігання зловживанням, що можуть виникнути внаслідок здійснення прав на запатентований винахід, має право на це лише з певними обмеженнями. Так, примусова ліцензія (надана не власником патенту на винахід, а державним органом відповідної країни-учасниці), яка базується на невикористанні запатентованого винаходу, може бути надана лише відповідно до клопотання, поданого після того, як протягом трьох або чотирьох років запатентований винахід не використовувався або використовувався недостатньо. У наданні примусової ліцензії може бути відмовлено, якщо власник патенту обґрунтує законні причини, що виправдовують його бездіяльність;

5) анулювання патенту на винахід може бути передбачене тільки у разі недостатності надання примусової ліцензії для запобігання зловживанням. Тоді процедура анулювання патенту на винахід може бути розпочата лише після закінчення двох років з дати надання першої примусової ліцензії.

Конвенція містить також інші положення стосовно регулювання праводносин, пов'язаних з охороною прав інших об'єктів промислової власності зокрема промислових зразків, торговельних марок, комерційних (фірмових) найменувань, географічних зазначень, назв місця походження.

Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів 1886 р. Складається з матеріально-правових норм щодо витворів, які охороняються, та їх авторів (ст. 2), термінів охорони (ст. 7), правил

охорони лекцій, збірників, творів фольклору, кінофільмів, фотографій, звукозапису, радіо-, телепередач та інших предметів охорони (ст. 3–6), зворотної сили її норм (ст. 18) та ін. Деякі норми регулюють діяльність органів управління Бернським союзом.

Країни — учасниці Конвенції становлять своєрідне міжнародне співтовариство із взаємної охорони авторських прав, яке не має кордонів. При визначенні суб'єктів охорони тут використовується територіальний принцип, відповідно до якого перевага віддається країні походження твору (країні першого опублікування). Автори з країн — членів Союзу користуються в інших країнах Союзу, крім країни походження твору, стосовно своїх витворів “правами, що надаються в даний час або надаватимуться надалі відповідними законами цих країн своїм громадянам, тобто національним режимом, а також правами, особливо наданими даною Конвенцією” (ст. 5). Така сама охорона надається авторам — громадянам держав, що не є членами Союзу, якщо їхні твори були опубліковані в одній із країн Союзу або одночасно в країнах, одна з яких належить, а інша не належить до Союзу. Охорона неопублікованих творів надається тільки авторам — громадянам держав, які є членами Союзу.

Максимальний термін охорони авторських прав охоплює увесь період життя автора і 50 років після його смерті. На переклади, фотографії, кінофільми та інші об'єкти терміни охорони знижені. Проте країни-учасниці вправі встановлювати триваліші терміни. У разі суперечки щодо термінів охорони застосовується право країни, де вперше опубліковано спірний витвір.

Авторські права в Конвенції поділяються на дві групи:

1) особисті майнові та немайнові права, встановлені національним законодавством держави, у якій запитуються вимоги щодо охорони;

2) спеціальні права, встановлені в нормах Конвенції: виключне право автора на переклад свого твору, на відтворення, публічне виконання драматичного або музичного твору, передача їх по радіо або телебаченню, а також публічне читання, перероблення, магнітний запис та ін.

Відмінними рисами Бернської конвенції є істотні обмеження вільного використання творів, наявність деяких формальностей з їх реєстрації, надання її нормам зворотної сили, тривалі терміни охорони авторських прав тощо.

Міжнародна конвенція з правової охорони нових сортів рослин 1961 р. (Конвенція UPOV)¹. Головна мета її — визнання за селекціонером, який вивів новий сорт рослин, або за його правонаступником права, зміст та умови здійснення якого встановлюються Конвенцією. Вона не лише вимагає, щоб країни-учасниці забезпечили правову охорону нових сортів рослин, а й містить чіткі детальні норми щодо критеріїв їх охорони і порядку її надання. Крім того, регламентує норми щодо обсягу правової охорони, можливих її обмежень, винятків та анулювання. Конвенція встановлює, за умови дотримання певних обмежень, принцип національного режиму для селекціонерів з інших країн-учасниць. Це означає, що в будь-якій країні-учасниці громадянам або резидентам інших країн-учасниць UPOV надається такий самий правовий режим, що і своїм громадянам або резидентам.

Будапештський договір про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів з метою патентної процедури 1977 р. (Будапештський договір)². Розкриття сутності винаходу є необхідною умовою для надання патенту на нього. Як правило, сутність винаходу розкривається шляхом публікування його опису в письмовій формі. Проте, якщо об'єктом винаходу є новий штам мікроорганізмів (інший біологічний матеріал) або спосіб використання штаму мікроорганізмів, у більшості випадків це неможливо і може бути здійснено лише шляхом депонування штаму мікроорганізмів у спеціальній установі.

Для уникнення необхідності такого депонування у кожній країні, де подано заявку на надання патенту на винахід, Договір передбачає, що одне депонування штаму мікроорганізмів у будь-якому міжнародному органі з депонування є достатнім для здійснення процедур з одержання патенту на винахід у національних патентних відомствах всіх країн — учасниць Договору, а також у будь-якому регіональному патентному відомстві (якщо така регіональна організація заявляє про визнання дії Будапештського договору).

¹ Україна приєдналася до Конвенції відповідно до Закону України від 2 червня 1995 р. № 209/95-ВР.

² Україна приєдналася до договору відповідно до Закону України від 1 листопада 1996 р. № 474/96-ВР. Договір набув чинності для України 2 липня 1997 р.

Вашингтонський договір про інтелектуальну власність стосовно інтегральних мікросхем 1989 р. За станом на 1 січня 2004 р. цей Договір не набув чинності. Незважаючи на це, його було внесено до Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС) у межах СОТ з такими змінами:

- термін охорони становить 10 (а не 8) років;
- виключне право власника поширюється також на вироби, які містять інтегральні мікросхеми з топографією, що охороняється;
- обставини, за яких топографії можуть використовуватися без згоди правовласника, обмеженіші.

Відповідно до Договору кожна договірною стороною зобов'язана забезпечити на усій своїй території охорону інтелектуальної власності стосовно оригіналів топографій інтегральних мікросхем, незалежно від факту вміщення інтегральної мікросхеми у виріб. Кожна договірною стороною повинна надавати фізичним і юридичним особам інших договірних сторін такий самий режим, як і своїм громадянам (національний режим). Договірною сторонами повинні визнавати неправомірними такі дії, якщо вони здійснюються без дозволу правовласника: відтворення топографії, ввезення, продаж та інші види поширення у комерційних цілях топографій чи інтегральних мікросхем, що містять топографію.

Проте деякі дії можуть вільно чинитися в приватних цілях або винятково з метою оцінки, аналізу, досліджень та навчання. Більш того, передбачається можливість надання примусової ліцензії з виплатою справедливої винагороди правовласнику після безуспішних спроб з боку третіх осіб одержати у нього дозвіл. Аналогічним чином будь-яка договірною стороною може застосовувати заходи, у тому числі надання примусової ліцензії, здійснювані виконавчим чи судовим органом цієї сторони після виконання встановленої процедури відповідно до її законів, що забезпечують вільну конкуренцію і запобігання зловживанням з боку правовласника. Договірною сторонами можуть здійснювати охорону топографій за умови їх використання в комерційних цілях або подання заявки на їх реєстрацію.

Найробський договір про охорону Олімпійського символу 1981 р. Усі держави — учасниці цього Договору зобов'язані охороняти Олімпійський символ (п'ять переплених кілець) від використання в комерційних цілях (у рекламних оголошеннях, на товарах, як знак тощо) без дозволу Міжнародного олімпійського комітету. Договір також

передбачає, що в усіх випадках, коли Міжнародному олімпійському комітету надходять ліцензійні платежі за дозвіл на використання олімпійського символу в комерційних цілях, частина доходів повинна відраховуватися на користь заінтересованих олімпійських комітетів.

Договір про закони щодо товарних знаків 1994 р. (Договір ТЛТ). Метою його є гармонізація вимог до процедури набуття прав на торговельні марки. Більшість положень ТЛТ пов'язана з цією процедурою, що може бути поділена на три основні фази: заявка на реєстрацію, зміни після реєстрації і продовження реєстрації. Правила щодо кожної з фаз складені таким чином, щоб чітко визначити максимальні вимоги, які компетентне відомство може ставити до заявника чи власника знака.

Подання заявки на реєстрацію. За максимальними вимогами відповідно до Договору заявка повинна містити:

- заяву, ім'я та адресу, а також інші відомості щодо заявника або його представника;
- вказівки щодо знака (стандартні або нестандартні символи, опис знака, колір, об'ємність тощо);
- назви товарів і/або послуг із зазначенням класів, згрупованих відповідно до Ніццької класифікації.

Кожна держава-учасниця повинна також дозволяти, щоб заявка стосувалася товарів і/чи послуг, які належать до кількох класів міжнародної (Ніццької) класифікації. Жодна із держав-учасниць не може вимагати від заявника виписки з торгового чи іншого реєстру, зазначення сфери його діяльності або надання доказів, що знак зареєстровано в інших державах.

Зміни після реєстрації. Можуть стосуватися найменування або імені заявника чи власника реєстрації знака, його адреси. Формальні вимоги щодо цього чітко визначені. Висування інших вимог заборонено. Навіть якщо зміна стосується декількох заявок або реєстрацій, досить однієї заяви про внесення змін.

Продовження реєстрації. У Договорі зазначено стандартну тривалість первісного терміну реєстрації, а також тривалість кожного наступного терміну продовження, що становить 10 років. Крім того, передбачено, що доручення може стосуватися кількох заявок і реєстрацій того самого власника. За винятком випадків відмови від реєстрації, заборонено також вимагати нотаріального засвідчення, завірення або легалізації будь-якого підпису.

Договір про патентні закони (Договір PLT). Призначений для розроблення єдиної міжнародно-стандартизованої низки формальних вимог, гармонізованих з Договором РСТ, для національних і регіональних патентних відомств, а в національній фазі, відповідно до Договору РСТ, — для подання та експертизи національних і регіональних заявок на надання патенту на винахід, підтримання чинності патентів і деяких додаткових вимог, пов'язаних з патентами або заявками (наприклад, вимоги стосовно електронного подання заявки, патентних повірених і реєстрації прав на винаходи в патентних відомствах, зменшення ризику втрати прав у разі невиконання формальних вимог, послаблення і поновлення прав за порушення деяких граничних термінів).

Договір PLT регламентує максимальний набір вимог, які можуть застосовуватися патентним відомством країни-учасниці. Патентне відомство може передбачати будь-які інші формальні вимоги щодо питань, які розглядає Договір PLT. Іншими словами, цей договір не визначає єдиної процедури для всіх країн-учасниць, але країна-учасниця може встановити менше обмежень або зручніші вимоги для користувача, ніж передбачено Договором PLT.

Мадридська угода про запобігання поширенню неправдивих або таких, що вводять в оману, зазначень походження на товарах 1891 р. Була переглянута 1911 р. у Вашингтоні, 1925 р. — у Гаазі, 1934 р. — у Лондоні, 1958 р. — у Лісабоні, 1967 р. — у Стокгольмі. Згідно з Угодою усі товари, які мають такі географічні зазначення, за умови, що вони прямо чи опосередковано вказують на одну з країн — учасниць Угоди чи на регіон на території цієї країни, підлягають конфіскації під час імпорту, або імпорт таких товарів повинен бути забороненим, або щодо такого імпорту товарів повинні вживатися інші заходи і санкції.

Угода визначає випадки і способи вимоги та здійснення такої конфіскації товарів. При цьому для продажу, показу чи пропозиції для продажу товарів заборонено використовувати географічні зазначення, які можуть ввести споживачів в оману щодо походження цих товарів. Суди кожної країни — учасниці Угоди мають право вирішувати, які географічні зазначення не відповідають її положенням через їх загальний характер (за винятком регіональних географічних зазначень щодо спиртних напоїв).

Мадридська угода про міжнародну реєстрацію прав на торговельні марки 1891 р. (Мадридська угода) і Протокол до Мадридської угоди 28 грудня 1989 р.¹ Передбачають міжнародну реєстрацію прав на торговельні марки для товарів і послуг у Міжнародному бюро ВОІВ у Женеві. Реєстрація прав на торговельну марку, здійснена в межах цієї угоди, називається міжнародною, тому що зазначені права набувають чинності у кількох країнах і потенційно — в усіх країнах — учасниках Паризької конвенції (за винятком країни походження даної торговельної марки).

Для можливості користування перевагами Угоди заявник повинен бути громадянином однієї з країн — учасниць Паризької конвенції або постійно мешкати, перебувати чи володіти майном і діючим промисловим або комерційним підприємством на території однієї з таких країн. Спершу заявник повинен зареєструвати права на свою торговельну марку в національному патентному відомстві країни її походження або в регіональному відомстві з торговельних марок і лише після цього подавати заявку на міжнародну реєстрацію прав щодо цієї торговельної марки через вказане національне чи регіональне патентне відомство.

Відомості щодо здійснення міжнародної реєстрації прав на заявлену торговельну марку публікуються Міжнародним бюро ВОІВ, і про це повідомляється країнам — учасникам Паризької конвенції або регіональному відомству країн Бенілюксу, де заявник здійснює процедуру реєстрації прав. Кожне патентне відомство такої країни чи регіональне відомство країн Бенілюксу може протягом одного року заявити, вказавши підстави, що реєстрація прав на дану торговельну марку не може бути здійснена на території цієї країни. Після такої заяви процедура, пов'язана з реєстрацією прав на цю торговельну марку, продовжується у зазначених національному чи регіональному патентному відомстві або в судах відповідних країн —

¹Україна бере участь в Угоді з 25 грудня 1991 р. Верховна Рада України прийняла Закон “Про приєднання України до Протоколу до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків” від 1 червня 2000 р. № 1763-III. Закон містить застереження: “Строк про повідомлення про відмову в охороні становитиме 18 місяців, а у випадку, коли відмова в охороні може бути результатом заперечення проти надання охорони, то про таку відмову може бути повідомлено після закінчення 18 місяців” (Офіційний вісник України. — 2000. — № 23).

учасниць Паризької конвенції. Якщо таку заяву не було зроблено протягом одного року, міжнародна реєстрація прав на торговельну марку набуває чинності національної або регіональної (країни Бенілюксу) реєстрації прав.

Міжнародна реєстрація прав на торговельну марку надає деякі переваги її власнику. Після реєстрації таких прав у країні — учасниці Паризької конвенції чи регіональному відомстві країн Бенілюксу, що є країною походження цієї марки, власник прав на неї повинен подати лише одну заявку однією мовою і сплатити збори одному компетентному органу (Міжнародному бюро ВОІВ) замість подання окремих заявок різними мовами у національні (або регіональні) патентні відомства різних країн — учасниць Паризької конвенції, сплачуючи збори окремо кожному відомству.

Подібні переваги існують також у разі подовження дії реєстрації прав (через кожні 20 років) чи внесення змін до цієї реєстрації. З дати міжнародної реєстрації прав на торговельні марки зазначені права у кожній вибраній країні — учасниці Паризької конвенції захищаються аналогічно тому, якщо б права на цю марку було зареєстровано безпосередньо в патентному відомстві цієї країни. Дію міжнародної реєстрації прав можна поширювати на країну — учасницю Паризької конвенції, яка не була зазначена у міжнародній заявці, шляхом подання відповідного клопотання.

Протягом 5 років з дати міжнародної реєстрації прав на торговельну марку дія цієї реєстрації залежить від торговельної марки, права на яку зареєстровано чи заявлено на реєстрацію в патентному відомстві країни походження. Міжнародна реєстрація прав на торговельну марку вигідна національним та регіональним патентним відомствам (наприклад, відомству країн Бенілюксу), оскільки вона зменшує обсяг роботи, яку вони повинні були б виконувати в протилежному разі. Наприклад, їм не потрібно публікувати відомості щодо зареєстрованих прав на торговельні марки. Частина зборів, що сплачуються Міжнародному бюро ВОІВ, передається країнам — учасницям Паризької конвенції, зазначеним для одержання правової охорони.

Протокол до Мадридської угоди прийнято з метою запровадження певних нових елементів до системи міжнародної реєстрації прав на торговельні марки, існуючої згідно з Мадридською угодою. Ці нові елементи усувають перешкоди, що заважали певним

країнам приєднатися до Мадридської угоди. Протокол діє як доповнення до неї.

Порівняно з Мадридською угодою Протокол до неї запроваджує такі основи нововведення:

- заявник може обґрунтувати свою заявку на міжнародну реєстрацію прав на торговельну марку не лише на підставі реєстрації прав на неї у національному (чи регіональному) патентному відомстві країни походження, а й на підставі заявки на національну (чи регіональну) реєстрацію прав на цю марку, подану до даного патентного відомства;
- кожна країна — учасниця Паризької конвенції, на території якої заявник просить правової охорони на свою торговельну марку, може протягом 18 місяців (замість одного року), і навіть протягом тривалішого періоду у разі оспорювання, заявити, що реєстрація прав на цю марку не може бути здійснена на її території;
- патентне відомство кожної країни — учасниці Паризької конвенції може отримати більші суми зборів порівняно з одержаними за Мадридською угодою;
- міжнародна реєстрація прав на торговельну марку, що анулюється на вимогу патентного відомства країни походження цієї марки (наприклад, через те, що базову заявку було відхилено чи базову реєстрацію прав визнано недійсною протягом 5 років з дати міжнародної реєстрації прав), може бути перетворена на національні (чи регіональні) заявки на реєстрацію прав на цю торговельну марку із збереженням дати подання міжнародної заявки і, у відповідних випадках, набуває пріоритету (можливість, не передбачена Мадридською угодою). Крім того, заявки на реєстрацію прав на торговельні марки відповідно до Протоколу до Мадридської угоди можна подавати не лише французькою, а й англійською мовою.

Гаазька угода про міжнародну реєстрацію прав на промислові зразки 1925 р. (Гаазька угода). Є багатостороннім договором, який спрощує набуття прав на промисловий зразок у країнах-учасниках. Вона дає змогу громадянам і особам, які мають постійне місце проживання чи місцезнаходження у країні — учасниці Угоди, одержати правову охорону промислового зразка в усіх інших країнах-учасниках шляхом простої та недорогої процедури, а саме подання безпосе-

редньо до Міжнародного бюро ВОІВ єдиної міжнародної заявки однією мовою (англійською або французькою) і документа щодо сплати збору в однаковій валюті.

Основні положення Угоди:

1) міжнародна реєстрація прав на промислові зразки може бути здійснена безпосередньо через Міжнародне бюро ВОІВ або через національне патентне відомство країни — учасниці Гаазької угоди, яка є країною чи місцезнаходженням заявника, якщо законодавством цієї держави таке передбачено. При цьому національне законодавство будь-якої країни-учасниці може містити вимогу щодо здійснення міжнародної реєстрації прав на промислові зразки через посередництво свого національного патентного відомства;

2) у кожній країні-учасниці, зазначеній заявником, міжнародна реєстрація прав на промислові зразки має такі наслідки, як нібито всі формальності, потрібні для набуття прав на цей промисловий зразок відповідно до національного законодавства, було виконано заявником і всі адміністративні заходи, необхідні для цього, вжито патентним відомством цієї країни-учасниці;

3) дія міжнародної реєстрації прав на промислові зразки може бути поширена на країну — учасницю Угоди, що є країною його походження (у разі зазначення її заявником), якщо законодавство цієї держави не передбачає іншого;

4) Міжнародне бюро ВОІВ публікує в офіційному бюлетені чорно-білі репродукції або, за клопотанням заявника, кольорові репродукції фотографій чи інших графічних зображень стосовно кожного промислового зразка, щодо якого здійснено міжнародну реєстрацію прав. Заявник може подати клопотання про те, щоб публікацію було відкладено на термін, який не перевищує 12 місяців з дати міжнародної реєстрації прав на промисловий зразок, або, якщо заявлено пріоритет, — з дати пріоритету;

5) кожна країна-учасниця, зазначена заявником, може відмовити в наданні правової охорони заявленому на міжнародну реєстрацію промислового зразку протягом 6 місяців з дати отримання публікації про міжнародну реєстрацію прав на нього. Відмова в наданні правової охорони може ґрунтуватися лише на вимогах норм національного законодавства, що не стосуються формальностей і адміністративних дій, які мають бути вчинені відповідно до

національного законодавства патентним відомством країни-учасниці, що відмовляє в наданні правової охорони;

6) термін дії правової охорони промислового зразка, щодо якого здійснено міжнародну реєстрацію прав, становить 5 років або, у разі її подовження, — 10 років з дати міжнародної реєстрації прав на промисловий зразок;

7) Женевський акт (1999 р.) Гаазької угоди запроваджує низку важливих змін до Гаазької системи міжнародної реєстрації прав на промислові зразки. До цього часу система регулювалась Гаазьким актом (1960 р.) і Лондонським актом (1934 р.). Женевський акт поліпшив існуючу систему міжнародної реєстрації прав на промислові зразки, підвищивши її сумісність із системами реєстрації прав на промислові зразки в Японії, Великобританії та США, де правова охорона промисловим зразкам надається залежно від експертизи заявки шляхом дослідження такого критерію їх охороноспроможності, як новизна. Женевський акт спрямований на розширення географічних меж міжнародної реєстрації прав на промислові зразки. Регіональні організації, які мають патентне відомство, що реєструє права на промислові зразки, можуть стати учасниками Женевського акта Гаазької угоди;

8) Женевський акт Гаазької угоди вимагає, щоб країни-учасниці здійснювали міжнародну реєстрацію прав на промислові зразки відповідно до свого національного законодавства протягом шестимісячного терміну, який може бути продовжений ще на 6 місяців для тих країн, законодавство яких вимагає здійснення експертизи заявки на відповідність такому критерію охороноспроможності промислового зразка, як новизна. Він також запроваджує модифіковану систему сплати зборів, можливу відстрочку публікування відомостей щодо реєстрації прав на промисловий зразок на термін до 30 місяців і можливість, у разі відкладення публікації, подати екземпляри заявленого промислового зразка замість фотографій або інших графічних зображень. Останні положення становлять особливий інтерес для текстильної промисловості.

Гаазька угода є чинною для України з 29 серпня 2002 р. Це означає, що українські заявники можуть подавати заявки на міжнародну реєстрацію прав на промислові зразки і одержувати правову охорону на них в іноземних країнах відповідно до зазначеної вище процедури.

Лісабонська угода про правову охорону географічних зазначень і міжнародну реєстрацію прав на них 1958 р. Забезпечує правову охорону географічних зазначень шляхом міжнародної реєстрації прав на них. Права на такі зазначення реєструються Міжнародним бюро ВОІВ у Женеві на підставі заявки, поданої компетентним органом заінтересованої країни — учасниці Угоди. Міжнародне бюро ВОІВ повідомляє про здійснення такої міжнародної реєстрації прав інші країни-учасниці. За винятком випадків, коли якась країна-учасниця заявила протягом одного року, що вона не може забезпечити правову охорону географічного зазначення, права на яке мають міжнародну реєстрацію відповідно до цієї Угоди, усі країни-учасниці повинні забезпечувати правову охорону цього географічного зазначення до того часу, доки воно має правову охорону в країні походження.

Страсбурзька угода про Міжнародну патентну класифікацію 1971 р. (Страсбурзька угода). Засновує Міжнародну патентну класифікацію, що розподіляє всі галузі техніки і технологій на вісім розділів, які містять приблизно 71 тис. рубрик. Кожна рубрика має індекс, який складається з арабських цифр і літер латинської абетки. Відповідні індекси зазначено на кожному патентному документі опублікованої заявки та виданого патенту на винахід.

Міжнародна патентна класифікація необхідна для пошуку патентних документів з метою дослідження рівня техніки. Такий пошук потрібен як патентним відомствам, що видають патенти на винаходи, так і потенційним винахідникам, науково-дослідним організаціям та іншим, причетним до нових розробок та їх використання.

На даний час Міжнародну патентну класифікацію використовують патентні відомства понад 90 країн, чотири регіональні патентні відомства і Міжнародне бюро ВОІВ. З метою підтримання Міжнародної патентної класифікації на рівні сучасних вимог вона постійно переглядається, і кожні 5 років публікується нова її редакція.

Локарнська угода про заснування Міжнародної класифікації промислових зразків 1968 р. Відповідно до Угоди патентні відомства країн-учасниць повинні зазначати в кожній публікації і в офіційних документах стосовно реєстрації прав на промислові зразки відповідні індекси Міжнародної класифікації промислових зразків.

Ніщцька угода про Міжнародну класифікацію товарів та послуг для реєстрації прав на торговельні марки 1957 р.¹ Встановлює класифікацію товарів і послуг з метою реєстрації прав на торговельні марки. Патентні відомства країн — учасниць Паризької конвенції повинні вказувати ці класи у разі кожної реєстрації прав на торговельну марку.

Віденська угода про Міжнародну класифікацію зображувальних елементів торговельних марок 1973 р. Визначає класифікацію для здійснення експертизи заявок на реєстрацію прав на торговельні марки, які складаються із зображувальних елементів чи містять їх. Патентні відомства країн — учасниць Паризької конвенції повинні зазначати в офіційних документах і публікаціях, пов'язаних з реєстрацією прав на торговельні марки і подовженням дії реєстрації прав, відповідні позначення цієї класифікації.

ФОРМИ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Права на твори науки і мистецтва (авторське право). В результаті створення витвору науки, літератури і мистецтва його автор набуває суб'єктивних прав як особистого немайнового, так і майнового характеру. Ці права традиційно іменують монопольними, тобто такими, що належать тільки визначеній законом особі й виключають можливість розпоряджатися ними будь-якій іншій. Таким чином, монопольний характер авторських прав на твори полягає у визнанні того, що тільки сам власник прав (тобто автор або його правонаступник) може вирішувати питання про здійснення авторських правомочностей, насамперед пов'язаних з використанням твору. Звичайно, тут враховується те, що окремі авторські правомочності, наприклад право авторства і право на ім'я, невіддільні від особи автора, а також те, що закон встановлює певні обмеження щодо здійснення авторських прав. Але попри все, саме власнику авторських прав на твір надається право на використання його та

¹ Україна приєдналася до Угоди відповідно до закону України від 1 червня 2000 р. № 1782-III.

виключне право перешкоджати, забороняти або дозволяти іншим особам використовувати свої твори. В науковій літературі авторські права на твори традиційно поділяють на особисті немайнові та майнові. Закон України “Про авторське право і суміжні права” не тільки визнає такий розподіл, а й вказує на те, які з авторських прав на твори є особистими немайновими, а які мають майновий характер (ст. 14).

Особисті немайнові права: право авторства, право на ім'я, право на псевдонім і право на захист репутації автора.

Майнові права автора — право на використання своїх творів у будь-якій формі та будь-яким способом, які передбачають:

- відтворення творів;
- публічне виконання і публічне сповіщення творів;
- публічну демонстрацію і публічний показ творів;
- перекладання і перероблення творів;
- імпортування примірників творів.

Цей перелік не є вичерпним. Практично кожне з авторських прав на твори містить як особисті немайнові, так і майнові елементи. Нерідко їх конкретний зміст стає зрозумілим лише з контексту, коли відома мета, яку ставить автор при здійсненні цієї правомочності. Так, скорочення обсягу твору без згоди автора може зачепити як його особисті немайнові, так і майнові інтереси.

Класифікація авторських прав на твори, незважаючи на деяку умовність її критеріїв, має велике практичне значення. Закон виходить з того, що особисті немайнові права в усіх випадках належать лише безпосередньому автору твору. Вони є невідчужуваними від особи автора і не можуть передаватися іншим особам. У кращому разі ці особи, насамперед спадкоємці, набувають право на охорону особистих немайнових прав, власником яких був померлий автор. Право авторства, право на ім'я і право на захист репутації автора охороняються безстроково.

Навпаки, майнові права на твір можуть вільно переходити до інших осіб на підставі авторських договорів. У випадках, прямо передбачених у законі, майнові права на твір споконвічно виникають не у його автора, а в інших осіб, зокрема у роботодавця автора (ст. 6 Закону України “Про авторське право і суміжні права”). Майнові права на твори мають строковий характер — їх дія обмежується терміном життя автора і 70 роками після його смерті.

Державна реєстрація авторського права на твір здійснюється відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756 “Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір”, що набула чинності 11 січня 2002 р.

Відповідно до п. 5 ст. 11 Закону “Про авторське право і суміжні права” суб’єкт авторського права для засвідчення авторства (авторського права) на оприлюднений чи не оприлюднений твір, факту і дати опублікування твору може зареєструвати своє авторське право у відповідних державних реєстрах у будь-який час протягом терміну охорони авторського права.

Державний департамент інтелектуальної власності, відповідно до вищезгаданої постанови, реєструє авторське право на твір його авторів та авторське майнове право роботодавців на службові твори. Реєстрація факту і дати опублікування твору здійснюється одночасно з реєстрацією авторського права на твір за наявності факту і дати опублікування твору. Відомості про реєстрацію вносять до Державного реєстру свідоцтв про реєстрацію авторського права на твір та публікують в офіційному бюлетені Держдепартаменту інтелектуальної власності “Авторське право і суміжні права” та в Каталогі державної реєстрації.

Права на виконання, фонограми, відеограми, а також передачі (програми) організацій мовлення (суміжні права). Крім прав на твори науки, літератури і мистецтва українське законодавство охороняє права на виконання, фонограми, відеограми, а також передачі (програми) організацій мовлення (суміжні права) (розділ III Закону України “Про авторське право і суміжні права”).

Власником суміжних прав є виконавець передусім літературних, драматичних, музичних, музично-драматичних, хореографічних, фольклорних та інших творів. Крім виконавців до власників суміжних прав, враховуючи положення Міжнародної конвенції з охорони інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення, підписаної у Римі 1961 р., законодавством віднесено виробників фонограм та відеограм, а також організації мовлення. Зазначених власників суміжних прав поєднує те, що саме завдяки їхній діяльності твори, призначені для публічного виконання, стають доступними не тільки безпосереднім слухачам і глядачам, а й ширшому загалу, що здебільшого відповідає інтересам самих авторів. Крім того, при використанні творів інтереси цих трьох груп власників суміжних прав, а

також авторів творів настільки щільно переплітаються, що в даному випадку виявилася недостатньою традиційна модель взаємовідносин власників авторських прав на твори та осіб, які використовують ці твори.

Реальне життя вимагає надання користувачам творів у зазначеній сфері особливих прав, які, хоч і є похідними від прав авторів, але не зводяться до прав, отриманих від авторів у межах укладених з ними авторських договорів. При цьому, якщо питання про природу прав артистів-виконавців ще може дебатуватися, то цілком очевидно, що права творців звуко- та відеозаписів, а також організацій мовлення не мають ознак авторства. На відміну від виконавців, діяльності яких властивий творчий характер, виробники звуко- і відеозаписів та організації мовлення виконують переважно технічну роботу, в результаті якої новий твір не з'являється. Проте внаслідок зв'язку і подібності з правами авторів творів права цих юридичних осіб справедливо іменуються суміжними правами.

Істотна особливість більшості суміжних прав полягає в тому, що вони є похідними і залежать від прав авторів творів. Лише в тих випадках, коли виконується, записується на фонограму чи відеограму або іншим чином публічно сповіщається твір, який не охороняється авторськими правами, або об'єкт, що взагалі не є результатом інтелектуальної творчої діяльності, суміжні права мають самостійний характер. За загальним же правилом, виробники фонограми, відеограми, організація мовлення здійснюють надані їм права в межах, визначених договорами з виконавцем та автором записаного на фонограму, відеограму чи публічно сповіщеного іншим чином твору. Визнані за виконавцем права мають правову охорону за умови дотримання ним прав автора твору, що виконується.

Для виникнення та здійснення суміжних прав українське законодавство не вимагає дотримання будь-яких формальностей. Права на виконання, фонограми чи відеограми породжує сам факт створення відповідного звуко- або відеозапису. Водночас власник суміжних прав для оповіщення третіх осіб про свої права і запобігання їх порушенню вправі використовувати знак охорони суміжних прав, який міститься на кожному примірнику фонограми чи відеограми і (або) на кожному футлярі, що вміщує їх.

Цей знак складається з трьох елементів:

- обведеної колом латинської літери ®;
- імені або назви власника суміжних прав на ці фонограми чи відеограми;
- року першої публікації фонограми чи відеограми.

Відсутність знака охорони не позбавляє власника суміжних прав можливості їх захисту, проте нерідко утруднює доведення їх порушення.

Коло конкретних правомочностей власників суміжних прав трохи вужче від того кола авторських прав, власниками яких є автори творів або інші власники авторських прав на них. При цьому виконавці, чия діяльність має творчий характер, є власниками як особистих немайнових, так і майнових прав. Права виробників фонограм, відеограм та організацій мовлення, чий внесок є технічним, охоплюють лише майнову сферу. Значно звужені часові межі дії суміжних прав. Згідно зі ст. 44 Закону України “Про авторське право і суміжні права” вони за загальним правилом діють протягом 50 років від дати першого:

- запису виконання (права на виконання);
- опублікування фонограми чи відеограми або їх першого звуко- чи відеозапису, якщо фонограму або відеограму не було опубліковано протягом зазначеного часу (права на фонограми і відеограми);
- публічного сповіщення передачі організації мовлення, тобто першої передачі в ефір або кабелем (права на передачі організацій мовлення).

Відрахунок 50-річного терміну дії суміжних прав завершується з 1 січня року, наступного за тим, в якому закінчився цей термін. До спадкоємців виконавців і правонаступників виробників фонограм, відеограм та організацій мовлення переходять майнові права, зокрема виключне право перешкоджати, забороняти чи дозволяти будь-якій особі використовувати виконання, фонограми, відеограми, публічно сповіщати, а також право на одержання винагороди у межах частини визначеного терміну дії суміжних прав, що залишився. Оскільки раніше суміжні права на території України не охоронялися, велике значення має питання про те, з якого моменту права виконавців, виробників фонограм, відеограм та організацій мовлення стали охоронятися законом.

Норми законодавства, що стосуються охорони суміжних прав, мають зворотну силу. З цього випливає, що правовою охороною корис-

туються не тільки ті об'єкти суміжних прав, які були створені чи вперше оприлюднені після введення в дію Закону України “Про авторське право і суміжні права”, а й об'єкти, створені раніше, якщо на дату введення зазначеного Закону в дію не минув 50-річний термін прав на них.

Право інтелектуальної власності на винаходи, корисні моделі, промислові зразки (патентне право). Патентне законодавство України, норми якого врегульовують правовідносини, пов'язані з набуттям, здійсненням і захистом прав на винаходи, корисні моделі та промислові зразки, визнає і гарантує також охорону прав справжніх творців технологічних, технічних або художньо-конструкторських нововведень. При цьому основна увага приділяється правам та обов'язкам власників патентів, що цілком природно і закономірно впливає з переходу до патентної форми охорони винаходів, корисних моделей і промислових зразків. Їх творцям надається можливість самим стати патентоволодільцями і гарантуються права, які зазвичай надаються патентним законодавством розвинутих країн світу.

Існує п'ять варіантів, які винахідник або його правонаступник можуть обрати щодо правової охорони свого винаходу:

1. *Зберігати конфіденційність відомостей щодо винаходу* відповідно до норм законодавства про комерційну таємницю (наприклад, коли об'єктом винаходу є спосіб виробництва, і розкриття його сутності шляхом одержання патенту на винахід може призвести до “втрати” конфіденційності відомостей щодо цього винаходу без будь-якої надії довести порушення прав на нього).

Переваги правової охорони комерційної таємниці порівняно з правовою охороною винаходів:

- закритий доступ для громадськості, тоді як патент на винахід не може бути одержаний, поки повно і адекватно не розкрито сутність цього винаходу. Правова охорона комерційної таємниці не обмежується лише відомостями щодо патентоспроможних винаходів, оскільки й ноу-хау, й інформаційні збірники, а також інші приватні ділові відомості можуть бути об'єктами комерційної таємниці;
- для правової охорони комерційної таємниці не існує часових і територіальних обмежень, оскільки права на неї діють автоматично без будь-якої їх реєстрації і для їх набуття не застосовується

принцип пріоритету, внаслідок чого можлива паралельна правова охорона для різних осіб на ті самі конфіденційні відомості, які становлять комерційну таємницю.

Недоліки правової охорони комерційної таємниці порівняно з правовою охороною винаходів:

- правове регулювання, як правило, невизначене, складно дотримуватися конфіденційності відомостей, захист прав на комерційну таємницю не є надійним;
- правова охорона комерційної таємниці спрямована проти незаконного привласнення конфіденційних відомостей, що становлять комерційну таємницю, але вона не виключає незалежного виявлення зазначених конфіденційних відомостей і здійснення з їх використанням інтелектуальної діяльності, тобто “конструювання навпаки”.

2. *Демонструвати винахід* (наприклад, на виставці). Розкриття сутності винаходу поза процедурою одержання патенту на нього (наприклад, демонстрування винаходу на виставці без застосування тимчасової правової охорони або наявності виставкового пріоритету) може призвести до того, що винахід стане загальновідомим і втрапить такий критерій його патентоспроможності, як новизна.

Для запобігання неправомірному розкриттю або незаконному привласненню сутності винаходу бажано не розкривати її нікому до подання заявки на видачу патенту на цей винахід або укласти угоду про конфіденційність відомостей щодо винаходу, за допомогою якої винахідник інформує третіх осіб про конфіденційне використання його винаходу, а також депонувати опис винаходу, який розкриває його сутність, через нотаріуса чи подати заявку на надання патенту на цей винахід. Патентне законодавство деяких країн передбачає “пільговий період”, протягом якого критерії патентоспроможності винаходу не порушуються. Виставковий пріоритет має аналогічний зміст у деяких країнах.

3. *Публікувати відомості щодо незапатентованого винаходу у творах, що є об'єктами авторських прав* (наприклад, у статтях, монографіях тощо). Відомості щодо незапатентованого винаходу можуть бути розкриті у творі, який одержує правову охорону як об'єкт авторських прав. Авторсько-правова охорона як одна з форм правової охорони інтелектуальної власності поширюється на оригінальні твори авторів, у тому числі літературні (наукові, технічні), драматичні, музичні та

художні, а також технічні книги, брошури, статті та малюнки, які містять відомості щодо наукових результатів і описи винаходів.

Проте авторсько-правова охорона поширюється лише на матеріальні форми вираження творів (ідей), а не на самі ідеї, процедури, методи діяльності або математичні методи як такі. Власник прав на твір може заборонити або дозволити відтворення, публічне виконання, ефірне мовлення, перекладання або перероблення свого твору. Тому розкриття сутності винаходу в науковому, технічному або іншому творі є матеріальною формою вираження ідеї автора, яка одержує правову охорону за іншою процедурою, ніж ідея як така. Наявність авторських прав забезпечує захист твору від його відтворення або копіювання без дозволу власника прав на ці дії, але не перешкоджає третім особам використовувати на практиці ідеї, розкриті у творі.

Крім того, авторсько-правова охорона твору не перешкоджає тому, щоб винахід, сутність якого розкрито у даному творі, став загальним надбанням і відомості щодо нього використовувалися як частина попереднього рівня техніки у базах даних експертизи. Публікація твору, з одного боку, може зафіксувати науковий пріоритет результату досліджень і сприяти науковій кар'єрі автора, а з іншого — може бути причиною втрати такого критерію патентоспроможності його винаходу, як новизна, за відсутності пільгового періоду або якщо зафіксовано більш ранню дату подання заявки на видачу патенту на цей винахід чи дату її пріоритету.

Отже, авторсько-правова охорона, порівняно з правовою охороною винаходу шляхом надання патенту на нього:

- поширюється на запобігання комерційному використанню матеріальної форми вираження ідеї (наприклад, книги), але не на саму ідею як таку;
- починає діяти автоматично, якщо виконано попередні умови (матеріальна форма вираження твору та наявність мінімального творчого рівня);
- не перешкоджає правовій охороні незалежно створених аналогічних творів.

4. *Застосовувати незапатентований винахід до загальнодоступних ринкових товарів.* Розкриття сутності винаходу в разі його застосування до загальнодоступних ринкових товарів, з одного боку, порушує такий критерій патентоспроможності винаходу, як новизна, а з іншого — надає можливість здійснювати інтелектуальну діяльність

на базі цього винаходу, тобто “конструювати навпаки”, використовуючи цей винахід незалежно від того, чи має він правову охорону як комерційна таємниця.

5. *Поширювати відомості щодо сутності винаходу як компенсацію (quid pro quo) за одержання патенту на нього* (якщо незаконне використання винаходу можна просто довести). Правова охорона винаходу шляхом одержання патенту на нього:

- запобігає комерційному використанню винаходу третіми особами;
- як правило, надається після експертизи заявки на надання патенту на винахід щодо відповідності критеріям патентоспроможності винаходу;
- вимагає розкриття суті винаходу для громадськості шляхом опублікування його опису;
- передбачає застосування принципу пріоритету у разі конкурентних заявок, тобто не визнає надання в одній країні двох патентів на один і той самий винахід, створений незалежно кількома особами;
- діє з обмеженнями щодо часу та території;
- не перешкоджає використанню запатентованого винаходу для здійснення досліджень та його вдосконалення (використання запатентованого винаходу для виконання експерименту та досліджень, як правило, можливе).

Форма правової охорони винаходів шляхом видачі на них патентів надає власникам патентів виключні, превентивні ринкові права з метою сприяння комерційному використанню запатентованих винаходів в обмін на розкриття їх сутності. Тому національне законодавство вимагає, щоб особа, яка подала заявку на надання патенту на винахід (заявник), в описі винаходу розкрила його сутність досить чітко і повно для того, щоб він міг бути реалізований фахівцем у цій галузі. Крім того, національне законодавство може також вимагати, щоб заявник зазначив найкращий спосіб впровадження винаходу, відомий винахіднику на дату подання заявки, або, якщо заявлено пріоритет, то на дату її пріоритету.

Процедура набуття прав на винахід розпочинається поданням заявки на надання патенту, тобто реєстрацію прав на цей винахід до патентного відомства відповідної країни. В Україні таку заявку необхідно подавати до відповідного відомства України, якому підпорядкований заклад експертизи, — державне підприємство “Український інститут промислової власності”. Процедурні норми правової охорони винаходів нещодавно було гармонізовано в межах Договору

про патентні закони (PLT). Заявка на надання патенту на винахід містить відповідну заяву, опис винаходу, пункт або пункти формули винаходу, реферат, креслення і документ про сплату зборів. У ній повинні бути зазначені винахідник (винахідники) і правові підстави щодо повноважень заявника. Дата подання заявки, яка є базовою для процедури експертизи заявки, як правило, — це дата, на яку патентне відомство отримало принаймні такий мінімум документів:

- спеціальне або явно висловлене зазначення того, що ці документи є заявкою на надання патенту на винахід;
- відомості, що дають змогу визначити особу заявника або дозволяють патентному відомству контактувати із заявником;
- частину, яка містить опис винаходу.

Заявник може виконати інші вимоги стосовно документів заявки пізніше, у певні терміни, без втрати дати подання заявки. В Україні для цього надається пільговий термін, який, як правило, становить 2 місяці. Заявка повинна розкривати сутність винаходу досить чітко і повно для того, щоб його міг реалізувати спеціаліст у відповідній галузі.

Основні вимоги до заявки на надання патенту на винахід:

- наявність опису винаходу в заявці;
- визначений зміст опису винаходу і виклад його у певному порядку;
- наявність одного або більше пунктів формули винаходу, яка визначає об'єкт винаходу, що заявляється, предмет цього винаходу і обсяг прав на нього;
- зрозумілість і стислість кожного пункту формули, оснований на описі винаходу і викладеного у певному порядку;
- призначення реферату лише для цілей технічної інформації; зокрема, він не береться до уваги для тлумачення формули винаходу.

Норми національного законодавства деяких країн вимагають, щоб формула винаходу містила лише його технічні ознаки, а не інші, зокрема економічні, проте не всі національні патентні законодавства вимагають, щоб винахід мав технічний або технологічний характер. Тоді як норми національного патентного законодавства деяких країн вимагають, щоб структура формули винаходу складалася з двох частин (перша містить ознаки заявленого об'єкта винаходу, спільні з ознаками найближчого аналога (прототипу), який є частиною рівня техніки; друга характеризує винахід, вказуючи на нові технічні або технологічні ознаки), законодавства інших країн не вимагають такої

структури формули винаходу, тобто ознаки об'єктів рівня техніки не завжди відображені у формулі винаходу.

В Україні відповідно до п. 8 ст. 12 Закону України “Про охорону права на винаходи і корисні моделі” формула винаходу повинна стисло і чітко відображати його сутність, тобто містити сукупність суттєвих ознак винаходу, достатню для досягнення зазначеного заявником технічного результату. Формула винаходу повинна базуватися на описі винаходу, викладатися у визначеному порядку, чітко і стисло, а також характеризувати винахід тими самими поняттями, що містяться в описі винаходу.

Ознаки у формулі винаходу викладають так, щоб забезпечити можливість їх ідентифікації, тобто однозначне тлумачення їх змісту фахівцем на основі рівня техніки. Формула винаходу складається з обмежувальної частини, яка містить ознаки винаходу, що збігаються з ознаками найближчого його аналога (прототипу), у тому числі родове поняття, яке характеризує призначення заявленого об'єкта винаходу, та відмінної частини, що містить ознаки, які відрізняють винахід від прототипу. Формула винаходу може бути одноланковою чи багатоланковою і містити відповідно один або декілька пунктів. При цьому формулу винаходу (або кожний пункт багатоланкової формули винаходу) викладають одним реченням.

Патентне законодавство деяких країн дозволяє вносити до заявки на надання патенту на винахід кілька тісно пов'язаних незалежних винаходів, які відображають єдиний винахідницький задум, що міститься в заявці (“єдність винаходу”), тоді як відповідно до патентного законодавства інших країн такі норми застосовуються дуже обмежено [72].

Чинним законодавством України встановлено, що вимога єдності винаходу визнається виконаною, якщо:

- 1) заявка на надання патенту на винахід стосується одного винаходу, тобто одного його об'єкта — пристрою, виробу, речовини, способу чи застосування раніше відомого пристрою, речовини або способу за новим призначенням;
- 2) заявка на надання патенту на винахід стосується одного винаходу, охарактеризованого окремими конкретними варіантами його впровадження, що не супроводжуються заміною або вилученням окремих ознак, наведених у незалежному пункті формули винаходу;

3) заявка на надання патенту на винахід стосується групи винаходів, пов'язаних єдиним винахідницьким задумом. При цьому вимозі єдності винаходу може відповідати група винаходів, зокрема, якщо заявка стосується:

- винаходів, один з яких призначений для виробництва іншого, наприклад пристрій та спосіб виробництва цього пристрою в цілому або його частини;
- винаходів, один з яких призначений для здійснення іншого, наприклад спосіб та пристрій для здійснення цього способу в цілому чи однієї з його дій;
- винаходів, один з яких призначений для використання іншого або в іншому, наприклад пристрій та його частина; спосіб і речовина, призначені для використання в цьому способі; застосування пристрою за новим призначенням та спосіб його застосування відповідно до цього нового призначення; застосування пристрою або речовини за новим призначенням і пристрій або композиція, складовою частиною яких вони є тощо;
- винаходів, які є рішеннями одного виду, однакового призначення і які забезпечують досягнення одного і того самого технічного результату (варіанти) [66].

Як правило, процедура розгляду заявки на надання патенту на винахід складається з таких етапів: експертизи заявки за формальними ознаками, подальшого пошуку для визначення рівня техніки, публікації заявки після закінчення 18 місяців від дати подання або, якщо заявлений пріоритет, то від дати пріоритету, експертизи заявки за суттю та надання або відмови у наданні патенту.

Комерційні позначення. Позначення, що вказують на походження, якість чи репутацію товарів або послуг, є комерційними позначеннями, яким може бути надано правову охорону як об'єктам прав інтелектуальної власності. Такими позначеннями, зокрема, є: торговельні марки, комерційні найменування і географічні зазначення. Крім того, існують певні позначення, пов'язані з інтелектуальною власністю, які здебільшого не мають розрізняльної здатності, наприклад імена доменів, назви сортів рослин. Ці легальні форми правової охорони комерційних позначень можуть використовуватися альтернативно (виключаючи одна одну) чи сукупно (доповнюючи одна одну), залежно від конкретних обставин і відповідного законодавства [127].

ПРОЦЕДУРА РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНІ МАРКИ

У багатьох країнах прав на торговельні марки можна набути лише шляхом реєстрації цих прав. У патентних відомствах країн є детальні інструкції щодо подання заявок на реєстрацію прав на торговельні марки, а також перелік і відомості щодо патентних повірених. Процедура реєстрації прав на торговельні марки складається з таких етапів:

- подання заявки на реєстрацію прав на торговельну марку;
- експертиза заявки за формальними ознаками;
- експертиза заявки за суттю (на відповідність заявленого позначення умовам надання правової охорони) здійснюється безпосередньо експертами компетентного відомства країни, з урахуванням заперечень третіх осіб.

При дослідженні заявленого позначення на відповідність охороноздатності торговельних марок перевіряється, чи має воно достатню розрізняльну здатність, чи не вводить споживачів в оману, чи не суперечить принципам гуманності, моралі, публічному порядку та ін. Заявлене позначення перевіряється на ідентичність або схожість з торговельною маркою настільки, що його можна сплутати з позначеннями, заявленими або зареєстрованими раніше на ім'я третіх осіб щодо таких самих чи споріднених товарів і послуг. Компетентні відомства багатьох країн не виконують експертизи заявки на відповідність заявленого позначення відносному критерію охороноздатності торговельних марок.

У деяких країнах відомості про подані заявки публікуються в офіційному бюлетені патентного відомства до реєстрації прав на торговельну марку, і громадськість має доступ до цієї інформації. Пріоритет серед конфліктних заявок на реєстрацію прав на торговельні марки визначається залежно від національного законодавства або на підставі дати першого подання заявки чи першого використання заявленої торговельної марки.

Значною мірою процедуру реєстрації прав на торговельні марки було гармонізовано з прийняттям Договору про закони щодо торговельних марок (Договір TLT).

В Україні процедура реєстрації прав на торговельні марки регламентується Законом України про охорону прав на знаки для товарів та послуг (далі — Закон). Україна з 1996 р. є учасницею Договору TLT, і

процедура реєстрації прав на торговельні марки, передбачена законодавством України, повністю відповідає вимогам цього договору.

Відповідно до ст. 7 Закону особа, яка бажає зареєструвати права та одержати свідоцтво на торговельну марку, подає заявку на реєстрацію прав на неї. За дорученням заявника заявку може подати представник у справах інтелектуальної власності (патентний повірений) або інша довірена особа. Заявка повинна стосуватися однієї торговельної марки, складатися українською мовою і містити:

- заяву про реєстрацію прав на торговельну марку;
- зображення позначення, що заявляється;
- перелік товарів і послуг, для яких заявник просить зареєструвати права на торговельну марку, згрупованих за Міжнародною класифікацією товарів і послуг для реєстрації знаків (далі — МКТП). До заявки додаються такі документи:
- копія попередньої заявки, засвідчена патентним відомством країни подання, якщо заявник бажає скористатися правом на пріоритет;
- документ, що підтверджує демонстрування експонатів з використанням заявленої торговельної марки на офіційній або офіційно визнаній міжнародній виставці, якщо заявник бажає скористатися правом на виставковий пріоритет;
- довіреність на ім'я патентного повіреного, якщо заявка подається через нього;
- документи, що підтверджують право заявника на використання у заявленому позначенні елементів, про які йдеться у п. 1 ст. 6 Закону;
- документ, що підтверджує сплату збору за подання заявки.

Державний департамент інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України перевіряє наявність документів заявки і приймає рішення про визначення дати її подання.

Згідно зі ст. 9 Закону заявник має право на пріоритет попередньої заявки на реєстрацію прав на таку саму торговельну марку протягом 6 місяців від дати подання попередньої заявки до відповідного патентного відомства країни — учасниці Паризької конвенції, якщо на попередню заявку не було заявлено пріоритет. Пріоритет заявки на реєстрацію прав на торговельну марку, використану в експонаті, показаному на офіційних або офіційно визнаних міжнародних виставках, проведених на території країни — учасниці Паризької конвенції,

може бути встановлено за датою відкриття виставки, якщо заявка надійшла до Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України протягом 6 місяців від зазначеної дати.

Заявник, який бажає скористатися правом пріоритету, протягом трьох місяців від дати подання заявки до Патентного відомства України подає заяву про пріоритет з посиланням на дату подання і номер попередньої заявки та її копію з перекладом українською мовою або документ, що підтверджує показ зазначеної торговельної марки на виставці, якщо ці заявки чи показ відповідно було подано або здійснено у країні — учасниці Паризької конвенції. За несвоєчасного подання цих документів право на пріоритет заявки вважається втраченим, про що повідомляють заявника.

Експертиза заявки здійснюється відповідно до ст. 10 Закону. Після встановлення дати подання заявки на реєстрацію прав на торговельну марку та за наявності документа про сплату збору за її подання здійснюють експертизу заявки за формальними ознаками, під час якої документи заявки перевіряють на відповідність встановленим вимогам.

У разі виявлення невідповідності документів заявки чинним вимогам заявнику надсилають повідомлення. Для внесення змін до документів заявки заявнику надається 2 місяці від дати одержання ним зазначеного повідомлення. Якщо за цей час невідповідності не буде усунуто і заявник не подасть мотивованого клопотання про подовження вказаного терміну, йому надсилають рішення про відхилення заявки.

Якщо документи заявки відповідають вимогам ст. 7 Закону, Державний департамент здійснює експертизу змісту заявки, під час якої перевіряють відповідність заявленого позначення умовам надання правової охорони на торговельні марки. Залежно від результатів експертизи заявнику надсилають рішення про реєстрацію прав на торговельну марку або про відхилення заявки.

На підставі рішення про реєстрацію прав на торговельну марку згідно зі ст. 12 і 13 Закону певні відомості вносять до відповідного Державного реєстру прав на торговельні марки і публікують в офіційному бюлетені. Свідоцтво на торговельну марку видається у місячний термін після реєстрації прав на неї.

Відповідно до ст. 15 Закону заявник може оскаржити в установленому порядку будь-яке рішення щодо заявки в суді або Апеля-

ційній палаті Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України протягом 2 місяців від дати одержання ним такого рішення. Водночас рішення Апеляційної палати заявник може оскаржити у судовому порядку також протягом 2 місяців від дати одержання цього рішення [66].

ЗАХИСТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Одним з важливих прав людини є право на результати інтелектуальної, творчої діяльності. Ці результати, будучи об'єктом цивільних прав (ст. 177 ЦКУ), створюють цивільні права та обов'язки (ст. 199 ЦКУ). Функціями МПрП є не тільки визнання за авторами творів і особами, які їх правомірно використовують, певних суб'єктивних цивільних прав, а й забезпечення їх надійного правового захисту. Поняття “захист авторських і суміжних прав” охоплює сукупність заходів, спрямованих на відновлення або визнання авторських і суміжних прав та захист інтересів їх власників при порушенні цих прав або їх оспорюванні.

Залежно від об'єкта захисту розрізняють: 1) захист авторських і суміжних прав; 2) захист права інтелектуальної власності на винаходи, корисні моделі та промислові зразки; захист прав на торговельні марки.

Захист авторських і суміжних прав. Чинне законодавство містить достатню регламентацію видів, форм, засобів і способів захисту авторських і суміжних прав. Проте не всі можливості, закладені в нормах права, реалізуються на практиці. Багаторічний досвід засвідчує, що справи, пов'язані із захистом авторських і суміжних прав у судах, становлять незначний відсоток серед інших цивільних справ. Звичайно, багато таких спорів вирішуються у процесі досудового врегулювання. Чинниками цього є і низький рівень правопорядку і непоінформованість авторів про свої права та способи їх захисту, відсутність кваліфікованих фахівців, здатних надати авторам ефективну правову допомогу, тощо. Останніми роками в Україні значно зростає кількість порушень авторських і суміжних прав, що пов'язано з появою безлічі приватних видавництв, фірм звуко- та відеозапису, засобів масової інформації. Особливо часто порушуються права іноземних авторів та юридичних осіб. За цих умов знання форм, засобів і способів захисту авторських та суміжних прав має велике значення.

Загалом право на захист можна визначити як надану правомочній особі можливість застосування заходів правоохоронного характеру для відновлення її порушених прав чи таких, що оспорується. Право на захист є самостійним суб'єктивним правом, яке з'являється у власника регулятивних цивільних прав лише в момент їх порушення або оспорування і реалізується в межах охоронних цивільних правовідносин, які виникли при цьому.

Предметом захисту є не тільки суб'єктивні авторські та суміжні права, а й інтереси, що охороняються законом. Це дуже близькі правові категорії, що найчастіше збігаються і тому не завжди розмежовуються в науковій літературі та на практиці. Здебільшого будь-які авторські та суміжні права пов'язані з певним інтересом, для задоволення якого вони й надаються правомочній особі. Водночас інтереси, що охороняються законом, в більшості випадків опосередковані конкретними суб'єктивними правами, внаслідок чого захист суб'єктивних авторських і суміжних прав становить і захист інтересів, які охороняються законом. Так, інтереси замовника у використанні твору виступають у формі отриманих ним за договором від автора суб'єктивних прав на опублікування твору, захистом яких забезпечується і захист відповідних інтересів.

Проте власники авторських чи суміжних прав можуть мати і такі інтереси, які не опосередковані суб'єктивними правами, а існують самостійно у формі інтересів, що охороняються законом, і як такі підлягають судовому захисту у разі їх порушення. Прикладом є вимоги щодо врахування інтересів усіх авторів при визначенні способів використання твору і визнанні авторського договору недійсним. Захист інтересів, що охороняються законом, а не власне суб'єктивних прав, здійснюється й тоді, коли внаслідок правопорушення суб'єктивні авторські чи суміжні права самі припиняються. Наприклад, при знищенні унікальної комп'ютерної програми, якщо при цьому не збереглося її копії, авторські права на цю програму не можуть бути захищені, тому що її вже не існує. Отже, може йтися лише про захист інтересів автора, які охороняються законом. Цей захист забезпечується поданням позову про заподіяння шкоди чи іншого адекватного взаємовідносинам сторін способу захисту прав. Таким чином, інтереси, що охороняються законом, іноді виступають у сфері авторських і суміжних прав як самостійний предмет захисту прав [35].

Суб'єктами права на захист є передусім самі автори творів науки, літератури і мистецтва, власники авторських чи суміжних прав, а також їхні спадкоємці та інші правонаступники. За життя автора твору відповідно до загального правила тільки він сам або його уповноважений представник можуть виступати з вимогою про захист порушених прав чи таких, що оспоруються. Якщо автор опублікував свій твір анонімно або під вигаданим ім'ям, на захист його прав та інтересів, що охороняються законом, можуть виступати видавництво, інший користувач твору чи організація колективного управління. Права на твори кількох авторів можуть захищатися усіма ними спільно або кожним окремо.

Після смерті автора твору вимоги, що випливають з порушення його права авторства, неправильного зазначення імені автора, недоторканності твору, можуть бути заявлені спадкоємцями автора твору, особою, на яку автор у своєму заповіті поклав охорону своїх творів після його смерті. Порушення майнових прав спадкоємців дають їм право на захист своїх майнових інтересів.

Якщо автор твору або його спадкоємці за авторським договором про передання майнових прав передали свої права на твір іншій особі (видавництву, театру, студії тощо), захист порушених прав покладається на цю особу. Проте, якщо особа, якій передано права, не захищає їх, автор твору або його спадкоємці можуть захищати порушені права самостійно. В тому разі, коли автором твору або його спадкоємцями укладено авторський договір про передання майнових прав, право на їх захист зберігається за автором твору або його спадкоємцями, якщо в самому договорі не передбачено інше. Майнові права авторів творів, виконавців, виробників фонограм чи відеограм та інших власників авторських або суміжних прав, які передали повноваження організаціям колективного управління, захищаються цими організаціями. Оскільки майнові права на твір, створений у порядку виконання службових обов'язків, належать особі, з якою автор перебуває у трудових відносинах (роботодавцю автора), якщо в договорі між ним і автором не передбачено інше, роботодавець є правомочним для захисту порушених прав.

Порушником авторських чи суміжних прав є будь-яка фізична або юридична особа, яка не виконує вимог Закону України "Про авторське право і суміжні права" та інших законодавчих актів, що регулюють правовідносини у сфері авторських і суміжних прав. Пору-

шення авторських або суміжних прав може відбутися як у межах авторського договору, так і поза ним. Якщо порушено умови договору про передання авторських чи суміжних прав, то застосовуються санкції, передбачені договором. У разі позадоговірного порушення авторських чи суміжних прав, а також тоді, коли в договорі не зазначено конкретних санкцій, потерпілий може скористатися способами захисту прав, встановлених чинним законодавством.

Захист авторських чи суміжних прав та інтересів, що охороняються законом, здійснюється у передбаченому законодавством порядку, тобто із застосуванням належних форм, засобів і способів захисту прав. Під формою захисту прав розуміють комплекс внутрішньо погоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав та інтересів, які охороняються законом. Розрізняють дві основні форми захисту прав — юрисдикційну та неюрисдикційну.

Юрисдикційна форма захисту — діяльність уповноважених державою органів із захисту порушених суб'єктивних авторських і (або) суміжних прав чи тих, що оспоруються. Сутність її полягає в тому, що особи, права і законні інтереси яких порушені, звертаються за захистом до державних чи інших компетентних органів, наприклад до суду, третейського суду, уповноважених ужити необхідних заходів для відновлення порушених прав і припинення правопорушення. В межах юрисдикційної форми захисту прав, у свою чергу, виокремлюються загальний і спеціальний порядки захисту порушених авторських чи суміжних прав.

За *загальним порядком* захист авторських чи суміжних прав та інтересів, що охороняються законом, здійснюється судом. Більшість авторсько-правових спорів розглядається місцевими та іншими судами загальної юрисдикції. Якщо обидва учасники спірних правовідносин є юридичними особами, то спір, що виник між ними, належить до юрисдикції господарського суду. За згодою учасників правовідносин у сфері авторських і суміжних прав спір між ними може бути переданий на розгляд третейського суду. Засобом судового захисту авторських чи суміжних прав та інтересів, що охороняються законом, є позов, тобто звернена до суду вимога стосовно відправлення правосуддя, з одного боку, і звернена до відповідача матеріально-правова вимога щодо виконання покладених на нього обов'язків визнання наявності чи відсутності правовідносин — з іншого. Судовий, або позовний, порядок захисту прав застосо-

ується у всіх випадках, крім тих, що прямо передбачені в законодавстві.

Якщо авторські чи суміжні права порушені або оспорується, суд зобов'язаний прийняти і розглянути за суттю позовну заяву. Відповідно до загального правила позов заявляється за місцем перебування відповідача (ст. 125 Цивільного процесуального кодексу України), але за згодою сторін територіальну підсудність справи може бути змінено (ст. 129 згаданого кодексу). Дія позовної давності не поширюється на вимоги, що випливають з порушення особистих немайнових прав авторів творів. Позови, пов'язані з порушенням майнових прав та інтересів, можуть бути заявлені протягом трьох років від дати, коли позивач довідався або повинен був довідатися про порушення своїх прав.

Спеціальною формою захисту авторських чи суміжних прав та інтересів, що охороняються законом, є адміністративний порядок їх захисту. Він застосовується як виняток із загального правила, тобто тільки в прямо передбачених законодавством випадках. Відповідно до закону потерпілий може звернутися за захистом своїх порушених прав та інтересів до певного органу державного управління, вищого органу відповідача, творчого союзу або Антимонопольного комітету України. Засобом захисту в даному разі є не позов, а скарга, порядок подання і розгляду якої регламентуються адміністративним законодавством. У межах спеціальної юрисдикційної форми реалізується також кримінально-правовий захист авторських і суміжних прав та інтересів.

Неюрисдикційна форма охоплює дії громадян та юридичних осіб із захисту авторських і суміжних прав, які здійснюються ними самостійно, без звернення по допомогу до державних чи інших компетентних органів. Зрозуміло, що тут маються на увазі тільки законні засоби захисту прав, які треба відрізнити від брутальних самоуправних дій, заборонених законодавством. Типовим прикладом дозволених засобів самозахисту є дії, вчинені в порядку необхідної оборони чи крайньої необхідності. Але найбільшу практичну значущість мають способи цивільно-правового захисту авторських і суміжних прав, що реалізуються в межах юрисдикційної форми.

Захист прав інтелектуальної власності на винаходи, корисні моделі, промислові зразки. Одним з найважливіших показників ефективності законодавства у сфері інтелектуальної власності є гаранто-

ваність і захищеність прав та законних інтересів власників прав інтелектуальної власності на винаходи, корисні моделі чи промислові зразки. Порушення таких прав набуває в умовах ринку великого економічного значення.

Під захистом прав і законних інтересів правовласників розуміють передбачені законом заходи щодо їхнього визнання і відновлення, припинення їх порушень, застосування до порушників санкцій, а також механізм реалізації цих заходів.

Суб'єктами права на захист є автори запатентованих винаходів, корисних моделей чи промислових зразків, правовласники та їхні правонаступники. В патентному законодавстві України головна увага приділяється захисту прав патентоволодільців, оскільки саме вони є центральною фігурою у патентних правовідносинах. Водночас забезпечується захист особистих немайнових прав творців винаходів, корисних моделей і промислових зразків, а також їхніх майнових інтересів у взаєминах з патентоволодільцями та іншими користувачами.

Захист прав ліцензіатів забезпечується власниками патентів — ліцензіарами або, якщо це передбачено ліцензійними договорами, здійснюється ними самостійно. У разі смерті авторів чи патентоволодільців патентні права, що їм належали, і відповідно права на захист цих прав, переходять до спадкоємців або правонаступників.

Захист патентних прав, власниками яких є кілька осіб (автори, патентоволодільці, спадкоємці), здійснюється всіма ними спільно або кожним окремо. При цьому потерпілі можуть діяти самостійно та вдаватися до послуг довіреної особи, зокрема патентних повірених.

Захист прав і законних інтересів авторів, патентоволодільців та інших осіб, що є власниками прав на запатентовані винаходи, корисні моделі чи промислові зразки, здійснюється застосуванням передбачених законом форм, засобів і способів захисту прав, переважно в юрисдикційній формі. Неюрисдикційна форма, тобто вчинення потерпілим заходів самозахисту порушених прав, трапляється зрідка і здебільшого зводиться до відмови від вчинення дій, що суперечать укладеному ліцензійному договору.

Юрисдикційна форма захисту патентних прав, у свою чергу, передбачає судовий та адміністративний порядок їх захисту. Домінуючим є судовий порядок, оскільки адміністративний за-

хист патентних прав здійснюється лише у випадках, прямо вказаних у законі.

Адміністративний порядок захисту патентних прав означає подання заперечень до Апеляційної палати Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України. Заперечення може бути подане заявником на будь-яке рішення установи через відмову в наданні патенту. Воно має стосуватися однієї заявки і містити обґрунтування неправомірності рішення, що оскаржується. До заперечення додається документ, який підтверджує сплату відповідного збору. В разі пропущення терміну подання заперечення заявник може клопотати про його відновлення, підтвердивши наявність поважних причин і сплативши спеціальний збір за відновлення пропущеного терміну.

Головою Апеляційної палати призначається колегія у складі не менше трьох членів цієї палати для ведення справи. Колегія розглядає заперечення і подані матеріали в присутності заінтересованих осіб, її рішення приймаються простою більшістю голосів. Затверджене наказом голови Державного департаменту рішення колегії набуває статусу рішення Апеляційної палати та надсилається заявнику.

До затвердження рішення в місячний термін від дати його прийняття колегією може бути внесений протест на це рішення. Протест має бути розглянутий старим або новим складом колегії упродовж місяця. Рішення, ухвалені за протестом, є остаточним рішенням Апеляційної палати. Воно може бути скасоване тільки судом. Рішення Апеляційної палати може бути оскаржене заявником у судовому порядку упродовж шести місяців від дати його одержання.

Всі інші спори щодо прав інтелектуальної власності розглядаються судами, зокрема господарськими. В судах вирішуються спори щодо:

- визнання охоронного документа недійсним;
- право авторства на винахід, корисну модель чи промисловий зразок;
- встановлення власника патенту;
- порушення права на використання запатентованого винаходу, корисної моделі чи промислового зразка та інших майнових прав власника патенту;
- укладання та виконання ліцензійних договорів;
- надання примусової ліцензії;
- право попереднього користувача;
- виплату винагороди автору роботодавцем.

Цей перелік, закріплений у чинному законодавстві, не є вичерпним, і в судах розглядаються будь-які інші спори, пов'язані з правами, що випливають із факту створення результату інтелектуальної власності або його використання. Розгляд таких спорів у місцевих та господарських судах здійснюється за загальними правилами судової процедури, передбаченої в Цивільному процесуальному та Господарсько-процесуальному кодексах України. Спори, передані за рішенням сторін до третейського суду, вирішуються відповідно до його регламенту.

Способи захисту прав і законних інтересів авторів та патентоводільців поділяють на цивільно-правові та кримінально-правові [120].

Цивільно-правові способи захисту патентних прав є передбаченими законом заходами примусового характеру, за допомогою яких здійснюються визнання і відновлення порушених прав та інтересів творців винаходів, корисних моделей і промислових зразків, а також власників прав на них, припинення порушень та майновий вплив на порушників. У Законі України “Про охорону прав на промислові зразки” ці заходи не передбачені, але перелік можливих способів захисту суб'єктивних цивільних прав міститься у ст. 16 ЦКУ та у ст. 34 Закону України “Про охорону прав на винаходи і корисні моделі”. До них, зокрема, належать вимоги про:

- визнання права;
- визнання правочину недійсним;
- припинення дії, яка порушує право;
- відновлення становища, яке існувало до порушення;
- примусове виконання обов'язку в натурі;
- зміна правовідношення;
- припинення правовідношення;
- відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди;
- відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Вибір потерпілим способу захисту своїх прав зазвичай визначається змістом цих прав та характером вчиненого правопорушення. Якщо в конкретній ситуації є можливість скористатися кількома способами, потерпілий сам обирає той із них, який більше відповідає його інтересам чи може бути простіше реалізованим на практиці.

Кримінально-правова відповідальність передбачається за деякі порушення патентних прав. Так, згідно із частиною першою ст. 177

Кримінального кодексу України злочином є незаконне використання винаходу, корисної моделі чи промислового зразка, якщо ці дії завдали матеріальної шкоди у великому розмірі. За їх вчинення винний карається штрафом від 100 до 400 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на термін до двох років з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, призначених для їх виготовлення.

Частина друга ст. 177 Кримінального кодексу України передбачає відповідальність за незаконне використання винаходу, корисної моделі чи промислового зразка, якщо його вчинено повторно або завдано матеріальної шкоди в особливо великому розмірі. Покарання за цей злочин — штраф від 200 до 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або виправні роботи на термін до двох років, або позбавлення волі до двох років, із конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, призначених для їх виготовлення.

Матеріальна шкода вважається завданою у великому розмірі, якщо вона у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а в особливо великому розмірі — якщо вона у 200 і більше разів перевищує вказаний неоподатковуваний мінімум.

Незаконне використання об'єктів права інтелектуальної власності охоплює будь-яке не санкціоноване власником патенту виготовлення і/або введення в цивільний оборот виробу із застосуванням запатентованого винаходу, корисної моделі чи промислового зразка, а також способу, що охороняється патентом на винахід. Конкретними видами введення зазначеного виробу в цивільний оборот є такі дії, як його застосування, ввезення, збереження, продаж тощо. Склад цих злочинів матеріальний. Це означає, що незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності має заподіяти матеріальну шкоду у великому або особливо великому розмірі. Крім того, між діями винного і заподіяною шкодою має існувати причинний зв'язок.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом. Особа, яка незаконно використовує чужі винаходи, корисні моделі чи промислові зразки, усвідомлює суспільно небезпечні наслідки цього і бажає їхнього настання. Особа вважається невинною, поки її вину не буде встановлено судом. Порушення кримінальної справи за ст. 177 Кримінального кодексу України можливе лише у разі подання скарги потерпілим.

Захист прав на торговельні марки. Власник прав на торговельну марку може подавати позови до суду проти будь-якої особи, що порушувала або порушує його права. Такі самі права власник прав на торговельну марку має стосовно будь-якої особи, яка здійснила або здійснює дії, що уможливають таке порушення (“ймовірне порушення”).

Якщо власник прав на торговельну марку доводить, що порушення його прав було здійснене або здійснюється, за рішенням суду, йому відшкодовуються збитки, виносяться судові рішення про запобігання подальшому порушенню прав на торговельну марку або будь-яке інше судові рішення, передбачене чинним законодавством. Якщо власник прав на торговельну марку підтверджує факт ймовірного порушення його прав, суд виносить рішення про запобігання порушенню прав на цю торговельну марку або будь-яке інше рішення, передбачене чинним законодавством.

ПЕРЕМІЩЕННЯ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЧЕРЕЗ КОРДОН

В Угоді TRIPS¹ особливу увагу приділено внутрішнім механізмам захисту прав інтелектуальної власності, які у разі їх ефективності повинні виявити та закрити джерело цієї незаконної діяльності, тобто місце виробництва товарів з порушенням прав інтелектуальної власності. Як правило, це ефективніший спосіб захисту прав інтелектуальної власності, який зменшує можливість ризику дискримінації стосовно імпортованих товарів, ніж спеціальні заходи із захисту прав інтелектуальної власності на митному кордоні.

Проте в Угоді TRIPS визнається, що захист прав інтелектуальної власності, пов'язаний з виявленням та закриттям джерела

¹ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, зокрема торгівлю контрафактними товарами (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods – TRIPS). Трапляється і дещо інша абревіатура Угоди англійською мовою – TPIPS. Угоду було укладено у межах VIII (Уругвайського) раунду переговорів ГАТТ (GATT) у квітні 1994 р. у марокканському місті Маракеш. Вона є однією з основ Світової організації торгівлі (СОТ).

незаконної діяльності, не завжди є можливим і що у будь-якому випадку не всі країни є учасницями WTO¹. Тому ця угода також визнає значення процедур захисту прав інтелектуальної власності на митному кордоні, що надають правовласникам можливість співпрацювати з митними органами щодо запобігання введенню в оборот товарів, виготовлених з порушенням прав інтелектуальної власності.

Згідно з Угодою TRIPS до товарів, які мають пройти процедури захисту прав на митному кордоні, необхідно віднести принаймні визначені для імпорту товари з порушенням прав на торговельні марки та авторських прав. Це такі категорії товарів:

а) товари з порушенням прав на торговельні марки — будь-які товари, у тому числі їх упаковка, марковані без дозволу правовласника торговельною маркою, ідентичною торговельній марці, права на яку правомірно зареєстровані стосовно таких самих товарів, або такою, яку не можна відрізнити за суттєвими ознаками від подібної торговельної марки, і яка, таким чином, порушує права на торговельну марку, зареєстровані відповідно до законодавства країни імпорту;

б) товари з порушенням авторських прав — будь-які товари, що є копіями, виготовленими прямо чи опосередковано з будь-якого виробу без згоди правовласника чи його правонаступника у країні виробництва товарів, за умови, що виготовлення такої копії є порушенням авторських прав відповідно до законодавства країни імпорту.

Основний механізм, встановлений відповідно до Угоди TRIPS, полягає в тому, що кожна країна — учасниця WTO повинна визначити компетентний орган, який за своїм характером може бути, на розсуд країн-учасниць, адміністративним чи судовим, і щодо якого правовласники можуть подавати заяви на здійснення митних процедур щодо захисту їхніх прав. Таким чином, цей компетентний орган може бути представлений суддею, який видає тимчасове судове рішення, обов'язкове для виконання митними органами або службою у самій митній адміністрації, яка несе спеціальну відповідальність за забезпечення надійного захисту прав інтелектуальної власності на митному кордоні.

Власник прав інтелектуальної власності, який подає заяву до компетентного органу, повинен надати відповідні докази порушення його прав на підставі наявних даних (“*prima facie*”), а також доклад-

¹ Всесвітня торгова організація (ВТО).

ний опис товарів з метою полегшення їх ідентифікування митними органами. Компетентний орган повідомляє заявника про прийняття його заяви і про відповідний період її розгляду, а також дає відповідні розпорядження співробітникам митних органів. Після цього заявник зобов'язаний ініціювати розгляд судової справи щодо зазначеного порушення прав з метою судового розгляду цієї справи за суттю. У тих країнах, де законодавство вимагає від компетентних органів діяти за власною ініціативою і припиняти введення в обіг товарів, стосовно яких вони одержали докази (“*prima facie*”) про порушення прав інтелектуальної власності:

- компетентні органи можуть у будь-який час зажадати від правовласника будь-якої інформації, що може допомогти їм у виконанні своїх повноважень;
- імпортер і правовласник повинні бути негайно сповіщені про припинення введення товарів в оборот. Якщо імпортер подав апеляцію до компетентного органу проти припинення введення товарів в обіг, то така дія може бути здійснена на визначених умовах;
- країни — учасниці WTO можуть звільняти державні органи і службовців від застосування до них відповідних покарань лише у випадках добросовісного здійснення ними або наміру вчинити такі дії.

Положення Угоди TRIPS щодо заходів із захисту прав інтелектуальної власності на митному кордоні вимагають вжиття запобіжних заходів проти зловживань стосовно порушення імпорту товарів. Більшість подібних видів гарантій проти зловживань надто завзятими правовласниками передбачено запобіжними судовими заходами щодо захисту прав інтелектуальної власності.

У розділі X Митного кодексу України “Контроль за переміщенням через митний кордон України товарів, що містять об’єкти прав інтелектуальної власності” дається поняття контрафактного товару. Згідно із п. 10 ст. 1 цього кодексу контрафактними є товари, що містять об’єкти прав інтелектуальної власності, ввезення яких на митну територію України або вивезення з цієї території призводить до порушення прав інтелектуальної власності, що захищаються відповідно до чинного законодавства та міжнародних договорів України.

Згідно із Митним кодексом України власник прав інтелектуальної власності, який має підстави вважати, що при переміщенні товарів через митний кордон України порушуються чи можуть бути

порушені його права, які мають правову охорону в Україні, може подати заяву до Державної митної служби України про реєстрацію товарів, вироблених і введених в обіг із застосуванням об'єктів прав інтелектуальної власності. Державна митна служба веде реєстр зазначених товарів, а порядок їх реєстрації, у тому числі форма заяви власника прав інтелектуальної власності, перелік інформації та документів, які додаються до заяви, порядок подання та розгляду заяви, визначаються Кабінетом Міністрів України. За реєстрацію цих товарів, подовження її терміну, а також внесення змін до реєстру стягуються митні збори. Інформація про зареєстровані товари надсилається до всіх митних органів України.

Якщо митний орган на підставі даних реєстру товарів, вироблених і введених в обіг із застосуванням об'єктів прав інтелектуальної власності, виявляє ознаки того, що товари, пред'явлені для митного контролю та митного оформлення, є контрафактними, їх митне оформлення призупиняється. Такі товари підлягають розміщенню на складах тимчасового зберігання або на складах митних органів.

Рішення про призупинення митного оформлення товарів терміном на 15 календарних днів із можливістю наступного подовження терміну не більше ніж на 15 календарних днів приймає начальник митного органу або особа, що його заміщує. Не пізніше наступного робочого дня після дати прийняття рішення про призупинення митного оформлення зазначених товарів митний орган повідомляє власника прав інтелектуальної власності про факт переміщення через митний кордон України цих товарів, а декларанта — про підстави призупинення їх митного оформлення, а також доводить до його відома найменування та адресу власника прав інтелектуальної власності.

Якщо протягом термінів призупинення митного оформлення контрафактність товарів буде підтверджена, митний орган відкриває справу про порушення митних правил, а товари — безпосередні предмети правопорушення — вилучаються з метою конфіскації. Якщо контрафактність товарів не буде підтверджено, вони підлягають митному оформленню у звичайному порядку. Порядок відшкодування витрат, пов'язаних із призупиненням митного оформлення можливих контрафактних товарів, встановлюється чинним законодавством.

Згідно зі ст. 345 Митного кодексу України ввезення на митну територію України або вивезення за її межі з комерційною метою товарів з порушенням прав інтелектуальної власності тягне за собою накладання на громадян штрафу у розмірі від 10 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів з конфіскацією контрафактних товарів, а на посадових осіб — від 30 до 150 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією контрафактних товарів.

Власник прав інтелектуальної власності та власник товарів, вироблених і введених в оборот із застосуванням об'єктів прав інтелектуальної власності у разі непогодження з рішенням митного органу вправі звернутися до суду з вимогою захисту своїх прав. Детальніше механізм захисту прав інтелектуальної власності на митному кордоні України розкрито в Постанові Кабінету Міністрів України від 28 квітня 2001 р. за № 412, якою затверджено “Положення про порядок реєстрації та переміщення через митний кордон України товарів, що містять об'єкти інтелектуальної власності”.

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ У ФОРМУВАННІ СТАТУТНИХ ФОНДІВ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

Національна законодавча база, зокрема Закони України “Про інвестиційну діяльність” та “Про режим іноземного інвестування”, розглядає інтелектуальну власність як довгостроковий та перспективний вид вкладень капіталу. Вона стає об'єктом внеску в статутні фонди новостворюваних підприємств та оплати додаткових емісій акцій при зростанні статутних фондів акціонерних товариств або товариств з іншою організаційно-правовою формою. Тому цілком зрозумілим є підвищений інтерес до об'єктивної оцінки вартості майнових прав на інтелектуальну власність і забезпечення правових гарантій їх цивільно-правового обороту на фондовому ринку.

Можливість використання майнових прав на інтелектуальну власність як внесків до статутних фондів акціонерних товариств передбачено ст. 13 Закону України “Про господарські товариства”, згідно з якою внесками учасників та засновників товариства можуть

бути будівлі, споруди, обладнання та інші матеріальні цінності, цінні папери, а також інші майнові права (в тому числі на інтелектуальну власність).

Відповідно до згаданого закону інтелектуальна власність, не відображена в балансі підприємства, може бути внесена до статутного фонду підприємства так само, як майно, кошти та інші матеріальні цінності. Для цього необхідна згода всіх засновників, акціонерів акціонерного товариства, як при його створенні так і в разі додаткової емісії. Вартість таких внесків до статутних фондів визначається установчими документами товариства, якщо законодавством не передбачено інше. Законодавством України не встановлено обмежень щодо максимальних розмірів статутних фондів акціонерних товариств, ст. 16 Закону України “Про господарські товариства” передбачено можливість зміни його розміру (збільшення або зменшення).

Відповідні положення про порядок реєстрації випуску акцій, затверджені Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку (ДКЦПФР), регламентують процедуру державної реєстрації акцій при створенні акціонерного товариства, збільшенні його статутного фонду за рахунок додаткових емісій. Кількість можливих додаткових емісій законодавством України не обмежена. Стаття 7 Закону України “Про цінні папери і фондову біржу” містить умову збільшення статутного фонду: чергова емісія може здійснюватися за умови, що всі раніше випущені акції повністю оплачені за вартістю, не нижчою від номінальної.

Усі цінності, в тому числі права на об’єкти інтелектуальної власності, після їх передання до статутних фондів акціонерного товариства стають його власністю. Акціонери не мають права отримати свої внески в натуральній формі, якщо перестають ними бути. Таку можливість передбачено ст. 54 Закону України “Про господарські товариства” лише для учасників товариств інших організаційно-правових форм. Отже, акціонерні товариства стають беззаперечними власниками переданих їм як внески до статутних фондів прав на інтелектуальну власність.

Це забезпечує їм:

- необхідний рівень самостійності щодо ініціювання і виробництва продукції (надання послуг, виконання робіт тощо) з метою отримання прибутку;

- здійснення такої діяльності на власний ризик, під власну відповідальність (тобто відповідальність за рахунок власного майна);
- вільний вибір видів діяльності, господарських зв'язків;
- самостійність формування виробничої програми, залучення і використання матеріально-технічних, фінансових, трудових, та інших видів ресурсів;
- вільне використання прибутку, що залишається в розпорядженні товариства після сплати податків та обов'язкових платежів.

При формуванні статутного фонду внеском у формі майнових прав на промислову власність може виникати багато проблем, наприклад пов'язаних з припиненням дії патенту та визнанням його недійсним. У патентних законах визначається чітка межа, що вирізняє правові підстави припинення дії патенту і підстави для визнання патенту недійсним. Дія патенту припиняється у двох випадках:

- 1) власник патенту відмовляється від його подальшого правового захисту;
- 2) власник патенту перестав сплачувати встановлений збір за підтримання чинності патенту.

Ці обставини бажано відображати в установчому договорі чи додатковому договорі в разі формування статутного фонду за рахунок промислової власності.

Патент може бути визнано недійсним повністю або частково за таких обставин:

- у разі невідповідності запатентованого винаходу, корисної моделі чи промислового зразка умовам патентоспроможності;
- за наявності у формулі винаходу чи корисної моделі ознак (для промислового зразка — сукупності суттєвих ознак), яких не було в поданій заявці;
- у разі порушення правил закордонного патентування винаходу, корисної моделі чи промислового зразка.

Необхідно визначити процедуру передання інформації про визнання патентів недійсними до ДКЦПФР і перевірки у реєстрі об'єктів інтелектуальної власності, чи не був патент визнаний недійсним внеском до статутного фонду акціонерного товариства. Створення такого реєстру в управлінні корпоративних фінансів ДКЦПФР може бути доцільним.

Якщо через деякий час після внесення промислової власності до статутного фонду патент і майнові права буде визнано недійсними, виникає ситуація, яка потребує розв'язання. У разі внеску до статутного фонду закритого акціонерного товариства, де коло засновників є визначеним, особа, що зробила цей внесок, протягом певного терміну (місяця) з дати визнання патенту недійсним повинна звернутися до виконавчого органу товариства з проханням скликати загальні збори з порядком денним “Про статутний фонд акціонерного товариства”. Якщо протягом певного терміну (до півроку) такі збори не відбудуться, відповідно до ст. 8 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні” уповноважена особа ДКЦПФР мусить видати обов'язкове для виконання розпорядження про скликання загальних зборів акціонерів із згаданим порядком денним. На зборах має бути прийняте одне з рішень: зменшення статутного фонду закритого акціонерного товариства (з можливою ліквідацією товариства) або сплата раніше визначеного внеску грошима чи іншим майном за умови домовленості засновників про його оцінку.

У відкритому акціонерному товаристві, де коло учасників не можна визначити заздалегідь, а інформація про випуск акцій оприлюднюється згідно зі ст. 23 Закону України “Про цінні папери і фондову біржу” не менш ніж за 10 днів до початку передплати на акції, однозначно має бути як наслідок зменшення статутного фонду, виключення акціонера, який запропонував сплатити свій внесок майновими правами на патент, що був визнаний недійсним. У цьому разі передання промислової власності (майнових прав) у статутний фонд була б оприлюднена як умова випуску акцій. Порухення таких умов мусить бути підставою для визнання підписки такою, що не відбулась, якщо за рахунок прав на патент було сформовано понад 40 % статутного фонду.

Якщо статутний фонд акціонерного товариства достатній для гарантування інтересів його кредиторів (ст. 155 ЦКУ), то надалі за рішенням загальних зборів акціонерів в установленому законодавством порядку він може бути неодноразово збільшений. При цьому порядок прийняття рішення про зменшення статутного фонду може бути таким самим, як і у закритих акціонерних товариствах.

На нашу думку, ДКЦПФР повинна розробити положення про зменшення статутного фонду акціонерного товариства, який сфор-

мовано визнаним недійсним патентом. Практика визнання недійсним патенту, майнові права на який було внесено до статутного фонду акціонерного товариства, в Україні на сьогодні відсутня.

5.3. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

ПОНЯТТЯ ЦІННИХ ПАПЕРІВ ТА ЇХ ОСНОВНІ ВИДИ

Цінні папери мають величезне значення для міжнародної торгівлі. Ще з часів середньовіччя (виникнення перших цінних паперів, хоча деякі дослідники бачать їх прообраз у Давньому Римі) вони давали змогу прискорювати обіг товарів унаслідок можливості спершу швидкого і безпроблемного переміщення грошей, що оформлялися лише одним папером, а згодом і самих товарів, оформлених і переданих врученням лише документа, а не самого товару.

Цінні папери в країнах англо-американської системи права називають оборотними документами (*negotiable instruments*). Подібні найменування у міжнародному торговельному обороті виходять із традиційного розуміння їх як документів, але сучасні цінні папери (особливо акції та облігації) випускаються і перебувають в обігу найчастіше в бездокументарній формі. Внаслідок цього змінилося і загальноправове розуміння терміна “цінний папір” (оборотний документ).

Цінний папір (оборотний документ) у більшості правових систем — об’єкт, призначений для посвідчення існування певного майнового права, створений у такий спосіб, що використання даного права можливе лише в силу володіння цим об’єктом, а перехід права до іншої особи може здійснюватися тільки шляхом розпорядження об’єктом.

За законодавством України цінним папером є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право, визначає взаємовідносини між особою, яка його випустила (видала), та власником і передбачає виконання зобов’язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передавання прав, що впливають з цього документа, іншим особам. До

особи, яка набула право власності на цінний папір, переходять у сукупності всі права, які ним посвідчуються (ст. 19 ЦКУ).

Особливість правової характеристики традиційного цінного папера полягає в його двоїстій правовій природі. З одного боку, він становить собою майнове право (саме це є основою розуміння цінного папера), з іншого — це документ, який засвідчує наявність такого майнового права, річ (рухоме майно), що має характеристики, властиві речі. Двоїста правова природа цінного папера зумовлює й особливості, пов'язані з його випуском та оборотом, які за своєю сутністю є оборотом майнових прав, що мають певні ознаки, властиві обігу речей.

Як зазначалося вище, основною властивістю цінного папера є його оборотоздатність, тобто здатність за допомогою передання самого цінного папера передавати виражене в ньому майнове право вимоги до зобов'язаної за цінним папером особи. Внаслідок цього безумовний характер оборотоздатності цінного папера в міжнародному торговельному обороті встановлюється національним законодавством держави зобов'язаної особи, оскільки на даний час ще не існує “міжнародних цінних паперів”, і будь-який цінний папір є “національним”. При цьому перелік видів цінних паперів неоднаковий в різних правових системах — від дуже вузького до досить широкого.

У міжнародному торговельному обороті використовуються різні види національних цінних паперів [177]:

- *облігація* (англ. — *bond*) — цінний папір, що засвідчує існування боргу з боку юридичної особи або державного органу, які її випустили, і містить зобов'язання сплатити власникові облігації зазначену в ній суму при настанні терміну її погашення;
- *вексель* — цінний папір, що підтверджує нічим не обумовлене зобов'язання векселедавця (простий вексель — англ. — *promissory note*) або іншого зазначеного у векселі платника (перекладний вексель — англ. — *bill of exchange*) виплатити після настання передбаченого векселем терміну визначену грошову суму векселедержачеві;
- *чек* (англ. — *check*) — цінний папір, що містить безумовне зобов'язання банку сплатити визначену грошову суму за вказівкою пред'явника чека, виписаного чекодавцем або банком;
- *коносамент* (англ. — *bill of lading*) — цінний папір, виданий перевізником або його агентом, що визначає умови договору перевезення.

ження, вказує найменування відправника вантажу; описує вантаж, прийнятий до транспортування, способом, що дає змогу його ідентифікувати, і містить зобов'язання передати товар у визначеному місці відправнику вантажу або особі, якій буде передано коносамент;

- *акція* (англ. — *certificate of stock*) — цінний папір, що підтверджує право участі в акціонерному товаристві;
- *складське посвідчення* (англ. — *warehouse receipt*) — цінний папір, що підтверджує прийняття складом товару на збереження;
- *варант* (заставне свідчення, англ. — *warrant*) — цінний папір, що засвідчує право застави на товар, який перебуває на складі, на користь власника даного документа;
- *делівері ордер* (англ. — *delivery order*) — цінний папір, що містить вказівку власникові складу, перевізникові або іншій особі, яка видає складське посвідчення чи коносамент, передати визначену партію товару вказаному в делівері ордері особі. Цей документ використовується для дроблення великої партії товару, оформленої одним коносаментом.

У міжнародному торговельному обороті використовуються також інші види цінних паперів, визнані національним законодавством певних держав, наприклад *трастові сертифікати* (англ. — *certificate of trust*) та ін.

Цінні папери залежно від критеріїв класифікації поділяють на кілька груп. Так, доктрина континентальної системи права поділяє цінні папери на підставі природи прав, що вони оформляють, на такі групи:

- *грошові цінні папери* (векселі, чеки, облігації тощо), в яких виражено право вимоги визначеної грошової суми;
- *цінні папери участі* (акції та їх різновиди), в яких виражено право участі в акціонерному товаристві, або іншому господарчому товаристві;
- *товарні цінні папери* (коносамент, делівері ордер, варант та ін.), в яких виражено право на товар.

Англо-американська доктрина містить іншу класифікацію оборотних документів відповідно до їх природи і поділяє їх на групи:

- інвестиційні папери — оборотні документи, що підтверджують право участі в акціонерному товаристві (акції) або відносини позики між їхнім власником (позикодавцем) і позичальником (облігації);
- торговельні папери — оборотні документи — вексель, чек, депозитний сертифікат;

- *товаророзпорядчі документи* — оборотні документи, подібні за своїми ознаками до товарних цінних паперів.

Відповідно до належності прав, засвідчених цінним папером, ці папери поділяють на такі види:

- *пред'явницькі*, коли права, засвідчені цінним папером, належать будь-якій особі, що є його власником. При цьому для передання іншій особі прав, засвідчених цінним папером на пред'явника, досить вручення цінного папера цій особі;
- *іменні*, коли власником цінного папера визнається лише зазначена в ньому особа. Права, засвідчені іменним цінним папером, переходять до іншої особи лише у разі випуску замість попереднього цінного папера нового із зазначенням імені нового її власника, а в реєстрі цінних паперів — відповідного запису;
- *ордерні*, коли зазначена в цінному папері особа може як сама здійснити права, надані цим папером, так і передати ці права іншій особі за допомогою спеціального передатного напису на цінному папері (індосаменту). При цьому зазвичай індосант несе відповідальність не тільки за існування права, засвідченого цінним папером, а й за його здійснення. Індосамент може бути бланковим (без зазначення особи, якою повинно бути здійснене виконання) або ордерним (із зазначенням особи, якою або за наказом якої повинно бути здійснене виконання). Індосамент буває обмежений тільки дорученням здійснювати права, засвідчені цінним папером, без передання цих прав індосатові. У цьому разі індосат виступає представником індосанта.

В Україні у цивільному обороті застосовують такі групи цінних паперів:

1) пайові цінні папери, які засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом та одержанні частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, і частини майна при ліквідації емітента;

2) боргові цінні папери, які засвідчують відносини позики і передбачають зобов'язання емітента сплатити у визначений термін кошти відповідно до зобов'язання;

3) похідні цінні папери, механізм випуску та обігу яких пов'язаний з правом на придбання чи продаж протягом терміну, визначеного договором цінних паперів, інших фінансових та (або) товарних ресурсів;

4) товаророзпорядчі цінні папери, які надають їх тримачеві право розпоряджатися майном, вказаним у цих документах.

Законом можуть визначатися також інші групи цінних паперів. Їх види та порядок обігу встановлюються законом. Цінні папери можуть випускатися у документарній та бездокументарній формі відповідно до закону (ст. 195 ЦКУ “Групи та види цінних паперів”).

Закон України “Про цінні папери і фондову біржу”¹ дає поняття цінних паперів і закріплює їх перелік. Так, згідно зі ст. 1 цього закону, цінні папери — це грошові документи, що засвідчують право володіння або відносини позики, визначають взаємовідносини особи, яка їх випустила, та їх власника і передбачають, як правило, виплату доходу у вигляді дивідендів або відсотків, а також можливість передання грошових та інших прав, що випливають із цих документів, іншим особам. Цінні папери можуть бути іменними або на пред’явника. Іменні цінні папери (якщо інше не передбачено цим законом або в них спеціально не зазначено, що вони не підлягають переданню) передаються шляхом повного індосаменту (передатним записом, який засвідчує перехід прав за цінним папером до іншої особи). Статтею 3 регламентовано види цінних паперів: акції; облігації внутрішніх та зовнішніх державних позик; облігації місцевих позик; облігації підприємств; казначейські зобов’язання України; ощадні сертифікати; інвестиційні сертифікати; векселі; приватизаційні папери.

Обов’язкові реквізити цінних паперів, вимоги щодо їх форми тощо визначаються законом. Документ, який не містить обов’язкових реквізитів цінних паперів і не відповідає формі, встановленій для цінних паперів, не є цінним папером (ст. 196 ЦКУ “Вимоги до цінного папера”). За законодавством України права та відповідальність за виконання зобов’язання, посвідчені цінним папером, можуть належати:

- 1) пред’явникові цінного папера (цінний папір на пред’явника);
- 2) особі, названій у цінному папері (іменний цінний папір);
- 3) особі, названій у цінному папері, яка може сама здійснити ці права або призначити своїм розпорядженням (наказом) іншу уповноважену особу (ордерний цінний папір).

¹ ВВР України. — 1991. — № 38. — Ст. 508. Введений в дію Постановою Верховної Ради № 1202-ХІІ від 18 червня 1991 р. (ВВР України. — № 38. — Ст. 509).

Законом може бути виключена можливість випуску цінних паперів певного виду як іменних, ордерних або як паперів на пред'явника. Для передання іншій особі прав, посвідчених цінним папером на пред'явника, достатньо вручення його цій особі. Права, посвідчені іменним цінним папером, передаються у порядку, встановленому для поступки права вимоги (цесії). Особа, яка передає право за цінним папером (індосант), відповідає лише за недійсність певної вимоги і не відповідає за її невиконання. Права за ордерним цінним папером передаються передатним написом на ньому (індосаментом). Індосант відповідає за існування та здійснення цього права. За індосаментом до особи, якій або у розпорядження якої передається цінний папір (індосата), переходять усі права, посвідчені цим папером. Індосамент буває бланковим — на пред'явника (без зазначення особи, на користь якої передано документ) або ордерним (із зазначенням такої особи). Індосамент може бути обмежений тільки дорученням здійснювати права, посвідчені цінним папером, без передання цих прав індосату. У цьому разі індосат виступає як представник індосанта.

Особа, яка випустила (видала) цінний папір, та особи, які індусували його, відповідають перед його законним власником солідарно. У разі задоволення вимоги законного власника цінного папера щодо виконання посвідченого цим папером зобов'язання однією або кількома особами з тих, хто зобов'язався за цінним папером, він набуває права зворотної вимоги (регресу) щодо інших осіб, які зобов'язалися за цінним папером. Відмова від виконання зобов'язання, посвідченого цінним папером, з посиланням на відсутність підстави до цього або на його недійсність не допускається. Власник незаконно виготовленого або підробленого цінного папера має право пред'явити особі, яка передала йому папір, вимоги про належне виконання зобов'язання, посвідченого цим папером, та про відшкодування збитків (ст. 197, 198 ЦКУ). Національне законодавство деяких держав забороняє випуск цінних паперів певного виду як іменних, ордерних або на пред'явника. Так, наприклад, законодавства ФРН і Швейцарії передбачають випуск лише іменних акцій.

Крім загальних класифікацій цінних паперів окремі їх види також містять класифікацію, властиву багатьом правовим системам [113; 158; 144; 220]. Так, акції можуть бути простими і привілейованими.

Проста акція – цінний папір, що засвідчує право її власника на одержання частини чистого прибутку акціонерного товариства (дивідендів), на участь у його управлінні, а також на частину майна ліквідованого акціонерного товариства, що залишилося після розрахунків з його кредиторами.

Привілейована акція – цінний папір, що засвідчує право її власника на одержання частини чистого прибутку акціонерного товариства (дивідендів) у розмірі, не нижчому від встановленого при її випуску, а також переважне порівняно з власниками простих акцій право на одержання частини майна ліквідованого акціонерного товариства, що залишилося після розрахунків з його кредиторами. Зазвичай привілейована акція не надає її власникові право на участь в управлінні акціонерним товариством, якщо інше не визначено його статутом.

Облігації бувають прості та дисконтні. *Проста облігація* – цінний папір, що надає її власникові право на одержання відсотків, а також повернення її номінальної вартості при настанні терміну погашення.

Дисконтна облігація – цінний папір, розміщений її емітентом за ціною, нижчою від номінальної вартості, із зобов'язанням виплатити її власникові номінальну вартість при настанні терміну погашення.

Законодавство деяких держав (наприклад, США) регулює такий вид облігацій, як *конвертована* – проста або дисконтна облігація, що випускається акціонерним товариством і надає її власнику за його вибором право на її погашення або на обмін на акції цього акціонерного товариства. Правові доктрини і законодавства окремих країн містять й інші класифікації цінних паперів.

Цінний папір повинен мати визначену для нього застосованим національним законодавством форму, що забезпечує ідентифікацію наданих за цінним папером прав, а також уможливує його передання. Більшість національних правових систем визнають випуск цінних паперів як у документарній, так і бездокументарній формі.

Документарним цінним папером є цінний папір, право на який підтверджується документом на матеріальній основі, що має обов'язкові реквізити.

Бездокументарний цінний папір – форма цінного папера (переважно акції або облігації), права на який підтверджуються записом на рахунку без видачі документа на матеріальній основі, що має обов'язкові реквізити. Право володіння бездокументарним цінним папером переходить від однієї особи до іншої з моменту його переве-

дення, чому відповідають записи на рахунках особою, яка здійснює облік за даними цінним паперам (депозитарієм).

Операції з бездокументарними цінними паперами можуть відбуватися тільки в разі звернення до особи, яка офіційно здійснює запис прав. Будь-яке передання, надання або обмеження прав за бездокументарними цінними паперами повинні фіксуватися цією особою (депозитарієм), в іншому разі, як правило, така операція з цінним папером не матиме чинності.

РЕГУЛЯТИВНА ІНФРАСТРУКТУРА ФОНДОВОГО РИНКУ

Регулятивна інфраструктура фондового ринку є системою регулювання ринку цінних паперів, що охоплює:

- регулятивні органи (державні органи та саморегульовані організації);
- регулятивні функції і процедури (законодавчі, реєстраційні, ліцензійні та наглядові);
- законодавчу інфраструктуру ринку цінних паперів;
- етику фондового ринку (правила ведення чесного та справедливого бізнесу, які затверджуються саморегульованими організаціями);
- традиції та звичаї.

У міжнародній практиці розрізняють такі моделі ринків цінних паперів:

1) основна регулятивна роль на ринку цінних паперів належить державі (Франція);

2) регулювання поділено між державою і саморегульованими органами, добровільними об'єднаннями професійних учасників ринку цінних паперів (Великобританія);

3) засновані на жорстких, детально розписаних правилах і формальних процедурах, ретельному контролю їх дотримання (США);

4) такі, що базуються на широкому використанні крім твердих розпоряджень також неформальних домовленостей, традицій, рекомендацій, погодженого стилю поведінки, переговорів, розв'язання складних ситуацій та ін. (Великобританія).

В Україні діє модель фондового ринку, наближена до Франції, коли основна регулятивна роль на ньому належить державі, тобто у

правовому регулюванні фондового ринку переважають приватно-правові засади. Так, у Законі України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”¹ визначено правові засади державного регулювання ринку цінних паперів і державного контролю за випуском і обігом цінних паперів та їх похідних в Україні. За цим законом державне регулювання ринку цінних паперів — це здійснення державою комплексних заходів щодо упорядкування, контролю, нагляду за ринком цінних паперів та їх похідних і запобігання зловживанням і порушенням у цій сфері (ст. 1).

Державне регулювання ринку цінних паперів здійснюється з метою:

- реалізації єдиної державної політики у сфері випуску та обігу цінних паперів та їх похідних;
- створення умов для ефективної мобілізації та розміщення учасниками ринку цінних паперів фінансових ресурсів з урахуванням інтересів суспільства;
- одержання учасниками ринку цінних паперів інформації про умови їх випуску та обігу, результати фінансово-господарської діяльності емітентів, обсяги і характер угод з цінними паперами та іншої інформації, що впливає на формування цін на ринку цінних паперів;
- забезпечення рівних можливостей для доступу емітентів, інвесторів і посередників на ринок цінних паперів;
- гарантування прав власності на цінні папери;
- захисту прав учасників фондового ринку;
- інтеграції в європейський та світовий фондові ринки;
- дотримання учасниками ринку цінних паперів вимог актів законодавства;
- запобігання монополізації та створення умов розвитку добросовісної конкуренції на ринку цінних паперів;
- контролю прозорості та відкритості ринку цінних паперів (ст. 2 Закону “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”).

До органів, що здійснюють державне регулювання ринку цінних паперів, належить передусім Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку. Інші державні органи контролюють діяльність

¹ ВВР України. — 1996. — № 51. — Ст. 292. Введений в дію Постановою Верховної Ради від 30 жовтня 1996 р. (ВВР України. — 1996. — № 51. — Ст. 293).

учасників ринку цінних паперів у межах своїх повноважень, визначених чинним законодавством. З метою координації діяльності державних органів з питань функціонування ринку цінних паперів створюється Координаційна рада, до складу якої входять керівники державних органів, які у межах своєї компетенції здійснюють контроль або інші функції управління щодо фондового ринку та інвестиційної діяльності в Україні. Очолює Координаційну раду голова Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку. Склад та положення про Координаційну раду затверджує Президент України за поданням голови Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (ст. 5 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”).

Основними формами державного регулювання ринку цінних паперів, згідно зі ст. 3 цього закону, є:

- прийняття актів законодавства з питань діяльності учасників ринку цінних паперів;
- регулювання випуску та обігу цінних паперів, прав та обов’язків учасників ринку цінних паперів;
- надання спеціальних дозволів (ліцензій) на здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів та забезпечення контролю такої діяльності;
- заборона та припинення на певний термін (до одного року) професійної діяльності на ринку цінних паперів у разі відсутності спеціального дозволу (ліцензії) на цю діяльність та притягнення до відповідальності за здійснення її згідно з чинним законодавством;
- реєстрація випусків (емісій) цінних паперів та інформації про це;
- контроль дотримання емітентами порядку реєстрації випуску цінних паперів та інформації про їх випуск, умови продажу (розміщення) цінних паперів, передбачених такою інформацією;
- створення системи захисту прав інвесторів і контролю дотримання цих прав емітентами цінних паперів та особами, які здійснюють професійну діяльність на ринку цінних паперів;
- контроль достовірності інформації, що надається емітентами та особами, які здійснюють професійну діяльність на ринку цінних паперів, контролюючим органам;
- встановлення правил і стандартів здійснення операцій на ринку цінних паперів та контролю їх дотримання;

- контроль дотримання антимонопольного законодавства на ринку цінних паперів;
- контроль систем ціноутворення на ринку цінних паперів;
- контроль діяльності осіб, які обслуговують випуск та обіг цінних паперів;
- застосування інших заходів щодо державного регулювання і контролю випуску та обігу цінних паперів.

Діяльність з випуску та обігу цінних паперів як виключна діяльність допускається на підставі дозволу, що видається Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку. Вона визначає перелік документів, необхідних для одержання дозволу на здійснення діяльності з випуску та обігу цінних паперів, а також відомостей, які торговець цінними паперами повинен подавати протягом терміну дії цього дозволу. Дозвіл на здійснення усіх або окремих (крім комісійної) видів діяльності може бути виданий торговцям цінними паперами, які мають внесений статутний фонд у розмірі не менше 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а на здійснення комісійної діяльності щодо цінних паперів — не менше 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ст. 27 Закону України “Про цінні папери і фондову біржу”¹).

Регулювання ринку цінних паперів має свою специфіку. У міжнародній практиці існують дві основні моделі організації ринку цінних паперів. Одна передбачає панування на ньому комерційних банків (Німеччина, Японія, Франція), інша є змішаною, тобто допускає активну роль як банківських, так і небанківських фінансово-кредитних інститутів (США, Великобританія). У тих країнах, де на ринку цінних паперів панує обмежена кількість комерційних банків, діяльність яких підконтрольна центральному національному банку та іншим урядовим агенціям, державне регулювання є значним.

Регулювання ринку цінних паперів на національному рівні (державне регулювання) здійснюється у вигляді прямого втручання у його функціонування, а також непрямого впливу на цей ринок.

Засоби прямого втручання. До них належить весь комплекс законотворчої діяльності представницьких органів з проблем ринку

¹ ВВР України. — 1991. — № 38. — Ст. 508. Введений в дію Постановою Верховної Ради №1202-XII від 18 червня 1991 р. (ВВР України. — 1991. — № 38. — Ст. 509).

цінних паперів, а також заходи, що вживаються різними державними органами для введення нових та зміни старих положень і норм стосовно діяльності цього ринку. Здебільшого це ліцензування учасників ринку цінних паперів, обмеження та заборони на впровадження та обіг певних видів цінних паперів, укладання деяких угод, реєстрація цінних паперів тощо.

В Україні ліцензійні умови здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів затверджені Державним комітетом України з питань регуляторної політики та підприємництва (Наказ № 49 від 14 березня 2001 р. “Про затвердження ліцензійних умов провадження професійної діяльності на ринку цінних паперів”). Регламентовано види професійної діяльності, які можуть здійснюватися на ринку цінних паперів. До них, зокрема, законодавством віднесено:

1) торгівлю цінними паперами — здійснення цивільно-правових угод з цінними паперами, які передбачають їх оплату проти поставки їх новому власнику на підставі договорів доручення чи комісії за рахунок своїх клієнтів (брокерська діяльність) або від свого імені та за власний рахунок з метою перепродажу третім особам (дилерська діяльність);

2) депозитарну діяльність — з надання послуг щодо зберігання цінних паперів та/або обліку прав власності на цінні папери, а також обслуговування угод з цінними паперами;

3) розрахунково-клірингову діяльність — з визначення взаємних зобов'язань щодо угод з цінними паперами та розрахунків за ними;

4) діяльність з управління цінними паперами — здійснюється від свого імені за винагороду протягом певного терміну на підставі відповідного договору щодо управління переданими у володіння цінними паперами, які належать на правах власності іншій особі, в інтересах цієї особи або визначених цією особою третіх осіб;

5) діяльність з управління активами — здійснюється за винагороду компанією з управління активами на підставі відповідного договору про управління активами, які належать інвесторам на праві власності;

6) діяльність з ведення реєстру власників іменних цінних паперів — збирання, фіксація, оброблення, зберігання та надання даних, що становлять систему реєстру власників іменних цінних паперів, щодо цих паперів, їх емітентів та власників;

7) діяльність з організації торгівлі на ринку цінних паперів — надання послуг, що безпосередньо сприяють укладанню цивільно-пра-

вових угод щодо цінних паперів на біржовому та організаційно оформленому позабіржовому ринку цінних паперів.

Регламентовано також умови здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів. Ця діяльність, у тому числі посередницька з випуску та обігу цінних паперів, здійснюється юридичними і фізичними особами виключно на підставі спеціальних дозволів (ліцензій), що видаються в порядку, встановленому чинним законодавством, та за умови вступу до щонайменше однієї саморегульованої організації. Крім того, зазначено, що у процесі здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів особи, які її виконують, зобов'язані дотримуватися встановлених відповідно до цього закону та інших актів законодавства України обов'язкових нормативів достатності власних коштів та інших показників і вимог, які обмежують ризики щодо операцій з цінними паперами (ст. 4 “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”).

Система важелів непрямого впливу. До неї належать:

- контроль за грошовою масою, що перебуває в обігу, та обсягом кредитів за допомогою державного впливу на ставки позичкового відсотка;
- податкова політика держави;
- гарантії уряду щодо депозитів, кредитів, позика приватного сектору;
- вихід держави на ринки позикових капіталів (випуск казначейських векселів, середньострокових та довгострокових облігацій, емісія зобов'язань державних установ та ін.), що створює пряму конкуренцію у боротьбі за кредити між державою та корпораціями;
- зовнішньоекономічна політика держави (регулювання операцій з іноземною валютою, золотом, заходи для стимулювання експорту тощо).

Інституційне забезпечення ринків цінних паперів покладається, як правило, на Державну комісію з цінних паперів відповідної країни, Міністерство фінансів або на державні (центральні) банки та інші державні органи. Наприклад, у США, розробленням та перевіркою виконання відповідних законів займається Комісія з цінних паперів та бірж. Регулюючі органи виконують переважно три функції, спрямовані на захист інвесторів від фінансових втрат:

1) реєстрація всіх учасників ринку цінних паперів. Усі кандидати повинні задовольняти певним вимогам фінансового стану, тобто володіти необхідним (мінімальним) власним капіталом;

2) забезпечення всіх суб'єктів економіки достовірною інформацією. Це досягається передусім публікаціями проспектів емісії, що містять повну і правдиву інформацію про випуск цінних паперів та емітента. Винятком є приватне розміщення цінних паперів серед обмеженого та заздалегідь відомого кола осіб. Крім того, емітенти зобов'язані періодично публікувати фінансову звітність, відомості про зміни в складі керівних осіб фірми;

3) контроль та підтримання правопорядку на ринку цінних паперів. Уповноважені на це органи можуть розслідувати будь-які порушення закону, застосовувати адміністративні заходи щодо винних осіб, передавати справи до суду.

Крім наведених заходів державного регулювання важливе значення для нормального функціонування ринку має внутрішнє його самоврядування. Важлива роль у цьому належить саморегульованим організаціям, якими переважно виступають фондові біржі як найрозвинутіші форми організації контролю та регулювання постійно діючого ринку цінних паперів. На цьому ринку активно діють й інші організації, що також створюють правила поведінки на ньому та забезпечують належний контроль їх дотримання. Це професійні асоціації учасників інвестиційного бізнесу. Вони виникають в міру ускладнення ринку цінних паперів, коли дії держави з регулювання ринку з певних причин є недостатніми. Такі асоціації виявляють нечесну поведінку окремих осіб, яка завдає шкоди не тільки членам цих асоціацій, а й ширшому колу учасників біржової торгівлі, оскільки зниження громадської довіри до фахівців підриває основи їх бізнесу, призводить до втрати прибутку. Інтереси професійних асоціацій у нормальному функціонуванні ринку цінних паперів багато в чому збігаються з інтересами держави.

На міжнародному, або наднаціональному, рівні регулювання ринку цінних паперів здійснюється спеціалізованими інститутами, до участі в яких залучаються регулятори таких ринків різних країн світу з метою об'єднання зусиль комісій із цінних паперів щодо регулювання міжнародного руху капіталів та створення сприятливого клімату для ефективного перерозподілу коштів, а також обміну

досвідом та уніфікації методів виявлення та запобігання шахрайству в цьому секторі. До таких інститутів регулювання ринків цінних паперів належать універсальні (OECD) та спеціалізовані (IOSCO) міжнародні організації, регіональні утворення (ЄС) та договірні двосторонні та багатосторонні альянси, які охоплюють більшість країн сучасного цивілізованого світу.

МІЖНАРОДНА ОРГАНІЗАЦІЯ КОМІСІЙ З ЦІННИХ ПАПЕРІВ ТА ОРГАНІЗАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА

Міжнародна організація комісій з цінних паперів (International Organisation of Securities Commissions – IOSCO). Це міжнародна спеціалізована організація, що об'єднує більше 170 членів з понад 80 країн світу. Вона є провідним наднаціональним органом регулювання міжнародного ринку цінних паперів.

Мета її створення:

- об'єднання державних органів країн світу для забезпечення кращого регулювання ринків цінних паперів;
- обмін досвідом у відповідних галузях економіки для сприяння розвитку внутрішніх ринків;
- об'єднання зусиль, спрямованих на визначення стандартів щодо ефективності здійснення міжнародних операцій з цінними паперами;
- взаємодопомога у забезпеченні інтеграції ринків цінних паперів;
- введення стандартів з ефективного правозастосування проти зловживань на фондовому ринку.

IOSCO складається з постійних комітетів (Президентський, Виконавчий, Технічний, Комітет нових ринків та Консультативний); чотирьох регіональних комітетів та тимчасових робочих груп, які створюються в межах кожного з комітетів для розв'язання конкретних проблем та завдань і вироблення рекомендацій у вузьких напрямках сфер діяльності організації.

Президентський комітет, який збирається один раз на рік на щорічну конференцію, складається з керівників усіх країн — членів

IOSCO і має всі необхідні повноваження для досягнення цілей організації.

Виконавчий Комітет складається з 12 осіб — представників від кожного з регіональних комітетів, а також голів Комітету нових ринків і Технічного комітету. Члени Виконавчого комітету збираються двічі на рік для обговорення поточних проблем організації.

Регіональні комітети працюють на постійній основі; головною метою їх є розв'язання конкретних проблем, які виникають на ринку цінних паперів даного регіону.

Технічний комітет складається з 16 агентств, які регулюють найрозвинутіші та найбільші ринки цінних паперів світу. Метою цього комітету є перевірка основних регулятивних підходів щодо здійснення міжнародних операцій з цінними паперами та координація практичних аспектів у цій галузі. Роботу Технічного комітету можна умовно поділити на п'ять функціональних напрямів, за кожним з яких працює відповідна робоча група:

- розкриття інформації та бухгалтерський облік на міжнаціональному рівні;
- регулювання вторинних ринків;
- регулювання діяльності ринкових посередників;
- правозастосування та обмін інформацією;
- інвестиційний менеджмент.

Комітет нових ринків сприяє розвитку та вдосконаленню ринків цінних паперів країн, що розвиваються, шляхом визначення принципів та мінімальних стандартів функціонування ринків, реалізації навчальних програм для персоналу, а також обміну інформацією стосовно тенденцій розвитку фондового ринку.

Консультаційний комітет є поєднувальною ланкою між IOSCO, саморегульованими організаціями та іншими міжнародними організаціями, які працюють у сфері фондового ринку.

З моменту свого створення Міжнародна організація комісій з цінних паперів значно розширилася й стала домінуючим міжнародним форумом з організації та регулювання ринків цінних паперів і ф'ючерсів. Членами IOSCO можуть бути комісії з цінних паперів або інші органи виконавчої влади, на які покладено функції регулювання ринку цінних паперів у відповідній країні. Членство в IOSCO може бути постійним, асоційованим або афілійованим. Кожен з постійних членів організації має один голос при голосуванні, може

входити до відповідних комітетів та до Президентського комітету. Асоційовані члени IOSCO не мають права голосу та не можуть входити до складу Виконавчого комітету, але належать до Президентського комітету. Афілійовані члени IOSCO не мають права голосу, не можуть бути членами як Виконавчого, так і Президентського комітетів. При цьому афілійовані члени, якими виступають саморегульовані організації, входять до складу Консультативного комітету.

Під час роботи XXI щорічної конференції IOSCO в Монреалі на засіданні Президентського комітету у вересні 1996 р. Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку України було прийнято до IOSCO на засадах постійного членства. Комісія України входить до складу Комітету нових ринків і працює в Європейському регіональному комітеті.

Рішення IOSCO оформляються у вигляді резолюцій, які мають рекомендаційний характер для постійних членів організації щодо приєднання до них. Резолюції визначають світові стандарти, які прийняті у практиці роботи на фондовому ринку багатьма країнами світу. Вони подають у чіткій, стислій формі схеми ефективної організації фондового ринку і міжнародні принципи співпраці на ринку цінних паперів. Приєднання членів організації до певної резолюції означає прийняття відповідною країною правових норм та принципів, викладених у резолюції, та їхню інкорпорацію у відповідне внутрішньодержавне законодавство.

Міжнародною організацією комісій з цінних паперів розроблено до 40 резолюцій, які визначають основні напрями спільних зусиль світової співдружності у регулюванні ринку цінних паперів.

Найважливішими з них, до яких приєдналася й Україна, є:

- Резолюція IOSCO про нагляд за фінансовими конгломератами 1992 р.;
- Резолюція IOSCO стосовно врегулювання міжнародних угод з цінними паперами та їхніми похідними, які здійснюються з порушеннями 1993 р.;
- Резолюція про співробітництво у сфері регулювання ринку цінних паперів 1995 р.;
- Резолюція IOSCO про правозастосування на ринку цінних паперів 1997 р.

Іншим важливим базовим документом організації є міжнародні стандарти та принципи регулювання ринку цінних паперів, які були

прийняті на щорічних зборах IOSCO у 1998 р., зі змінами та доповненнями від 2001 р. Міжнародні стандарти та принципи регулювання ринків цінних паперів є основоположним документом організації, який розкриває весь спектр основних вимог до регулювання ринку цінних паперів, викладених у 30 принципах.

Ці принципи регулювання фондового ринку рекомендовані для всіх членів організації та повинні бути практично запроваджені у відповідній законодавчій структурі таким чином, щоб відповідати трьом основним завданням регулювання ринку цінних паперів:

- захист інвесторів;
- забезпечення функціонування справедливого, ефективного та прозорого ринку;
- зниження ризику.

Принципи об'єднані у вісім категорій:

- 1) стосовно установ, що регулюють ринок цінних паперів (регуляторів);
- 2) саморегулювання;
- 3) правозастосування на ринку цінних паперів;
- 4) співробітництво у регулюванні;
- 5) діяльність емітентів;
- 6) стосовно схем колективного інвестування;
- 7) діяльність ринкових посередників;
- 8) щодо вторинного ринку.

Використовуючи запропоновану IOSCO систему оцінки, кожний з членів організації на регулярній основі (не рідше одного разу на три роки) повинен здійснювати власну оцінку відповідності міжнародним принципам регулювання ринку цінних паперів, результати якої є загальнодоступними, зокрема розміщуються на зовнішньому сайті IOSCO.

Державна комісія із цінних паперів та фондового ринку України приєдналася до всіх основних резолюцій IOSCO, які регламентують міжнародно прийняті принципи регулювання ринків цінних паперів країн — членів цієї організації. Крім того, відповідно до результатів програми оцінки фінансового сектору України, яка здійснювалася спільно Світовим банком та Міжнародним валютним фондом в Україні у 2002 р. з метою визначення ступеня розвиненості ринку та його відповідності стандартам міжнародно-правового регулювання у певній сфері, міжнародні фахівці визнали, що

система регулювання ринку цінних паперів України повністю відповідає 19 стандартам та частково — дев'яти із 30 стандартів регулювання ринку цінних паперів, затверджених IOSCO у 1998 р. з поправками від 2000 р.

Державна комісія із цінних паперів та фондового ринку (ДКЦПФР) бере активну участь у діяльності робочих груп, які створюються в межах комітетів IOSCO з метою об'єднання зусиль у виробленні кращої практики регулювання певної сфери діяльності ринку цінних паперів на підставі передового досвіду членів IOSCO.

Така активна позиція ДКЦПФР у роботі організації дає можливість брати безпосередню участь у виробленні міжнародних норм регулювання діяльності на ринку цінних паперів і забезпечує доступ до найостанніших напрацювань у сфері регламентування фондового ринку. Вона заохочує до активізації співпраці між регуляторами з метою обміну інформацією щодо протистояння правопорушенням на ринку цінних паперів, особливо міжнаціонального характеру, та зближення стандартів регулювання професійної діяльності на фондових ринках різних країн для полегшення та оптимізації роботи їх учасників та сприяння виходу на зарубіжні ринки.

Організація міжнародного співробітництва та розвитку (Organization for Economic Cooperation and Development — ОЕСР/ОЕСД). Це міжнародна організація, яка об'єднує 30 країн-членів. Основна мета її — координація та об'єднання зусиль для обговорення, розроблення і посилення економічної та соціальної політики. Члени ОЕСР шляхом порівняння свого досвіду знаходять спільні рішення щодо загальних проблем, координуючи таким чином національні та міжнародні стратегії економічної політики для досягнення послідовної та цілісної практики на глобальному рівні. Ця співпраця втілюється в запровадженні рекомендацій та директив щодо кращої практики або в розробленні спільних кодексів, скажімо, стосовно вільного обігу капіталу та послуг, чи домовленості щодо боротьби із шахрайством у міжнародному бізнесі.

Організація представлена групою індустріальних країн із розвинутою ринковою економікою, демократією та визнанням прав людини. Країнам — членам ОЕСР належать дві третини світового виробництва товарів та послуг, вони є джерелом понад 80 % обсягу прямих іноземних інвестицій світу. Спершу до складу організації входили лише країни Північної Америки та ЄС, згодом до них приєдналися

Японія, Австралія, Нова Зеландія, Фінляндія, Мексика, Південна Корея, а також Чехія, Угорщина, Польща та Словачія.

Організація не є “закритим клубом”. Через Центр ОЕСР із співпраці з країнами, які не є членами організації, налагоджене активне співробітництво з рештою держав світу через програми ОЕСР, зокрема у країнах Центральної та Східної Європи, Азії та Латинської Америки. На поточний момент ОЕСР здійснює політику співробітництва з багатьма країнами світу, що не є членами організації. Програми Центру із співпраці з не членами ОЕСР створюють так звані “платформи” для обміну думками і досвідом у багатьох галузях, у тому числі міжнародного інвестування, які виходять за межі постійних організацій.

Зважаючи на те, що більшість членів ОЕСР є країнами з розвинутою економікою, розвитку міжнародного ринку цінних паперів та уніфікації регулювання даного сектору приділяється значна увага організації. Зокрема, нею розроблено загальні принципи акціонерного законодавства для країн з перехідною економікою, які дають чітке розмежування регулятивної діяльності у країнах із розвиненим ринком та в країнах з економікою, що розвивається, а також, не визначаючи якоїсь універсальної моделі розвитку ринку, містять загальні принципи акціонерного законодавства із різноманітних аспектів діяльності компаній на різних етапах розвитку економіки.

Наступним етапом уніфікації регулятивної діяльності у сфері ринку цінних паперів стало розроблення “Принципів корпоративного управління ОЕСР”. Так, 1998 р. Рада ОЕСР закликала організацію розробити стандарти та норми корпоративного управління у співробітництві з урядами країн, іншими заінтересованими міжнародними організаціями та приватним сектором, які б базувалися на досвіді країн-членів, що вдавалися до таких спроб у національному масштабі, а також на результатах попередньої роботи ОЕСР, у тому числі роботи Рекомендаційної групи з корпоративного управління в бізнес-секторі.

У розроблених принципах відображено першу ініціативу організації створити основні елементи режиму ефективного корпоративного управління. На думку розробників принципів, вони можуть використовуватися урядами як орієнтир для оцінки й удосконалення законодавчої та регулятивної бази, а також учасниками приватного

сектору, які беруть участь у розробленні систем і вдосконаленні практики корпоративного управління.

Документ містить чітке твердження про те, що наразі не існує єдиної моделі найкращого корпоративного управління. Наявність різних правових систем, інституційних баз та традицій означає, що у світі існують різні підходи до цього питання. Характерною ознакою всіх режимів ефективного корпоративного управління є пріоритет інтересів акціонерів, які довіряють товариствам доцільно та ефективно використовувати їхні кошти. Хоча принципи не мають обов'язкового характеру, в кінцевому підсумку оцінка корпоративних режимів та серйозне ставлення до них — в інтересах самих країн.

Принципи ОЕСР з корпоративного управління є складовою широкої міжнародної діяльності, спрямованої на стимулювання прозорості, цілісності та верховенства закону. Серед інших ініціатив ОЕСР щодо цієї діяльності варто згадати Конвенцію про боротьбу з хабарництвом у міжнародних господарських операціях; рекомендації для транснаціональних підприємств; документи спрямовані на боротьбу з недобросовісною податковою конкуренцією та великими картелями; рекомендації стосовно етичної поведінки в галузі надання громадських послуг; результати діяльності Робочої групи з розроблення фінансових заходів проти відмивання грошей та ін.

Участь України в діяльності ОЕСР здійснюється через Директорат співробітництва з країнами — не членами організації, який ініціює періодичні міжнародні заходи з метою вироблення конкретних рекомендацій щодо регулювання певної сфери економіки. Зокрема, у 1999 р. Організацією було ініційовано проведення низки міжнародних “круглих столів” з різних проблемних аспектів корпоративного управління. У 1999 та 2001 роках зазначені “круглі столи” відбувалися у Києві, що свідчить про активну участь та інтерес України у відпрацюванні міжнародних стандартів у сфері корпоративного управління.

У межах ініціативи було здійснено оцінку відповідності корпоративного сектору країн Центральної та Східної Європи принципам корпоративного управління ОЕСР, затвердженим у квітні 1998 р. З метою забезпечення відповідності цим принципам в Україні за підтримки міжнародних донорських організацій ініційовано розроб-

лення Національних принципів (кодексу) корпоративного управління. На урядовому рівні розроблення зазначеного кодексу регламентовано Указом Президента України від 2001 р. “Про розвиток корпоративного управління”.

СТАНДАРТИ РЕГУЛЮВАННЯ РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СПІВТОВАРИСТВІ

У ЄС сформувався третій за обсягами капіталізації ринок цінних паперів у світі (після Сполучених Штатів Америки та Японії), центри якого зосереджено у Лондоні, Франкфурті, Мадриді, Лісабоні та Стокгольмі.

Упродовж існування ЄС та відповідно до ст. 3 Договору про створення ЄС Співтовариство взяло на себе зобов'язання щодо “зближення законодавства країн-членів такою мірою, щоб функціонував спільний ринок”. Таким чином, аналогічно іншим сферам економічної та соціально-правової діяльності ЄС, ринок цінних паперів у своєму функціонуванні керується єдиними принципами та стандартами, запровадженими в межах території спільного ринку. Регулювання діяльності на ринку цінних паперів здійснюється двома генеральними директоратами: Генеральним директоратом з питань вільного руху капіталів та Генеральним директоратом з питань регулювання внутрішнього ринку. Законодавчі повноваження інститутів ЄС визначено ст. 180 Договору про створення ЄС: “З метою виконання своїх обов'язків Рада та Комісія відповідно до положень цього Договору можуть ухвалювати регламенти, директиви і рішення, надавати рекомендації та робити висновки”.

З наведених вище видів нормативно-правових актів ЄС регламент має загальний характер, обов'язкову силу і застосовується безпосередньо у всіх країнах ЄС; директива має обов'язкову силу для країни ЄС, якій вона адресована, проте національні інстанції вільні обирати форми і засоби її виконання; рішення є індивідуальним актом, адресованим конкретній особі або кільком особам; рекомендації та висновки обов'язкової сили не мають.

Провідною формою врегулювання відносин на ринку цінних паперів країн ЄС є директива. Директиви щодо ринку цінних паперів стосуються допуску їх на фондову біржу, випуску проспекту емісії, а також регулярного надання докладної інформації про себе компаніями, які працюють на цьому ринку. Директиви ЄС, призначені для створення єдиного ринку цінних паперів щодо питань випуску (емісії) цінних паперів та їх обігу, як зазначалося вище, належать переважно до компетенції Генерального директорату з питань внутрішнього ринку. Ці директиви стосуються функціонування як первинного ринку цінних паперів, так і вторинного.

На рівні права ЄС, зокрема, регулюються:

- діяльність на фондовому ринку;
- умови започаткування та здійснення діяльності осіб, які надають послуги на цьому ринку;
- умови функціонування інвестиційних фондів;
- спрощення процедури розміщення сертифікатів інвестиційних фондів на території всього Співтовариства;
- вимоги щодо пропонування цінних паперів невизначеному колу осіб (відкритий продаж);
- встановлення мінімальних вимог щодо інформації, яку має бути розкрито невизначеному колу осіб;
- спрощення процедури транскордонного випуску цінних паперів та ін.

Основними актами права ЄС, що врегульовують функціонування фондового ринку є:

1) Директива Ради 93/22/ЕЕС від 10 травня 1993 р. щодо інвестиційних послуг у сфері цінних паперів;

2) Директива Ради 85/611/ЕЕС від 20 грудня 1985 р. щодо узгодження законів, підзаконних та адміністративних актів, що стосуються інститутів спільного інвестування у цінні папери.

Ці нормативні акти мають різні сфери застосування та є взаємодоповнюваними. Зокрема, Директива 93/22 застосовується до:

- безпосередньо суб'єктів інвестиційної діяльності (інвестиційних компаній);
- кредитних установ, що надають інвестиційні послуги (на підставі відповідної ліцензії).

У свою чергу, Директива 85/611 застосовується виключно до інститутів спільного інвестування у цінні папери.

До інструментів фондового ринку в ЄС належать:

- цінні папери, що перебувають у вільному обігу;
- інструменти грошового ринку;
- похідні цінні папери (у тому числі опціони, ф'ючерсні угоди та форварди).

Опціон (лат. *option* — вільний вибір) — стандартний документ, який засвідчує право придбати (продати) цінні папери (товари, кошти) на визначених умовах у майбутньому, з фіксацією ціни на час укладання опціону або на час такого придбання за рішенням сторін контракту (Закон України “Про оподаткування прибутку підприємств” від 28 грудня 2004 р.).

Ф'ючерсна угода (англ. *future* — майбутнє) згідно з цивільно-правовою практикою західних держав — спеціальна строкова угода з приводу купівлі (продажу) цінних паперів (товарів, валютних цінностей) за фіксованою на момент укладання угоди ціною і виконанням операції через певний період (здебільшого 2–3 роки). До закінчення терміну угоди вноситься невелика сума, яка певною мірою гарантує її виконання. В цих угодах третім учасником є біржа, розрахункова палата як посередник між продавцем і покупцем.

Форвард (англ. *forward* — вперед) — форма термінових швидких розрахунків, що здійснюються не пізніше, ніж через 2–3 дні після укладання угоди, банками, промисловими фірмами з метою уникнення можливих збитків від коливань зміни цін, курсу валют. За форвардною угодою продавець і покупець погоджуються на купівлю (продаж) цінних паперів (товарів, валютних цінностей) на певну дату. Ціна реалізації визначається в момент укладання угоди.

У біржовій практиці України ф'ючерсні та форвардні угоди мають дещо інше значення.

Суб'єктами ринку цінних паперів ЄС, відповідно до Директиви 93/22, є будь-які юридичні особи, основний вид діяльності яких — надання інвестиційних послуг для третіх осіб на професійній основі. За законодавством ЄС держави-члени можуть прирівняти до інвестиційних компаній ті суб'єкти, які не мають статуту юридичної особи, за умови, що:

- їхній юридичний статус гарантує рівень захисту інтересів третіх осіб, еквівалентний тому, що забезпечує статус юридичної особи;

- вони підлягають відповідному нагляду з боку регулятивного органу, відповідно до їх організаційно-правової форми.

Таким чином, у законодавстві ЄС немає прямої заборони щодо поширення державами-членами поняття “суб’єкт інвестиційної діяльності” також на відповідних фізичних осіб. Проте, якщо такі фізичні особи надають інвестиційні послуги із зберігання цінних паперів чи коштів третіх осіб, це дозволяється лише за дотримання певних умов:

1) право власності третіх осіб на такі цінні папери та кошти повинні бути захищені, зокрема від претензій кредиторів (щодо стягнення на майно, відшкодування збитків та претензії іншого характеру), заявлених до суб’єкта інвестиційної діяльності (в даному випадку — сукупності фізичних осіб) або до його власників, так само, як і у разі неплатоспроможності суб’єкта інвестиційної діяльності чи його власників;

2) на суб’єкта інвестиційної діяльності, так само, як і на його власників, повинні поширюватися відповідні норми щодо критеріїв платоспроможності;

3) річна звітність суб’єкта інвестиційної діяльності має перевірятися аудитором, кваліфікація якого визнається за національним правом;

4) якщо власником суб’єкта інвестиційної діяльності є одна особа, вона має вжити відповідних заходів з тим, щоб забезпечити захист інтересів інвесторів на випадок припинення діяльності суб’єкта з причини смерті, втрати дієздатності та в інших подібних випадках.

Діяльність на ринку цінних паперів ЄС здійснюється його учасниками на підставі отримання відповідної ліцензії, порядок надання якої також встановлено відповідно до Директиви 93/22:

- прийняття та розміщення від імені клієнта замовлень стосовно одного або кількох інструментів фондового ринку;
- виконання наведених вище замовлень за рахунок третіх осіб;
- укладання угод з одним чи кількома інструментами фондового ринку від свого імені й власним коштом;
- управління інвестиційними портфелями за дорученням інвесторів, на власних розсуд та на основі індивідуального підходу, якщо такі портфелі містять один або кілька інструментів фондового ринку;
- андеррайтинг інструментів фондового ринку та їх розміщення в процесі емісії.

Андеррайтинг (англ. *underwriting* — підписання, купівля) — купівля на первинному ринку цінних паперів з наступним їх перепродажем інвесторам; укладання договору про гарантування повного або часткового продажу цінних паперів емітента інвесторам, про повний або частковий їх викуп за фіксованою ціною з наступним перепродажем або про накладання на покупця обов'язку робити все можливе, щоб продати якомога більше цінних паперів, не беручи зобов'язання придбати будь-які цінні папери, що не були продані.

Крім наведених вище послуг, для здійснення яких передбачено спеціальний режим правового регулювання, існують також інші послуги, яким приділяється особлива увага на рівні європейського права. Йдеться про так звані додаткові послуги, які учасники фондового ринку можуть надавати разом з основними. Проте надання окремо додаткових послуг, без надання основних, не допускається.

Відповідно до Директиви 93/22, додатковими послугами на ринку цінних паперів ЄС є:

- послуги відповідального зберігання (обслуговування депозитних скриньок);
- надання кредитів та позик інвестору для забезпечення йому можливості виконати операцію з одними або кількома інструментами ринку цінних паперів, якщо її учасником виступає позикодавець;
- консультації підприємствам з питань структури активів, стратегії виробництва та пов'язаних з цим питань, а також консультації та послуги, пов'язані із злиттям та придбанням підприємств;
- послуги, пов'язані з андеррайтингом;
- консультації щодо інвестицій в один чи декілька інструментів фондового ринку;
- послуги з обміну валют, якщо вони пов'язані з наданням інвестицій.

Крім положень національного права, якими має бути визначено мову виданої ліцензії, існують також окремі умови, що висуваються до суб'єктів на рівні права ЄС. Так, Директива Ради ЄС 93/22 вимагає, щоб учасники фондового ринку відповідали вимогам про достатність капіталу, належне керівництво. Окрема увага також приділяється обов'язковості представлення компетентному органу програми діяльності, де, зокрема, повинні чітко зазначатися види операцій, які має на меті здійснювати суб'єкт, та структура його організації.

Обсяг та зміст інформації, що підлягає розкриттю, регулюється положеннями Директиви Ради 89/298 від 17 квітня 1989 р. про вимоги стосовно встановлення, впорядкування та розповсюдження проспекту емісії, що буде виданий за пропозиції цінних паперів, які підлягають обігу. Директива 89/298 має на меті захист інвесторів від ризиків, пов'язаних з інвестиціями в цінні папери, а також підвищення довіри до цінних паперів, що перебувають в обігу.

Таким чином, на рівні права ЄС визначено умови започаткування та здійснення діяльності особами, які є учасниками ринку цінних паперів, умови функціонування інвестиційних фондів та випуску цінних паперів.

Умови започаткування та здійснення діяльності учасниками ринку цінних паперів ЄС мають багато спільного з відповідними умовами щодо банків. Тому спостерігається певна зона перетину діяльності небанківських інвестиційних компаній та банків, що надають інвестиційні послуги.

Умови діяльності інвестиційних фондів мають на меті спрощення процедури розміщення сертифікатів інвестиційних фондів на території всього співтовариства. Починаючи із 70-х років, за зростаючої капіталізації ринків та глобалізації фінансових потоків у полі уваги Ради Європи опинилися проблеми, пов'язані з обігом цінних паперів та інсайдерською інформацією.

1970 р. у Гаазі було укладено Конвенцію про вето на цінні папери на пред'явника у міжнародному обігу № 72 (Конвенція щодо цінних паперів). З урахуванням того, що міжнародний обіг цінних паперів постійно зростає, а захист прав їх законних тримачів відповідно ускладнюється, Конвенція запровадила процедуру, згідно з якою особа, яку було незаконно позбавлено цінних паперів, одержала можливість розміщувати вето на їх обіг на території усіх держав — учасниць Конвенції. Вето занотовується у міжнародному бюлетені, який друкується в усіх інших договірних державах. Відповідно до цих даних професійним посередникам на ринку цінних паперів надається право відмовитися від участі в операціях купівлі-продажу зазначених у бюлетені цінних паперів. Вони несуть ризики та відповідальність, пов'язані з участю у таких операціях.

До розроблення і підписання 1989 р. у Страсбурзі Конвенції про інсайдерську торгівлю № 130 держави спонукала постійно зроста-

юча кількість інсайдерських операцій, здійснюваних нерезидентами. Небезпека інсайдерських операцій полягає у тому, що вони підривають принципи, на яких будується ринок цінних паперів, — однаковий доступ до інформації усіх ринкових операторів; належна якість інформації, що надається інвесторам, здійснення посередницьких операцій в інтересах клієнта.

Існуючі на час прийняття Конвенції механізми правового співробітництва виявилися не дуже пристосованими для обміну цією досить специфічною інформацією. З урахуванням цього Конвенцією було запроваджено гнучкий механізм міжнародного співробітництва у формі прямого обміну інформацією про інсайдерські операції між компетентними органами держав.

Істотним внеском у гармонізацію права держав стало вироблення та закріплення у Конвенції загальноєвропейського визначення інсайдерських операцій. До них віднесено операції, здійснювані особою, яка є головою, президентом, членом Ради директорів, іншого адміністративного чи наглядового органу, уповноваженим агентом або найманим службовцем емітента і свідомо використовує з метою створення переваг для себе або третьої сторони відому їй за посадою нерозкрити інформацію, оприлюднення якої має істотний вплив на ринку цінних паперів. До інсайдерських належать операції за участю інших осіб, які одержали відповідну інформацію внаслідок виконання службових обов'язків або від якоїсь із зазначених вище осіб.

АДАПТАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ РЕГУЛЮВАННЯ ФОНДОВОГО РИНКУ

Регулювання фондового ринку є державною політикою, тому його слід розглядати в аспекті ролі держави у сфері випуску й обігу цінних паперів. Цю роль можна тлумачити як функції управління, участі, впливу або регулювання. Стосовно фондового ринку держава виконує кожен з цих функцій, але пріоритет, безперечно, належить функції регулювання. Саме регулювання забезпечує оптимальний рівень впливу держави на фондовий ринок. Тому головними прин-

ципами державного регулювання фондового ринку є орієнтація на загальнонаціональні інтереси та міжнародні принципи і стандарти стимулювання інвестиційної діяльності. Реалізація цього принципу пов'язана з вирішенням двох завдань:

- 1) сприяння активній інвестиційній діяльності та інноваційному процесу на засадах розвитку наукомістких виробництв;
- 2) підтримка процесу приватизації через розвиток вторинного ринку цінних паперів і на цій основі сприяння реалізації радикальної економічної реформи;

Розв'язання цих завдань неможливе без регулювання фондового ринку державою. Ця обставина додатково посилюється тим, що фондовому ринкові притаманний рух капіталів, який забезпечується обігом різноманітних видів цінних паперів та їх похідних, що залежать від законодавчої бази і системи правовідносин власності. Не випадково, як свідчить досвід економічно розвинутих країн, фондовий ринок є одним з найбільш регламентованих і "регульованих" на відміну, наприклад, від товарних або валютних ринків.

Міжнародне співробітництво України з питань приведення національної нормативно-правової бази держави у відповідність з міжнародними принципами та стандартами здійснюється на трьох рівнях:

- 1) Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку;
- 2) міжвідомчими робочими групами, які створюються відповідно до постанов та рішень уряду з метою узгодження дій щодо вироблення регулятивної політики у певних сферах;
- 3) урядом України шляхом приєднання до міжнародних конвенцій, які встановлюють стандарти регулювання ринку цінних паперів, підписання міжнародних меморандумів тощо.

Безпосередню відповідальність за адаптацію міжнародних принципів та стандартів у сфері регулювання ринку цінних паперів покладено на Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку¹, яку було створено згідно з Указом Президента України від 12 червня 1995 р. як центральний орган виконавчої влади, відповідальний за розроблення політики на ринку цінних паперів, ліцензування та регулювання діяльності його професійних учасників.

¹Відповідно до Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів", 1999 р.

За вісім років своєї діяльності Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку налагодила ефективне співробітництво з усіма міжнародними установами, які розробляють стандарти та принципи регулювання міжнародного ринку цінних паперів.

5.4. ПОДВІЙНЕ ОПОДАТКУВАННЯ

ВИЗНАЧЕННЯ ПРОБЛЕМИ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ

Практично всі країни світу мають власні правила, що регулюють податкові режими для своїх резидентів, які здійснюють ділову активність за кордоном, і для іноземних платників податку, які діють у країні. Відмінність підходів різних країн щодо певних питань оподаткування не тільки зумовлює складність в оформленні необхідної податкової звітності, а й призводить до такого феномену, як подвійне оподаткування.

Проблема подвійного оподаткування загострюється з посиленням інтернаціоналізації господарського життя, яка виявляється в багаторазовому зростанні міжнародного товарообміну та обсягів послуг, що надаються за межами країни. В податковій практиці й теорії розрізняють подвійне економічне та подвійне юридичне оподаткування.

Подвійне економічне оподаткування — ситуація, коли з одного й того самого доходу податок сплачують декілька його послідовних отримувачів. Це виявляється при оподаткуванні доходу підприємства як самостійного платника та при оподаткуванні доходу акціонера або пайовика при розподілі прибутку. Як правило, проблема економічного подвійного оподаткування розв'язується при розробленні національного податкового законодавства, в якому передбачено норми, що дають змогу певним способом зараховувати податок, сплачений на рівні підприємства, при визначенні податкових зобов'язань акціонера.

Згідно зі ст. 17 ГКУ “Податки в механізмі державного регулювання господарської діяльності” система оподаткування в Україні, податки і збори визначаються виключно законами України. Система

оподаткування будується за принципами економічної доцільності, соціальної справедливості, поєднання інтересів суспільства, держави, територіальних громад, суб'єктів господарювання та громадян. З метою вирішення найважливіших економічних і соціальних завдань держави закони, якими регулюється оподаткування суб'єктів господарювання, повинні передбачати:

- оптимальне поєднання фіскальної та стимулюючої функцій оподаткування;
- стабільність (незмінність) протягом кількох років загальних правил оподаткування;
- усунення подвійного оподаткування;
- узгодженість з податковими системами інших країн.

Ставки податків мають нормативний характер і не можуть встановлюватись індивідуально для окремого суб'єкта господарювання. Система оподаткування в Україні повинна передбачати граничні розміри податків і зборів, які можуть стягуватися із суб'єктів господарювання. При цьому податки та інші обов'язкові платежі, що відповідно до закону зараховуються до ціни товарів (робіт, послуг) або до їх собівартості, сплачуються суб'єктами господарювання незалежно від результатів їх господарської діяльності.

Подвійне юридичне оподаткування — ситуація, коли один і той самий платник податку оподатковується стосовно одного й того самого доходу однаковими або порівнянними податками два й більше разів за один період. В принципі подібна ситуація може виникати й у тому випадку, коли платник податку здійснює діяльність лише в одній країні. Таке подвійне оподаткування може виникнути при невідповідності загальнодержавного (центрального, федерального, конфедеративного) законодавства і законодавства на рівні регіонів (штатів, провінцій, областей, земель), а також на рівні органів місцевого самоврядування. Проте, якщо в одній країні ця проблема може бути вирішена шляхом приведення регіонального і місцевого законодавств у відповідність із загальнодержавним, то у міжнародних економічних відносинах подвійне і навіть багаторазове економічне та юридичне оподаткування здійснюються на основі податкового законодавства суверенних держав і можуть бути усунені лише шляхом узгодження численних і складних питань на міждержавному рівні.

У запобіганні подвійному оподаткуванню доходів і майна зацікавлені не тільки платники податку, податковий тягар яких набага-

то зростає при послідовному оподаткуванні одного й того самого об'єкта у різних країнах, а й самі країни, що прагнуть до збільшення внутрішнього і зовнішнього товарообігу, залучення іноземних інвестицій і підвищення конкурентоспроможності окремих національних підприємств та економіки у цілому. Податковий тягар на юридичних і фізичних осіб, які діють у сфері міжнародних економічних відносин, без усунення подвійного оподаткування може сягати таких розмірів, що будь-яка участь у міжнародному розподілі праці для них стане економічно невиправданою [70; 98; 99; 137].

Запобігання подвійному економічному та юридичному оподаткуванню в принципі можливе і в односторонньому порядку. Для цього країна постійного місця перебування платника податку може дозволити йому при виконанні податкових зобов'язань враховувати податки, сплачені ним за кордоном. Проте це може призвести до невиправданих втрат бюджету, а також до різного роду махінацій з боку недобросовісних платників податку. Крім того, у цьому разі країна постійного місцеперебування виступає донором тієї країни, де її громадянин (або підприємство) здійснює економічну діяльність.

Іншим шляхом врегулювання проблеми подвійного оподаткування є укладання міжнародних угод. Країни, що підписують такі угоди, йдуть на взаємний компроміс, домовляючись, які податки і з яких категорій платників податку утримуватимуться на території кожного учасника угоди.

Теоретично можна виділити два основних принципи оподаткування: за ознакою територіальності та резидентства. Відповідно до *принципу територіальності* країна оподатковує тільки ті доходи, які пов'язані з діяльністю, що здійснюється на її території. Доходи, які отримують громадяни і підприємства цієї країни за межами її території, не входять до складу доходів, що підлягають оподаткуванню.

Принцип резидентства полягає в тому, що будь-який платник податку, що визнається постійним мешканцем країни (резидентом), підлягає оподаткуванню щодо всіх доходів з усіх джерел, у тому числі й закордонних. Статус резидента визначається за нормами національного законодавства, що різняться стосовно фізичних і юридичних осіб. Більшість країн у своїй податковій політиці використовуює поєднання цих принципів.

У сучасних умовах діяльність багатьох підприємств набула міжнародного характеру, тобто здійснюється на території декількох країн.

Тому часто виникає питання про розподіл і перерозподіл доходів підприємства між джерелами, розташованими у різних країнах. Особливо важлива ця проблема для транснаціональних компаній, діяльність яких у сфері міжнародних економічних відносин є основною.

Міжнародне оподаткування юридичних осіб у принципі подібне до міжнародного оподаткування фізичних осіб, але має певну специфіку як у визначенні суб'єкта оподаткування, так і в обчисленні бази оподаткування. Крім того, існують норми і правила міжнародного оподаткування, які діють лише стосовно юридичних осіб, наприклад угоди про уникнення подвійного оподаткування дивідендів.

Проблеми міжнародного оподаткування юридичних осіб можна поділити на такі групи:

- визначення національної прив'язки юридичної особи — суб'єкта оподаткування;
- порядок визначення режиму діяльності іноземної юридичної особи на території країни діяльності;
- проблеми, пов'язані з визначенням джерела доходу;
- урахування податків, сплачених за кордоном, при визначенні податкових зобов'язань у країні постійного місця перебування;
- порядок визначення податкової бази з прибуткового оподаткування при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності між взаємозалежними економічними агентами.

На відміну від фізичних осіб, національну належність яких іноді складно визначити (через режим подвійного громадянства, відсутність громадянства або невідповідність громадянства і постійного місця проживання), юридичні особи завжди мають єдине місце реєстрації, яке є основною юридичною адресою. В країні реєстрації всі юридичні особи завжди мають статус податкового резидента. Водночас такий статус юридична особа може одержати і в тій країні, в якій вона здійснює комерційну або іншу економічну діяльність. Для прив'язки комерційної діяльності до певної території використовують такі режими: діяльність через власну ділову установу, діяльність через незалежного агента і діяльність за контрактами, що укладаються з місцевими фірмами.

Джерела доходу юридичної особи можуть визначатися за місцем укладання угоди, за місцем перебування у покупця товару або споживача послуг, за місцем фактичного передання товару або переходу

права власності на товар. Внаслідок специфіки оподаткування фізичних та юридичних осіб у сфері міжнародних економічних відносин угоди про уникнення подвійного оподаткування доходів і майна містять як загальні норми і правила, так і окремі спеціальні статті та положення, дія яких поширюється тільки на фізичних або тільки на юридичних осіб [137; 184; 207].

Відповідно до ст. 385 ГКУ “Принципи оподаткування при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності” оподаткування суб’єктів зовнішньоекономічної діяльності має здійснюватися за такими принципами:

- встановлення рівня оподаткування, виходячи з необхідності досягнення і підтримання самоокупності суб’єктів зовнішньоекономічної діяльності та забезпечення бездефіцитності платіжного балансу України;
- гарантування стабільності видів і розміру податків, визначення податків і зборів (обов’язкових платежів), а також статусу іноземних валют на території України виключно законом;
- забезпечення рівності суб’єктів зовнішньоекономічної діяльності при встановленні ставок податків;
- заохочення експорту продукції вітчизняного виробництва.

Податкові пільги надаються виключно відповідно до закону, як правило, суб’єктам зовнішньоекономічної діяльності, які стабільно експортують наукову, наукомістку продукцію, їхній експорт перевищує імпорт за фінансовий рік і обсяг експорту становить не менше 5 % від обсягу реалізованих за фінансовий рік товарів. Ставки податків встановлюються та скасовуються відповідно до законів про оподаткування.

ЗМІСТ ТА ТЕРМІНОЛОГІЯ ДОГОВОРУ ПРО УНИКНЕННЯ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ

Зарубіжні економісти розрізняють дві категорії подвійного оподаткування: економічне та міжнародне. Під економічним, як зазначалося вище, розуміють податок на компанію як юридичну особу плюс прибутковий податок на розподілений прибуток на рівні

акціонерів. Міжнародне подвійне оподаткування — це одночасне обкладання в різних країнах ідентичними податками або такими, що мають однакову природу [44].

Призначення договору. Того, що національне законодавство країни містить положення про запобігання подвійному оподаткуванню, ще недостатньо для уникнення складнощів. Для ефективного забезпечення уникнення подвійного оподаткування ці положення повинні бути доповнені двосторонніми податковими договорами.

Основним призначенням двосторонніх податкових договорів є:

- запобігання податковим шахрайствам;
- уникнення подвійного оподаткування;
- запобігання ухиленню від оподаткування;
- розподіл податкових прав між договірними державами;
- запобігання податковій дискримінації.

Запобігання податковим шахрайствам. На нього здебільшого посилаються в назвах двосторонніх податкових договорів. Основні положення податкових договорів, що розглядають це питання, — обмін інформацією. Саме двосторонні угоди надають країнам, що співробітничать, юридичне право обмінюватися інформацією з податкових питань. Крім того, вони містять положення щодо порядку використання отриманої інформації. Спосіб обміну інформацією вибирається компетентними органами договірних держав. Взаємна допомога між податковими адміністраціями можлива тільки у разі впевненості кожної адміністрації в тому, що інша сторона поводитиметься конфіденційно з інформацією, яку вона одержує у процесі співробітництва.

Уникнення подвійного оподаткування. Забезпечується визначенням у відповідних конвенціях механізму його усунення, а також регламентацією дій особи, яка вважає, що дії держави (держав) призводять або призведуть до оподаткування, що не відповідає умовам цих конвенцій.

Запобігання ухиленню від оподаткування. Передбачає перелік видів прибутків, які можуть обкладатися податками, а також зазначення у конвенціях відповідних механізмів щодо коректування доходів і стягування податків.

Розподіл податкових прав між договірними сторонами. Передбачає положення, що обмежують право країни обкладати податком деякі статті доходу чи капіталу. Наприклад, податкові договори зазвичай визначають межу (як правило, 15 %) податків, які країна може

стягувати з дивідендів, що виплачуються резиденту іншої договірної держави. Оскільки країна, резидентом якої є власник акцій, здебільшого усуває будь-яке подвійне оподатковування дивідендів на підставі національного законодавства, практичний вплив цих положень полягає у визначенні способу розподілу урядами двох країн податку на дивіденди.

Запобігання податковій дискримінації. Держава не повинна застосовувати гірший податковий режим стосовно деяких платників податків на підставі того, що вони не є громадянами цієї держави, або до філій дочірніх підприємств іноземних компаній, ніж до національних підприємств. Правила стосовно відрахувань витрат з метою обчислення оподатковуваного прибутку, повинні застосовуватися однаковим чином як до резидентів, так і до нерезидентів.

Проте це не повинно тлумачитися як зобов'язання держави, яка надає спеціальні податкові пільги своїм громадським організаціям чи службам, поширювати ті самі пільги на аналогічні організації та служби іншої держави, а також як зобов'язання держав, що надають спеціальні податкові пільги некомерційним приватним організаціям, які працюють на суспільне благо, поширювати ті самі пільги на подібні організації, діяльність яких не спрямована на благо цієї держави.

Стосовно бази податкової оцінки принцип однакового режиму здебільшого має такі наслідки:

- постійному представництву повинні бути надані такі самі можливості щодо амортизації та резервів, що і підприємствам-резидентам. У деяких країнах підприємства мають право відкласти з оподатковуваного прибутку фонди або “резерви” для інвестицій. Якщо таким правом користуються всі підприємства, то за тих самих умов це право повинне належати підприємствам-нерезидентам в міру того, як діяльність цих фондів чи резервів оподатковується в даній державі;
- постійні представництва повинні мати такий самий вибір, як і у більшості країн підприємств-резидентів, щодо перенесення на інший час врахування збитків при закритті облікового періоду в межах визначеного терміну. Щодо врахування збитків, пов'язаних з власною комерційною діяльністю постійного представництва, як зазначено в окремих положеннях з цієї діяльності, надається право на таке перенесення;

- до постійних представництв повинні застосовуватися ті самі правила, що і до резидентських компаній, щодо оподаткування приросту капіталу чи відчуження майна в період діяльності або після її припинення.

Якщо оподаткування прибутку компаній-резидентів певної держави нараховується відповідно до прогресивної шкали ставок, така шкала повинна застосовуватися до постійного представництва, розташованого в цій державі. Щодо змінної податкової ставки оподаткування компаній, то більшість країн, які запровадили таку систему, не вважають себе зобов'язаними поширювати цю ставку на постійне представництво компаній-нерезидентів.

Наслідки договорів про запобігання подвійному оподаткуванню:

- якщо резидент однієї договірної держави одержує прибуток чи володіє капіталом, що може обкладатися податком в іншій договірній державі, перша згадана держава звільняє цей прибуток чи капітал від оподаткування або дозволяє вирахувати з податку на дохід цього резидента суму, яка дорівнює прибутковому податку, сплаченому в цій іншій державі, а також вирахувати з податку з капіталу цього резидента суму, що дорівнює податку з капіталу, сплачену в цій іншій державі;
- якщо резидент однієї договірної держави одержує деякі види доходів, що можуть обкладатися податком в іншій договірній державі, то перша згадана держава дозволяє вирахування з податку на дохід цього резидента суми, що дорівнює податку, сплаченому в цій іншій державі. Ці відрахування в будь-якому випадку не повинні перевищувати частину податку з прибутку або з капіталу, нараховану до відрахування стосовно доходу чи капіталу, що може обкладатися податком у цій іншій державі залежно від обставин.

Усе це досягається такими методами:

1) *метод повного звільнення* — держава резиденції не обкладає податком прибуток, що відповідно до договору може оподатковуватися в іншій державі, тобто прибуток, що може обкладатися податками в одній з договірних держав, зовсім не обліковується іншою державою з метою оподаткування, що не має права враховувати в такий спосіб звільнений дохід при визначенні податку, стягнутого з частини доходу, що залишилася;

2) *метод прогресивного звільнення* — дохід, що може обкладатися податком в одній з договірних держав, не обкладається податком і в іншій державі, яка, проте, зберігає за собою право врахувати цей дохід при визначенні податку, що накладається на іншу частину доходу;

3) *метод повного заліку* — держава резиденції нараховує свій податок на підставі сукупного доходу платника податків, у тому числі доходів в інших державах, що відповідно до договору про уникнення подвійного оподаткування можуть обкладатися податком в іншій державі. Після цього вона дозволяє вирахувати із власного податку суму податку, сплачену в іншій державі, тобто, держава резиденції дозволяє відрахування всієї суми податку, сплаченого в іншій державі, за доходом, що міг обкладатися податком у цій державі;

4) *метод звичайного заліку* — відрахування державою резиденції за податком, сплаченим в іншій державі, обмежується тією частиною власного податку, що стосується прибутку, який оподатковується в іншій державі.

Термінологія міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування. *Резидент договірної держави* — особа, яка за законодавством цієї держави підлягає оподаткуванню в ній на підставі місця проживання, постійного місця перебування, місцезнаходження керівного органу чи іншого аналогічного критерію.

Якщо фізична особа є резидентом обох договірних держав, її статус визначається в такий спосіб:

1) вона вважається резидентом тієї держави, де має у своєму розпорядженні постійне житло; якщо має постійне житло в обох державах, то вважається резидентом тієї держави, де її особисті й економічні зв'язки (центр життєвих інтересів) міцніші ;

2) якщо державу, в якій розташовано центр її життєвих інтересів, неможливо визначити або якщо вона не має у своєму розпорядженні постійного житла в жодній з країн, то вважається резидентом тієї держави, де проживає;

3) якщо вона проживає в обох державах чи не проживає в жодній з них, то вважається резидентом тієї держави, національною особою якої є;

4) якщо вона є національною особою обох держав, або не є національною особою жодної з них, то компетентні органи договірних держав вирішують це питання за взаємною згодою.

У разі, коли юридична особа є резидентом обох договірних держав, вона вважається резидентом у тій з них, де розташовано її фактичний керівний орган. Це положення стосується компаній та інших організацій, незалежно від того, чи є вони юридичними особами. На практиці зрідка трапляються випадки, коли компанія є суб'єктом оподаткування як резидента більш ніж однієї держави але це, звичайно, можливо. Наприклад, одна держава враховує місце реєстрації, а інша — місце розташування “фактичного керівного органу.”

Деякі конвенції з уникнення подвійного оподаткування дозволяють передання податкових повноважень державі місця керівного органу підприємства, інші надають перевагу “податковій адресі компанії”. Проте місце “фактичного керівного органу” вважається кращим критерієм для всіх осіб, крім фізичних.

Внутрішнє законодавство України накладає всеосяжне податкове зобов'язання — “повне податкове зобов'язання”, засноване на особистих зв'язках платників податків з даною державою (“держава резиденції”). Це податкове зобов'язання стосується не тільки осіб, які постійно проживають у державі (у тому розумінні, в якому “постійне місце проживання” зазвичай тлумачиться в законодавстві — приватне право). Повне податкове зобов'язання поширюється також на осіб, які перебувають постійно або протягом певного часу на території держави. Договори про уникнення подвійного оподаткування, як правило, не обмежуються внутрішнім законодавством договірних держав.

Термін “*особа*” передбачає фізичну особу, компанію і будь-яке інше об'єднання осіб.

Компанія — будь-яке корпоративне утворення або будь-яка організація, що для цілей оподаткування розглядається як корпоративне утворення.

Національна особа — будь-яка фізична особа, яка має громадянство договірної держави, або будь-яка юридична особа, товариство, асоціація, що одержали такий статус на підставі чинного законодавства договірної держави.

Термін “*підприємство*” тлумачиться відповідно до визначення національного законодавства (Закон України “Про підприємства”).

Постійне представництво — місце діяльності, через яке цілком або частково здійснюється комерційна діяльність підприємства. Термін “постійне представництво” передбачає:

- місце управління;
- філію (відділення);
- офіс;
- фабрику;
- майстерню;
- шахту, нафтову чи газову установку, кар'єр або будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів.

Будівельний майданчик, монтажний чи складальний об'єкт утворюють постійне представництво тільки в тому разі, якщо вони існують, як правило, понад 12 місяців. Підприємство не розглядається як таке, що має постійне представництво в договірній державі, якщо воно здійснює свою комерційну діяльність у цій державі через брокера, комісіонера або будь-якого іншого агента з незалежним статусом за умови, що ці особи діють у межах своєї звичайної діяльності.

ОПОДАТКУВАННЯ ПРИБУТКУ В УГОДАХ ПРО ЗАПОБІГАННЯ ПОДВІЙНОМУ ОПОДАТКУВАННЮ

Оподаткування прибутку є найважливішою частиною договорів. Воно охоплює:

- доходи від нерухомого майна;
- прибуток від комерційної діяльності підприємства;
- прибуток від міжнародного транспорту;
- дивіденди;
- відсотки;
- роялті;
- доходи від приросту капіталу;
- доходи від незалежних особистих послуг;
- доходи від роботи з найму;
- винагорода директорів;
- доходи діячів мистецтв і спортсменів;
- пенсії;
- доходи від державної служби;
- деякі доходи студентів;
- інші доходи.

Доходи від нерухомого майна. Доходи, які отримує резидент договірної держави (у тому числі прибуток від сільського і лісового господарства), що перебуває в іншій договірній державі, можуть обкладатися податками в цій іншій державі. Термін “нерухоме майно” повинен мати таке саме значення, як у законодавстві договірної держави, в якій це майно розташоване. Цей термін охоплює також:

- допоміжне майно до нерухомого майна;
- худобу й устаткування, які використовуються в сільському і лісовому господарствах;
- права, до яких застосовуються положення загального права стосовно земельної власності, узуфрукту¹ нерухомого майна;
- права на змінні чи фіксовані платежі, виплачувані як компенсація за розробку чи право на розробку мінеральних ресурсів, джерел та інших природних копалин.

Морські, річкові та повітряні судна не розглядаються як нерухоме майно. Доходами від нерухомого майна є також доходи, одержані від прямого використання, здавання в оренду, користування в будь-якій іншій формі нерухомим майном.

Прибуток від комерційної діяльності підприємства договірної держави. Обкладається податком тільки в цій державі, якщо таке підприємство не здійснює комерційну діяльність в іншій державі через розташоване там постійне представництво. Якщо підприємство здійснює комерційну діяльність таким чином, то його прибуток може обкладатися податком в іншій державі, але тільки в тій частині, що стосується цього постійного представництва. До прибутку постійного представництва належить прибуток, який воно могло б одержати, якби було відособленим окремим підприємством, зайнятим такою самою чи аналогічною діяльністю за тих самих умов, і діяло незалежно від підприємства, постійним представництвом якого воно є. При визначенні прибутку постійного представництва варто враховувати витрати, понесені для цілей такого постійного представництва, у тому числі управлінські та загальні адміністративні витрати, незалежно від того, відбувалися вони в державі, де розташоване постійне представництво, чи за її межами.

¹Право довічного користування чужим майном і доходами від нього за умови не піддавати його суттєвим змінам.

Ніякий прибуток не зараховуватиметься постійному представництву лише на підставі закупівлі ним товарів або виробів для підприємства.

Прибуток від експлуатації морських та повітряних суден. У міжнародних перевезеннях обкладається податками тільки у тій договірній державі, в якій розташовано фактичний керівний орган підприємства. Це положення застосовується також до прибутку від участі в спільному підприємстві чи в міжнародній організації з експлуатації транспортних засобів.

Одна з найбільш поширених проблем оподаткування — це визначення, яким чином доходи міжнародних судноплавних і повітряних компаній повинні бути розподілені різними країнами, між якими такі компанії перевозять вантажі та пасажирів. Стаття не застосовується до прибутку від оренди морських чи повітряних суден, зафрахтованих без екіпажа, за винятком випадку, якщо це непостійне джерело доходу підприємства, що займається міжнародною експлуатацією морських чи повітряних суден. До прибутку від експлуатації цих суден зараховується також дохід, отриманий від продажу пасажирських квитків від імені інших підприємств; експлуатації автобусної лінії, що сполучає місто з аеропортом; реклами і комерційної пропаганди; перевезення товарів автотранспортом між складами, портом чи аеропортом.

Відсотки. Нараховані в одній договірній державі та виплачувані резидентам іншої договірної держави відсотки можуть обкладатися податками в цій іншій державі. Такі відсотки можуть також обкладатися податками в тій договірній державі, в якій вони виникають. Але якщо одержувач є фактичним власником відсотків, стягнутий у такий спосіб податок не повинен перевищувати, як правило, 10 % від валової суми відсотків. “Відсотки” означають прибуток від боргових вимог будь-якого виду залежно від іпотечного забезпечення і від наявності права на участь у прибутках боржника, зокрема прибуток від урядових коштовних облігацій чи боргових зобов’язань, у тому числі премії та виграші за цими цінними паперами чи облігаціями, за борговими зобов’язаннями. На противагу дивідендам відсотки не зазнають економічного подвійного оподаткування, тобто не обкладаються одночасно в руках дебітора і кредитора. За винятком спеціального застереження в контракті, сплата податку на відсотки лягає на одержувача.

Дохід від приросту капіталу. Визначається як надлишок при продажу власності (після відрахування всіх комісій та інших витрат, пов'язаних із продажем). Існують значні розбіжності в оподаткуванні доходів від приросту капіталу. В деяких країнах приріст капіталу не вважається оподатковуваним доходом. В інших нарахування на приріст капіталу підприємства обкладається податком, але приріст капіталу фізичної особи поза її професійною діяльністю чи бізнесом податком не обкладається. Навіть якщо в цих умовах приріст капіталу фізичної особи обкладається податком, таке оподаткування часто застосовується тільки в конкретних випадках, наприклад прибуток від продажу нерухомого майна або спекулятивний прибуток (де майно купується для перепродажу).

Оподаткування послуг. Особисті послуги можуть бути незалежними та залежними, що зумовлює їх оподаткування.

Незалежні особисті послуги — професійні послуги, які охоплюють незалежну наукову, літературну, артистичну, освітню чи викладацьку діяльність, а також незалежну діяльність лікарів, адвокатів, інженерів, архітекторів, стоматологів і бухгалтерів. Це визначення виключає промислову і комерційну діяльність, а також професійні послуги, що надаються в межах праці за наймом, наприклад лікаря, який працює в медпункті фабрики. До професійних послуг не належить незалежна діяльність акторів і спортсменів, оскільки вони охоплюються іншою статтею податкових договорів. Прибуток, одержаний резидентом однієї договірної держави від надання професійних послуг чи іншої діяльності незалежного характеру, обкладається податком тільки в цій державі, за винятком випадків, коли він має у своєму розпорядженні регулярно доступну постійну базу в іншій договірній державі для здійснення цієї діяльності. Якщо у резидента є така постійна база, прибуток може обкладатися податком в іншій державі, але тільки в тій частині, що стосується цієї постійної бази.

Залежні особисті послуги — платня, заробітна плата й інші винагороди пов'язані з роботою за наймом. Ці послуги, одержувані резидентом однієї договірної держави, обкладаються податком лише в цій державі, якщо тільки робота за наймом не здійснюється в іншій договірній державі. Якщо робота за наймом здійснюється таким чином, винагорода, отримана від цього, може обкладатися податком у цій іншій державі. Винагорода, одержувана резидентом однієї до-

говірної держави від роботи за наймом, здійснюваної в іншій договірній державі, обкладається податком тільки в першій згаданій державі, якщо:

- одержувач перебуває в іншій державі протягом періоду, що не перевищує у сукупності 183 днів у будь-якому дванадцятимісячному періоді, що починається чи закінчується в даному фінансовому році;
- винагорода виплачується наймачем, яких не є резидентом іншої держави, чи від його імені;
- витрати на виплату винагороди не несе постійне представництво наймача в іншій державі.

Винагорода від роботи за наймом, здійснюваної на борту морського чи повітряного судна, яке експлуатується в міжнародних перевезеннях, або на борту річкового судна зайнятого у внутрішніх водних перевезеннях, може обкладатися податком у договірній державі, в якій розташовано фактичний керівний орган підприємства.

Доходи директорів компаній, акторів, спортсменів та інші. Гонорари директорів та інші подібні платежі, одержувані резидентом однієї договірної держави як члена ради директорів компанії, що є резидентом іншої договірної держави, можуть обкладатися податками в цій іншій державі.

Доходи акторів і спортсменів — дохід, одержуваний резидентом однієї договірної держави як працівника мистецтва (актор театру, кіно, радіо, телебачення, музикант) чи як спортсмена від його особистої діяльності в іншій договірній державі, може обкладатися податками в цій іншій державі. Якщо прибуток від особистої діяльності, здійснюваної працівником мистецтва чи спортсменом у цій якості, нараховується не йому самому, а іншій особі, цей прибуток може обкладатися податками в договірній державі, в якій працює митець чи спортсмен. Це положення дає можливість уникнути практичних труднощів, що часто виникають при оподаткуванні акторів і спортсменів, які виступають за кордоном. Воно може застосовуватися до прибутку, одержуваному від діяльності політичного, соціального, релігійного чи благодійного характеру за наявності елемента розваги. Проте це положення не стосується лектора, який приїхав для виступу на конференції, адміністративного чи спортивного персоналу (наприклад, оператора фільму, продюсера, директора

фільму, хореографів, технічного персоналу та ін.) Між ними існує “сіра зона”, в якій необхідно переглянути загальний баланс діяльності такої особи.

Фізична особа може одночасно бути керівником шоу і його актором або директором і продюсером телевізійної програми чи фільму і водночас брати в них участь. У таких випадках необхідно точно визначити, чим ця особа фактично займається в державі, де організовано виступи. Якщо її діяльність має переважно виконавчий характер, то положення може застосовуватися до всього доходу, яку вона одержує в цій державі. Якщо ж виконавчий елемент становить незначну частину від її діяльності у цій державі, то весь її прибуток не підпадатиме під положення даної статті.

Термін “спортсмен” не обмежується тільки учасниками традиційних атлетичних змагань (наприклад, бігуни, плавці). Він охоплює також гравців у гольф, жокеїв, футболістів, гравців у крикет, тенісистів, автогонщиків та ін. Положення застосовується до прибутку від іншого роду діяльності, що зазвичай вважається розважальною, наприклад до доходів від гри у більярд, бридж, шахових турнірів. Крім гонорарів за фактичні виступи артисти і спортсмени часто одержують дохід у формі роялті чи спонсорства, рекламних гонорарів. У цьому випадку застосовуватимуться положення інших статей.

Оподаткування пенсій, прибутку від державної служби, доходів студентів. Пенсії та інші подібні винагороди резиденту договірної держави, пов’язані з його минулою роботою за наймом, підлягають оподаткуванню тільки в цій державі. Працівники, яких посилають для роботи за кордон, вочевидь, хотіли б робити внески і залишатися в пенсійній схемі своєї країни протягом перебування за кордоном. Оскільки перехід з однієї схеми до іншої може спричинити втрату прав і переваг, а також через практичні труднощі в пенсійних схемах різних країн податковий режим, що застосовується до пенсійних внесків працівників, які виїхали для роботи за кордон, неоднаковий в різних країнах і залежить від конкретних обставин. До виїзду за кордон працівники здебільшого мають право на податкові пільги щодо пенсійних внесків, виплачуваних у своїй країні. Під час роботи за кордоном у деяких випадках вони зберігають право на пільги. Якщо, наприклад, особа залишається резидентом і повністю обкладається податками у своїй країні, то за

пенсійними внесками в пенсійну схему, засновану в його країні, залишаються колишні податкові пільги. Але часто на внески, виплачувані у своїй країні особою, яка працювала за кордоном, не поширюються податкові пільги відповідно до національних законів своєї чи приймаючої держави. У такому разі збереження членства в пенсійній схемі своєї країни протягом закордонного відрядження стає занадто дорогим. “Пенсійна схема” означає угоду, учасником якої є особа, з метою одержання пенсійних платежів, виплачуваних за особисті послуги.

Прибуток від державної служби — винагорода, інша ніж пенсія, виплачувана договірною державою, її політико-адміністративним підрозділом чи місцевими органами влади будь-якій фізичній особі стосовно послуг, наданих цій державі, її політико-адміністративному підрозділу або місцевому органу влади, обкладається податком тільки в цій державі.

Доходи, одержувані студентами — виплати студентам, які безпосередньо до приїзду в одну договірну державу є чи були резидентами іншої договірної держави і перебувають у першій згаданій державі винятково з метою навчання чи одержання освіти, призначені для проживання, навчання й одержання освіти, не обкладаються податками в цій державі, якщо джерела цих платежів перебувають за її межами.

Інші доходи — види прибутків резидента договірної держави незалежно від джерела їх походження, підлягають оподаткуванню тільки в цій державі. Такий дохід не є чітко обумовленою категорією доходу, не визначено також його джерела. Сфера застосування цього положення не обмежується доходом, що надходить з однієї з договірних держав, вона також стосується доходу з третіх держав. Відповідно до цього виключне право оподаткування надається державі резиденції. За наявності конфлікту між двома резиденціями положення вказує на право оподаткування щодо доходу третьої держави. Якщо дохід надходить із третьої країни і дві договірні держави вважають його реципієнта своїм резидентом відповідно до їх внутрішніх законодавств, внаслідок застосування цього положення реципієнт розглядатиметься як резидент тільки однієї договірної держави і підлягатиме загальному оподаткуванню тільки в цій державі. У цьому випадку інша договірна держава може не стягувати податок з доходу, що надходить із третьої країни, навіть якщо ре-

ципієнт не обкладається податком державою, резидентом якої він вважається.

Щодо оподаткування капіталу варто згадати, що капітал, представлений нерухомим майном, яке є власністю резидента однієї договірної держави і розташований в іншій договірній державі, може обкладатися податком у цій іншій державі. Капітал, представлений нерухомим майном, що є частиною комерційного майна постійного представництва, яке підприємство однієї договірної держави має в іншій договірній державі, або нерухомим майном, пов'язаним з постійною базою, що перебуває в розпорядженні резидента однієї договірної держави в іншій договірній державі для надання незалежних особистих послуг, може обкладатися податком у цій іншій державі. Капітал, представлений морськими і повітряними суднами, які експлуатуються в міжнародних перевезеннях, річковими суднами, що використовуються у внутрішніх водних перевезеннях, або нерухомим майном, пов'язаним з експлуатацією цих морських, повітряних і річкових суден, обкладається податком тільки в тій договірній державі, в якій розташовано фактичний керівний орган підприємства.

5.5. ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІ ДОГОВОРИ

ДЖЕРЕЛА ПРАВА У СФЕРІ РЕГУЛЮВАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Найважливішими джерелами права, що регулюють відносини між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, є:

1. Господарський кодекс України.
2. Цивільний кодекс України.
3. Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність”, прийнятий Верховною Радою Української РСР 16 квітня 1991р. № 959-XII (до закону неодноразово вносилися зміни та доповнення).
4. Закон України “Про режим іноземного інвестування”, прийнятий Верховною Радою України 19 березня 1996 р. № 93/96-ВР (закон змінювався і доповнювався).

5. Указ Президента України “Про додаткові заходи щодо збільшення надходжень інвестицій в економіку України” від 22 лютого 2001 р. № 108/2001 (Офіційний вісник України. — 2001. — № 9).

6. Положення “Про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора”. Затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 30 січня 1997 р. № 112 (Офіційний вісник України. — 1997. — № 6).

7. Розпорядження Президента України “Про впорядкування контролю за зовнішньоекономічною діяльністю резидентів України” від 21 лютого 2000 р. № 90/2000-рп. Код нормативного акта 14704/2000 (Офіційний вісник України. — 2000. — № 8).

8. Положення “Про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)”. Затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 6 вересня 2001 р. № 201 (Офіційний вісник України. — 2001. — № 39).

9. Порядок реєстрації та обліку зовнішньоекономічних договорів. Затверджений наказом Міністерства економіки України від 29 червня 2000 р. № 136. Зареєстрований у Міністерстві юстиції України 17 липня 2000 р. за № 420/4641.

Зазначеним наказом було також затверджено такі документи¹:

- Інструкція про порядок заповнення інформаційної картки зовнішньоекономічного договору (контракту);
- Інструкція про заповнення картки реєстрації обліку зовнішньоекономічного договору (контракту);
- Перелік товарів (текстильних виробів) за кодами ТН ЗЕД (походженням з України), щодо яких міжнародними договорами передбачено добровільні обмеження експорту;
- Перелік товарів походженням з України, на імпорт яких введено односторонні кількісні обмеження (квотування, контингентування і ліцензування) деякими державами, економічними угрупованнями, митними союзами;
- Перелік товарів, експорт яких здійснюється відповідно до конкретних заходів з метою запобігання антидемпінговим процедурам;

¹ Офіційний вісник України. — 2000. — № 30.

- Перелік країн, у разі експорту в які товарів зовнішньоекономічні договори (контракти) підлягають обліку (реєстрації);
- Розрахунок вартості витрат Міністерства економіки України, пов'язаних з оформленням та видачею карток реєстрації обліку зовнішньоекономічних договорів.

10. Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності. Підписана у Києві 20 березня 1992 р. урядами держав — учасниць СНД.

11. Вашингтонська конвенція 1965 р. про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States).

Верховна Рада України 16 березня 2000 р. прийняла Закон України № 1547-III “Про ратифікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами”. У ньому зазначається: “Верховна Рада України постановляє: Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, підписану від імені України 3 квітня 1998 р. у м. Вашингтоні, ратифікувати” (Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 21).

12. Сеульська Конвенція 1985 р. про заснування багатостороннього агентства з гарантій інвестицій (Seoul Multilateral Investment Agency Convention).

13. Конвенція ООН 1980 р. про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods). Україна є учасницею Конвенції з 1 лютого 1991 р. Конвенція відома ще як “Віденська” за місцем укладення.

14. Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів від 14 червня 1974 р. (Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods). Набула чинності 1 серпня 1988 р., для України — 1 квітня 1994 р. Ратифікована Постановою Верховної Ради України від 14 липня 1993 р. № 3382-XII.

ФОРМА, ЗМІСТ І ПОРЯДОК УКЛАДАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОГО ДОГОВОРУ (КОНТРАКТУ)

Зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання є господарська діяльність, яка в процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою (ч. 1 ст. 377 ГКУ). При цьому під майном у Господарському кодексі визнається сукупність речей та інших цінностей (у тому числі нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їхньому балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів (ч. 1 ст. 139 ГКУ). Зовнішньоекономічна діяльність є різновидом економічних зв'язків, які охоплюють і внутрішньоекономічну діяльність. Принципи і методи здійснення останньої визначають організацію зовнішньоекономічних відносин.

Зовнішньоекономічна діяльність здійснюється на принципах свободи її суб'єктів добровільно вступати у зовнішньоекономічні відносини, здійснювати їх у будь-яких формах, не заборонених законодавством, та рівності суб'єктів перед законом. Реалізується вона на рівні як державних органів влади і управління, так і господарських організацій та інших суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

Суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є: 1) суб'єкти господарювання; 2) підрозділи (структурні одиниці) іноземних суб'єктів господарювання, які не є юридичними особами за законодавством України (філії, відділення тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України і зареєстровані в порядку, встановленому законом. Крім того, у зовнішньоекономічній діяльності можуть брати участь зовнішньоекономічні організації, що мають статус юридичної особи, утворені в Україні відповідно до закону органами державної влади або органами місцевого самоврядування. Держава гарантує однаковий захист усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності (ст. 378 ГКУ).

На рівні державних органів влади та управління зовнішньоекономічна діяльність спрямована на визначення міждержавних засад співробітництва, створення правових і торговельно-політичних механізмів, які стимулюють розвиток і зростання ефективності еко-

номічних зв'язків. Державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності, як підкреслюється у ст. 380 ГКУ, спрямоване на захист економічних інтересів України, прав і законних інтересів суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, створення рівних умов для розвитку усіх видів підприємництва у сфері зовнішньоекономічних відносин та використання суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності доходів та інвестицій, заохочення конкуренції та обмеження монополізму. Органи державної влади та місцевого самоврядування не мають права втручатися в оперативну діяльність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності крім випадків, передбачених законом.

Перелік і повноваження органів державної влади, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність, а також форми її державного регулювання та контролю визначаються Господарським кодексом, Законом про зовнішньоекономічну діяльність та іншими законами. Згідно зі ст. 379 ГКУ “Види зовнішньоекономічної діяльності та зовнішньоекономічні операції” усі суб'єкти мають право на здійснення будь-яких видів зовнішньоекономічної діяльності та зовнішньоекономічних операцій, якщо інше не передбачено законом. Види цієї діяльності, перелік операцій, що здійснюються на території України, умови та порядок їх виконання, а також перелік товарів (робіт, послуг), заборонених для експорту та імпорту, теж визначаються законом [9].

На рівні господарських організацій та інших суб'єктів зовнішньоекономічна діяльність виявляється при укладанні та виконанні зовнішньоекономічних договорів. Суб'єкти цієї діяльності, як зазначено у ст. 382 ГКУ, мають право укласти будь-які зовнішньоекономічні договори (контракти), крім заборонених законодавством України. Договір (контракт) укладається у письмовій формі, якщо інше не передбачено законом або чинним міжнародним договором, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України. Форма такого договору (контракту) регламентована правом місця його укладання (яке визначається відповідно до законів України), щодо земельних ділянок, будівель та іншого нерухомого майна, розташованого на території України, — українським законодавством. Права та обов'язки сторін договору визначаються правом місця його укладання, якщо сторони не погодили інше. Порядок визначення права, яке має застосовуватися до договору в разі недосягнення згоди

сторін встановлюється законом про зовнішньоекономічну діяльність.

Держава надає чіткі гарантії захисту зовнішньоекономічних договорів. Так, згідно з ч. 6 ст. 382 договір може бути визнаний недійсним лише у судовому порядку і тільки тоді, якщо він не відповідає вимогам законів України або чинним міжнародним договорам, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Водночас законом може бути встановлено особливий порядок укладання, виконання і розірвання окремих видів зовнішньоекономічних договорів (ч. 7 ст. 382).

Статтею 383 ГКУ передбачено державну реєстрацію зовнішньоекономічних договорів. У ній йдеться про те, що Кабінет Міністрів України з метою забезпечення відповідності зовнішньоекономічних договорів (контрактів) законодавству України може запроваджувати їх державну реєстрацію. Види договорів, що підлягають державній реєстрації, а також порядок її здійснення визначаються Законом про зовнішньоекономічну діяльність та іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до нього. Виконання зобов'язань, що випливають із зовнішньоекономічних договорів, не зареєстрованих в установленому законом порядку, тягне за собою застосування до суб'єктів господарювання, які порушили цю вимогу, адміністративно-господарських санкцій, передбачених законом.

Зовнішньоторговельні операції здійснюються на підставі договорів, які укладають національні та іноземні суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності. Міжнародна торговельна угода є правовою формою, яка опосередковує комерційні операції. Статтею 381 ГКУ передбачається можливість ліцензування і квотування зовнішньоекономічних операцій. Як випливає зі змісту цієї статті, Кабінет Міністрів України може встановлювати перелік товарів (робіт, послуг), експорт та імпорт яких здійснюються суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності лише за наявності ліцензії. Порядок ліцензування експортно-імпортних операцій та види ліцензій регламентуються законом. Режим квотування таких операцій запроваджується у випадках, передбачених законом, чинними міжнародними договорами України, та здійснюється шляхом обмеження загальної кількості та/або сумарної митної вартості товарів, які можуть бути ввезені (вивезені) за певний період. Порядок квотування та види квот визначаються законом. Інформація щодо введення режиму ліцензування або квот

тування публікується в офіційних виданнях у порядку, встановленому законом.

Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності України в договірних відносинах з їх іноземними контрагентами використовують різні терміни: “угода”, “договір”, “контракт”, “домовленість” тощо. У ст. 626 Цивільного кодексу України дається таке визначення договору: “...це є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків”. Крім того, у ст. 202 ЦКУ зазначається, що правочином, зокрема, є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Отже, будь-який цивільно-правовий договір підпадає під поняття “угода”. Практично при використанні терміна “угода” до відносин у зовнішньоекономічній сфері в більшості випадків мають на увазі договір. І в тих випадках, коли йдеться про угоду, яка виражає волю однієї особи (довіреність, вексель, чек), вона, як правило, тісно пов'язана із договірними відносинами партнерів. Терміни “контракт”, “домовленість” можуть розглядатися як синоніми поняття “договір” [25; 51; 65; 87; 88; 124; 133].

Основні вимоги щодо форми, змісту та порядку укладання зовнішньоекономічних договорів (контрактів) містить також Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність” (зі змінами відповідно до Закону України від 21 жовтня 1999 р. № 1182-XIV). Такими змінами є:

1. Зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником у простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом. Повноваження представника на укладання зовнішньоекономічного договору (контракту) може впливати з доручення, статутних документів, договорів та інших підстав, які не суперечать цьому закону. Дії, які здійснюються від імені іноземного суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України, уповноваженим на це належним чином, вважаються діями цього іноземного суб'єкта.

2. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають право укладати будь-які види зовнішньоекономічних договорів (контрактів), крім тих, які прямо та у виключній формі заборонені законами України.

3. Зовнішньоекономічний договір (контракт) може бути визнано недійсним у судовому порядку, якщо він не відповідає вимогам законів України або міжнародних договорів України.

4. Форма зовнішньоекономічної угоди визначається правом місця її укладання. Угода, яку укладено за кордоном, не може бути визнана недійсною внаслідок недотримання форми, якщо додержано вимог законів України.

5. Форма угод з приводу будівель та іншого нерухомого майна, розташованого на території України, визначається законами України.

6. Права та обов'язки сторін зовнішньоекономічної угоди визначаються правом місця її укладання, якщо сторони не погодили інше, а місце укладання угоди — законами України.

7. Права та обов'язки сторін зовнішньоекономічних договорів (контрактів) визначаються правом країни, обраної сторонами при укладанні договору (контракту), або в результаті подальшого погодження.

8. За відсутності погодження між сторонами стосовно права, яке має застосовуватись до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), використовується право країни, де заснована, має своє місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка є:

- продавцем — у договорі купівлі-продажу;
- наймодавцем — у договорі майнового найму;
- ліцензіаром — у ліцензійному договорі про використання виключних або аналогічних прав;
- охоронцем — у договорі зберігання;
- комітентом (консигнантом) — у договорі комісії (консигнації);
- довірительом — у договорі доручення;
- перевізником — у договорі перевезення;
- експедитором — у договорі транспортно-експедиторського обслуговування;
- страхувачем — у договорі страхування;
- кредитором — у договорі кредитування;
- дарувальником — у договорі дарування;
- поручителем — у договорі поруки;
- заставником — у договорі застави.

9. До зовнішньоекономічних договорів (контрактів) про виробниче співробітництво, спеціалізацію і кооперування, виконання будівельно-

монтажних робіт застосовується право країни, де здійснюється така діяльність або де одержано передбачені договором (контрактом) результати, якщо сторони не погодили інше.

10. До зовнішньоекономічного договору (контракту) про створення спільного підприємства застосовується право країни, на території якої спільне підприємство створюється та офіційно реєструється.

11. До зовнішньоекономічного договору (контракту), укладеного на аукціоні, в результаті конкурсу або на біржі, застосовується право країни, на території якої провадяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

12. До прав і обов'язків за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), не зазначеними в цій статті, застосовується право країни, де заснована чи має місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка забезпечує виконання такого договору (контракту), що має вирішальне значення для його змісту.

13. При прийнятті до виконання за зовнішньоекономічним договором (контрактом) береться до уваги право місця такого прийняття, оскільки сторони не погодили інше.

14. Товарообмінні (бартерні) операції суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, що здійснюються без розрахунків через банки, підлягають ліцензуванню Міністерством економіки України у порядку, встановленому Законом про зовнішньоекономічну діяльність.

На території України діє Конвенція ООН 1980 р. про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Віденська конвенція).¹ Ця конвенція виходить з того, що немає потреби в укладанні чи підтвердженні договору тільки в письмовій або іншій обов'язковій формі. Він може доводитися будь-якими засобами, у тому числі показаннями свідків. Але з цього загального правила є важливий виняток. На підставі ст. 96 Віденської конвенції держава, законодавство якої потребує, щоб договори купівлі-продажу уклалися чи підтверджувалися в письмовій формі, може заявити, що у випадках, коли одна із сторін договору має своє комерційне підприємство в цій державі, положення Віденської конвенції, що допускають використання іншої форми, не застосовуються. Такими заявами охоплюються як самі договори, їх зміна та припинення за погодженням сторін, так і оферта (пропозиція), акцепт та

¹ Україна є учасницею Конвенції з 1 лютого 1991 р.

будь-яке інше вираження наміру. Уряд України скористався правом на таку заяву і у Постанові Верховної Ради Української РСР “Про приєднання Української РСР до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів” зазначив це.

Віденська конвенція також вказує способи укладання договорів у письмовій формі. Згідно зі ст. 13 для цілей Конвенції під “письмовою формою” розуміють також сповіщення телеграфом і телетайпом. Природно, що під час укладення договорів шляхом обміну повідомленнями телеграфом чи телетайпом стає неможливим обговорення численних договірних умов. Здебільшого оферта та акцепт містять лише обмежене коло конкретних умов (найчастіше найменування товару, кількість, вимоги до якості, ціну і базис поставки, терміни поставки, порядок платежів). Але це зовсім не означає, що відпадає потреба в узгодженні кола інших питань.

У міжнародній торгівлі у вигляді єдиного документа укладають, як правило, великі та складні договори. В більшості ж випадків договори оформляються шляхом обміну пропозиціями (оферта) та її підтвердженням (акцепт), які надсилають поштою, телеграфом і телетайпом [28].

Від імені суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України, що є юридичними особами, договір можуть підписувати: особа, яка має таке право згідно з посадою, відповідно до установчих документів цього суб'єкта; особа, яку уповноважено на це дорученням, виданим за підписом керівника суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності одноосібно чи в іншому порядку, передбаченому установчими документами; особа, яку уповноважено на це установчими документами безпосередньо.

У жодному нормативному акті України, які регламентують форму і порядок підписання зовнішньоекономічних договорів суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України, не зазначено, що підписи представників української сторони, поставлені під зовнішньоекономічним договором, повинні бути скріплені печаткою відповідної юридичної особи. Отже, скріплення підписів печаткою не обов'язкове. Наявність чи відсутність відтиску печатки на договорі з боку суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України жодним чином не впливає на юридичну чинність або дійсність самого зовнішньоекономічного договору.

Необхідно звернути увагу і на таку важливу вимогу чинного законодавства України, як реєстрація зовнішньоекономічних договорів,

укладених суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України, предметом яких є окремі групи товарів. Такі вимоги було введено Указом Президента України “Про облік окремих видів зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні” від 17 листопада 1994 р. № 659/94. У ньому було запроваджено облік (реєстрацію) окремих видів зовнішньоекономічних договорів, укладених суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України всіх форм власності, предметом яких є:

- товари, відносини з реекспорту яких регулюються чинним законодавством України та міжнародними договорами України;
- товари походженням з України, щодо яких міжнародними договорами України передбачено добровільні обмеження експорту з метою запобігання демпінгу;
- товари походженням з України, щодо яких здійснюються антидемпінгові процедури;
- товари походженням з України, імпорт яких до інших держав квотується, контингентується, ліцензується відповідно до законодавства цих держав або нормативних актів економічних угруповань, митних союзів;
- товари походженням з України, експорт яких здійснюється у межах бартерних (товарообмінних) операцій або операцій із зустрічною торгівлею.

Переліки товарів додатково визначаються Міністерством економіки та з питань європейської інтеграції України. Воно здійснює реєстрацію та облік зовнішньоекономічних договорів (Указ Президента “Про облік окремих видів зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні” від 17 листопада 1994 р. № 659/94).

Хоча ці положення прямо не стосуються дотримання форми зовнішньоекономічного договору, і відсутність факту реєстрації цього договору не є підставою для визнання його недійсним, проте невиконання таких вимог законодавства суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України унеможливує реалізацію договору, оскільки митне оформлення товарів здійснюється лише за наявності картки реєстрації-обліку зовнішньоекономічного договору, яка видається у визначеному порядку.

Отже, законодавство України вимагає дотримання форми і порядку підписання зовнішньоекономічного договору під загрозою визнання його недійсним. Так, ст. 6 Закону України “Про зовнішньо-

економічну діяльність” вказує: “Зовнішньоекономічний договір (контракт) може бути визнано недійсним у судовому порядку, якщо він не відповідає вимогам законів України або міжнародних договорів України.”

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ (КОНТРАКТУ) МІЖНАРОДНОЇ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ТОВАРІВ. ВІДЕНСЬКА КОНВЕНЦІЯ

11 квітня 1980 р. у Відні було підписано договір під назвою “Конвенція Організації Об’єднаних Націй про контракти на міжнародний продаж товарів”. Конвенція набула чинності 1 січня 1988 р. Україна ратифікувала її 1 лютого 1991 р. Ця Конвенція стала одним з найважливіших комплексів міжнародних норм у галузі приватного права. Учасниками Конвенції є такі країни: Австралія, Австрія, Аргентина, Білорусь, Болгарія, Венесуела, Гана, Гвінея, Данія, Еквадор, Єгипет, Замбія, Ірак, Іспанія, Італія, Канада, Китай, Лесото, Мексика, Нідерланди, Німеччина, Норвегія, Польща, Угорщина, Україна, Фінляндія, Франція, Швейцарія, Швеція, та Югославія.

Основні положення Конвенції. Конвенція є однією з “правових норм” міжнародного права і компонентом правових систем держав-учасниць. Отже, вона завжди має пріоритет перед іншими законами та нормами держав-учасниць щодо відносин контракту купівлі-продажу. Згідно зі ст. 1 Конвенції:

1) Конвенція застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких розташовані в різних державах:

- а) коли ці держави є учасницями Конвенції;
- б) коли норми міжнародного приватного права спричиняють застосування права держави-учасниці (згідно з угодою сторін або колізійною нормою);

2) розташування комерційних підприємств сторін у різних державах не береться до уваги, якщо це не впливає з договорів (тих що мали місце до або під час укладання ділових відносин чи обміну інформацією між сторонами);

3) ні національна належність сторін, ні їх цивільний чи торговий статус, ні цивільний або торговий характер договору не беруться до уваги при визначенні застосування Конвенції.

Для застосування Конвенції насамперед необхідно, щоб комерційні підприємства контрагентів були розташовані в різних державах. По суті, в п. 1 ст. 1 названо критерій, який дає змогу вважати купівлю-продаж міжнародною з позиції Конвенції. Відповідно, якщо комерційні підприємства сторін договору купівлі-продажу розташовані в одній і тій самій державі, такий договір не вважається міжнародним і не підпадає під сферу застосування Конвенції.

Із п. 2 ст. 1 Конвенції випливає, що одного лише факту перебування сторін у різних державах для її застосування недостатньо. Важливе значення має і суб'єктивний фактор — поінформованість обох контрагентів про цей факт не пізніше, ніж на момент укладання договору. Така поінформованість може впливати або безпосередньо з договору, або з відносин між сторонами, або з повідомленої ними один одному інформації. Якщо такої поінформованості на цей момент не було, то Конвенція не застосовується.

Правозастосовчі органи держав-учасниць, незалежно від чинних у них колізійних норм, зобов'язані керуватися Конвенцією, коли підприємства продавця і покупця розташовані в різних країнах — учасниках Конвенції. Проте ситуація ускладнюється, якщо суперечку розглядає суд держави, що не є учасницею Конвенції, адже суд не зобов'язаний керуватися її нормами, у тому числі й правилами про сферу застосування Конвенції. Є підстави вважати, що Конвенція підлягає все ж таки застосуванню, якщо колізійні норми, якими керуватиметься суд такої держави, відсилають до права країни — учасниці Конвенції, оскільки розпорядження Конвенції і є правом застосування до подібного роду договорів у цій країні. У противному разі Конвенція застосовуватися не буде.

Для визначення застосування Конвенції національна належність сторін значення не має. У такий спосіб підкреслюється, що для визнання актів купівлі-продажу міжнародними вирішальну роль відіграє не різна національна належність контрагентів, а факт перебування їхніх підприємств у різних державах.

Якщо за різної національної належності сторін їхні підприємства розташовані в одній країні, такий договір купівлі-продажу не є міжнародним з позиції Конвенції і нею не регулюється. Навпаки,

коли згадані підприємства розташовані в різних державах за однакової національної належності контрагентів, купівля-продаж є міжнародною за умовами Конвенції. Договори осіб, які за своєю національною належністю не є громадянами держав-учасниць, але мають у них свої підприємства, можуть підпадати під дію Конвенції.

Конвенція не застосовується до договорів продажу:

а) товарів, які купують для особистого, сімейного чи домашнього використання, за винятком випадків, коли продавець у будь-який час до чи на момент укладання договору не знав і не повинний був знати, що товари придбають для такого використання;

б) з аукціону;

с) у порядку виконавчого виробництва чи іншим способом у силу закону;

д) фондових паперів, акцій, забезпечувальних паперів, оборотних документів і грошей;

е) суден водного і повітряного транспорту, а також суден на повітряних подушках;

ф) електроенергії.

Отже, із сфери дії Конвенції виключаються купівля-продаж товарів, призначених для особистого, сімейного чи домашнього використання, тобто з метою, не пов'язаною з виробничою, торговою або іншою професійною діяльністю. Мається на увазі саме мета придбання товару, а не його звичайне призначення для споживчого використання. Так, наприклад, купівля-продаж фотоапарата фотографом, який використовує його у професійних цілях, якщо вона підпадає під ознаки ст. 1 Конвенції, належить до сфери застосування Конвенції, а купівля такого самого апарата іноземним туристом для особистого використання — ні.

Крім того, виключаються зі сфери застосування Конвенції правочини, до яких належать продаж з аукціону, а також у порядку виконавчого виробництва або іншим способом у силу закону. Внесення до Конвенції цих положень зумовлено тим, що за загальним правилом подібного роду договори регулюються спеціальними нормами національного законодавства.

Вилучення зі сфери застосування Конвенції, що містяться в пунктах “d”–“f” ст. 2, відображають особливості предмета купівлі-продажу:

1) договори з продажу акцій, фондових і забезпечувальних паперів, оборотних документів і грошей істотно відрізняються від договорів з купівлі-продажу звичайних товарів і в багатьох національних законодавствах регулюються спеціальними нормами, здебільшого імперативного характеру. У деяких правових системах подібні документи взагалі не визнаються товаром;

2) вилучення зі сфери дії Конвенції суден водного і повітряного транспорту, а також суден на повітряній подушці зумовлено тим, що в деяких правових системах їх продаж прирівнюється до продажу нерухомості, а Конвенція регулює відносини з продажу рухомого майна;

3) у багатьох правових системах електроенергія не розглядається як товар, і її продаж має свої особливості. Цим було зумовлено вилучення зі сфери дії Конвенції договорів продажу електроенергії.

Договори на постачання товарів, що підлягають виготовленню чи виробництву, вважаються договорами купівлі-продажу, якщо тільки сторона, що замовляє товари, не бере на себе зобов'язання поставити істотну частину матеріалів, необхідних для виготовлення чи виробництва таких товарів. Конвенція не застосовується до договорів, у яких зобов'язання сторони, що постачає товари, полягає переважно у виконанні роботи чи в наданні послуг.

Загальне правило, яке встановлює, що договори на постачання товарів, які підлягають виготовленню чи виробництву, вважаються договорами купівлі-продажу, означає, що до сфери дії Конвенції належать договори не тільки на товари, які вже існують на момент їх укладання, а й на товари, які будуть виготовлені відповідно до умов договору. В таких договорах нерідко передбачається, що частину матеріалів, необхідних для виготовлення чи виробництва товару, постачає сторона, яка його замовила. Щоб виключити можливі суперечки, передбачено, що договором купівлі-продажу не визнається договір, за яким сторона-замовник постачає істотну частину матеріалів, необхідних для виготовлення чи виробництва предмета договору.

Конвенція регулює тільки укладання договору купівлі-продажу й тих прав і зобов'язань продавця і покупця, що впливають з нього. Зокрема, оскільки інше прямо не передбачено в Конвенції, вона не стосується:

а) дійсності самого договору, яких-небудь з його положень чи будь-якого звичаю;

б) наслідків договору стосовно права власності на проданий товар.

Пункт “а” ст. 4 Конвенції, що вилучає зі сфери її дії питання дійсності договору, якихось з його положень, а також будь-якого звичаю, потребує роз’яснення. По-перше, ст. 12 і 96 прямо передбачають можливість для держав заявити про незастосування до договорів, одна зі сторін яких має своє підприємство в цій державі, тих положень Конвенції, які допускають здійснення договору в іншій формі, ніж письмова. Але в цих державах, зокрема в Україні, дотримання письмової форми зовнішньоторговельної угоди є умовою визнання її дійсності. У ст.12 Конвенції, зазначено, що сторони договору не можуть відступати від її положень або змінювати її дію, тим самим вирішується і питання про недійсність договорів, укладених у неписьмовій формі. По-друге, ст. 55 Конвенції допускає укладання договору без установлення ціни чи порядку її визначення, якщо він укладений згідно з вимогами. По-третє, у Конвенції не міститься загальних вимог до дійсності договору і наслідків визнання його частково чи цілком недійсним, які передбачаються в національному законодавстві. Зокрема, ці питання, пов’язані з дієздатністю сторін, представництвом, порушеннями свободи волевиявлення при укладанні договору (обман, омана, помилка та ін.). З цих питань, яких Конвенція не розглядає, відносини сторін регулюються нормами національного права.

При вирішенні питання про наслідки договору стосовно права власності на проданий товар (п. “б” ст. 4) необхідно враховувати, що у Конвенції містяться деякі розпорядження. Так, у ст. 41 і 42 встановлено обов’язок продавця передати покупцю товар, не обтяжений правами чи вимогами третіх осіб, а ст. 43 і 44 визначають наслідки допущеного продавцем порушення. Передбачено в Конвенції також окремі правила, пов’язані у деяких національних законодавствах безпосередньо з переходом права власності, наприклад обов’язок покупця сплатити вартість.

Конвенція не застосовується щодо відповідальності продавця за заподіяну товаром шкоду здоров’ю чи смерть якої-небудь особи. Вона охоплює випадки, коли таке питання виникає у відносинах між продавцем та покупцем, а також коли предметом вимоги є наслідки заподіяних товаром третій особі ушкоджень здоров’я чи смерть. Водночас її положення не виключають відповідальності продавця перед

покупцем на підставі Конвенції за недоліки товару, які мають для покупця інші наслідки (крім ушкодження здоров'я чи смерть), наприклад за шкоду, заподіяну дефектним товаром іншим товарам або іншій власності покупця.

Передбачене ст. 5 обмеження в застосуванні Конвенції зумовлене тими самими причинами, що й стосовно купівлі-продажу товарів, призначених для особистого, сімейного чи домашнього використання. В українському законодавстві відшкодування шкоди, заподіяної життю і здоров'ю громадянина, регулюється окремо.

Крім того в Конвенції проголошено принцип договірної волі сторін (практично нічим не обмежена автономія волі при укладанні договору). По-перше, сторони можуть цілком виключити застосування Конвенції до договору, що підпадає під її сферу регулювання. Це право сторін не обмежене ніякими умовами. По-друге, навіть якщо договір регулюється Конвенцією, сторони можуть відступити від кожного з її положень або змінити його дію. Передбачено тільки один виняток — щодо дотримання вимог ст. 12 Конвенції до форми договору. Отже, усі положення Конвенції (крім зазначеного винятку) є диспозитивними, тобто від них можна вільно відступити на розсуд сторін. Мета цієї статті, що виходить із пріоритету договору стосовно Конвенції, — надати сторонам можливість самим вирішувати питання, пов'язані з укладанням, виконанням договору і відповідальністю за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань, що найбільше відповідає практиці міжнародної торгівлі.

Оскільки норми Віденської конвенції мають спеціальний характер (призначені для регулювання певних видів відносин), їх застосування за узгодженням сторін як норм національного права неприпустиме. Водночас немає перешкод до того, щоб до договору, регульованого нормами внутрішньодержавного права, залучити положення Конвенції як його умови. Але чинність такої угоди щодо конкретних положень Конвенції залежатиме від того, чи не суперечать вони імперативним розпорядженням внутрішньодержавного права, застосованого до даного договору.

Зобов'язання сторін за договором (контрактом) міжнародної купівлі-продажу товарів. Зобов'язання продавця викладено у розділі 3 глави 2 ч. 3 Конвенції. Передбачені в ст. 46–52 права, що надаються покупцеві при порушенні договору продавцем, не вичерпують

усіх засобів захисту порушених інтересів покупця (засоби захисту, надані покупцеві, зазначено також у ст. 71 і наступних статтях).

Стаття 45, що регулює відповідальність продавця у разі порушення ним своїх зобов'язань, єдиною правовою підставою для такої відповідальності називає порушення продавцем якого-небудь зі своїх зобов'язань за договором і Конвенцією. Ніяких інших підстав відповідальності продавця Конвенція не передбачає.

Відповідальність продавця виникає не тільки при порушенні прямо виражених у договорі зобов'язань. Він відповідає і за порушення зобов'язань, які не зафіксовані безпосередньо в договорі, але виникають із самої Конвенції. Так, якщо в договорі немає вказівки щодо якості товару, що поставляється, продавець нестиме відповідальність у разі порушення положення Конвенції стосовно відповідності товару (ст. 35–40), зокрема, коли товар непридатний для цілей, для яких зазвичай використовується товар того самого опису. Важливе положення ст. 45 — закріплення права покупця на відшкодування збитків і регулювання співвідношення цього права з іншими засобами правового захисту покупця. У п. 2 підкреслено, що здійснення покупцем свого права на інші засоби правового захисту не позбавляють його права вимагати відшкодування збитків. У цій статті йдеться лише про матеріальне право покупця на компенсацію збитків: правила нарахування збитків, що вправі вимагати покупець, містяться в ст. 74–77.

Конвенція виключає можливість втручання у взаємини продавця і покупця суду чи арбітражу, якщо покупець вже використовував який-небудь засіб правового захисту з приводу порушення договору. За даною нормою продавцю не може бути надано відстрочки, пов'язаної з виконанням ним своїх зобов'язань, якщо він звертається за цим до суду чи арбітражу.

З огляду на диспозитивний характер положень Конвенції (ст. 6) сторони в договорі можуть передбачити й інші засоби правового захисту, розширити їх кількість або вилучити які-небудь з них. Зокрема, у міжнародній комерційній практиці поширене використання таких договірних санкцій за порушення договору, як неустойка, тобто узгодження визначеної суми, що підлягає сплаті при порушенні договору. Регулювання таких засобів правового захисту залишилося за межами Конвенції. У разі виникнення щодо цього питання, яке сторони не врегулювали в договорі, їхнє рішення може визначитися насамперед відповідно до загальних принципів Конвенції,

а за відсутності таких принципів — відповідно до права, застосованого у силу норм міжнародного приватного права. Іншими словами, питання про наслідки договірних штрафів і неустойок у багатьох випадках зважуватиметься на основі норм застосованого національного права.

Невиконання продавцем своїх зобов'язань, передбачених договором чи Конвенцією, дає покупцю право жадати від продавця реального виконання того, що становить предмет договору. Право покупця вимагати реального виконання договору продавцем означає, що продавець повинен доставити відповідно або весь товар, або його відсутню частину, усунути наявні в товарі дефекти чи вчинити будь-які інші дії, необхідні для того, щоб договір було виконано так, як передбачалося.

Реалізація права покупця на виконання договору в натурі не позбавляє його права вимагати відшкодування збитків, як це передбачено п. 2 ст. 45. Якщо п. 1 даної статті застосовується до будь-якого виду порушення договору, то п. 2 регулює взаємини контрагентів при конкретному порушенні — коли поставлений товар не відповідає договору. У цьому випадку покупець може зажадати заміни товару, але за певних умов. Перша умова пов'язана з тим, що витрати продавця з відправлення покупцю другої партії товарів і реалізації вже поставленого товару, який не відповідає договору, можуть значно перевищувати збитки покупця через постачання йому невідповідного товару. У Конвенції здійснено спробу збалансувати інтереси контрагентів у цьому випадку зазначенням того, що покупець може зажадати заміни товару тільки в тому разі, якщо ця невідповідність становить істотне порушення договору.

Почуєць, вимагаючи заміни товару, повинен пам'ятати, що згідно зі ст. 82 таке право втрачається, якщо він не може повернути товар продавцю (крім випадків, передбачених п. 2) у тому стані, в якому він його одержав. Якщо поставлений товар не відповідає договору, покупець на підставі п. 3 ст. 46 Конвенції вправі жадати від продавця усунення цієї невідповідності шляхом виправлення. На від-міну від права покупця вимагати заміни невідповідного товару ця правомочність реалізується незалежно від того, чи є невідповідність істотним порушенням договору. Іншими словами, характер порушення договору не впливає на право покупця вимагати усунення невідповідності.

Водночас Конвенція вводить іншу істотну умову реалізації даного права: покупець не може зажадати від продавця усунути невідповідність товару шляхом виправлення, якщо це є недоцільним з урахуванням усіх обставин. Критерієм доцільності вимоги про виправлення буде не рівень порушення договору, а передусім характер товарів, що постачаються, та інші супровідні обставини. Природно, що деякі види товарів узагалі не піддаються виправленню або їх виправлення пов'язане з непропорційними витратами. При цьому необхідно враховувати інтереси обох сторін договору, тобто збитки і вигоди від таких заходів стосуються як продавця, так і покупця.

У Конвенції передбачено випадки непостачання товару у встановлений термін, хоча не виключено й інші порушення зобов'язань, що впливають з договору. Так, надання додаткового терміну може забезпечити постачання усіх частин чи всього товару, виправлення будь-якої невідповідності шляхом усунення дефектів товару або постачання замість вчинення будь-якої іншої дії, що становитиме виконання зобов'язань продавця.

Цілком логічним і доцільним у даному зв'язку є підхід, відповідно до якого від покупця можна очікувати надання продавцеві можливості у додатковий термін виконати своє зобов'язання, якщо прострочення в постачанні не розглядається як істотне порушення договору. Додатковий термін може встановлюватися у вигляді зазначення або певної календарної дати, наприклад “1 квітня”, або певного періоду часу (у днях, тижнях, місяцях тощо).

Інша умова полягає в тому, що термін повинен мати доцільну тривалість. Використання Конвенцією поняття “термін доцільної тривалості” є цілком виправданим, тому що заздалегідь установлювати такий термін не реально. Крім того, це позбавило б дане регулювання необхідної для комерційного обігу гнучкості. При визначенні виправданості певного терміну повинні враховуватися конкретні обставини. Зокрема, певну роль при цьому можуть відіграти характер, тривалість і наслідки прострочення, можливості продавця щодо як самого постачання, так і терміну його, а також будь-які обставини, що пояснюють зацікавленість покупця у швидкому постачанні.

Використання покупцем процедури встановлення додаткового терміну призводить до певних правових наслідків, пов'язаних з обмеженням свободи його дій. Пункт 2 ст. 47 передбачає, що покупець не може протягом установленого додаткового терміну застосовува-

ти заходи правового захисту від порушення договору, крім права вимагати відшкодування збитків за прострочення виконання. Такі збитки можуть виникнути і підлягають відшкодуванню, навіть якщо продавець виконав свої зобов'язання в межах встановленого додаткового терміну. Заява про розірвання договору у всіх випадках подається у вигляді повідомлення (ст. 26). Варто посперитися і на ст. 27, що регулює правові наслідки таких повідомлень. Отже, розірвання договору має місце (навіть за його істотного порушення) не автоматично, а лише тоді, коли покупець прямо і неоднозначно заявив про це контрагенту.

Пункт 2 ст. 49 визначає умови, дотримання яких необхідно для реалізації права покупця розірвати договір. Іншими словами, невиконання цих правил позбавляє покупця можливостей розірвання договору, навіть якщо в силу об'єктивних обставин він і має право на це. Передбачені в цьому пункті ситуації засновані на випадках, коли має місце істотне порушення договору через невиконання кожного із зобов'язань продавця. Проте таке регулювання не поширюється на розірвання договору внаслідок невиконання продавцем зобов'язань у встановлений додатковий термін, тобто на ситуацію, коли порушення виявилось в нестачанні товару. Тобто ці правила застосовуються, коли продавець вже доставив товари покупцеві.

Конвенцією визначаються умови застосування покупцем такого засобу правового захисту, як уцінювання товару. Використання його припускає, що продавець поставив невідповідні за договором товари, але покупець усе-таки віддав перевагу такому постачанню. Для цього засобу правового захисту характерні такі моменти: уцінювання може застосовуватися незалежно від того, була ціна за товар уже сплачена чи ще підлягає сплаті. Саме в останньому випадку правовий захист буде найефективнішим.

Основні проблеми, пов'язані із застосуванням на практиці уцінювання переважно стосуються визначення розміру уцінки. У Конвенції зазначено, що порівнянню повинні підлягати вартість фактично доставленого товару і товару, що відповідає договору. Використовується об'єктивний підхід, що виключає орієнтацію на ціну, зафіксовану сторонами в договорі.

Конвенція передбачає засоби правового захисту покупця у разі невиконання продавцем своїх обов'язків стосовно лише частини договору. Зокрема, така ситуація має місце, коли продавець поста-

чає товар з нестачею або коли частина доставленого товару не відповідає договору за якістю, тобто часткове невиконання договору не дає покупцеві права реалізувати засоби правового захисту, зазначені у ст. 46–50 щодо всього договору. Часткове порушення договору надає право покупцеві заявити про розірвання договору в цілому тільки за умови, що невідповідність товару за договором є істотним порушенням його умов. Ця норма може розглядатися як конкретизація права на розірвання договору в разі істотного порушення (п. 1а ст. 41).

Конвенція регулює два випадки невиконання договірних зобов'язань: дострокове постачання і постачання товару в кількості, що перевищує зафіксовану в договорі. Мета цієї норми, що у принципі не відрізняється від сформованої комерційної практики, — збалансувати права, а також відповідальність продавця і покупця. За дострокового постачання Конвенція надає покупцю альтернативу: або прийняти товар, або відмовитися від нього.

Пункт 2 статті розглядає ще один випадок невідповідного виконання, а саме постачання товару в кількості, що перевищує погоджену в договорі. Обов'язок доставити товар у кількості, передбаченій договором, зазначено у п. 1 ст. 35. У даному випадку, як і в попередньому, покупцю надано право вибрати між прийняттям усього товару чи його частини і відмовою від прийняття зайвої кількості. Якщо покупець приймає надлишок товару, то він зобов'язаний оплатити прийняту їм кількість товару повністю.

Якщо він зволів прийняти надлишок товару або був зобов'язаний це зробити в силу правових положень, товар оплачується не за ринковою, а за погодженою у договорі ціною. Якщо покупець відмовляється від зайвої кількості товару, він вправі вимагати відшкодування заподіяних йому збитків, які переважно складатимуться з витрат із збереження зайвої кількості товару.

У ст. 53 визначено основні обов'язки покупця. При цьому за ст. 6 Конвенції у разі розбіжності між укладеним договором і Конвенцією пріоритет варто віддавати умовам договору. Крім основних обов'язків на покупця, відповідно до Конвенції, можуть покладатися й інші зобов'язання, зокрема оглянути (ст. 38) і зберігати (ст. 86) товар, інформувати продавця про перешкоди до виконання (ст. 79). Інші зобов'язання покупця можуть виникати із самого договору, звичайв ділового обороту (ст. 9) або наміру сторін (ст. 8).

Конвенція містить перелік засобів правового захисту, наданих продавцю на випадок порушення покупцем зобов'язань, покладених на нього договором чи Конвенцією. Продавець має такі засоби захисту:

- 1) право вимагати виконання умов договору (ст. 62);
- 2) право розірвати договір (ст. 64 і 63);
- 3) право скласти специфікацію, якщо покупець її не надав (ст. 65).

Продавець вправі вибрати відповідний засіб захисту, але не може одночасно використовувати кілька заходів. Якщо продавець вирішив розірвати договір, він, природно, не може вимагати виконання за ним.

Використання продавцем кожного із засобів захисту, зазначених у ст. 62–65, не позбавляє його права вимагати відшкодування збитків. Стаття 62 підтверджує право продавця вимагати виконання покупцем своїх обов'язків за договором, особливо таких, як сплата ціни і прийняття постачання. Зі змісту статті видно, що невиконання покупцем своїх обов'язків не спричиняє автоматичного припинення договору. Вимога виконання може бути виражена у вигляді звернення до покупця з претензією, а за відсутності погодженого претензійного порядку на розсуд продавця можна відразу подати позов у компетентний судовий чи арбітражний орган. Але не слід забувати, що компетенція суду й арбітражу щодо обов'язку покупця виконати зобов'язання в натурі в силу ст. 28 Конвенції залежить від внутрішнього права країни суду.

Конвенція також регулює підстави для розірвання договору продавцем, причому автоматичне припинення не допускається, а заява продавця про розірвання діє з моменту її одержання покупцем і в односторонньому порядку не може бути відкликана.

Стаття 64 передбачає дві підстави для розірвання договору:

- 1) якщо невиконання покупцем своїх обов'язків становить істотне порушення договору;
- 2) якщо покупець не виконує своїх обов'язків зі сплати ціни і прийняття постачання протягом додаткового терміну, встановленого продавцем за ст. 63.

Якщо покупець не сплатив ціни, право на розірвання договору виникає або наступного дня після того, як продавець виявив факт істотного порушення зобов'язань покупцем, або наступного дня після закінчення встановленого продавцем додаткового терміну, або

після одержання продавцем заяви покупця про невиконання своїх обов'язків у цей додатковий термін, причому використання продавцем свого права в часі не обмежене.

БАРТЕРНІ ДОГОВОРИ

За договором міни (бартеру) кожна із сторін зобов'язана передати іншій стороні у власність один товар в обмін на інший (ст. 715 ЦКУ). Сторона договору вважається продавцем товару, який вона передає в обмін, і покупцем товару, який вона одержує взамін (ч. 2 ст. 293 ГКУ). За погодженням сторін можлива грошова доплата за товар вищої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості, якщо це не суперечить законодавству (ч. 3 ст. 293 ГКУ). До договору міни (бартеру) застосовуються правила, що регулюють договори купівлі-продажу, поставки, контрактації, елементи яких містяться в договорі міни (бартеру), якщо це не суперечить законодавству і відповідає сутності відносин сторін (ч. 5 ст. 293 ГКУ).

23 грудня 1998 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України “Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності”. Відповідно до ч. 1 ст. 1 цього закону товарообмінна (бартерна) операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності — це один з видів експортно-імпортних операцій, а у ч. 3 цієї статті зазначено, що “усі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності України мають право на здійснення товарообмінних (бартерних) операцій відповідно до законодавства України”. Водночас з метою зростання надходжень в Україну валютних коштів, стабілізації грошової національної одиниці та оздоровлення фінансово-банківської системи держави в цілому може бути заборонено здійснення товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності з товарами (роботами, послугами), перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України (ч. 3 ст. 1 вказаного закону). Такий перелік встановлено Постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня № 756 “Про деякі питання регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності” (Додаток 2 цієї постанови).

Вперше в Законі з'явилася норма, яка враховує положення Конвенції ООН “Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів”,

ратифікованої Україною ще у 1991 р., щодо форс-мажорних обставин. Так, якщо заборгованість за бартерними операціями виникла через обставини непереборної сили або форс-мажору, то законодавчо встановлені терміни виконання цих операцій зупиняються і пеня за їх порушення протягом дії цих обставин не стягується. Настання та закінчення дії обставин непереборної сили або форс-мажору повинно бути підтверджено довідкою офіційного органу, уповноваженого державою, де такі обставини мали місце.

Закон ототожнив бартерні операції у сфері зовнішньоекономічної діяльності з експортно-імпортними розрахунками в грошових коштах у частині призупинення нарахування пені за порушення законодавчо встановлених термінів розрахунків за такими операціями на період розгляду справ у судах за позовами українських підприємств до своїх іноземних партнерів щодо незадовільного виконання останніми договірних зобов'язань.

Наведені вище обставини за певних умов можуть зробити вигідним заміну умов договору із розрахунків у грошовій формі на розрахунки на товарообмінній основі. Проте з різних мотивів підприємство може віддати перевагу виконанню договору з іноземним партнером, укладеного на бартерній основі, шляхом перерахування грошових коштів.

Якщо раніше зміна умов договору з бартерних на експортно-імпортні з розрахунками в грошовій формі та навпаки регулювалась відомчими листами Державної митної служби України та Державної податкової адміністрації України, то з прийняттям Закону ця процедура регламентується законодавчими нормами.

Так, у разі, коли замість поставок товарів (робіт, послуг), що імпортуються за бартерним договором, іноземний контрагент виконує свої зобов'язання шляхом перерахування коштів, підставою для зняття з контролю такої бартерної операції є подання до митного органу довідки уповноваженого банку про надходження коштів у рахунок договору в установлені законодавством України терміни на суму, еквівалентну вартості товарів (робіт, послуг), зазначених у договорі, та копій додаткових угод, які обумовлюють зміну характеру договору. У разі змін договору з оплати товару іноземним контрагентом у грошовій формі на зобов'язання постачання товарів (робіт, послуг) на товарообмінній основі український партнер повинен подати копії договору та додаткових угод до Державної податкової служби України.

У Законі викладено певні обмеження на здійснення бартерних операцій:

1) Кабінет Міністрів України, як зазначалося вище, своїми рішеннями може вводити заборону на здійснення бартерних (товарообмінних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності з деякими видами товарів (робіт, послуг);

2) скорочено терміни здійснення бартерних операцій з експортування високоліквідних товарів, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України, з 90 до 60 днів. У разі переоформлення в установленому порядку бартерного договору на експортний з розрахунками в грошовій формі термін грошової оплати високоліквідних товарів продовжується до 90 днів.

Крім того, Закон регламентує абсолютно нову норму, що вводить своєрідну заявочну реєстрацію в податкових та митних органах робіт та послуг, які експортуються за бартерними договорами. Якщо згідно з бартерним договором експортовані роботи або послуги обмінюються на товари, суб'єкти підприємницької діяльності, які експортували їх, повинні протягом п'яти робочих днів з дня підписання акта або іншого документа, що засвідчує виконання робіт або надання послуг, повідомити про це органи Державної митної служби України.

Якщо згідно з бартерним договором експортовані роботи або послуги обмінюються на інші роботи або послуги, суб'єкти підприємницької діяльності, які здійснили їх експорт, повинні протягом п'яти робочих днів з дня підписання акта або іншого документа, що засвідчує виконання робіт чи надання послуг, повідомити про це органи державної податкової служби. Неподання або несвоєчасне подання такої інформації тягне за собою нарахування пені у розмірі одного відсотка вартості експортованих робіт або послуг за кожний день прострочення. Загальний розмір пені не може перевищувати вартості експортованих робіт або послуг.

ТОРГОВІ ЗВИЧАЇ

У практиці правового оформлення міжнародних договорів (контрактів) купівлі-продажу товарів та вирішення комерційних спорів у міжнародних комерційних арбітражних судах загальноприйнятим є застосування разом з іншими правовими джерелами і так званих торгових звичаїв.

Звичаї відіграють істотну роль у сфері правового регулювання міжнародної торгівлі. У конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, яку було прийнято у Відні на конференції ООН, що відбувалася з 10 березня по 11 квітня 1980 р., звичаям присвячено ст. 9 такого змісту:

1. Сторони пов'язані будь-яким звичаем, стосовно якого вони домовилися, та практикою, запровадженою ними у своїх взаємовідносинах.

2. За відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі застосування до їхнього договору або його укладення звичаю, про який вони знали або повинні були знати, який у міжнародній торгівлі широко відомий та якого постійно дотримуються сторони в договорах даного типу у відповідній галузі торгівлі.

У ст. 7 Європейської конвенції про зовнішньоторговий арбітраж передбачається, що разом із застосованим правом арбітри керуватимуться положенням контракту та торговими звичаями. Аналогічні положення є також в інших документах з арбітражу.

Оскільки в практиці міжнародної торгівлі сформувалося досить багато звичаїв, які по-різному “вписуються” в національні правові системи, міжнародні організації прикладають зусилля до їх уніфікації. Так, Міжнародною торговою палатою розроблено уніфіковані правила з інтерпретації торговельних термінів “Інкотермс”.

Торгові звичаї часто застосовуються при розв'язанні міжнародних економічних спорів. Стаття 28 російського закону “Про міжнародний комерційний арбітраж”, ст. 9 Віденської конвенції про угоди міжнародної купівлі-продажу товарів, п. 3 ст. 33 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, регламенти багатьох арбітражних закладів, у тому числі Міжнародної торгової палати і Міжнародного комерційного арбітражного суду (далі в тексті роботи — МТП і МКАС) та інші вимагають від арбітрів розгляду спорів не тільки на підставі права, яке застосовується, а й з урахуванням торгових звичаїв.

Торгові звичаї можуть бути частиною національного права (наприклад, норми Віденської конвенції інкорпоровані в українському законодавстві) або існувати незалежно від нього (правила “Інкотермс”). Відповідно можливі два варіанти їх застосування:

1) будучи частиною національного права, торгові звичаї застосовуються незалежно від зазначення їх сторонами;

2) торгові звичаї застосовуються тільки в тому разі, коли сторони прямо передбачили це у своїй угоді.

В Україні зовнішньоторговельні операції різних рівнів та масштабів здійснюють сотні тисяч підприємців. Водночас практика арбітражного розгляду спорів у частині порушення контрактних зобов'язань свідчить про те, що українські підприємства та індивідуальні підприємці ще не завжди знають і враховують існуючі міжнародно-правові норми і стандарти, які вже склалися, набули визнання та застосовуються в міжнародній торговій практиці. При розгляді господарських спорів виявляється, що сторони припускаються неточностей у формулюванні умов угоди, викладених у контракті, різного тлумачення умов поставки, вказаних у контракті, застосовуються терміни, які мають різне значення.

Крім суб'єктивних причин різночитань умов контракту (є зрозумілим намагання кожної зі сторін тлумачити їх зміст на свою користь), мають місце і причини об'єктивні, існування яких зумовлено застосуванням специфічного джерела торгового права — звичаїв міжнародної торгівлі, під якими слід розуміти єдині стійкі правила, що склалися у практиці, але не мають обов'язкової юридичної сили. Використання цих звичайних правил стало повсюдним, традиційним при укладанні торгових контрактів та формулюванні їх базисних умов. Проте торгові звичаї — це правила неписані, й тому їх точне з'ясування та єдине застосування в арбітражному суді ускладнюються. Щодо звичаїв морської торгівлі, то вони можуть бути різними навіть у різних портах однієї країни. Одні й ті самі правила сприймаються учасниками торгової угоди по-різному. Різне тлумачення однакових за назвою правил призводить до додаткових непорозумінь між партнерами, невиправданих судових позовів.

У цих умовах важливим засобом забезпечення правової захищеності суб'єктів комерційної діяльності є міжнародне співробітництво у створенні та втіленні в реальні торгові відносини єдиного правового режиму за допомогою схожих нормативних приписів. У процесі створення єдиних (уніфікованих) регуляторів у галузі міжнародної торгівлі важливу роль відіграє діяльність різноманітних міжнародних міжурядових та неурядових організацій, до яких належить всесвітньо відома Міжнародна торгова палата.

Одним із найважливіших документів МТП є збірник міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів "Інкотермс", покли-

каний забезпечити єдине розуміння взаємних правил та обов'язків сторін договору купівлі-продажу. Залежно від умов “Інкотермс” між продавцем і покупцем розподіляються зобов'язання стосовно поставки товару та відповідальність за ризик щодо його пошкодження чи втрати.

Структура та зміст “Інкотермс” відповідають меті їх створення — полегшенню міжнародної торгівлі та оптимізації процесу її правового оформлення. Правила єдиного тлумачення змісту торгових термінів систематизовані в положення, які створюють 13 фактично готових для розміщення їх в договорі наборів основних умов угоди. Відповідно сторони залежно від своїх інтересів можуть вибрати одну з 13 найпоширеніших моделей розподілу обов'язків між продавцем та покупцем.

У вступі до правил “Інкотермс” підкреслюється, що вони не призначені для заміни умов угоди, необхідних для повного договору купівлі-продажу. Базис (базисні умови) поставки — це те, без чого договір не може бути визнаний оформленим юридично коректно, а відсутність у ньому посилань на “Інкотермс”, хоч і знижує юридичну чіткість договірної угоди як вираження волевиявлення сторін, таких наслідків у світовій практиці не має. В цьому разі точніше було б характеризувати терміни “Інкотермс” як типові умови або форми постачання товару.

“Інкотермс” є недержавною і в цілому непублічною кодифікацією торгових звичаїв, які склалися у світовій комерційній практиці, здійсненою недержавною організацією. Тому ні окремі правила, які входять до “Інкотермс”, ні документ в цілому самі по собі не наділені юридичною силою, що давало б можливість бути використаними в публічному примусовому порядку. Таку чинність вони матимуть тільки тоді, коли сторони погодяться надати їм обов'язковий для себе характер, що відображається в підписаному між ними контракті. До такого контракту прирівнюється розділ “Інкотермс”, на який сторони погодилися, і тільки в цьому разі правила можуть застосовуватись та тлумачитись як норми, що мають юридичну силу. Це положення прямо закріплено в самому документі: “Торговці, які бажають використовувати “Інкотермс 2000”, повинні чітко вказувати, що їх угода керується цими правилами”.

Зміст “Інкотермс” не дає підстав для висновку, що у всіх випадках укладення контракту купівлі-продажу потрібно застосовувати пра-

вила “Інкотермс” й інкорпорація їх у договір є обов’язковою. Навпаки, в документі підкреслюється добровільний характер застосування тлумачних в ньому термінів, і вирішення цього питання надається сторонам договору.

Інший підхід до цієї проблеми в українському правовому полі. В Указі Президента України від 4 жовтня 1994 р. “Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів” зазначено: “З метою однакового тлумачення комерційних термінів суб’єктами підприємницької діяльності України при укладенні договорів, а також учасниками відносин, які виникають у зв’язку з такими договорами, постановляю:

1. Встановити, що при укладенні суб’єктами підприємницької діяльності всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), предметом яких є товари, застосовуються Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів, підготовлені Міжнародною торговою палатою в 1959 році (далі Правила “Інкотермс”).

2. Суб’єктам підприємницької діяльності України при укладенні договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів) дотримуватись правил “Інкотермс”.

3. Органам державної виконавчої влади привести свої рішення (нормативні акти) у відповідність до цього Указу”.

Таким чином, Указ Президента України надає правилам “Інкотермс” юридичної сили, і вони стають юридично обов’язковими для українських суб’єктів підприємницької діяльності, незалежно від їх волевиявлення або бажання.

Основні принципи Міжнародних правил щодо тлумачення термінів “Інкотермс”. На відміну від Інкотермс 1990 р. у статтях, що стосувалися обов’язку продавця надати докази поставки, було дозволено замінити паперовий документообіг електронним обміном даними (EDI-повідомленнями) за умови, що сторони заздалегідь домовилися спілкуватися за допомогою електронної пошти; змінено обов’язки щодо митного очищення товару та здійснення митних платежів за термінами FAS і DEQ, а також навантаження та розвантаження за терміном FCA. Нижче наведено приклади деяких позначень.

EXW — *ex works (... named place), франко-завод (... назва місця)*. Продавець вважається таким, що виконав свої зобов’язання щодо поставки, в момент, коли він надав товар у розпорядження покупця

на площах свого підприємства або в іншому погодженому місці (на заводі, фабриці, складі тощо) без митного очищення товару для експорту та завантаження його на будь-який приймальний транспортний засіб. Таким чином, цей термін покладає мінімальні обов'язки на продавця, а покупець несе всі витрати і ризики внаслідок перевезення товару з площ продавця до місця призначення. Якщо сторони бажають покласти на продавця обов'язки щодо завантаження товару в місці відправлення та всі ризики й витрати, пов'язані з цим, то це має бути чітко обумовлено внесенням відповідного застереження до договору купівлі-продажу. Термін EXW не слід застосовувати, коли покупець не в змозі виконати експортні формальності прямо чи опосередковано. За таких обставин має застосовуватися термін FCA за умови, що продавець погоджується нести витрати й ризики, пов'язані із завантаженням товару.

FCA — *free carrier (... named place)*, *франко-перевізник (... назва місця)*. Продавець здійснює поставку товару, очищеного від мита для експорту, переданням призначеному покупцем перевізнику в погодженому місці. Вибір місця поставки впливає на зобов'язання щодо завантаження й розвантаження в ньому товару. Якщо поставка здійснюється на площах продавця, він відповідає за завантаження; якщо в іншому місці, — не несе відповідальності за розвантаження товару. Цей термін може бути застосований незалежно від виду транспорту, в тому числі за змішаних (мультимодальних) перевезень. Під "перевізником" мають на увазі будь-яку особу, яка на підставі договору перевезення зобов'язується здійснити або забезпечити здійснення перевезення товару залізницею, автомобільним, повітряним, морським, внутрішнім водним транспортом або комбінацією цих видів транспорту. Якщо покупець призначає іншу особу, ніж перевізник, прийняти товар для перевезення, то вважається, що продавець виконав свої обов'язки щодо поставки товару з моменту його передання такій особі.

FAS — *free alongside ship (... named port of shipment)*, *франко вздовж борту судна (... назва порту відвантаження)*. Поставка вважається здійсненою продавцем, коли товар розміщено біля борту судна у призначеному порту відвантаження. Це означає, що з цього моменту всі витрати й ризики втрати чи пошкодження товару повинен нести покупець. Термін FAS зобов'язує продавця здійснити митне очищення товару для експорту (це правило є відхиленням від

попередніх версій "Інкотермс", які покладали обов'язки щодо митного очищення товару для експорту на покупця). Проте, якщо сторони бажають, щоб покупець узяв на себе обов'язки з експортного митного очищення товару, вони повинні чітко зазначити це у договорі купівлі-продажу. Термін FAS може застосовуватися тільки у разі перевезення товару морським або внутрішнім водним транспортом.

FOB — *free onboard (... named port of shipment), франко-борт (... назва порту відвантаження)*. Поставка вважається здійсненою продавцем, коли товар передано через поручні судна в погодженому порту відвантаження. З цього моменту всі витрати й ризики втрати чи пошкодження товару несе покупець. Термін FOB зобов'язує продавця здійснити митне очищення товару для експорту. Він може застосовуватися тільки у разі перевезення товару морським або внутрішнім водним транспортом. Якщо сторони не мають наміру передавати товар через поручні судна, слід застосовувати термін FCA.

CFR — *cost and freight (... named port of destination), вартість і фрахт (... назва порту призначення)*. Поставка вважається здійсненою продавцем, коли товар передано через поручні судна в порту відвантаження. На продавця покладаються витрати та оплата фрахту, необхідні для доставки товару до названого порту призначення, проте ризик втрати чи пошкодження товару, а також будь-які додаткові витрати, спричинені подіями, що виникають після здійснення поставки, переходять з продавця на покупця. Термін CFR зобов'язує продавця здійснити митне очищення товару для експорту. Він може застосовуватися тільки у разі перевезення товару морським або внутрішнім водним транспортом. Якщо сторони не мають наміру щодо здійснення поставки товару через поручні судна, слід застосовувати термін CPT.

CIF — *cost, insurance and freight (... named port of destination), вартість, страхування та фрахт (... назва порту призначення)*. Поставка вважається здійсненою продавцем, коли товар передано через поручні судна в порту відвантаження. Продавець зобов'язаний понести витрати та сплатити фрахт, необхідні для доставки товару до погодженого порту призначення, проте ризик втрати чи пошкодження товару, а також будь-які додаткові витрати, спричинені подіями, що виникають після здійснення поставки, переходять

з продавця на покупця. На продавця покладається також обов'язок забезпечення морського страхування на користь покупця проти ризику втрати чи пошкодження товару під час перевезення. Отже, продавець зобов'язаний укласти договір страхування та сплатити страхові внески. Покупець повинен мати на увазі, що за умовами терміна CIF від продавця вимагається забезпечення страхування лише з мінімальним покриттям. Якщо покупець бажає мати страхування з більшим покриттям, він повинен або прямо та недвозначно домовитися про це з продавцем, або самостійно вжити заходи для забезпечення додаткового страхування. Продавець має здійснити митне очищення товару для експорту. Термін CIF може застосовуватися тільки у разі перевезення товару морським або внутрішнім водним транспортом. Якщо сторони не мають наміру щодо поставки товару через поручні судна, слід застосовувати термін СІР.

CPT – *carriage paid to (... named place of destination), фрахт/перевезення оплачено до (... назва місця призначення)*. Продавець здійснює поставку товару переданням його перевізнику, призначеному ним самим. Додатково до цього продавець зобов'язаний оплатити витрати перевезення товару до погодженого місця призначення. Це означає, що покупець бере на себе всі ризики та будь-які інші витрати, що можуть виникнути після здійснення поставки товару в зазначений спосіб. Під "перевізником" мають на увазі будь-яку особу, яка на підставі договору перевезення зобов'язується здійснити або забезпечити перевезення товару залізницею, автомобільним, повітряним, морським, внутрішнім водним транспортом або комбінацією цих видів транспорту. У разі здійснення перевезення в узгоджений пункт призначення кількома перевізниками перехід ризику відбувається в момент передання товару першому з них. Термін СРТ зобов'язує продавця здійснити митне очищення товару для експорту. Може застосовуватися незалежно від виду транспорту, в тому числі за мультимодальних (змішаних) перевезень.

CIP – *carriage and insurance paid to (... named place of destination), фрахт перевезення та страхування оплачено до (... назва місця призначення)*. Продавець здійснює поставку товару шляхом його передання перевізнику, призначеному ним самим. Додатково до цього він зобов'язаний оплатити витрати перевезення товару до погодженого місця призначення. Покупець бере на себе всі ризики та будь-які додаткові витрати, що можуть виникнути після

здійснення поставки у зазначений спосіб. На продавця покладається обов'язок забезпечення страхування на користь покупця проти ризику втрати чи пошкодження товару під час перевезення. Отже, продавець зобов'язаний укласти договір страхування та сплатити страхові внески. Покупець повинен мати на увазі, що за умовами терміна СЕР від продавця вимагається забезпечення страхування лише з мінімальним покриттям. Якщо покупець бажає мати страхування з більшим покриттям, він повинен або прямо та недвозначно домовитися про це з продавцем, або самостійно вжити заходи для забезпечення додаткового страхування. Під "перевізником" мають на увазі будь-яку особу, яка на підставі договору перевезення зобов'язується здійснити або забезпечити перевезення товару залізницею, автомобільним, повітряним, морським, внутрішнім водним транспортом або комбінацією цих видів транспорту. У разі здійснення перевезення в узгоджений пункт призначення кількома перевізниками ризик переходить у момент передавання товару у відання першого з них. Термін СІР зобов'язує продавця очистити товар від мита для експорту. Може застосовуватися незалежно від виду транспорту, в тому числі за мультимодальних (змішаних) перевезень.

DAF – *delivered at frontier (... named place)*, *поставка до кордону (... назва місця поставки)*. Вважається, що продавець виконав свої обов'язки щодо поставки, коли товар, очищений від мита для експорту, але ще не для імпорту, наданий у розпорядження покупця нерозвантаженим на транспортному засобі в зазначеному місці та пункті на кордоні, перед митним кордоном суміжної країни. Під терміном "кордон" розуміють будь-який кордон, у тому числі країни експорту. Тому сторонам надзвичайно важливо завжди точно визначати відповідний кордон зазначенням конкретного місця та пункту. Проте, якщо сторони бажають покласти на продавця обов'язки щодо розвантаження товару з транспортного засобу та всі ризики й витрати, пов'язані з розвантаженням, це має бути чітко обумовлено внесенням відповідного застереження до договору купівлі-продажу. Цей термін може застосовуватися незалежно від виду транспорту, за умови, що товар доставляється до сухопутної межі. Якщо поставка матиме місце в порту призначення, на борту судна або на причалі (набережній), слід застосовувати терміни DES або DEQ.

DES — *delivered ex ship (... named port of destination)*, поставка із судна (... назва порту призначення). Вважається, що продавець виконав свої обов'язки щодо поставки, коли товар, який не пройшов митного очищення для імпорту, надано у розпорядження покупця на борту судна в названому порту призначення. Продавець несе всі витрати та ризики, пов'язані з доставкою товару до порту призначення до розвантаження. Якщо сторони бажають покласти на продавця витрати й ризики розвантаження товару, слід застосовувати термін DEQ. Термін DES використовується виключно у разі доставки товару морським або внутрішнім водним транспортом або у змішаних перевезеннях, коли товар прибуває в порт призначення на судні.

DEQ — *delivered ex quay (... named port of destination)*, поставка з причалу (... назва порту призначення). Вважається, що продавець виконав свої обов'язки щодо поставки, коли товар, що не пройшов митного очищення для імпорту, надано у розпорядження покупця на причалі (набережній) у названому порту призначення. Продавець несе всі витрати та ризики, пов'язані з доставкою товару до порту призначення та розвантаженням його на причал (набережню). Покупець зобов'язаний здійснити митне очищення товару для імпорту та сплатити всі податки, мита та інші збори і витрати, пов'язані з імпортом товару (це правило є відхиленням від попередніх версій "Інкотермс", які поклали обов'язки щодо митного очищення товару для імпорту на продавця). Якщо сторони бажають покласти на продавця всі або частину витрат, що підлягають оплаті при імпорті товару, вони повинні чітко зазначити це у договорі купівлі-продажу. Термін DEQ може застосовуватися тільки у разі доставки товару морським або внутрішнім водним транспортом, а також у змішаних перевезеннях, коли товар вивантажується із судна на причал (набережню) в порту призначення. Якщо сторони бажають покласти на продавця витрати й ризики, пов'язані з переміщенням товару з причалу до іншого місця (складу, терміналу, транспортної станції та ін.) у порту або за його межами, слід застосовувати терміни DDU або DDP.

DDU — *delivered duty unpaid (... named place of destination)*, поставка без сплати мита (... назва місця призначення). Продавець здійснює поставку покупцеві товару без митного очищення для імпорту та без розвантаження з будь-якого транспортного засобу в обумовленому місці призначення. Продавець несе всі витрати та ризики, пов'язані з

доставкою товару до цього місця, за винятком (у відповідних випадках) будь-яких "мит" (під "митом" тут мають на увазі відповідальність за виконання та ризику виконання дій зі здійснення митних процедур, а також оплату витрат митного очищення, податків, митних та інших зборів) на імпорт до країни призначення. Обов'язки щодо такого "мита" покладаються на покупця, так само, як і будь-які витрати та ризику, зумовлені несвоєчасним митним очищенням ним товару для імпорту. Якщо сторони бажають покласти на продавця обов'язки щодо здійснення ввізних митних процедур, витрати і ризику, пов'язані з цим, або деякі витрати, якими супроводжується імпорт товару, вони повинні чітко обумовити про у договір купівлі-продажу. Термін DDU може застосовуватися незалежно від використовуваного виду транспорту, але якщо поставка повинна мати місце на борту судна або на причалі (набережній) в порту призначення, слід застосовувати терміни DES або DEQ.

DDP — *delivered duty paid (... named place of destination), поставка зі сплатою мита, (... назва місця призначення)*. Продавець здійснює поставку покупцеві товару, очищеного від мита для імпорту, без розвантаження з будь-якого транспортного засобу в обумовленому місці призначення. Продавець несе всі витрати та ризику, пов'язані з доставкою товару до цього місця, у тому числі (у відповідних випадках) сплату будь-яких "мит" (під "митом" тут мають на увазі відповідальність за виконання та ризику виконання митних процедур, а також оплату витрат митного очищення, податків, митних та інших зборів) на імпорт до країни призначення. Якщо термін EXW покладає на продавця мінімальний обсяг обов'язків, то DDP — максимальний. Цей термін не повинен застосовуватися, якщо продавець прямо чи побічно не в змозі одержати імпорту ліцензію. Проте, якщо сторони бажають виключити із зобов'язань продавця оплату деяких витрат, пов'язаних з імпортом товару (таких, як ПДВ), це повинно бути чітко обумовлено у відповідному застереженні в договорі купівлі-продажу. Якщо сторони бажають покласти на покупця всі ризику і витрати щодо імпорту товару, слід застосовувати термін DDU. Термін DDP може застосовуватися незалежно від використовуваного виду транспорту, але якщо поставка повинна відбуватися на борту судна або на причалі (набережній) в порту призначення, слід застосовувати терміни DES або DEQ.

5.6. ПРАВОВІ ЗАСАДИ МІЖНАРОДНИХ РОЗРАХУНКІВ

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

У роботах з міжнародного приватного права правове регулювання міжнародних розрахунків розглядається як об'єкт міжнародного приватного права [116]. Цей об'єкт є центральним в юридичних виданнях з міжнародного торгового права [78]. І це є логічним, адже поглиблення інтеграційних процесів, яке виявляється у розширенні обсягів зовнішніх торговельних операцій, зростанні кількості суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, ставить перед партнерами за зовнішньоекономічним контрактом завдання використання різноманітних форм розрахунків (або їх комбінацій) залежно від конкретних умов здійснення зовнішньоекономічних операцій. На жаль, українські резиденти поки що суттєво поступаються своїм закордонним партнерам у вмінні використовувати широкий платіжний інструментарій. Це є однією з причин втрат у зовнішньоекономічній діяльності, яких зазнають вітчизняні її суб'єкти [107]. Водночас дослідження у цій сфері, як і в інших, могли б бути покладені в основу практичних рекомендацій для учасників зовнішньоекономічної діяльності, що сприяло б підвищенню її ефективності, а отже і повнішій реалізації прав громадян на підприємництво.

Перш ніж характеризувати категорію “міжнародні розрахунки”, визначимо їх місце у системі вищого рівня. З аналізу Господарського кодексу України (ст. 33–34) випливає, що міжнародні розрахунки (міжнародні розрахункові операції) є складовою фінансової діяльності суб'єктів господарювання. А фінанси останніх, у свою чергу, є самостійною ланкою національної фінансово-кредитної системи з індивідуальним кругообігом коштів, що забезпечує покриття витрат виробництва продукції (робіт, послуг) і одержання прибутку.

У науковій літературі, присвяченій проблематиці платежів, немає термінологічної єдності щодо позначення базових характеристик, які використовуються на практиці для ідентифікації платіжних умов у зовнішньоекономічних контрактах. Зокрема, наявні різночитання щодо змісту таких характеристик, як умови платежу, методи плате-

жу, засоби платежу. Іноді ці характеристики вживаються як тотожні [107]. Немає єдності у застосуванні цих термінів і у нормативних актах. Так, у Законі України “Про платіжні системи і переведення грошей в Україні” до форм розрахунків віднесено акредитивну, вексельну, інкасову, переказ, акредитив/інкасо, акредитив/переказ, інкасо/переказ, акредитив/інкасо/переказ та ін.

В одній із перших фундаментальних робіт із зовнішньоекономічної діяльності в умовах ринкових відносин поняття “умови платежу” досліджується у межах такої структури: спосіб платежу, засоби платежу і форма платежу. Таким чином, поняття “спосіб”, “засоби” і “форма” платежу розглядаються як синонімічні категорії “умови платежу” [27]. Ще вдалішою є класифікація, запропонована Ю. Лисенковим та І. Педем [107], яка містить структуру складових (характеристик) платежу.

Після визначення місця міжнародних розрахунків як фінансової категорії перейдемо до її характеристики.

Міжнародні розрахунки — врегулювання платежів за грошовими вимогами та зобов'язаннями, що виникають у зв'язку з економічними, політичними та культурними відносинами між юридичними та фізичними особами різних країн. Міжнародні розрахунки охоплюють, з одного боку, умови та порядок здійснення платежів, які відпрацьовані світовою практикою, закріплені міжнародними документами та звичаями, а з іншого — щоденну практичну діяльність банків щодо їх здійснення. При цьому головну роль у міжнародних розрахунках відіграють найбільші банки. Ступінь їх впливу в міжнародних розрахунках залежить від масштабів зовнішньоекономічних зв'язків країни базування, застосування її національної валюти, спеціалізації, фінансового стану, ділової репутації, мережі банків-кореспондентів. Для здійснення розрахунків банки використовують свої закордонні відділення і кореспондентські відносини з іноземними банками, що супроводжуються відкриттям рахунків “лоро” (рахунків іноземних банків у вітчизняному банку) і “ностро” (рахунків вітчизняного банку в іноземних). Більшість розрахунків здійснюється безготівковим способом за допомогою записів на рахунках банків.

Міжнародні розрахунки покликані обслуговувати всі міжнародні комерційні (торгові) та некомерційні (неторгові) операції суб'єктів зовнішньоекономічних відносин. Учасники зовнішньоекономічних

комерційних угод (імпортери та експортери), їх банки вступають у відокремлені від зовнішньоторгового контракту відносини, пов'язані з оформленням, пересиланням, обробленням товаросупроводжувальних та платіжних документів, здійсненням платежів. Обсяг зобов'язань та розподіл відповідальності повністю залежать від конкретної форми розрахунків.

Регулюються міжнародні розрахунки законодавством та іншими нормативними й законодавчими актами національного права, а також міжнародними банківськими правилами та звичаями. Правовою основою розрахункових відносин є міжнародні платіжні угоди і конвенції, норми внутрішнього національного законодавства, а також конкретні торгові кредитні та інші договори, що визначають загальні умови розрахункових відносин між країнами.

Щодо норм національного права, то відповідно до ст. 344 ГКУ міжнародні розрахунки регулюються нормами міжнародного права, банківськими звичаями і правилами, умовами зовнішньоекономічних контрактів, валютним законодавством країн-учасниць розрахунків. Міжнародні розрахунки здійснюються через установи банків, між якими є кореспондентські відносини (банки, що мають домовленість про здійснення платежів та розрахунків за взаємним дорученням). Для здійснення міжнародних розрахунків застосовуються комерційні документи: коносамент, накладна, рахунок-фактура, страхові документи (страховий поліс, сертифікат), документ про право власності та ін. Фінансовими документами у міжнародних розрахунках є простий вексель, переказний вексель, боргова розписка, чек та інші документи, що використовуються для одержання платежу.

Згідно з Указом Президента "Про заходи упорядкування розрахунків за договорами, укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України" від 4 жовтня 1994 р. з метою забезпечення своєчасного та якісного здійснення розрахунків за договорами, сторонами яких є суб'єкти підприємницької діяльності, було встановлено, що розрахунки за зовнішньоекономічними договорами, укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил і звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати та Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати.

Відповідно до чинного законодавства усі міжнародні розрахунки, пов'язані з експортом та імпортом товарів, наданням послуг та іншими комерційними угодами, виконуються резидентами України (юридичними та фізичними особами, зареєстрованими як підприємці) лише через уповноважені банки, тобто комерційні банки України, що мають ліцензію НБУ на здійснення валютних операцій. Міжнародні розрахунки за комерційними угодами здійснюються уповноваженими банками України, зазвичай у вільноконвертованій валюті, а також у валюті з обмеженою конвертацією та розрахунковій валюті клірингових рахунків згідно з умовами міждержавних та міжбанківських угод.

Міжнародні розрахунки — об'єкт уніфікації, що зумовлено інтернаціоналізацією господарських зв'язків та універсалізацією банківських операцій. Зокрема, Міжнародні Вексельна та Чекова конвенції, укладені на конференціях у Женеві відповідно в 1930 та 1931 роках, спрямовані на уніфікацію вексельних і чекових законів та усунення складнощів і розбіжностей у використанні векселів та чеків при розрахунках. Комісія з права міжнародної торгівлі при ООН здійснює подальше удосконалення вексельного та чекового законодавства.

Міжнародна торгова палата (International Chamber de Commerce — ICC), створена в Парижі на початку ХХ ст., розробляє та публікує Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів, інкасо та банківських гарантій. Наприклад, перші правила для інкасо вийшли у світ 1936 р. Нині діють пізніші редакції уніфікованих правил. Більшість банків світу оголосили про своє приєднання до них.

Уніфіковані правила та однакові, одноманітні закони, як було зазначено, — продукт банківської та торгової практики. Вони, у свою чергу, стають базою для національних нормативних та законодавчих актів щодо міжнародних розрахунків та зовнішньої торгівлі. Міжнародні розрахунки мають, як правило, документарний характер, тобто здійснюються проти фінансових та комерційних документів. Міжнародні платежі виконуються в різних валютах і тому тісно пов'язані з валютними операціями, а саме, купівлею-продажем валют. На ефективність їх здійснення впливає динаміка валютних курсів. Способом хеджування від валютного ризику в зовнішньоекономічній діяльності, зокрема, є купівля ф'ючерсних та опціонних контрактів.

Хеджування – у банківській, біржовій та комерційній практиці – методи страхування ризику із застосуванням відповідних фінансових інструментів, наприклад страхування валютного ризику шляхом створення зустрічних вимог і зобов'язань в іноземній валюті. Найпоширенішим видом хеджування є укладення строкових валютних угод. Фінансовий інструмент використовується як хеджування і враховується в цій якості, якщо:

- він точно визначений як хедж під час його придбання;
- точно визначено позицію, за якою існує ризик втрат і яку банк хеджує;
- існує зворотна залежність між зміною ціни на основний інструмент та інструмент, визначений як хедж.

У результаті ризик втрат від зміни цін, валютних курсів або відсоткових ставок на основний інструмент суттєво знижується. Якщо фінансовий інструмент не відповідає цим вимогам, він визначається як спекулятивний. Банки, які відіграють у системі міжнародних розрахунків головну роль, останнім часом стають не тільки посередниками між контрагентами угоди, а й суб'єктом, що підвищує ефективність зовнішньоекономічної діяльності завдяки удосконаленню існуючих та розробці нових послуг та власних операцій на міжнародних ринках.

Практичне здійснення міжнародних розрахунків учасників зовнішньоекономічних угод забезпечують комерційні або державні банки. Внаслідок того, що розрахунки за міжнародними операціями здійснюються безготівковим способом за допомогою записів на рахунках в установах банків, саме банки стають головною фігурою у системі міжнародних розрахунків. Банки не тільки виступають сполучною ланкою між контрагентами зовнішньоекономічних угод у різних країнах, а й повністю задовольняють виконання різнопланових міжнародних операцій, у тому числі надають консультаційні послуги.

Для здійснення розрахунків на сучасному етапі банки використовують власні закордонні відділення та мережу кореспондентських рахунків в іноземних банках. Кореспондентські відносини, хоч і покликані спочатку забезпечувати міжнародні операції клієнтів, це не є їх виключним призначенням. Співробітництво між двома банками в різних країнах, засноване на обслуговуванні клієнтів, з часом підіймається на вищу сходинку. Предметом такого співробітництва стають міжбанківські операції.

Ці операції поділяють на валютні (касові та строкові), депозитні (кредитні) та розрахункові (клірингові). Ступінь впливу банків у міжнародних розрахунках залежить від масштабів зовнішньоекономічних зв'язків країни розташування, застосування її національної валюти, спеціалізації, фінансового стану, ділової репутації. Причому більші можливості при здійсненні міжнародних розрахунків мають крупні банки. У них більший досвід роботи в цьому напрямі, оптимальна мережа банків-кореспондентів, широко розвинутий сервіс, кращі технічне та організаційне забезпечення. Крім того, великі банки, мають відому за кордоном назву, значні власні ресурси, що дає їм змогу успішно здійснювати міжбанківські операції (в тому числі міжнародні).

Діяльність банків у сфері міжнародних розрахунків, з одного боку, регулюється національним законодавством їх країни, а з іншого — визначається практикою, що склалася. Вона існує у вигляді встановлених правил та звичаїв, або закріплюється окремими документами. Найбільш поширеними та складними, що вимагають високої кваліфікації банківських працівників, є розрахунки за міжнародними торговельними контрактами та некомерційними операціями.

Від вибору форм і умов розрахунків залежать швидкість і гарантія одержання платежу, сума витрат, пов'язаних із здійсненням операцій через банки. Тому зовнішньоторговельні партнери в процесі переговорів погоджують деталі умов платежу і потім закріплюють їх у контракті. При упорядкуванні валютно-фінансових і платіжних умов контрактів, як правило, виявляється протилежність інтересів експортерів, що намагаються одержати максимальну суму у валюті в найкоротший термін, та імпортерів, зацікавлених у виплаті найменшої суми у валюті, прискоренні одержання товару і відстрочки платежу до моменту його кінцевої реалізації. Вибір валютно-фінансових і платіжних умов угод залежить від характеру економічних і політичних відносин між країнами, співвідношення сил контрагентів, а також від традицій і звичаїв міжнародної торгівлі певним товаром. Міжурядові угоди визначають загальні принципи розрахунків у зовнішньоторговельних контрактах, чітко формулюють докладні умови.

Відповідно до сучасної практики використовують такі форми розрахунків за зовнішньоторговельними контрактами: документарний акредитив, інкасо, банківський переказ, відкритий рахунок, аванс. Крім того, розрахунки здійснюють за допомогою векселів та чеків. З міжнарод-

ними розрахунками пов'язані гарантійні операції банків, які відіграють роль додаткового забезпечення зобов'язань контрагентів угоди.

Залежно від конкретної форми здійснення розрахунків змінюється ступінь участі в них комерційного банку. Мінімальний ступінь участі банку — за банківського переказу (виконання платіжного доручення клієнтів), вищий — за інкасової форми розрахунків (контроль за переданням товаросупроводжувальних документів та видача їх платнику відповідно до інструкцій довірителя); максимальний — за акредитива (надання бенефіціару платіжного зобов'язання, яке реалізується в разі виконання ним умов акредитива).

АКРЕДИТИВ У МІЖНАРОДНИХ РОЗРАХУНКАХ

Акредитив — зобов'язання, взяте на себе банком на прохання імпортера, сплатити певну суму коштів бенефіціарові (експортеріві) за умови, що останній надасть відповідно до вимог акредитива документи у встановлений період часу. Таким чином, у торговій угоді між експортером та імпортером банк виступає посередником.

Акредитив сьогодні є чи не найуніверсальнішим і дієвим інструментом забезпечення платежів. У ділових зв'язках із державами, що контролюють зовнішню торгівлю, застосування акредитива багато в чому є попередньою умовою для здійснення імпортних та експортних операцій [177].

Згідно із Цивільним кодексом України акредитив є одним з видів безготівкових розрахунків, що здійснюються між юридичними особами, а також за участю фізичних осіб, які займаються підприємницькою діяльністю (ст. 1087, 1088). Як зазначено у ст. 1093 ЦКУ, у разі розрахунків за акредитивом банк (банк-емітент) за дорученням клієнта (платника) — заявника акредитива і відповідно до його вказівок або від свого імені зобов'язується здійснити платіж на умовах, визначених акредитивом, або доручає іншому (виконуючому) банку здійснити цей платіж на користь одержувача грошових коштів чи призначеної ним особи — бенефіціара. Згідно із Законом України № 2346-III “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні”, прийнятого 5 квітня 2001 р. (ВВР України. — 2001. — № 29. — Ст. 137), загальні засади функціонування платіжних систем в Україні, відносини у сфері переказу грошей регулюються Конституцією України, за-

конами України: “Про Національний банк України”, “Про банки і банківську діяльність”, “Про зв'язок”, цим Законом, іншими актами законодавства України та нормативно-правовими актами Національного банку України, а також Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати, Уніфікованими правилами з інкасо Міжнародної торгової палати, Уніфікованими правилами з договірних гарантій Міжнародної торгової палати та іншими міжнародно-правовими актами з питань переказу грошей.

Згідно з Уніфікованими правилами і звичаями для документарних акредитивів у редакції 1993 р., опублікованими Міжнародною торговою палатою¹, акредитив — “це письмове зобов'язання банку-емітента, яке виконується за вимогою і на основі інструкцій клієнта (заявника акредитива):

- здійснити оплату бенефіціарові чи на його вимогу третій особі;
- акцептувати та оплатити переказні векселі (тратти²), складені на бенефіціара;
- уповноважити інший банк виконати оплату, акцептування чи неогоціацію таких переказних векселів (тратт).

Акредитив надає значно більші можливості захисту інтересів експортера, ніж інкасо. Вже на момент висунення пропозиції чи укладання угоди про купівлю-продаж продавець повинен чітко уявляти, які ризики і вимоги йому потрібно врахувати щодо:

- надійності та кредитоспроможності покупця;
- політичних, економічних та юридичних умов у країні покупця;
- власної ліквідності.

Для безперешкодного здійснення акредитивної операції продавець, крім усього іншого, повинен мати точне уявлення щодо обраного виду акредитива, а також щодо його конструкції, терміну дії, шляху та засобів транспортування, страхового захисту, базису цін [177].

Типи та види акредитивів. Залежно від цілей, ступеня гарантованості оплати сум, що мають бути сплаченими, та способу використання акредитиви поділяють на: покриті та непокриті, відкличні та безвідкличні, документарні та грошові. Використовується поняття

¹ Публікація МТП № 500 за 1993 р.

² Тратта — переказний вексель стосовно трасата — платника, який приймає переказний вексель.

“резервного акредитива”. Згідно з Постановою Правління Національного банку України № 135 від 29 березня 2001 р. “Про затвердження інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті”, *покритий акредитив* — це акредитив, для здійснення платежів за яким завчасно бронюються кошти платника у повній сумі на окремому рахунку в банку-емітенті або у виконуючому банку. Кошти заявника акредитива бронюються на аналітичному рахунку “Розрахунки за акредитивами” відповідних балансових рахунків.

Непокритий акредитив — акредитив, оплата за яким у разі тимчасової відсутності коштів на рахунку платника гарантується банком-емітентом за рахунок банківського кредиту. Як зазначено у ч. 2 ст. 1093 ЦКУ, при відкритті непокритого акредитива грошові кошти платника бронюються на окремому рахунку в банку-емітенті або виконуючому банку.

Відкличний акредитив може бути змінений або анульований банком-емітентом у будь-який час без попереднього повідомлення одержувача грошових коштів. Відкличання акредитива не створює зобов'язань банку-емітента перед одержувачем грошових коштів. Виконуючий банк повинен здійснити платіж або інші операції за відкличним акредитивом, якщо до моменту їх здійснення ним не одержано повідомлення про зміну умов або анулювання акредитива (ст. 1094 ЦКУ).

Безвідкличний акредитив може бути анульований або його умови можуть бути змінені лише за згодою на це одержувача грошових коштів. На прохання банку-емітента виконуючий банк може підтвердити безвідкличний акредитив шляхом прийняття додатково до зобов'язання банку-емітента зобов'язання здійснити платіж відповідно до умов акредитива. Безвідкличний акредитив, підтверджений виконуючим банком, не може бути змінений або анульований без згоди виконуючого банку (ст. 1095 ЦКУ).

Документарні (товарні) акредитиви використовуються для розрахунків за товари та послуги при наданні обумовлених в акредитиві документів.

Грошові (циркулярні або фінансові) — акредитиви, виплата за якими не обумовлена наданням документів.

За законодавством виділяють також *резервні акредитиви*. Згідно зі ст. 3 Закону України “Про банки і банківську діяльність” такі ак-

редитиви є способом забезпечення тендерних пропозицій, а також виконання договору про закупівлю.

За формою вирізняють *документарні акредитиви та акредитивні листи*. У більшості країн терміни “документарний акредитив” та “комерційний акредитивний лист” є синонімами. Але, наприклад у США, Великобританії та Китаї, а також у закордонних відділеннях найбільших банків Англії та США, технологічні процеси та можливості акредитивних листів суттєво відрізняються від запропонованих документарними акредитивами. Розрахунки у формі акредитивних комерційних листів повинні бути погоджені сторонами у контракті купівлі-продажу. Особливість акредитивних комерційних листів полягає в тому, що вони надсилаються не банку в країні продавця, а безпосередньо бенефіціарові. При цьому банк у країні продавця може використовуватися лише як проміжна інстанція. Бенефіціар після відправлення товару та отримання усіх необхідних документів, передбачених в акредитивному листі, може або передати їх банку, обраному на власний розсуд, або надіслати для оплати безпосередньо банку, який виписав акредитивний лист. Експортер, який погодився на розрахунки з використанням акредитивних листів, повинен зважати на те, що йому не буде відмовлено у негоді тратт банком його країни лише в тому разі, якщо акредитивний лист виписано авторитетним (першокласним) банком та його гарантія купити виставлені тратти вважатиметься іншими банками достатньою.

Суб'єктам господарської діяльності України варто погоджуватися на розрахунки за акредитивними листами лише за умови, що вони виписуватимуться банками-кореспондентами Національного банку України та іноземними банками першої категорії, платоспроможність яких не викликає сумніву, а також з урахуванням того, що така форма розрахунків здійснюватиметься обома сторонами на принципах взаємності. За іншими показниками акредитивні листи відповідають документарним акредитивам [177].

Впорядкування розрахунків, відкриття та виконання акредитива. Відповідно до Постанови Правління Національного банку України № 135 від 29 березня 2001 р. “Про затвердження Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті” (розділ VIII “Розрахунки за акредитивами”) акредитив за своєю суттю є договором, відокремленим від договору купівлі-

продажу або іншого контракту, на якому він може базуватися, навіть якщо в акредитиві є посилання на них. У цьому договорі (між бенефіціаром і заявником акредитива) передбачаються умови та порядок здійснення розрахунків за акредитивами, які не повинні суперечити чинному законодавству, у тому числі нормативно-правовим актам Національного банку. Якщо це передбачено в тексті договору, то розрахунки за акредитивами регулюються Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів у редакції 1993 р. у частині, що не суперечить чинному законодавству, в тому числі нормативно-правовим актам Національного банку. Умови акредитива є дійсними для бенефіціара, поки він не повідомить про згоду на внесення змін до них банку, який авізував йому ці зміни. Бенефіціар має письмово повідомити про погодження або відмову щодо внесення змін. Прийняття часткових змін не дозволяється.

Бенефіціар може: а) достроково відмовитися від використання акредитива; б) подати пропозиції про внесення змін до умов акредитива, звернувшись безпосередньо до заявника акредитива, який у разі згоди вносить зміни до акредитива через банк-емітент, який надсилає повідомлення виконуючому банку. Відносини між банком-емітентом, авізуючим та/або виконуючим банком регулюються договорами, в яких передбачаються розмір комісійних за авізування та інші витрати, пов'язані з відкриттям і виконанням акредитива, відповідальність сторін щодо оплати документів згідно з умовами акредитива тощо.

Акредитив може бути авізований бенефіціару через інший (авізуючий) банк. Якщо авізуючий банк не визначено виконуючим банком, він не несе зобов'язань щодо сплати за акредитивом. За операціями з акредитивами всі заінтересовані сторони мають справу тільки з документами, а не з товарами, послугами або іншими видами виконання зобов'язань, з якими можуть бути пов'язані ці документи. Відкличний акредитив може бути змінений або анульований банком-емітентом у будь-який час без попереднього повідомлення бенефіціара (наприклад, у разі недотримання умов, передбачених договором, дострокової відмови банком-емітентом від гарантування платежів за акредитивом). Усі розпорядження про зміни умов відкличного акредитива або його анулювання заявник може надати бенефіціару тільки через банк-емітент, який повідомляє вико-

нуючий банк, а останній — бенефіціара. Виконуючий банк не має права приймати розпорядження безпосередньо від заявника акредитива (за винятком того, коли банк-емітент є виконуючим банком). Якщо виконуючий банк не є банком-емітентом, то зміна умов відкличного акредитива або його анулювання відбуваються тільки після отримання від виконуючого банку відповідного повідомлення, яким підтверджується, що до моменту зміни умов або анулювання акредитива документи за акредитивом не були подані. Документи за акредитивом, що відповідають його умовам, подані бенефіціаром і прийняті виконуючим банком до отримання ним повідомлення про зміну умов або анулювання акредитива, підлягають оплаті. У разі здійснення платежу виконуючим банком до отримання повідомлення про зміну або анулювання акредитива проти документів, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам акредитива, банк-емітент зобов'язаний надати відшкодування виконуючому банку, який уповноважений на здійснення платежу.

Для відкриття акредитива клієнт подає до банку-емітента заяву на акредитив (наведена у додатку до Інструкції) не менше ніж у трьох примірниках, заповнену згідно з вимогами вказаної Інструкції, та в разі відкриття покритого акредитива — відповідні платіжні доручення. Заява містить умови акредитива, які складаються так, щоб, з одного боку, дати змогу банкам без ускладнень їх проконтролювати, а з іншого — забезпечували б інтереси сторін, які використовують акредитив. Акредитив має містити лише ті умови, які банк може перевірити документально. Реквізити, передбачені формою заяви, є обов'язковими (крім реквізиту “Додаткові умови”), і тому в разі відсутності одного з них акредитив не відкривається і заява повертається заявнику без виконання. Якщо перелік документів не вміщується на бланку заяви, то заявник акредитива подає його окремим додатком, кількість примірників якого має відповідати кількості примірників заяви. Оригінал цього додатка підписується уповноваженими особами та скріплюється відтиском печатки заявника акредитива.

Банк-емітент, прийнявши заяву, визначає спосіб виконання акредитива, авізує та виконуючий банки і здійснює відповідні бухгалтерські записи. Якщо відкривається покритий акредитив, депонований у виконуючому банку, який не є банком-емітентом, то заявник

подає до банку-емітента крім заяви платіжне доручення на перерахування коштів для бронювання їх у виконуючому банку. Банк-емітент перераховує кошти заявника на аналітичний рахунок “Розрахунки за акредитивами” у виконуючому банку та повідомляє його про умови акредитива.

У разі відкриття покритого акредитива, депонованого в банку-емітенті, заявник подає заяву та платіжне доручення на перерахування коштів із свого рахунка на аналітичний рахунок “Розрахунки за акредитивами” у банку-емітенті. Акредитив вважається відкритим після того, як здійснено відповідні бухгалтерські записи за рахунками та надіслано повідомлення про відкриття та умови акредитива бенефіціару. Дата виконання платіжних доручень, наданих разом із заявою на акредитив, і дата повідомлення бенефіціару мають збігатися. Для відкриття покритого акредитива клієнт подає заяву, як правило, у чотирьох примірниках. Перший з них банк-емітент обліковує за відповідним позабалансовим рахунком, призначеним для обліку акредитивів, другий (з потрібною позначкою банку про дату надходження) разом з випискою з рахунка видає заявнику як розписку банку про відкриття акредитива, третій та четвертий здебільшого використовуються для інформування виконуючого банку та бенефіціара про умови акредитива.

На відкриття непокритого акредитива платник подає заяву в чотирьох примірниках. У реквізиті заяви “Вид акредитива” має додатково зазначатися — “непокритий”. Перший примірник заяви в цьому разі обліковується банком-емітентом за позабалансовим рахунком, призначеним для обліку непокритих акредитивів. Виконуючий банк обліковує примірник заяви або повідомлення, отриманий від банку-емітента, за відповідним позабалансовим рахунком, призначеним для обліку акредитивів. Такий облік здійснюється окремо від обліку повідомлень про відкриття покритих акредитивів.

Банк-емітент інформує виконуючий (авізуючий) банк про відкриття акредитива електронною поштою (електронне повідомлення) або іншими засобами зв'язку, передбаченими договорами між банками, заявою чи повідомленням. Заяву та повідомлення надсилає не пізніше наступного робочого дня після отримання заяви від клієнта. Повідомлення має містити номер акредитива, усі

його умови, спосіб платежу, місце виконання та термін дії акредитива. У повідомленні повинні чітко зазначатися повноваження авізуючого банку щодо виду акредитивної операції. Якщо в повідомленні банку-емітента, надісланого електронною поштою, телетайпом чи іншими засобами зв'язку, не зазначено “подробиці далі”, то його поштове підтвердження не потрібне, і в разі його надходження воно не береться до уваги, а робочим документом є це електронне повідомлення. Якщо в такому повідомленні зазначено “подробиці далі”, воно має лише інформативний характер, і робочим документом є заява, надіслана поштою або доставлена іншим звичайним способом зв'язку згідно з Правилами приймання, оброблення та доставки кореспонденції банківських установ спецзв'язком Державного комітету зв'язку та інформатизації України. Про відкриття та умови акредитива виконуючий (авізуючий) банк повідомляє бенефіціара (авізує акредитив) протягом 10 робочих днів з дня отримання повідомлення від банку-емітента (авізуючого банку).

Після відвантаження продукції (виконання робіт, надання послуг) бенефіціар подає виконуючому банку потрібні документи, передбачені умовами акредитива, разом з реєстром документів за акредитивом. Реєстр документів за акредитивом складається за формою додатка до цієї Інструкції та подається в банк, як правило, у чотирьох примірниках. Виконуючий банк ретельно перевіряє подані бенефіціаром документи щодо дотримання всіх умов акредитива і в разі порушення хоча б однієї з умов не здійснює виплати за акредитивом, про що інформує бенефіціара, і надсилає повідомлення до банку-емітента для отримання згоди на оплату документів з розбіжностями. Зазначене повідомлення має містити повний перелік розбіжностей з умовами акредитива, виявлених під час перевірки.

У разі неотримання відповіді протягом семи робочих днів після відправлення повідомлення або надходження негативної відповіді виконуючий банк повертає бенефіціару всі документи за акредитивом, зазначивши на зворотному боці першого примірника реєстру документів за акредитивом причини повернення документів і засвідчивши цей запис підписами відповідального виконавця та працівника, на якого покладено функції контролера, і відтиском штампа банку. Не приймаються до оплати за акредити-

вом документи, які мають розбіжності з умовами акредитива або зміст яких суперечить один одному. Заявнику акредитива рекомендується зазначати в умовах акредитива: ким має оформлятися (засвідчуватися тощо) кожний документ, що вимагається умовами акредитива, та його зміст. Якщо умовами акредитива передбачено акцент заявника акредитива, то для його здійснення уповноважена особа заявника має подати бенефіціару: документ, що засвідчує її особу; зразок її підпису, засвідчений заявником акредитива (якщо його немає у виконуючому банку); доручення, видані заявником акредитива, щодо її повноважень. На документах, які за умовами акредитива мають бути акцептовані, уповноважена особа робить такий напис:

Акцептований за рахунок акредитива від _____ № _____
(дата)

Уповноваженим _____
(назва заявника акредитива)

Підпис _____
(дата)

У виконуючому банку відповідальний виконавець перевіряє наявність акцептного напису та відповідність його поданому зразку. Виплати бенефіціару за акредитивом, кошти за яким заброньовано у виконуючому банку, здійснюються з аналітичного рахунка “Розрахунки за акредитивами”. Списання коштів з цього рахунка виконуючий банк здійснює на підставі першого примірника реєстру документів за акредитивом, наданого разом з іншими документами, що відповідають умовам акредитива.

Перший примірник реєстру документів за акредитивом залишається в документах дня виконуючого банку, другий (з відповідними позначками банку про дату одержання та виконання) видається бенефіціару, третій та четвертий примірники разом з документами, передбаченими умовами акредитива, надсилаються до банку-емітента, в якому третій примірник використовується для списання суми заяви з відповідного позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів, а четвертий видається заявнику акредитива разом з іншими документами за акредитивом. Якщо виконуючий банк за рахунок заброньованих коштів оплатив документи з розбіжностями без повідомлення банку-емітента

та отримання відповідних повноважень і в разі подальшої відмови банку-емітента від оплати зазначених документів, виконуючий банк зобов'язаний відшкодувати сплачену суму. Виконуючий банк під час використання акредитива, кошти за яким заброньовано в банку-емітенті, перевіряє за дорученням цього банку виконання всіх умов акредитива за поданим бенефіціаром реєстром документів щодо акредитива та інших документів, передбачених ним. Четвертий примірник реєстру (з потрібними позначками банку про дату одержання) виконуючий банк видає бенефіціару, третій — використовує для списання суми заяви на акредитив з відповідного позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів (після надходження коштів від банку-емітента), перший та другий примірники реєстру документів за акредитивом разом з іншими документами надсилає до банку-емітента. Банк-емітент, перевіривши виконання всіх умов акредитива, на підставі першого примірника реєстру документів за акредитивом списує кошти з аналітичного рахунка “Розрахунки за акредитивами” і перераховує їх на рахунок бенефіціара. Перший примірник реєстру документів за акредитивом банк-емітент зберігає в документах дня банку, а другий (з необхідними позначками банку про дату одержання та виконання) — видає заявнику акредитива разом з іншими документами за акредитивом.

Якщо своєчасно одержати кошти з рахунка заявника акредитива неможливо (у разі оплати за акредитивом за рахунок кредиту), банк-емітент до вирішення цього питання згідно з умовами договору обліковує заборгованість заявника акредитива за балансовим рахунком, призначеним для обліку короткострокових кредитів. Одночасно банк-емітент списує з відповідного позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів, суму, виплачену за акредитивом бенефіціарові.

У всіх акредитивах обов'язково має передбачатися дата закінчення терміну і місце подання документів для платежу. Дата, яку зазначено в заяві, є останнім днем для подання бенефіціаром до оплати реєстру документів за акредитивом та документів, передбачених умовами акредитива. Банки мають контролювати термін дії акредитива, зазначений у заяві. У день спливу терміну дії акредитива, кошти за яким заброньовано у виконуючому банку, останній наприкінці операційного дня меморіальним

ордером списує кошти з аналітичного рахунка “Розрахунки за акредитивами” та перераховує в банк-емітент на рахунок, з якого вони надійшли. Банк-емітент зараховує одержані кошти на рахунок заявника акредитива та списує певну суму з відповідного позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів. Про закриття непокритого акредитива через закінчення терміну його дії виконуючий банк надсилає повідомлення банку-емітенту електронною поштою або іншими засобами зв'язку, передбаченими договором між банками, та списує суму акредитива з відповідного позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів. Після отримання повідомлення про закриття акредитива банк-емітент списує відповідну суму з позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів. Акредитив, кошти за яким заброньовано в банку-емітенті, закривається ним після закінчення терміну, зазначеного в акредитиві, з додаванням нормативного терміну проходження документів спецзв'язком від виконуючого банку до банку-емітента або після отримання від виконуючого банку підтвердження про невиконання акредитива. Наприкінці операційного дня банк-емітент меморіальним ордером перераховує кошти з аналітичного рахунка “Розрахунки за акредитивами” на рахунок заявника акредитива і надсилає повідомлення виконуючому банку для їх списання з відповідного позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів. Анульований банком-емітентом відкличний акредитив закривається в день надходження повідомлення про його анулювання в такому самому порядку.

Постановою Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 “Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів)”, прийнятою на виконання Указу Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 566 “Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України”, цим суб'єктам рекомендовано застосовувати під час укладання зовнішньоекономічних договорів (контрактів) типові платіжні умови та типові форми захисних застережень до них, які передбачають розрахунки в іноземній валюті.

Типові платіжні умови договору (контракту), яким передбачається розрахунок із застосуванням документарного акредитива мають такий вигляд:

1. Платежі за товари, поставлені в рахунок цього Договору (контракту), мають бути здійснені у ____ (назва валюти) ____ з безвідкличного документарного акредитива, відкритого за дорученням Покупця на користь Продавця банком-кореспондентом Уповноваженого банку та авізованого через Уповноважений банк.

Якщо акредитив буде відкритий банком, який не є кореспондентом Уповноваженого банку, Покупець забезпечить підтвердження акредитива банком-кореспондентом Уповноваженого банку.

2. Акредитив, що відкривається відповідно до цього Договору (контракту), підпорядковується Уніфікованим правилам і звичаям для документарних акредитивів у редакції 1993 року, опублікованим Міжнародною торговельною палатою за № 500.

3. Акредитив має бути відкритий протягом/не пізніше ____ днів від дати повідомлення Продавцем про те, що товар підготовлено до відвантаження, терміном дії до _____, на повну суму вартості товару, що не перевищує плюс/мінус 10 %, у тому числі ____ % річних за користування кредитом.

4. Якщо з вини Покупця або його банку відкриття акредитива буде затримано, Продавець має право відмовити у відвантаженні товару або розірвати Договір (контракт).

5. Платежі за акредитивом здійснюватимуться в Уповноваженому банку проти подання Продавцем таких документів:

1) комерційного рахунка в ____ примірниках;

2) повного комплекту чистих бортових коносаментів, виписаних на ім'я/наказу _____, з повідомленням Одержувача, з позначкою "фрахт сплачений/фрахт сплачений наперед" або "фрахт сплачується за місцем призначення" плюс _____ копії або дублікати міжнародної авіаційної, автомобільної, залізничної накладної або поштової квитанції, що містить найменування Одержувача вантажу, позначку про сплату фрахту і позначку Перевізника про відправлення вантажу;

3) страхового поліса, виписаного на ім'я/наказу _____;

4) інших документів.

Документи повинні бути подані Продавцем до Уповноваженого банку не пізніше/протягом ____ днів від дати відвантаження товару.

6. Акредитив передбачає можливість або дозвіл часткових відвантажень/перевантажень.

7. Усі витрати, пов'язані з відкриттям, авізуванням, підтвердженням, продовженням терміну, зміною умов та виконанням акредитиву, сплачує Покупець.

8. Якщо умови відкритого акредитива не відповідатимуть умовам цього Договору (контракту), Покупець за свій рахунок за дорученням Продавця забезпечить внесення необхідних змін до умов акредитива.

Примітки:

1) якщо Покупцеві надається комерційний кредит, до платіжних умов після пункту 2 має бути включено додатково текст такого змісту:

Продавець надає Покупцеві комерційний кредит на період _____ днів/місяців від дати відвантаження товару. Покупець сплачує Продавцеві проценти за користування кредитом за ставкою _____ % річних одночасно із сплатою вартості товару.

У разі надання Покупцеві комерційного кредиту абзац перший пункту 5 викладається в такій редакції:

Платежі за акредитивом здійснюватимуться через _____ днів від дати відвантаження товару у разі подання Покупцем до Уповноваженого банку документів, зазначених у пункті 5 цього Договору (контракту);

2) у разі відкриття акредитивів банками країн, що діють, як правило, згідно з нормами англо-американського вексельного права, ці банки за своєю власною ініціативою можуть вносити до переліку документів, проти яких (за умови надання яких) здійснюється платіж, переказний вексель (тратту), виписаний з платежем після пред'явлення (at sight) або у визначений термін (при комерційному кредиті), безпосередньо на банк, що відкрив акредитив.

1.2. Типові платіжні умови договору (контракту), яким передбачається розрахунок із застосуванням документарного інкасо (з гарантією):

1. Платежі за товари, поставлені в рахунок цього Договору валюти) _____ проти наданих Покупцеві надісланих на інкасо через Уповноважений банк таких документів:

1) комерційного рахунка в _____ примірниках;

2) повного комплекту чистих бортових коносаментів, виписаних на ім'я/наказу Уповноваженого банку або на ім'я Відвантажувача та індосованих наказу Уповноваженого банку з повідомленням Одержувача, з позначкою “фрахт сплачений/фрахт сплачений наперед” або “фрахт сплачується за місцем призначення”, плюс _____ копії, або дубліката міжнародної авіаційної, автомобільної, залізничної накладної чи поштової квитанції, що містить найменування Одержувача вантажу, позначку про сплату фрахту і позначку Перевізника про відправлення вантажу;

3) страхового поліса, виписаного на ім'я/наказу _____;

4) інших документів”.

Згідно зі ст. 2 Закону України “Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті” імпорتنі операції резидентів, які здійснюються на умовах відстрочення поставки, в разі, коли таке відстрочення перевищує 90 календарних днів з моменту здійснення авансового платежу або виставлення векселя на користь поставальника продукції (робіт, послуг), що імпортується, потребують індивідуальної ліцензії Національного банку України. При застосуванні розрахунків щодо імпорتنих операцій резидентів у формі документарного акредитива термін, передбачений частиною першою цієї статті, діє з моменту здійснення уповноваженим банком платежу на користь нерезидента.

За цивільним законодавством України, для виконання акредитива одержувач грошових коштів подає до виконуючого банку документи, передбачені умовами акредитива, що підтверджують виконання всіх умов акредитива. У разі порушення хоча б однієї з цих умов виконання акредитива не провадиться. Якщо виконуючий банк відмовляє у прийнятті документів, які за зовнішніми ознаками не відповідають умовам акредитива, він повинен негайно повідомити про це одержувача грошових коштів і банк-емітент із зазначенням причин відмови. Якщо банк-емітент, одержавши прийняті виконуючим банком документи, вважає, що вони не відповідають за зовнішніми ознаками умовам акредитива, він має право відмовитися від їх прийняття і вимагати від виконуючого банку суму, сплачену одержувачеві грошових коштів з порушенням умов акредитива (ст. 1096 ЦКУ).

Особливості використання акредитивів у міжнародній практиці. Використання акредитивної форми розрахунків у міжнародній

практиці регулюється, як зазначалося вище, Уніфікованими правилами і звичаями для документарних акредитивів (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits — UCP), розробленими Міжнародною торговою палатою. З 1 січня 1994 р. набули чинності UCP № 500 у редакції 1993 р. Вони застосовуються до всіх документарних акредитивів, у тому числі резервних.

UCP встановлюють:

- визначення і види акредитивів;
- способи і порядок їх виконання і передання;
- зобов'язання і відповідальність банків;
- вимоги до документів, які пред'являються до акредитива, і порядок їх подання;
- інші питання, які виникають у практиці розрахунків акредитивами;
- тлумачення різних термінів.

До кожного документарного акредитива додається застереження про те, що він підпорядкований UCP. Їх дотримуються банки понад 160 країн світу, в тому числі США. Оскільки більшість акредитивів підпорядкована UCP, всі сторони (імпортер, експортер, експедитор, брокер та ін.) повинні бути ознайомлені з ними і правильно розуміти їх перед укладанням угоди. UCP містять вичерпну інформацію про правила та звичаї, але не мають законної сили в усіх відношеннях.

Стаття 5 Міжнародних комерційних термінів (Uniform Commercial Code — UCC) встановлює для акредитивів державну мову США.

Як правило, банки випускають комерційні та резервні акредитиви, які відповідно до UCP можуть бути внутрішніми чи міжнародними. Проте за запитом заявника або бенефіціара внутрішній акредитив може підпорядковуватися UCP.

Процедура здійснення акредитивної операції. Цю процедуру умовно можна поділити на три фази.

Угода про відкриття акредитива (фаза 1). Імпортер, який прийняв пропозицію експортера та уклав з ним договір купівлі-продажу, має подбати про відкриття акредитива на користь продавця. Дорученням на відкриття акредитива імпортер (наказодавець акредитива) вимагає від банку взяти перед постачальником зобов'язання щодо здійснення платежу. Банк виконує цю вимогу, як правило, лише у разі наявності змоги переадресувати його на акредитиводавця, оскільки не може розглядати товар як єдину гарантію, особливо якщо для нього не існує функціонуючого ринку. Тому акредитиводавець

(імпортер) повинен розпоряджатися активами або відповідним кредитом у банку, який відкриває акредитив [177].

Імпортер зацікавлений у детальному формулюванні умов акредитива. За відсутності досвіду у складанні акредитивних доручень або за наявності специфічних умов відкриття акредитива доцільно буде проконсультуватися з банківським спеціалістом. Йдеться не тільки про те, щоб умови платежу були чітко відображені у формі та виді акредитива, а й максимально враховані інтереси сторін. Вичерпні умови акредитива максимально гарантують своєчасність відвантаження замовленого товару належної якості за оптимальною ціною або надання послуг згідно з домовленістю.

Необхідність чіткого формулювання зумовлена незалежністю від основної угоди, оскільки в юридичних відносинах між сторонами “акредитиви... за своєю природою є угодами, уособленими від договорів купівлі-продажу та інших договорів, на яких вони можуть ґрунтуватися...” (УСР). Для банку це означає, що він перевіряє документи незалежно від товарної угоди, яку покладено в основу акредитива.

Якщо банк відкрив акредитив, то єдиною умовою для початку виконання його платіжного зобов'язання є подання у встановлений термін відповідних умовам акредитива документів. Акредитиводавець не може завадити оплаті документів на підставі того, що постачання товару або інші дії бенефіціара щодо виконання контракту були здійсненні з порушенням умов договору.

Відкриття акредитива (фаза 2). У дорученні на відкриття акредитива замовник повинен точно зазначити, згідно з якими документами можна здійснити платіж (ст. 22а УСР). Щодо документів, не врегульованих в УСР докладно (всі документи, крім транспортних, страхових і рахунків-фактур, ст. 25–41 УСР), в акредитиві повинні бути зазначені суб'єкт, який виставляє ці документи, точний текст або основні ознаки змісту. За відсутності такого докладного опису банк приймає документи у тому вигляді, в якому їх було подано (ст. 23 УСР). Повинна бути чітко обумовлена можливість бенефіціара використовувати акредитив з терміною траттою (“використовується проти таких документів”, наприклад, “вексель з виплатою через 60 днів після пред'явлення в Сіті-банк, Нью-Йорк”). У такому разі він одержує від банку-кореспондента замість негайної оплати акцепт свого векселя.

Виконання акредитива (фаза 3). Виконанням акредитива вважається надання експортером документів в банк разом із супровідним листом. Перед тим як експортер подасть документи в банк, він повинен обов'язково переконатися, що вони за всіма пунктами відповідають акредитиву. Передусім мають бути наявними всі необхідні документи. Вони не повинні ні порушувати умов акредитива (правильність), ні суперечити один одному (відсутність суперечностей, ст. 15 УСР), оскільки банк, ухвалюючи рішення про прийняття або неприйняття документів, дотримуватиметься принципу суворої відповідності документів і термінів. За цим принципом банк повинен ретельно перевіряти відповідність тексту поданих документів текстові умов акредитива і може здійснювати оплату лише за відповідності документів умовам акредитива, про що складається відповідний лист.

Навіть якщо основна угода була виконана відповідно до договору, банк може прийняти лише ті документи, які повністю відповідають акредитиву. Рішення при цьому прийматиметься лише на основі документів (УСР), що відповідає принципу незалежності акредитива від основної угоди (ст. 3 і 4 УСР). Принцип суворої відповідності документів і термінів вимагає, щоб вказану в акредитиві дату закінчення терміну для подання документів і крайній термін відвантаження було ретельно дотримано. За документами, пред'явленими пізніше, банк має право не здійснювати платежі.

Якщо в акредитиві не вказано кінцеву дату для подання документів, то вона настає одночасно з датою закінчення терміну акредитива. Максимальний термін між датою видачі відвантажувальних документів (дата відправлення товару) та їх поданням у банк становить 21 день, якщо положення в акредитиві не передбачають тривалішого проміжку часу. Якщо закінчення терміну акредитива припадає на неділю або святкові дні, то термін подання документів продовжується до наступного робочого дня. Але банки відхиляють транспортні документи, в яких вказано пізнішу дату їх видачі, ніж дата терміну закінчення акредитива. Граничної дати відвантаження, зафіксованої в акредитиві, таке продовження не стосується, і термін у 21 день за акредитивами, що не містять граничної дати відвантаження, не подовжується (ст. 48b УСР).

Існують особливості й у дотриманні термінів акредитивів, формулювання яких має точно визначений зміст. Так, наприклад, поняття

“відправка у середині січня” охоплює період з 11 по 20 січня включно, а тому відвантаження 21 січня вважатиметься простроченим (ст. 53 УСР).

Якщо виконуючим банком є банк-емітент (український), наприклад у Києві, і термін дії акредитива минає, акредитив оплачується відповідно тільки після одержання та перевірки документів співробітником відділу імпорتنих акредитивів банку. Виконуючий банк повинен мати достатньо часу (до семи банківських днів) для перевірки одержаних документів та вирішення питання щодо прийняття документів, про що має бути повідомлено експортереві.

Зміна умов, анулювання і закриття акредитивів. Зміна умов безвідкличних акредитивів здійснюється на підставі листів наказодавців акредитивів із точним зазначенням внесених змін, за умови і підтвердження згоди бенефіціара на внесення цих змін. Такі листи повинні бути підписані двома уповноваженими особами організацій-наказодавця акредитива, що мають право на підписання грошово-розрахункових документів, і скріплені печаткою цієї організації. Всі зміни здійснюються співробітниками банку-емітента у формі телекомунікаційних повідомлень, що спрямовуються на адресу іноземного банку на бланку телеграми або за системою SWIFT. При цьому всі зазначені наказодавцем акредитива реквізити передаються цим телекомунікаційним повідомленням, а на досьє акредитива робляться відповідні позначки [177].

При закритті акредитива невикористаний залишок повертається на рахунок організації-наказодавця акредитива, з якого він був відкритий, шляхом дебетування відповідного акредитивного рахунка. Якщо валюта акредитива не збігається з валютою рахунка наказодавця акредитива, то невикористаний залишок повертається з віднесенням курсових різниць, що виникають внаслідок конвертації валют, за рахунок гривневого розрахункового рахунка наказодавця акредитива. Курсові різниці, що виникають внаслідок зміни курсів іноземних валют у процесі дії акредитива, також відносять за рахунок гривневого розрахункового рахунка наказодавця акредитива.

Відповідальність банку, що виконує та закриває акредитив. У разі необґрунтованої відмови у виплаті або неправильної виплати грошових коштів за акредитивом внаслідок порушення виконуючим банком умов акредитива цей банк несе відповідальність перед

банком-емітентом. У разі порушення виконуючим банком умов покритого акредитива або підтвердженого ним безвідкличного акредитива відповідальність перед платником може бути за рішенням суду покладена на виконуючий банк (ст. 1097 ЦКУ). Закриття акредитива, згідно зі ст. 1098 ЦКУ, відбувається у разі: 1) спливу терміну його дії; 2) відмови одержувача грошових коштів від використання акредитива до закінчення терміну його дії, якщо це передбачено умовами акредитива; 3) повного або часткового відкликання акредитива платником, якщо це передбачено умовами акредитива. Про закриття акредитива виконуючий банк повідомляє банк-емітент. Виконуючий банк одночасно із закриттям акредитива негайно повертає банку-емітентові невикористану суму покритого акредитива. Банк-емітент повинен зарахувати повернені суми на рахунок платника.

Якщо за акредитивом передбачено остаточний розрахунок, його закриття можливе тільки після усіх виплат за остаточним розрахунком. Коли співробітник відділу імпорتنих акредитивів анулює акредитив після закінчення терміну його дії, сповіщати іноземний банк про це не потрібно, оскільки відповідно до його даних акредитив буде анульовано іноземним банком у такий самий спосіб після закінчення терміну його дії.

ІНКАСО В МІЖНАРОДНИХ РОЗРАХУНКАХ

При виконанні договорів міжнародної торгівлі з розрахунками за допомогою міжнародних кредитних переказів завжди існує ризик неплатежу з боку покупця або ризик непостачання товарів з боку продавця (за попередньої оплати товарів). Для запобігання такому ризику в міжнародній практиці досить широко використовується така форма розрахунків, як інкасо (англ. *collections*).

Інкасо міжнародне (італ. *incasso* — виручка, виторг) — форма міжнародних безготівкових розрахунків, яка означає зобов'язання банку однієї країни отримати за дорученням експортера від імпортера суму платежу за контрактом проти передання документів (фінансових, комерційних) і перерахувати її експортеру.

На відміну від міжнародних кредитних переказів, що не регулюються актами міжнародного торгового права, практика розрахунків за допо-

могою інкасо систематизована Міжнародною торговою палатою за допомогою публікації “Уніфікованих правил з інкасо”. Остання редакція Уніфікованих правил є публікацією МТП № 522, виданою в 1995 р. (попередню редакцію було видано в 1978 р., публікація МТП № 322). Рекомендації МТП діють тоді, якщо сторони прямо вказують, що підпорядковують свої відносини цій рекомендації. Водночас Уніфіковані правила широко застосовуються в міжнародній банківській практиці. На підставі Уніфікованих правил та інших звичаїв міжнародної торгівлі можна дати визначення розрахунків за інкасо.

Розрахунки за інкасо здійснюються відповідно до договору, за яким особа, яка має право вимагати здійснення платежу (довіритель), доручає банкові, в якому вона має рахунок (банк-ремітент), передати особі, зобов’язаній здійснити платіж або акцепт переказного векселя (платник), передати через банк платника (представляючий банк) документи за умови одержання платежу або акцепту переказного векселя. Банк-ремітент, що одержав інкасове доручення, вправі залучати для його виконання крім представляючого банку також інші банки (інкасуючі). Відповідно до Уніфікованих правил, банк вправі відмовитися від інкасового доручення з будь-якої причини, але він повинен негайно повідомити про це банк, від якого отримане таке доручення.

За інкасо довіритель у разі, якщо це буде зазначено в договорі з банком, вправі відправити товар на адресу представляючого банку разом з інструкціями і тримати товар у винятковому розпорядженні банку до здійснення платежу або акцепту платником переказного векселя. Якщо товари відправлено безпосередньо на адресу представляючого банку для видачі їхньому платникові проти платежу або акцепту переказного векселя без попередньої згоди з боку цього банку, банк не зобов’язаний приймати постачання товару, ризик і відповідальність за який продовжує нести довіритель (ст. 10 Уніфікованих правил).

Учасниками міжнародних розрахунків з використанням інкасо є: *довіритель* (англ. — *principal*) — особа, яка дає доручення з інкасо своєму банкові. Як правило, довірителем є продавець товару (підрядчик, виконавець при виконанні робіт або наданні послуг);

банк-ремітент (англ. — *remiting bank*) — банк, якому довіритель доручає операцію з інкасо;

інкасуючий банк (англ. — *collecting bank*) — будь-який банк, що не є банком-ремітентом, який бере участь в операції з інкасо;

представляючий банк (англ. — *presenting bank*) — банк, що інкасує, який здійснює представлення платникові;

платник (англ. — *drawee*) — особа, яка повинна зробити платіж або акцептувати переказний вексель проти представлених документів. Як правило, платником є покупець товару (замовник робіт або послуг).

Види інкасо. Відповідно до Уніфікованих правил та сформованої практики розрахунки з інкасо здійснюються у вигляді чистого або документарного інкасо.

Чисте інкасо (англ. — *clean collections*) — інкасо, за якого платіж або акцепт переказного векселя здійснюються при наданні переказних векселів, простих векселів, чеків або інших фінансових документів, які використовуються для одержання грошового платежу; при цьому транспортні й інші комерційні документи не надаються.

Документарне інкасо — інкасо, за якого платіж чи акцепт переказного векселя здійснюються при наданні рахунків, відвантажувальних документів, документів про право власності або інших документів, що підтверджують підставу платежу чи акцепту векселя (комерційні документи); при наданні зазначених документів і виписаних на їх підставі переказних векселів або інших фінансових документів.

Форми інкасо. Інкасо здійснюється в таких формах:

- одержання платежу — надання простого або переказного векселя, чека, платіжної розписки або інших фінансових документів для одержання платежу грішми;
- акцепт переказного векселя — надання переказного векселя для його акцепту платником;
- видача комерційних документів проти платежу (англ. — *documents against payment — D/P*). — представляючий банк видає комерційні документи (які можуть супроводжуватися фінансовими документами) платникові тільки за умови здійснення платежу грішми;
- видача комерційних документів проти акцепту переказного векселя (англ. — *documents against accept — D/A*) — представляючий банк видає комерційні документи платникові тільки за умови акцепту переказного векселя;
- видача документів на інших умовах — представляючий банк видає документи платникові тільки при виконанні умов, зазначених в інкасовому дорученні.

Відповідно до ст. 7 Уніфікованих правил за відсутності вказівок при документарному інкасо про видачу комерційних документів проти акцепту (D/A) або проти платежу (D/P) вважається, що вони повинні бути видані тільки проти платежу грішми.

Етапи розрахунків за інкасо:

- 1) видача інкасового доручення довірителем банку-ремітенту;
- 2) видача інкасового доручення банком-ремітентом інкасуючому банку, в тому числі представляючому банку;
- 3) виконання представляючим банком інкасового доручення;
- 4) переказ грошей або передання акцептованого векселя довірителю.

Видача інкасового доручення довірителем банку-ремітенту. Цей етап стосовно документарного інкасо починається після передання товару перевізникові й одержання документів від транспортної організації. Видача інкасового доручення здійснюється довірителем шляхом надання банку-ремітенту погоджених із платником комерційних і (або) інших документів та інструкцій з їхнього представлення платникові. При цьому інкасове доручення повинне містити вичерпні відомості для виконання доручення, у тому числі повну адресу платника. Приймаючи інкасове доручення, банк-ремітент зобов'язаний упевнитися в тому, що отримані комерційні та інші документи за зовнішніми ознаками відповідають інструкції довірителя. Банк-ремітент повинен негайно сповістити довірителя про відсутність якого-небудь документа або невідповідність документів наданій інструкції. Етап завершується прийняттям до виконання інкасового доручення банком-ремітентом.

Видача інкасового доручення банком-ремітентом інкасуючому (представляючому) банку. При прийнятті інструкції та наданих документів банк-ремітент надсилає отримані від довірителя комерційні та (або) інші документи й інструкцію довірителя інкасуючому банку, який може виконувати також функції представляючого банку.

Відповідно до ст. 5 Уніфікованих правил інкасуючий (представляючий) банк визначається банком-ремітентом відповідно до вказівок довірителя, а за відсутності таких вказівок — за власною ініціативою. Проте в обох випадках банк-ремітент не відповідає за дії інкасуючого банку. При здійсненні інкасуючим (представляючим) банком окремих дій за інкасовим дорученням відповідно до доручення банку-

ремітента на інкасуєчий (представляєчий) банк покладено ті самі обов'язки, що і на банк-ремітент.

Виконання представляєчим банком інкасового доручення. Приймаючи інкасове доручення, представляєчий банк повинен упевнитися в тому, що отримані комерційні та (або) інші документи за зовнішніми ознаками відповідають інструкції довірителя. Представляєчий банк має негайно сповістити банк-ремітент і банк, від якого отримано інкасове доручення, про відсутність якого-небудь документа або невідповідність документів представленої інструкції. Але це не перешкоджає йому в представленні документів до виконання.

Якщо представляєчий банк не може з якоїсь причини виконати інструкції, що містяться в інкасовому дорученні, він повинен негайно сповістити про це банк, від якого отримав інкасове доручення. За відсутності розбіжностей в отриманій інструкції і переданих документах, а також інших перешкод для виконання інкасового доручення представляєчий банк повідомляє платника про отримані документи та умови, на яких їх можна одержати.

Документи передаються тільки у разі здійснення платежу або акцепту переказного векселя. Відповідно до ст. 19 Уніфікованих правил частковий платіж за чистого інкасо може бути прийнятий, якщо це дозволено законодавством місця платежу. Проте і в цьому випадку документи передаються платникові тільки після одержання повного платежу. За документарного інкасо частковий платіж може бути прийнятий лише за наявності спеціального дозволу в інкасовому дорученні. Якщо довіритель не вказав інше, документи передаються платникові тільки після повного платежу. При цьому, згідно зі ст. 17 і 18 Уніфікованих правил, інкасове доручення повинне бути виконане винятково у валюті, зазначеній в інкасовому дорученні.

Переказ грошей або передання акцептованого векселя довірителю. Після одержання платежу представляєчий банк зобов'язаний негайно перерахувати інкасовані суми, за винятком комісії і (або) витрат, банку, від якого було одержано інкасове доручення, для наступного зарахування на рахунок довірителя. У разі акцепту векселя платником представляєчий банк зобов'язаний негайно його передати банку, від якого походить інкасове доручення, для передання його довірителю.

Відмова від платежу або акцепту переказного векселя. Якщо платіж і (або) акцепт переказного векселя не було отримано від плат-

ника, представляючий банк зобов'язаний негайно сповістити про це банк-ремітент із зазначенням причин неплатежу і (або) відмови від акцепту переказного векселя. Банк-ремітент повинен негайно інформувати про це довірителя із вимогою від нього розпорядження щодо подальших дій. Як правило, інкасове доручення повинне містити спеціальні вказівки про те, як повинен вчинити представляючий банк у разі відмовлення від платежу або акцепту. За відсутності таких указівок банк не зобов'язаний пред'являти документи для протесту або вчинення іншої юридичної дії (ст. 24 Уніфікованих правил).

Довіритель вправі також в інкасовому дорученні вказати особу, яка виступає повірником (агентом) довірителя за відсутності акцепту або платежу. При цьому в інкасовому дорученні повинні бути точно зазначені повноваження такої особи (ст. 25 Уніфікованих правил). За відсутності цього банки не зобов'язані приймати вказівки від представника (агента) довірителя. Як правило, представник призначається з осіб, які мають постійне місце перебування на території держави-платника.

За відсутності інструкції або відповідно неотримання вказівок про подальші дії представляючий банк вправі повернути документи банку, від якого було отримано доручення.

Зміна і відкликання інкасового доручення. Ці дії не регламентуються Уніфікованими правилами. Але відповідно до сформованої практики, інкасове доручення може бути змінено або відкликано довірителем чи банком-ремітентом лише в тому разі, якщо відповідно банк-ремітент або представляючий банк одержать вказівки про зміну або відкликання інкасового доручення до фактичного його виконання.

При одержанні вказівки про зміну інкасового доручення банк-ремітент або представляючий банк виконують його відповідно до цих змін. При одержанні вказівки про відкликання інкасового доручення банк-ремітент, або банк, що представляє, зобов'язані повернути передані документи відповідно довірителеві або банку-ремітенту.

Варто мати на увазі, що відповідно до ст. 4 Уніфікованих правил банки не вправі додержуватися яких-небудь вказівок, отриманих ними від будь-якої особи, крім тієї, що надала їм інкасове доручення (якщо інше не зазначено в інкасовому дорученні). Тобто довіритель має право давати які-небудь вказівки інкасууючому банку лише через банк-ремітент.

Відповідальність банків при виконанні інкасового доручення. За неналежного виконання банками обов'язків щодо інкасового доручення банк-ремітент, інкасуєчий банк і представляючий банк відшкодовують відповідно довірителю або банку-ремітенту понесені збитки. При цьому, згідно зі ст. 14 Уніфікованих правил, банки не несуть ніякої відповідальності за затримку або витрати, пов'язані з надсиланням повідомлень, листів, документів, за перекручування чи помилки в текстах повідомлень або помилки в перекладах чи тлумаченні технічних термінів. Банки також не відповідають за форму, дійсність, фальсифікацію, оригінальність або правову силу будь-якого переданого ними документа (ст. 13 Уніфікованих правил). Крім того, представляючий банк не відповідає за дійсність підпису під акцептом переказного векселя (іншого документа) або за наявність в особи, яка підписала акцепт (інший документ), повноважень на таке підписання (ст. 22 та 23 Уніфікованих правил).

Оплата витрат, пов'язаних з виконанням інкасового доручення. За загальним правилом усі витрати, пов'язані з виконанням інкасового доручення (у тому числі оплату послуг інкасуєчих і представляючих банків), несе довіритель. Але в інкасовому дорученні може бути зазначено, що витрати, пов'язані з його виконанням, покладаються на платника. У цьому разі представляючий банк при переданні документів стягує понесені витрати (у тому числі витрати банку-ремітента та інкасуєчого банку) з платника. Якщо платник відмовляється покривати витрати з інкасо, то представляючий банк вправі передати документи проти платежу або акцепту переказного векселя, як зазначено в інкасовому дорученні, та зажадати відшкодування витрат з банку, від якого він одержав інкасове доручення, або, якщо передання документа здійснювалося проти одержання платежу, утримати суму своїх витрат і комісії з отриманої суми платежу. Проте, якщо в інкасовому дорученні прямо вказано, що довіритель не несе ніяких витрат з виконання інкасового доручення, представляючий банк вправі не передавати платникові ніякі документи доти, поки платник не оплатить витрати банку.

Ризики довірителя і платника при міжнародних розрахунках за допомогою документарного інкасо. Міжнародні розрахунки за документарним інкасо є безпечнішою формою, ніж за допомогою міжнародних кредитних переказів. Але і за цієї форми розрахунків наявні

ризиків, наведені вище, стосовно міжнародних кредитних переказів (за винятком ризику неплатежу і ризику нестачання товару).

Водночас при використанні такої форми документарного інкасо, як надання документів проти акцепту переказного векселя, зберігається ризик продавця з несплати векселя покупцем. У цьому разі ризик можна зменшити шляхом одержання авалю з боку представляючого банку. Можливий також ризик втрати або псування товару, якщо він надійде раніше, ніж комерційні документи на нього. Подібному ризику можна запобігти переданням товару на збереження представляючому банку і страхуванням цього товару.

У разі відмови від платежу або акцепту переказного векселя у продавця можуть виникнути проблеми з розпорядженням щодо вже відправленого товару. Але якщо він має представника у країні призначення товару, цей представник може досить швидко розпорядитися цим товаром.

БАНКІВСЬКА ГАРАНТІЯ

Загальні положення. У міжнародній торгівлі внаслідок того, що сторонам часто важко оцінити платоспроможність одна одної, виникає необхідність у забезпеченні виконання зобов'язань з боку як продавця (підрядчика, виконавця), так і покупця (замовника). Одним із найпоширеніших у міжнародній торгівлі способів забезпечення виконання зобов'язань є гарантія, зокрема банківська.

На підставі аналізу сучасної практики міжнародного обороту правової доктрини, судової практики і звичаїв міжнародної торгівлі можна дати визначення банківської гарантії.

Банківська гарантія — самостійне і незалежне письмове зобов'язання банку-гаранта виплатити грошову суму в розмірі, визначеному в гарантії, бенефіціару гарантії у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання з боку третьої особи (принципала).

Отже, учасниками відносин з приводу банківської гарантії є:

принципал — особа, на прохання якої надається банківська гарантія;

банк-гарант — банк, який надає гарантію, тобто бере на себе зобов'язання за настання обставин, вказаних у гарантії, здійснити платіж зазначений в ній особі;

бенефіціар — особа, зазначена в банківській гарантії, за вимогою і на користь якої банк-гарант здійснює платіж.

Правова природа банківської гарантії та її відмінність від подібних інститутів. Терміни “гарантія” або “договір гарантії” використовуються в доктрині міжнародного торговельного права й у практиці міжнародної торгівлі найчастіше для позначення різних правових інститутів. Зокрема, під гарантією розуміють:

- гарантію з боку виробника і продавця за договором купівлі-продажу щодо якості товару. Ця гарантія найчастіше регулюється нормами цивільних кодексів держав або нормами міжнародних договорів, але даний інститут служить зовсім іншим цілям, ніж банківська гарантія;
- поручництво, обов’язок однієї особи відповідати перед кредитором іншої особи за виконання останньою своїх зобов’язань. Є акцесорним зобов’язанням, внаслідок чого дійсність поручництва залежить від дійсності основного договору і повністю пов’язана з ним. Поручництво, як правило, породжує солідарний обов’язок, якщо договором не передбачено інше. При цьому практика свідчить, що термін “гарантія” часто використовується як синонім поручництва в тому разі, якщо останнє виступає як солідарне, а не субсидіарне поручництво і надається банком (даний випадок розглянуто нижче при аналізі гарантії);
- самостійне і незалежне зобов’язання банку як забезпечення виконання зобов’язання іншої особи. Подібне зобов’язання і визначається як банківська гарантія. Даний інститут наявний у багатьох цивільних законодавствах світу, а також уніфікований Міжнародною торговельною палатою через систематизацію міжнародних торговельних звичаїв. Саме цей інститут розглядається в даній главі.

Сучасна банківська гарантія походить з інституту поручництва. У банківській практиці дотепер існує “гарантія”, що за своєю сутністю є поручництвом.

Поручництво — договір, відповідно до якого одна особа (поручитель) бере на себе перед кредитором відповідальність за виконання боржником зобов’язання в повному обсязі або частково.

Згідно зі ст. 553 ЦКУ за договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов’язку. Поручитель відповідає перед кредитором за порушення

зобов'язання боржником. Порукою може забезпечуватися виконання зобов'язання частково або у повному обсязі.

Оскільки інститут поручництва був прообразом банківської гарантії, основні її риси найкраще виявляються за порівняльного аналізу банківської гарантії та поручництва.

Загальним для цих інститутів є зобов'язання як гаранта, так і поручителя виплатити грошову суму в разі невиконання зобов'язання іншою особою.

Відмінності між банківською гарантією і поручництвом:

1. Найважливіша відмінність — банківська гарантія, на відміну від поручництва, не є акцесорним зобов'язанням. Це означає незалежність зобов'язання гаранта (тобто банку) від зобов'язання боржника (принципала), що виявляється в таких властивостях банківської гарантії:

- банк, що надає гарантію, не може висувати бенефіціару гарантії такі вимоги, як боржник, зобов'язання якого забезпечується поручництвом. Так, наприклад, банк не має права висувати бенефіціару гарантії вимоги, пов'язані з недоліками проданої речі, хоча таку вимогу і має право пред'являти боржник, а також його поручитель. Те саме стосується можливості зменшення розміру гарантії на суму зустрічних вимог боржника перед бенефіціаром гарантії, тобто бангарант не може скористатися подібним правом, хоча така можливість є у поручителя;
- розмір зобов'язання банку не визначається, як у разі поручництва, розміром зобов'язання боржника. Розмір банківського зобов'язання (яке завжди є грошовим) зазначається в договорі. Це може бути як конкретно зазначена сума, наприклад у гарантії повернення авансу (платежу), так і сума, обумовлена іншим способом, наприклад сума гарантії відповідає розмірові витрат, що понесе бенефіціар у разі невиконання зобов'язань боржником, але не вище визначеного розміру;
- дійсність гарантійного зобов'язання не залежить від дійсності зобов'язання основного боржника. Це логічно впливає з незалежності банківської гарантії від правовідносини між бенефіціаром гарантії та його боржником (принципалом). Якщо боржник, зокрема імпортер, відмов-

ляється від правових наслідків вияву своєї волі, наприклад через укладання договору під впливом омани, то такі дії боржника ніяк не впливатимуть на дійсність гарантійного зобов'язання банку, хоч і спричиняють визнання недійсності зобов'язання боржника-імпортера, а також його поручителя.

2. Банківська гарантія ніколи не є субсидіарною (додатковою). Це означає, що банк, до якого бенефіціар надсилає вимогу про виконання належного грошового зобов'язання за настання обставини, зазначеної в гарантійному договорі як підстави для виконання гарантії, не може висунути проти бенефіціара вимоги щодо пред'явлення ним спершу претензії до основного боржника і лише потім — до банку. У цьому виявляється самостійність банківської гарантії.

У банківській практиці трапляються випадки, коли банк не має права висувати проти кредитора вимогу про одержання первісного задоволення з боку головного боржника. Така банківська записка, часто некоректно іменована банківською гарантією, регулюється нормами цивільних і торговельних кодексів деяких держав. До категорії таких “банківських гарантій” варто віднести також і згадану вище “самостійну банківську записку”. Проте “самостійність” не виключає акцесорного її характеру, тобто залежності від зобов'язання головного боржника.

Таким чином, хоча таке поручництво і надає банк, але від цього воно не втрачає своєї правової сутності й надалі не перестає бути тільки поручництвом, зберігаючи всі слабкі сторони даного інституту (і в будь-якому випадку його не можна трактувати як банківську гарантію).

Отже, усіх головних недоліків поручництва, у силу яких вважається, що забезпечення за його допомогою є відносно слабким, позбавлені банківські гарантії.

Джерела регулювання банківської гарантії в міжнародному торговельному обороті. Банківська гарантія широко застосовується в міжнародному торговельному обороті, будучи при цьому відносно новим правовим засобом забезпечення платежу. Своєю високою популярністю вона зобов'язана великим інвестиційним проектам на Близький Схід, пов'язаним насамперед з видобутком нафти, будівництвом доріг і крупних промислових об'єктів. Проте, незважаючи на досить часте використання в міжнародному обороті, бан-

ківська гарантія не має спеціального регулювання в національному законодавстві практично всіх держав світу (за винятком, як зазначалося, США і Росії). Оскільки норми сучасного національного законодавства, що застосовуються до банківських гарантій у різних країнах світу, значно різняться, з метою належного забезпечення інтересів кредиторів необхідно як можна повніше і ретельніше формулювати відповідні умови договору з банком, який надає гарантію. Саме умови, погоджені сторонами, і мають бути джерелом, на якому майже винятково базувалися б відносини з банківських гарантій у міжнародній торгівлі, тому що навіть у банківських гарантіях, підпорядкованих Єдиному торговельному кодексу США, який містить спеціальні норми, що регулюють зазначені відносини, бенефіціар повинен погодити важливі для нього умови, оскільки і правова система США залишає сторонам досить широкі межі для укладених між ними договорів з гарантії.

Спроби міжнародно-правового регулювання банківських гарантій здійснювалися досить давно. Багато в цій галузі зробила Міжнародна торгова палата у Парижі, виробивши Уніфіковані правила для договірних гарантій (документ № 325)¹, та Типові зразки для випуску договірних гарантій (1983 р., публікація МТП № 406). Успіх зазначених публікацій зумовив розроблення й опублікування у 1991 р. Уніфікованих правил з гарантій на першу вимогу (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, документ № 458) і Типових зразків для випуску гарантій на першу вимогу (публікація МТП № 503). Ці правила призначені для використання щодо гарантійних зобов'язань гарантій, облігацій та інших платіжних зобов'язань, згідно з якими обов'язок із сплати з боку гаранта або емітента настає при наданні письмової вимоги або інших документів, зазначених у гарантії, і не залежить від того, чи здійснив учасник даної операції оплату. Крім того, МТП розробила й опублікувала Банківські гарантії в міжнародній торгівлі (публікація МТП № 547).

Проте Уніфіковані правила не визначають чіткої юридичної природи гарантії, внаслідок чого під даним терміном, як зазначалося вище, найчастіше мають на увазі різні правові явища. Крім того, на відміну від Уніфікованих правил і звичаїв для документарних акредитивів або Уніфікованих правил з інкасо, публікації МТП у сфері

¹ Документ було опубліковано у 1978 р., нова редакція видана в 1990 р.

гарантії не стали джерелом для регламентації більшості зазначених відносин, внаслідок чого їх застосування обмежене.

До роботи над уніфікацією правил з банківських гарантії долучилася також ЮНСІТРАЛ, яка розробила проект Конвенції про незалежні гарантії та резервні акредитиви, остаточний текст якої було прийнято 24–26 травня 1995 р. Цей проект було рекомендовано Генеральній асамблеї ООН з метою укладення Конвенції ООН.

Отже, у практиці міжнародної торгівлі банківська гарантія, як правило, регулюється угодою сторін, а також шляхом відсилання до національних законів. При цьому найчастіше використовується законодавство держави — місця перебування банку. Крім того, сторони гарантії дотримуються й інших імперативних норм національних законодавств, що регламентують фінансові відносини.

Ознаки банківської гарантії. В основу банківської гарантії покладено зобов'язання здійснити платіж. Це зобов'язання, як зазначалося вище, є неакцесорним (тобто незалежним від інших чинників: відносин між бенефіціаром гарантії та принципалом, виконання зобов'язань якого банк гарантує; відносин між банком і його клієнтом, за дорученням якого банк надає гарантію), а також абстрактним стосовно бенефіціара, тобто гарант залишається зобов'язаним навіть тоді, коли зобов'язання, покладене в основу гарантії, припиняється (незалежно від причини припинення). Гарант повинен здійснити платіж на першу вимогу бенефіціара або в разі пред'явлення документів чи виконання інших умов гарантії.

Формула гарантії є настільки жорсткою правовою формою, що в деяких державах вона визначається принципом: “спершу плати, потім здійснюй судовий розгляд”, тобто головний сенс банківської гарантії полягає в її абстрактному характері. Будь-які претензії та заперечення банку (наприклад, в тому, що він не одержав відшкодування з боку принципала або бенефіціар неналежним чином виконав своє зобов'язання перед принципалом) у разі виконання бенефіціаром умов гарантії з представлення належних документів або вчинення інших дій спричиняють лише відшкодування банком-гарантом збитку, що може виникнути через відмову від платежу (а також передбачають втрату довіри до такого банку). Проте, якщо банк-гарант дійде висновку, що угода, покладена в основу гарантії, порушує закон, то він може (а за законодавством деяких держав і зобов'язаний) відмовитися від платежу. При цьому гарант має право і можливість стягнути з

принципала суму гарантії у разі її виплати бенефіціару. Наявність такого права підтверджується так званою заявою про відповідальність з боку принципала (реверс), у силу чого банк може без зволікання дебетувати рахунок принципала у разі зажадання банківської гарантії.

Банківська гарантія часто забезпечує зобов'язання експортера (продавця, підрядчика) і видається на користь імпортера (покупця, замовника), тобто гарант зобов'язується здійснити платіж проти невиконання якого-небудь зобов'язання, навіть якщо він має вартісну оцінку, але за своєю природою не є формою сплати грошей, наприклад передання товару, виконання роботи, надання послуги або виконання іншої операції, що має правове значення. При цьому банк не зобов'язаний постачати товар або виконувати роботу (надавати послугу). Банк платитиме лише у разі невиконання принципалом взятого на себе зобов'язання, хоча банківська гарантія, звичайно ж, виступає й у формі гарантії оплати.

Отже, сутність банківської гарантії полягає не у виконанні зобов'язань гарантом замість боржника, а найчастіше — у визначеній компенсації невиконання або неналежного виконання взятих на себе боржником (принципалом) зобов'язань, тому що гарант не може виконати зобов'язання в натурі, а лише здатен здійснити платіж бенефіціару в межах обговореної суми. Це положення не поширюється на гарантію оплати, у силу якої гарант зобов'язується повністю погасити грошове зобов'язання принципала перед бенефіціаром.

Гарант несе відповідальність тільки відповідно до умов, передбачених в гарантії. При цьому сума, зазначена в гарантії, не може бути скорочена через часткове виконання основного договору, якщо це спеціально не передбачено в гарантії.

Банківська гарантія залежно від зобов'язань сторін виступає як безвідкличне або відкличне зобов'язання. Як правило, банківська гарантія не передбачає можливості однобічного припинення зобов'язання (гарантії) за рішенням лише гаранта.

Безвідклична банківська гарантія — гарантія, яка не може бути відізнана, а її умови не можуть бути змінені без згоди бенефіціара.

Відклична банківська гарантія — гарантія, яка може бути відізнана або її умови можуть бути змінені банком-гарантом без попереднього повідомлення бенефіціара. Як альтернативу пред'явлення платіжної вимоги, відповідно до Уніфікованих правил з гаран-

тій, на першу вимогу і за безвідкличною банківською гарантією може бути розглянуте питання про подовження терміну її дії, але це повинно бути погоджене всіма учасниками відносин.

Право бенефіціара за банківською гарантією, як правило, не може бути передане іншій особі, за винятком випадків, коли в гарантії прямо вказується це. Банківська гарантія як основний принцип не передбачає поширення її дії стосовно яких-небудь змін в основному договорі. Це пояснюється тим, що гарант повинен відповідати лише за зобов'язанням, щодо якого ним було зроблено усвідомлене волевиявлення. Банківська гарантія може також бути забезпечена, наприклад заставою певного майна.

Види банківських гарантій. Залежно від предмета банківських гарантій найпоширенішими є такі їх види:

- *тендерна (конкурсна) гарантія* (англ. — *tender guarantee*) — призначена для забезпечення організації, що здійснює тендер, відшкодування її збитків у разі відмовлення учасника тендера від участі в конкурсі протягом терміну дії його конкурсної пропозиції або у разі виграшу таким учасником тендеру і його відмовлення від укладання договору. Якщо умовою участі в тендері є надання банківської гарантії, експортер, що діє як особа, за дорученням якої надається банківська гарантія, укладає договір з банком про надання гарантії на користь організації, що здійснює тендер. Тендерна гарантія видається переважно в межах 2–5 % від суми, що перебуває в оферті;
- *гарантія виконання* (англ. — *performance guarantee/performance bond*) — забезпечує належне постачання товару, виконання робіт, надання послуг, наприклад у частині дотримання термінів постачання, усунення недоліків проданого товару тощо. Здебільшого такі гарантії захищають інтереси імпортера (покупця або замовника) і використовуються при постачанні комплектних об'єктів. Надається переважно в розмірі 10 % від суми договору;
- *гарантія повернення авансу (платежу)* (англ. — *repayment guarantee*) — також забезпечує імпортера (покупця або замовника), який одержує гарантію того, що у разі невиконання зобов'язання експортером йому буде повернуто (найчастіше в повній сумі) внесений аванс. Гарантія зменшується (якщо це зазначено в тексті гарантії) в міру постачання товару, виконання роботи або надання

послуги. Досить часто вона використовується за комплексного постачання товару, а також тривалих робіт або послуг;

- *гарантія оплати* (англ. — *payment guarantee*) — забезпечує платіж за будь-якими договорами (зокрема, за договором кредиту), але найчастіше використовується за експортних операцій. У цьому разі банк гарантує своєчасну оплату заборгованості експортерів за поставлений товар, виконану роботу або надану послугу. Така гарантія використовується часто як забезпечення, коли між експортером та імпортером застосовується форма розрахунків за допомогою документарного інкасо. До цього виду гарантій можна також віднести випадки, коли банк гарантує вексельне поручництво (аваль) або своєчасне відкриття документарного акредитива.

Крім наведених видів гарантій у практиці міжнародної торгівлі також використовуються й інші, зокрема:

- *митна гарантія* — для забезпечення оплати митних платежів і найчастіше застосовується при ввезенні товарів у митному режимі тимчасового ввезення або транзиту як забезпечення вивезення товарів за межі митної території держави;
- *судова гарантія* — передбачена законодавствами деяких держав для забезпечення витрат процесу і сторін під час здійснення судочинства;
- *гарантія забезпечення позову* — застосовується у разі накладення арешту на майно (товар). Особа може виставити гарантію й одержати право розпоряджатися даним майном (товаром) на власний розсуд;
- *гарантія коносаменту* — передбачає виконання зобов'язань перевізником вантажу (відшкодування збитків) у разі передання ним товару без коносаменту, що позначає передання прав на цей товар.

Можливі також інші види гарантій залежно від виду ризику, захист від якого вони забезпечують.

Крім того, банківські гарантії поділяють на прями, що видаються безпосередньо банком, який взяв на себе зобов'язання, наприклад перед імпортером, і непрямі (або зустрічні), коли банк, до якого звернулися за наданням гарантії, доручає її здійснення банку-кореспонденту, наприклад у країні імпортера, що видає контргарантію.

Контргарантія, як зазначалося вище, — гарантія, яку надає банк принципала (банк-поручитель), доручаючи своєму банку-кореспон-

денту виставити пряму гарантію на користь бенефіціара під повну відповідальність поручителя.

При цьому даний банк звертається в зазначений бенефіціаром банк із проханням про повторення наданої гарантії. У такому випадку банк може надати свою гарантію, оскільки вона надається не в забезпечення виконання зобов'язань невідомої йому особи, а в забезпечення гарантії банку. На практиці контргарантія часто застосовується при наданні тендерних гарантії, а також у випадку, коли гарантію банку-гаранта, що не користується великою популярністю, стабільністю і впливом, гарантує авторитетний і відомий банк (така контргарантія іноді зветься супергарантією).

Обов'язковою умовою непрямих гарантії є повна відповідність умов контргарантії умовам основної гарантії. Проте контргарантія, як і будь-яка інша, за своєю правовою природою є самостійною угодою, незалежною від інших угод, у тому числі й від основної гарантії.

Залежно від критерію класифікації існують такі форми гарантії:

- *гарантія за вимогою*, за якої гарант зобов'язаний здійснити платіж на першу вимогу бенефіціара, представлену в письмовій формі;
- *умовна гарантія*, за якої гарант надає платіж лише після пред'явлення бенефіціаром якого-небудь документа або виконання іншої умови, наприклад у разі надання бенефіціаром рішення суду чи арбітражу на користь бенефіціара або висновку авторитетної міжнародної (чи іншої) організації про невиконання зобов'язання з боку принципала чи навіть (наприклад, в Англії) простої письмової заяви бенефіціара про невиконання зобов'язання з боку принципала.

Гарантія може бути також консорціумною, за допомогою якої група осіб (учасників консорціуму) фактично забезпечує свої зобов'язання шляхом одержання головним гарантом консорціуму відповідних банківських гарантії від учасників групи.

Отже, як і в разі документарного акредитива, банківська гарантія може бути як відкличною, так і безвідкличною. І, звичайно, лише безвідклична гарантія найбільше відповідає інтересам бенефіціара.

Здійснення договору гарантії. Виконання банківської гарантії.

Укладання договорів гарантії в багатьох державах на практиці здійснюється на основі зразкових формулярів договорів (найчастіше

у формі гарантійного листа), розроблених банками, які вони надають для акцепту своїм клієнтам. Проте подібні зразки договорів гарантії повинні щоразу перед прийняттям піддаватися критичному аналізу, оскільки банки при розробленні текстів подібних договорів виходять насамперед із власних інтересів.

Крім того, оскільки цілі надання банківської гарантії можуть значно різнитися, необхідно положення тексту проформи банківської гарантії адаптувати до умов конкретної угоди. При цьому варто пам'ятати, що основним джерелом виникнення договору гарантії, зокрема між банком та експортером, є умови договору, укладеного між експортером та імпортером. Тобто експортер, для того щоб одержати надійні засоби забезпечення платежу у вигляді банківської гарантії, повинен передусім у договорі з імпортером точно визначити основні її умови та зобов'язати імпортера (під загрозою застосування передбачених у договорі санкцій) чинити так, щоб банк вчасно надав саме таку гарантію.

Відсутність визначення в договорі основних умов гарантії може призвести до виникнення між сторонами в майбутньому суперечки щодо змісту цієї гарантії або умов, зазначених вище, імпортер може спробувати нав'язати експортерові не вигідну для нього форму гарантії.

Варто зважати на те, що на практиці навіть найбільші банки схильні до того, щоб досить вільно трактувати текст банківської гарантії на свою користь і використовують будь-яку нечіткість або невизначеність для відмови від виконання гарантії, що, у свою чергу, позбавляє, наприклад експортера, за гарантії оплати основного сенсу використання банківської гарантії як інструмента швидкого відшкодування суми платежу. Банківська гарантія набуває чинності з моменту її видачі, але у ній може бути передбачено інший, пізніший термін набуття чинності.

Як зазначалося вище, банківська гарантія в міжнародній торгівлі часто видається у формі гарантійного листа — документа, в якому банк бере на себе зобов'язання у разі настання обставин, зазначених у даному документі, виконати грошове зобов'язання в розмірі й у термін, обумовлених у гарантії, на користь певної особи (бенефіціара). Гарантійний лист адресується, безпосередньо бенефіціару гарантії, а іноді банкові, постійним клієнтом якого є бенефіціар.

Найважливішим для бенефіціара є уникнення або максимальне обмеження в тексті банківської гарантії акцесорних і субсидіарних умов, що у майбутньому можуть ускладнити реалізацію банківської гарантії. З цією метою потрібно чітко і категорично сформулювати зобов'язання банку, наприклад з оплати заборгованості імпортера, що сформувалася, якщо останній ухилитиметься від сплати суми боргу або її частини. Банк повинен бути зобов'язаним здійснити оплату на вимогу кредитора без права вимоги від боржника надання згоди на таку оплату.

Наступним істотним пунктом гарантії є відмова банку від використання правових засобів, якими може скористатися боржник у зв'язку з укладеним між ним і бенефіціаром гарантії договором. Таким чином, можна буде уникнути недомовок у договорі з банком, оскільки відсутність якої-небудь норми в договорі банківської гарантії може призвести до використання норм національного законодавства країни місцезнаходження банку про поручництво (за відсутності спеціального регулювання в законодавстві гарантії), що не завжди було б вигідно для бенефіціара.

Щодо банківської гарантії в практиці міжнародного обороту існує правило, хоча і не імперативне, відповідно до якого така гарантія є зобов'язанням строковим. Тому в гарантійному листі потрібно точно визначати дату закінчення терміну дії гарантії. Після завершення цього терміну банківське зобов'язання припиняється, якщо до настання його бенефіціар не звернувся з вимогою про виконання даної гарантії. Важливо, щоб термін дії банківської гарантії був достатнім для надання бенефіціару, наприклад експортеру за наявності гарантії оплати, часу для пред'явлення вимоги до банку в разі, якщо імпортер не виконав своїх зобов'язань з оплати у встановлений у договорі термін. Якщо сторони основного договору продовжують термін його дії, необхідно також (за згоди гаранта) продовжити і термін банківської гарантії. Щоправда, в англосаксонській правовій доктрині панує точка зору, відповідно до якої і після закінчення, терміну дії банківської гарантії бенефіціар має право вимагати її виконання, хоча обставина, на підставі якої банківська гарантія повинна бути виконана, настала після закінчення терміну, зазначеного у гарантії.

Враховуючи викладене вище, майбутній бенефіціар гарантії повинен виявити максимальну старанність при визначенні змісту не-

обхідної гарантії. Недостатньо просто застосувати термін “гарантія” через неоднозначність його тлумачення. Тому, наприклад, в законодавстві України виписано правові наслідки порушення боржником зобов’язання, забезпеченого гарантією (ст. 563 ЦКУ), обов’язки гаранта (ст. 564, 566 ЦКУ) і його право на відмову в задоволенні вимоги кредитора (ст. 565 ЦКУ), на зворотну вимогу до боржника (ст. 569 ЦКУ) тощо.

У французькому праві термін “гарантія”, за винятком суто термінологічної подібності, не має нічого спільного з банківською гарантією. Тому слід керуватися не лише найменуванням правового інституту, що служить для забезпечення виконання зобов’язань, а насамперед — конкретним змістом гарантії, що визначає зобов’язання банку.

Банківська гарантія може бути виконана на першу вимогу бенефіціара гарантії. Проте це правило не є загальнопоширеним, тому заінтересована сторона повинна вимагати, щоб норма про це була прямо зазначена в гарантійному листі. Бенефіціар вправі висунути вимогу про оплату до банку тільки при настанні обставин, зазначених у гарантійному листі, наприклад за “безрезультатного” закінчення терміну для оплати товару імпортером. Звідси виникає питання, чи повинен бенефіціар гарантії доводити настання такої обставини. За панівною доктриною про те, що в разі гарантії за вимогою й оплатою бенефіціар може просто заявити, що, наприклад, оплата з боку імпортера в зазначений у гарантії термін не настала, і зажадати від банку виконання банківської гарантії. Доводити ж факт несплати бенефіціар не зобов’язаний.

Якщо ж виявиться, що обставина, на підставі якої було виконано гарантію, насправді не мала місця, бенефіціар зобов’язаний повернути неправомірно отриману суму банкові. Проте у цьому разі він виступатиме в ролі відповідача, а тому тягар доведення обставин, за якими отримана бенефіціаром сума гарантії підлягає поверненню, лягає на ту особу, яка звертається з подібною вимогою. Безумовним, є те, що банк, який повинен виконати гарантію “на першу вимогу”, не має права затримувати оплату навіть тоді, коли він має відомості про те, що обставини, зазначені в гарантії як підстава її виконання, насправді не настали. Надалі при виконанні банківської гарантії банк не може висунути вимоги про повернення даної суми, оскільки вирішення питання про настання обставин, за якими повинна бути виконана гарантія, належить

до взаємин між бенефіціаром гарантії й особою, за дорученням якої банк надав гарантію, — принципалом. Тому з вимогою про повернення неправомірно отриманої суми за гарантією може виступити лише особа, за дорученням якої було надано гарантію.

Якщо банківська гарантія має бути виконана проти документів, зазначених у гарантії, то бенефіціар повинен негайно у разі виникнення обставин, пов'язаних з невиконанням зобов'язань принципалом, одержати необхідні документи і надати їх гарантові, а гарант, у свою чергу, — передати копії цих документів принципалові. Гарант має право перевірити відповідність усіх документів за зовнішніми ознаками умовам гарантії. За відсутності такої відповідності гарант вправі не здійснювати платіж за гарантією. У разі відмови гаранта від платежу він повинен негайно повідомити про це бенефіціара. При цьому гарант повинен мати достатній термін для перевірки документів на відповідність. Гарант не несе ніякої відповідальності за форму, достатність, істинність і правовий статус будь-якого документа, за наслідки, що випливають із затримки або втрати під час транзиту будь-якого повідомлення, а також за будь-які помилки, що виникають при переданні телекомунікаційним зв'язком (подібний підхід у міжнародній торгівлі підтверджується й Уніфікованими правилами для гарантії на першу вимогу).

За надану банківську гарантію, а також інші послуги, пов'язані з гарантією, банк-гарант має право на одержання винагороди. Банківська гарантія припиняється у разі її невикористання, коли особа (принципал) належним чином виконує узяті на себе зобов'язання, закінчення терміну гарантії, а також її виконання (виплати гарантійної суми). Після припинення банківської гарантії документ, що її оформляє, повинен бути повернутий гарантові. При цьому, відповідно до Уніфікованих правил, за договірними гарантіями залишення документа, іменованого "гарантія", у бенефіціара не означає надання йому яких-небудь прав з гарантії у разі її припинення. Проте у деяких державах законодавство передбачає, що гарантія залишається дійсною до повернення документа, який її оформляє, гарантові або якщо бенефіціар спеціально не звільнить гаранта від його зобов'язань.

Отже, банківська гарантія забезпечує бенефіціара у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання особою, на прохання (доручення) якої надається гарантія, незалежно від причин такого невиконання (наприклад, за настання форс-мажорних обставин).

Внаслідок цього вона є одним із найчастіше використовуваних засобів забезпечення виконання зобов'язань у міжнародному обороті. Тому важливою є уніфікація норм щодо банківської гарантії на рівні як законодавства, так і торговельних звичаїв. Адже якщо банківська гарантія не регламентує деякі зобов'язання банку-гаранта й у законодавстві держави не зазначено спеціального регулювання для даного інституту, не можна виключити того, що суд при виникненні суперечки може застосувати до банківської гарантії такі самі норми, як і до договору поручництва, як найближчого до банківської гарантії інституту, що міститься в законодавстві практично всіх держав світу. А в цьому випадку найважливіші переваги гарантії — самостійність і незалежність від основного договору — не діють.

ВКСЕЛІ ТА ЧЕКИ

Векселі. Як засіб платежу в міжнародній та вітчизняній практиці розрахункових операцій широко застосовується вексель.

Вексель (нім. — *Wechsel* — зміна, обмін) — цінний папір, що містить безумовне абстрактне грошове зобов'язання векселедавця сплатити після настання терміну певну грошову суму власнику векселя (векселетримачеві).

При розрахунках у зовнішньоторговельних операціях використовуються простий вексель (соло) і переказний (тратта) [177].

Простий вексель (соло) — нічим не обумовлене зобов'язання позичальника (векселедавця) сплатити позикодавцю (векселетримачеві) відповідний борг в обумовленому місці у визначений термін.

Просту форму грошового зобов'язання (прості векселі) за міжнародних розрахунків використовують значно рідше, ніж переказні.

Переказний вексель (тратта) — письмовий наказ векселедавця (трасанта), адресований боржнику (трасату), сплатити третій особі (ремітенту) в зазначений термін позичену суму. За такого грошового зобов'язання трасант виступає і кредитором щодо боржника (трасата), і боржником щодо ремітента.

Вексель складається за суворо встановленою формою, обумовленою національним законодавством.

У сфері міжнародного платіжного обороту застосовуються норми національного і міжнародного права. Так, 1930 р. у Женеві було прийнято Однотипний вексельний закон. На його підставі держави — учасниці угоди, у тому числі колишній СРСР, уніфікували національне вексельне законодавство. Самостійну групу становлять країни, вексельне законодавство яких належить до інших систем. Тому в міжнародних розрахунках необхідно враховувати нормативні акти, наявні у вексельному законодавстві різних країн, і передбачати їх у контрактах, які регулюватимуть фінансові відносини за зовнішньоекономічним договором.

Відповідно до Однотипного вексельного закону вексель складають у письмовому вигляді. Він повинен містити обов'язкові реквізити.

Для простого векселя:

- вексельна позначка;
- просте і нічим не обумовлене зобов'язання сплатити певну суму грошей;
- термін платежу;
- місце платежу;
- найменування одержувача;
- дата та місце складання платежу;
- підпис векселедавця.

Для переказного векселя (тратти) :

- найменування “вексель” у текст документа;
- проста і нічим не обумовлена пропозиція сплатити певну суму грошей;
- найменування трасата (боржника);
- термін платежу;
- місце платежу;
- найменування особи (ремітента, одержувача), якій чи за наказом якої має бути здійснений платіж;
- дата та місце складання векселя;
- підпис особи (векселедавця, трасата, кредитора), яка видає вексель.

За відсутності хоча б одного із зазначених елементів простий і переказний векселі не мають чинності. У багатьох країнах світу для зручності операцій з векселями, що використовуються у комерційному обороті, розроблено вексельні формуляри, які відпові-

дають вимогам вексельного законодавства. Можна виставити і вексель, не оформлений на спеціальному бланку, але за умови, що він містить усі необхідні реквізити.

Оскільки переказний вексель сам по собі не має сили законного платіжного засобу, а є лише представником справжніх грошей, у міжнародній практиці прийнято, що боржник-трасат зобов'язаний письмово підтвердити свою згоду здійснити платіж за векселем в зазначений термін (акцепт тратти). Акцепт здійснюється у вигляді напису на лицьовому боці векселя і підписується акцептантом. Печатку під акцептом не ставлять. Акцепт тратти може бути загальним чи обмеженим.

Обмежений (частковий) акцепт — письмове погодження боржника сплатити тільки частину суми, вказаної у тратті.

Необхідність акцепту тратти зумовлена тим, що обов'язок трасата сплатити її виникає тільки після акцепту. Тому для належного виконання трасатом своїх зобов'язань експортер, передаючи у банк з інкасовим листом товарівдвантажувальні документи, додає до них тратту. В інкасовому дорученні експортер вказує, що товарівдвантажувальні документи, за якими імпортер може отримати товар, повинні бути передані інкасуючим банком імпортеру проти акцепту виставленої на нього тратти.

Якщо тратта підлягає акцепту до поставки товару, експортер пересилає тратту імпортерові, імпортер акцептує її та передає банкові з дорученням видати її експортеру тільки після отримання трасатом товаророзпорядчих документів, що засвідчують поставку товару.

Акцепт тратти може здійснювати і банк. Такий банківський акцепт використовують для дотермінової неогоціції тратти.

Неогоціція тратти — продаж векселя векселетримачем банку до настання терміну платежу за векселем. При цьому векселетримач отримує не повну суму векселя, а тільки її частину, яка залишилася після вирахування відсотка за неогоціцію та банківського збору. Після цього банк може у зазначений термін пред'явити трасату вексель до сплати.

Авалювання векселів. Надійнішою гарантією, порівняно з акцептом за траттами та простими векселями, у міжнародній торгівлі є їх авалювання (підтвердження) банками. Аваль є вексельним дорученням, до якого застосовується вексельне право. Це доручення означає гарантію платежу за траттою чи простим векселем (повністю або частково) з боку банку, якщо боржник не виконав своєчасно зобов'язання за векселем.

Платіж за векселем може бути забезпечений повністю або в частині вексельної суми через аваль. Це забезпечення дається третьою особою або однією з осіб, які підписали вексель.

Аваль (франц. *aval* — схвалення) — вексельне поручництво, за яким особа, яка поручилася (аваліст), бере на себе відповідальність за виконання зобов'язання будь-якою зобов'язаною за векселем особою — акцептантом, векселедавцем, індосантом.

Авалювання здійснюють при видачі векселя або на будь-якому іншому етапі його обігу на підставі договору із зобов'язаною за векселем особою лише після ґрунтовної перевірки її юридичної та економічної надійності. Аваль не втрачає своєї чинності внаслідок недійсності зобов'язання, за яке він був наданий (недійсності підпису юридичної особи, її фінансової неспроможності тощо).

Аваль проставляється на векселі, додатковому аркуші або на окремому аркуші із зазначенням місця його видачі. Він позначається словами “вважати за аваль” або будь-яким іншим рівнозначним формулюванням, підписується тим, хто надає аваль. Для авалю достатньо одного лише підпису, поставленого авалістом на лицевому боці переказного векселя, якщо тільки цей підпис не поставлено платником або векселедавцем. В авалі повинно бути вказано, за кого він виданий. У разі відсутності такої вказівки він вважається виданим за векселедавця.

Юридична особа, яка бажає заручитися поручництвом, звертається до банку, де здійснюється її розрахунково-касове обслуговування. Для прийняття рішення про надання авалю клієнт повинен подати:

- заяву;
- оригінали векселів, які подаються до авалю;
- реєстр векселів;
- копії засновницьких документів;
- баланс та звіт про фінансові результати за останній звітний період;
- довідку про стан розрахункового рахунка;
- документ, що підтверджує товарний характер векселів;
- картку із зразками підписів та печатки, якщо клієнт обслуговується в іншому банку.

Документи залишаються у розпорядженні відповідального працівника банку до прийняття рішення про можливість надання

авалю. В обмін на прийнятті векселі банк видає розписку. Банк не пізніше робочого дня, наступного за днем звернення за вексельним поручництвом, повинен повідомити клієнта про своє рішення. Аваль надається тільки за векселями, що видаються (акцептуються) в оплату за продукцію, виконані роботи, надані послуги.

Не рекомендується надавати аваль за векселями:

- недоміцільованим;
- з терміном платежу за пред'явленням, якщо не визначено термін його пред'явлення;
- з терміном понад 6 місяців з моменту пред'явлення;
- юридичних осіб, векселі яких опротестовувались за останній рік.

У міжнародному платіжному обороті вексель вважається оборотним фінансовим документом. Це означає, що з переданням його іншій особі до неї переходять усі права, вимоги та ризики за цим документом. Передання векселя здійснюють простим врученням чи за допомогою передатного напису (індосаменту).

Індосамент — передатний напис на зворотному боці векселя, чека, коносаменту та деяких інших цінних паперів, який засвідчує передавання прав за цим документом від однієї особи до іншої та підписується індосантом. Індосамент можна здійснити у вигляді передатного напису з відмовою від відповідальності, що впливає з тратти. Тоді проставляють напис “без обороту на мене”, а передатний напис називають безоборотним індосаментом.

Будь-який переказний вексель, навіть виданий без прямого застереження про наказ, може бути переданий шляхом індосаменту. Якщо векседавець вмістив у переказному векселі слова “не за наказом” або будь-яке рівнозначне формулювання, то документ може бути переданий тільки з дотриманням форми і з наслідками звичайної цесії.

Цесія (лат. — *cessio* — передавання) — поступка вимоги в зобов'язанні іншій особі; передавання будь-кому своїх прав на що-небудь.

Індосамент може бути здійснений навіть на користь платника, незалежно від того, чи акцептував він вексель, або на користь векседавця чи будь-якої іншої зобов'язаної за векселем особи. Ці особи можуть, у свою чергу, індосувати вексель.

Індосамент має бути простим і нічим не обумовленим. Будь-яка обмежуюча його умова вважається ненаписаною. Частковий індосамент є недійсним. Індосамент має бути написаний на векселі або на прикріпленому до нього аркуші (алонжі) та підписа-

ний індосантом. Індосамент може не містити зазначення особи, на користь якої він зроблений (індосамент на пред'явника), або складатися з одного підпису індосанта (бланковий індосамент). У цьому випадку індосамент для того, щоб мати силу, має бути написаний на звороті векселя або на додатковому аркуші, приклеєному до векселя. При цьому індосамент, розміщений першим на додатковому аркуші, має починатися на векселі й закінчуватися на додатковому аркуші, а печатка — на з'єднанні векселя та додаткового аркуша.

Індосамент переносить усі права, що випливають з переказного векселя. Якщо індосамент бланковий, то векселетримач може:

- заповнити бланк або на своє ім'я, або на ім'я будь-якої іншої особи;
- індосувати, у свою чергу, вексель через бланк або на ім'я будь-якої іншої особи;
- передати вексель третій особі, не заповнюючи бланк і не здійснюючи індосаменту.

Якщо індосамент містить застереження “валюта до отримання”, “на інкасо”, “як довіреному” або будь-яке інше, що передбачає просте доручення, векселетримач може здійснювати всі права за переказним векселем, але індосувати його лише шляхом передоручення. Зобов'язані особи можуть у такому разі заявляти проти векселетримача лише такі заперечення, які могли б бути протиставлені індосанту.

Якщо в індосаменті зазначено: “валюта в забезпечення”, “валюта під заставу” або інше, що передбачає заставу, векселетримач може здійснювати всі права, що випливають з переказного векселя, але поставлений ним індосамент має чинність лише як передоручений індосамент. Зобов'язані особи не можуть заявляти проти векселетримача заперечень, що ґрунтуються на їхніх особистих стосунках з індосантом, якщо тільки векселетримач, одержуючи вексель, не чинив свідомо на шкоду боржникові.

Індосамент, здійснений після терміну платежу, має ті самі наслідки, що і попередній індосамент. Проте індосамент, здійснений після протесту в неплатежі або після закінчення терміну, встановленого для здійснення опротестування, має наслідки лише звичайної цесії. Якщо протилежне не буде доведено, недатований індосамент вважається здійсненим до закінчення терміну, встановленого для подання опротестування.

Виступати векसेледавцями, акцептантами, індосантами та авалістами можуть тільки юридичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності, що визнаються такими відповідно до чинного законодавства України. Векселі можуть видаватися лише для оплати за поставлену продукцію, виконані роботи та надані послуги, за винятком векселів Мінфіну, Національного банку та комерційних банків України.

Видача та індосамент векселів за межі України не допускаються.¹ У векселі, який підлягає оплаті за пред'явленням або у визначений час від пред'явлення, векселедавець може обумовити, що на вексельну суму нараховуватимуться відсотки. У будь-якому іншому векселі така умова вважається ненаписаною. Відсоткова ставка має бути вказана у векселі. За відсутності такої вказівки умова вважається ненаписаною. Відсотки нараховуються від дня складання векселя, якщо не вказано іншої дати.

Якщо сума векселя позначена прописом і цифрами, то у разі розбіжності між цими позначеннями вексель дійсний на суму, позначену прописом. Якщо у векселі сума позначена кілька разів (або прописом, або цифрами), то за розбіжності між цими позначеннями вексель є чинним лише на меншу суму.

Кожний векселетримач має право знімати з векселя копії. Копія повинна точно відтворювати оригінал з індосаментами і з усіма іншими позначками, які на ньому є. На ній повинно бути вказано, до якого місця вона доведена. Копія може бути індосована та авальована у тому самому порядку і з тими самими наслідками, що й оригінал. У копії має бути вказана особа, в руках якої знаходиться оригінал документа. Вона зобов'язана вручити зазначений документ законному власнику копії. Якщо на оригіналі після останнього індосаменту, зробленого до зняття копії, є застереження "починаючи звідси індосування дійсне лише на копії" або будь-яке інше рівнозначне, то індосамент, поставлений після цього на оригіналі, є недійсним.

Українські банки здійснюють з векселями такі операції:

кредитні:

- врахування (дисконт) векселів;

¹Інструкція НБУ "Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті за експортно-імпортними операціями на умовах відстрочки платежів чи поставок" № 85 від 14 липня 1994 р.

- надання позичок до запитання під забезпечення векселів;
- вексельне переврахування і переаस्ताва;
комісійні:
- прийняття векселів на інкасо для одержання платежів і оплати векселів у визначений термін;
- зобов'язання оплатити вексель за платника (доміциляція);
- аваль векселів;
- акцепт векселів.¹

Банківські операції з вексями. Вексельними кредитами є банківські операції з врахування (дисконту) векселів і надання позичок до запитання під забезпечення векселів. Кредит надається за заявою векселетримача. Врахування векселів і позички під заставу векселів є активними операціями банку; їх суми враховують при визначенні відповідних нормативних коефіцієнтів.

При розгляді можливості надання вексельного кредиту банк зобов'язаний переконатися, що клієнт буде спроможний своєчасно повернути кредит. Для аналізу і оцінки платоспроможності використовуються дані бухгалтерського обліку і звітності осіб, зобов'язаних вексями, дані інших банків, послуги незалежних аудиторських служб, інші доступні методи і засоби, що не суперечать закону.

Векселі подають у банк з реєстром, форма якого визначається головним банком. Векселі у реєстрах мають бути розташовані у порядку термінів їх оплати, починаючи з найближчого. Рекомендується групувати векселі у різні реєстри: в один вносять векселі, які мають бути оплачені у місці здійснення операцій, а в інший — іноземні векселі. Записи за внесеними до реєстру вексями зв'язують з реквізитами наданих векселів. За прийняті з реєстром векселі пред'явникові вручається квитанція, якщо їх облік не може бути здійснений у день прийому.

Банк має проконтролювати, щоб векселетримач при внесенні векся до реєстру зробив іменний індосамент на користь банку. Якщо на векселі останній індосамент був бланковий, то він переводиться в іменний на ім'я банку також бланковим індосаментом, перед яким має бути залишено достатньо місця для того, щоб банк міг поставити штамп (напис) “Сплачуйте за наказом банку”. Напис на ім'я банку

¹Закон України “Про банки та банківську діяльність” від 07.12.2000 № 2121-III (ВВР України. — 2001. — № 5—6. — Ст. 30).

доречно робити ще й для того, щоб ускладнити використання векселя при його втраті або викраденні. Крім того, на лицьовому боці векселя ставиться штамп “прийняти до врахування”, “іногородній”.

Подані векселі перевіряють щодо їх юридичної та економічної надійності.

З юридичної точки зору перевіряється:

- правильність заповнення усіх обов’язкових реквізитів;
- повнота сплати вексельного мита;
- повноваження осіб, які підписали вексель, а також справжність цих підписів.

Законним власником векселя є:

- особа, на ім’я якої вексель виписаний (ремітент);
- особа, на ім’я якої зроблено останній іменний індосамент;
- пред’явник, якщо останній індосамент є бланковим.

У векселі мають бути усі реквізити, встановлені п. 1 і 75 “Положення про переказний і простий вексель”.

Необхідно дуже уважно перевіряти векселі, видані в інших державах, з позицій суворої відповідності їх вексельним законодавчим актам країни, де видано вексель. Якщо вексель складено іноземною мовою, то, приймаючи його до врахування або в заставу, банк (дирекція, філіал) повинен вимагати завірений нотаріусом переклад тексту векселя.

Метою перевірки економічної надійності векселя є повна впевненість у його оплаті. Крім перевірки загальної кредитоспроможності клієнта аналізують економічний стан індосантів, які зробили написи на векселі. Для цього використовують усі наявні можливості банку, в тому числі послуги аудиторських організацій і дані тих банків, у яких відкрито основні рахунки індосантів.

Врахування або дисконтування векселів полягає в тому, що банк, придбавши вексель за іменним індосаментом, терміново його сплачує пред’явникові, а платіж отримує тільки з настанням зазначеного у векселі терміну. Економічною сутністю операції врахування є дострокова грошова реалізація векселя його тримачем банку і введення комерційного кредиту в банківський.

За достроковий платіж банк утримує з номінальної суми векселя певну винагороду на свою користь, тобто вексель оплачується із знижкою. Різниця між сумою, яку банк заплатив, придбавши вексель, і сумою, яку він отримує за цим векселем у термін платежу, називається врахуванням або *дисконтом*.

Дисконтування — утримання узгодженої знижки за відповідний період із номінальної суми векселя.

Враховуючи вексель, банк (дирекція, філіал) отримує його у своє розпорядження, стає кредитором векселетримача з усіма правами та обов'язками останнього, згідно з “Положенням про переказний і простий вексель”. Векселі, які враховуються, повинні мати не менше двох підписів — векселедавця і першого векселетримача. Кількість передатних написів свідчить про надійність векселя (чим більше підписів, тим вища надійність). Обов'язково потрібно перевірити безперервність передатних індосаментів, визначити законність володіння векселем. Не приймаються до обліку векселі, подані юридичними особами, векселі яких опротестовувалися за останні 6 місяців. Векселі, що не відповідають вимогам банку, викреслюють з реєстру і повертають клієнту. Після цього реєстри розглядаються керівником банку (дирекції, філіалу) і за наявності кредитних ресурсів на них ставиться дозволяючий напис про кількість і суму векселів, які приймаються до врахування.

Сума дисконту (відсоток за врахування) векселя стягується банком як би наперед, але зараховується на прибутковий рахунок банку після отримання платежу за векселем. Для своєчасного отримання платежу за врахованими векселями банк контролює терміни настання платежів. Адже порушення терміну погашення і зазначеного терміну подання векселя до опротестування спричиняє втрату юридичної чинності векселя.

Якщо платіж приймається достроково, то платникові повертається відповідна сума дисконту за ті дні, що залишилися до терміну сплати (як правило, не менше ніж за 7–10 днів), але на підставі ставки відсотка банку, що сплачується за поточними рахунками. У разі оплати векселів після закінчення терміну платежу платник понад вексельну суму сплачує банку за прострочені дні пеню і 6 % річних, а також витрати на опротестування, надсилання повідомлень тощо. Після цього банк видає вексель платнику.

Банк виконує доручення векселетримачів і бере на себе відповідальність за пред'явлення векселів своєчасно платнику та одержання належних платежів. Після надходження платежу вексель повертається боржнику. У разі ненадходження платежу вексель повертається векселетримачеві, але з опротестуванням неплатежу. Отже, банк відповідає за наслідки невчинення протесту.

Якщо при врахуванні векселів банк зазнає певного ризику, оплачуючи вексель (за вирахуванням дисконту), то, інкасуєчи вексель, він бере на себе лише доручення одержати належний за векселем платіж у визначений термін і передати його власнику векселя. Роль банку зводиться лише до точного виконання інструкцій клієнта-векселетримача. За здійснення інкасо банк отримує комісійну винагороду.

Банк приймає для інкасування векселі з оплатою в тих місцях, де є установи банків. Вексель передається для інкасування з написом про передоручення на ім'я банку, який ставиться на його звороті, у вигляді “сплатить за наказом банку”, “валюта на інкасо” і засвідчується підписом векселедавця. Приймавши на інкасо векселі, банк зобов'язаний своєчасно надіслати їх за місцем платежу і сповістити платника повідомленням про надходження документів на інкасо. У разі неотримання платежу за векселем банк зобов'язаний подати його для опротестування від імені довірителя (якщо останній не дав розпорядження повернути йому неоплачений вексель), а також повідомити його про виконання доручення.

За виконання доручення щодо інкасування векселів банк має право на:

- відшкодування витрат за відправлення та отримання векселів і одержання платежу, коли платіж за векселем необхідно одержати в іншому місці;
- винагороду (комісію) за виконання доручення.

Банк не несе відповідальності за втрату векселів на пошті, несвоєчасне одержання їх у місці платежу з вини пошти, за упущення або недоліки у роботі нотаріуса (судового виконавця) при опротестуванні та за незалежні від банку обставини, які можуть призвести до невігідних для клієнта операцій.

Всі операції з інкасування векселів здійснюються банком згідно з укладеними договорами з клієнтами. Для укладання договору векселетримач надає банку такі документи:

- заяву;
- оригінали векселів, що виставляються для інкасування;
- дві ксерокопії кожного векселя;
- документ, що підтверджує товарний характер векселів.

Усі документи залишаються в розпорядженні відповідального працівника банку для прийняття рішення. При цьому пред'явникові

надається розписка про отримання векселів. На інкасування не рекомендується приймати векселі:

- неакцептовані переказні;
- недоміцильовані;
- з терміном платежу менше 10 днів від моменту прийняття на інкасування.

Доміцилювання — призначення платником за векселем будь-якої третьої особи, якій доручено оплатити вексель у встановленому місці платежу. Такі векселі називають доміцильованими. Зовнішньою ознакою доміцильованих векселів є напис на їх лицьовому боці “доміцильований” або “платник (банк)” і підпис доміциліата.

Банк може за дорученням векселедавця або трасата здійснювати платежі за векселем у зазначений термін. У цьому разі, на відміну від інкасування векселів, банк є не одержувачем платежу, а платником. Виступаючи як доміциліат, банк не ризикує, оскільки оплачує вексель лише в тому разі, якщо платник вніс йому раніше вексельну суму або якщо платник має у нього на своєму розрахунковому (поточному) рахунку достатні кошти та уповноважує банк списати з його рахунка суму, необхідну для оплати векселя. В іншому разі банк відмовляє в платежі, а вексель опротестовується звичайним порядком проти векселедавця. За оплату векселя банк як особливий платник може стягувати комісію, а оплачені векселі надсилає клієнтові. Для осіб, які мають у даному банку розрахунковий (поточний) рахунок, оплата доміцильованих векселів може здійснюватися безкоштовно.

Всі операції з доміцилювання векселів виконуються на підставі укладеного з клієнтом (який може бути як векселедавцем, так і акцептантом векселя) договору, в якому зазначено умови надання даної послуги банком-доміциліатом.

Підставою для розгляду питання про виконання банком функцій доміциліата є:

- письмова заява платника за векселем;
- реєстр векселів, що пропонуються для доміциляції;
- документ, що підтверджує товарний характер векселів.

Надані документи залишаються в розпорядженні працівника банку. Обов'язковою умовою для прийняття на себе функцій доміциліата є розрахункове касове обслуговування платника в банку. Тому банк не виступає доміциліатом з векселів векселедавців

(акцептантів), розрахунковий рахунок яких відкритий в іншому банку.

Борг трасанту вважається погашеним після оплати векселя готівкою перерахуванням вказаної у ньому суми на банківський рахунок пред'явника чеком чи переказом. Після оплати пред'явник векселя повинен його повернути трасату з позначкою про оплату, яку ставлять на зворотному боці векселя.

Чеки. *Чек* — грошовий документ встановленої форми, який містить розпорядження чекодавця платнику здійснити платіж зазначеної у чекові грошової суми чекотримачеві готівкою чи перерахуванням грошей на рахунок власника чека у банку.

Чек дуже зручний для розрахунків тоді, коли платник побоюється віддавати гроші до отримання товару, а постачальник не хоче передавати товар до одержання гарантій платежу. Використання чека як засобу платежу дає змогу заощаджувати на обігу готівки і прискорює платежі, оскільки всі чеки оплачують після їх подання.

Виписаний чекодавцем документ повинен мати відповідне фінансове покриття на його банківському рахунку. Законодавство багатьох країн передбачає кримінальну відповідальність за виставлення чека без покриття. Чеки, які клієнт випишує банку, видають у межах суми, наявної на його поточному та інших рахунках, у тому числі сум, які надійшли на ці рахунки внаслідок надання банками кредиту.

Як засіб платежу у зовнішніх операціях чек використовують при кінцевому розрахунку за товар і надані послуги, врегулюванні рекамацій і штрафних санкцій, погашенні боргу, а також у розрахунках за неторговельними операціями. Чек можна використовувати для отримання готівки, для безготівкового платежу і в інших операціях, пов'язаних з обігом чеків як засобу платежу. Форми чеків та їх обіг регламентуються національним законодавством і нормами міжнародного права, тобто нормами Женевської конвенції. Країни, які не належать до системи Женевського чекового права, регулюють обіг чеків національними нормами права, а країни англо-американського права — нормами свого права. Відповідно до міжнародного права у разі розв'язання суперечностей, пов'язаних з формою та обігом чеків, застосовується право тієї країни, де було виписано чек.

Чек має строго визначену форму письмового документа; його виписують на спеціальному бланку, виданому чекодавцю банком.

Текст чека повинен містити такі основні елементи:

- найменування “чек” (чекова позначка) мовою, якою виписано чек.
- просте і нічим не обумовлене розпорядження платнику сплатити зазначену на чековій суму. Сума чека також повинна бути вказана прописом від руки;
- найменування банку-платника, де чекодавець зобов’язаний вказати на чековій свій рахунок у банку, з якого має бути здійснений платіж. Англійські норми права передбачають банківську позначку на чеку, яка означає, що на поточному рахунку чекодавця є достатньо коштів для оплати чека;
- місце платежу, яке переважно збігається з місцем розташування банку-платника;
- дата (число, місяць (прописом), рік видачі чека) та місце складання (виписування) чека. Якщо місце складання чека не зазначено, ним вважається місце розташування чекодавця;
- підпис чекодавця.

Ніякі поправки чи виправлення на чековій не допускаються. Відсутність у ньому будь-якого із перелічених елементів позбавляє цей документ чинності чека.

Згідно з Женевською конвенцією термін подання чека до оплати у країні його видачі дорівнює 8 дням, у платіжному обороті між країнами Західної Європи, Східної Європи та Середземномор’я — 20, а в міжконтинентальному платіжному обороті — 70 дням. Ці терміни діють з дня, вказаного у чеку, як дата виставлення чека.

Чек може передавати одна особа іншій внесенням у нього передатного напису (індосаменту). Индосамент здійснюється на зворотному боці чека або на доданому до чека аркуші (алонжі) і підписується особою, яка зробила цей напис (індосантом). Передатний напис (індосамент) повинен бути простим і нічим не обумовленим. Він засвідчує передання прав за чеком іншій особі, а також передбачає відповідальність індосанта перед усіма наступними власниками чека.

Чек належить до категорії оборотних документів, тобто для передання прав за ним іншій особі немає необхідності вдаватися до цієї. Всі права за чеком можуть бути передані, як зазначалося вище, за допомогою індосаменту.

Оформлений індосаментом чек повинен бути вручений індосантом індосатові. Индосамент може бути (так само, як і чек) іменним, ордерним, бланковим. Якщо ж індосамент містить слова “на інкасо”,

“валюта на отримання”, “в депозит”, “як довіреному” або рівнозначні слова, то такий індосамент називається передорученим.

Платіж чеком. Здійснюється без права регресу, тобто наданий тримачеві чека у визначеній формі висновок банку-трасата після перевірки легальності чека (зразків підписів трасата, номера рахунка, номера чека та ін.).

Негоціація чека. Завжди здійснюється з правом регресу будь-яким банком, який згоден виконати цю операцію. Такий банк видає аванс бенефіціарові й надсилає негоційований чек у банк трасанта для платежу. У разі неплатежу бенефіціар повинен повернути негоціуючому банку суму отриманого авансу.

Гарантія платежу за чеком. Додатково до відповідальності, що покладається законом на чекодавця та індосанта чека у випадку його несплати, платіж за чеком може бути гарантований на всю суму або її частину будь-якою іншою особою, крім платника за чеком. Така гарантія зазвичай зазначається як “гарантований”, “аваль”, “вважати за аваль” або іншими рівнозначними словами і супроводжується підписом особи (аваліста), яка прийняла на себе відповідальність за платіж. Причому особі, яка підписується як гарант, не обов’язково вказувати, за кого вона дає гарантію. За відсутності такої вказівки гарантія вважається наданою за чекодавця. Відповідальність гаранта (аваліста) за чеком є акцесорною, тобто додатковою, не основною.

Платежі за допомогою чеків є порівняно повільними методами розрахунків, оскільки отримувач платежу повинен чекати, поки даний чек повернеться в банк трасанта для клірингу до того, як буде кредитований його власний рахунок. Експортер має видати своєму банку розпорядження для інкасування цього платежу. В міжнародній торгівлі чеки обов’язково надсилають для інкасування. Комерційні банки України приймають на інкасо всі належним чином оформлені комерційні чеки у будь-якій валюті.

Покриття сплачується в доларах США та євро. Якщо чек виписано в іншій валюті, покриття зараховуються і сплачуються в доларах США.

Термін інкасо — 50 днів (42 дні від першої п’ятниці, наступної за днем отримання чеків сектором чеків відділу електронних засобів розрахунку Департаменту зовнішньоекономічних і валютних операцій). За інкасування банками стягується комісія. Не приймаються чеки, сума комісії за якими значно перевищує суму чека. При повер-

ненні неоплачених чеків іноземні банки все одно стягують комісію за оброблення.

У разі прийняття на інкасо комерційних чеків в українських банках клієнт оформляє заяву про подання чека на інкасо, в якій вказуються найменування платіжного документа, його дата і номер, ким виданий, сума кожного чека, якщо їх кілька, і загальна сума. В заяві клієнт ставить підпис, підтверджуючи правильність вказаних даних і свою згоду з умовами інкасо.

Працівник банку перевіряє правильність реквізитів чека, термін його дії, послідовність індосаментів та особу отримувача за паспортом. Іменні чеки, які пред'являються банку іншою особою, можуть бути прийняті на інкасо тільки за дорученням власника чека або, якщо чек виписаний на користь малолітньої чи недієздатної осіб, власник чека ставить на його звороті свій підпис (бланковий індосамент). Працівник банку оформляє у двох примірниках опис документів, прийнятих на інкасо, закріплює їх підписом і штампом банку. Один примірник віддається клієнту. Прийняті на інкасо чеки оприбутковуються в касі банку. Прибутковий валютний ордер оформляється на суму чека у валюті чека.

Після надходження коштів на рахунок клієнт отримує повідомлення про отримання відшкодування за чеком. У разі відмови іноземного банку оплатити чек клієнту надсилають повідомлення з проханням з'явитися для отримання поверненого чека. При видачі покриття за чеком оформляють видатковий валютний ордер, а клієнт повертає виданий йому примірник опису документів, прийнятих на інкасо.

У міжнародній торгівлі оплату боргів за допомогою чека недостатньо широко використовують з таких причин:

- експортер повинен звернутися до свого банку з розпорядженням про інкасування платежів, за що буде стягуватися визначена плата;
- чек може суперечити внутрішньому валютному законодавству і положенням про валютне регулювання в країні покупця, тому розрахунки можуть бути затримані до одержання необхідного дозволу влади на здійснення платежу;
- є ризик втрати чека при надсиланні його поштою;
- чек може виявитися “непокритим” і не буде сплачений після пред'явлення.

Умови передання чека від однієї особи до іншої визначають вид чека та характер його використання в обігу як засобу платежу.

Розрізняють такі види чеків:

Іменний чек — чек, виписаний на користь певної особи. Такий документ не може бути переданий за допомогою звичайного індосаменту. Передання здійснюється цесією (передатним написом із застереженням “не наказу”, завіреним у нотаріальному порядку відповідно до норм цивільного права).

Ордерний чек — чек, який виписують на користь певної особи чи за її наказом. Передається за допомогою індосаменту із застереженням “наказу” чи без нього. Цей вид чека широко використовують у міжнародному платіжному обороті.

Чек на пред'явника — чек, який виписують пред'явникові, він може бути переданий іншій особі як з індосаментом, так і без нього.

Чекодавець надає його своєму партнерові за кордоном, який при отриманні чека виставляє його обслуговуючому банку для кредитування свого рахунка. У такий спосіб за допомогою чека на пред'явника чекодавець здійснює платіж прямо своєму партнерові. Цей платіж відбувається швидше, ніж платіж банківським переказом. Тому чеки на пред'явника також широко використовують у міжнародному обороті.

У міжнародній практиці чеки поділяються на банківські та фірмові. *Банківський чек* — чек, виписаний банком на свій банк-кореспондент. У тексті таких чеків не зазначено найменування фірми-чекодавця, ним виступає банк боржника. Оплату за цими чеками здійснюють за рахунок коштів банку чекодавця на його рахунок у банку-кореспонденті за кордоном. У міжнародному платіжному обороті найчастіше використовують банківські ордерні чеки.

Фірмовий чек — чек, виписаний фірмою на одержувача. Переважно такі документи фірми виписують в національній чи іноземній валюті на пред'явника і виставляють на свій банк. Оплата за такими чеками здійснюється за рахунок коштів чекодавця.

Особливими видами чеків є єврочеки та дорожні чеки. *Єврочеки (Eurocheque)* — стандартизовані чеки, супроводжувані спеціальними гарантійними картками, які випускають банки — члени Міжнародної організації єврочеків. Функції єврочекової картки полягають не лише у гарантуванні оплати чека в межах установленого ліміту, а й у використанні її як дебетної картки для зняття готівкових грошей у мережі

банківських автоматів. Чек приймають для оплати за товари тисячі роздрібних торговельних установ у 40 країнах Європи і Північної Америки. Єврочек (чек у євровалюті) виписується банком без попереднього внеску клієнтом готівки і на більші суми в рахунок банківського кредиту терміном до місяця; оплачується у будь-якій країні — учасниці угоди. Завдяки єдиній формі та можливості додаткового контролю єврочки широко використовуються у розрахунках з міжнародного туризму.

Дорожній чек — стандартний грошовий документ, який виписують у місцевій або іноземній валюті й використовують під час поїздок, закордонних подорожей для оплати товарів і отримання в банку готівки. Цей чек (*Travellers Cheques*) є платіжним засобом, що містить найменування банку, який випустив чек (банку-емітента), підписи його уповноважених посадових осіб, номер чека в правому верхньому куті, а також два спеціально відведених рядки для підпису власника чека: перший підпис проставляється при купівлі чека в присутності працівника банку чи фірми, яка продає дорожні чеки, другий підпис власник ставить при отриманні готівки за чеком. Дорожні чеки не мають терміну давності. Вони оплачуються тільки початковому власнику, зразок підпису якого є на чекові. Оплата дорожнього чека здійснюється лише в повній сумі, часткова оплата чека не допускається.

Банки України приймають до оплати чеки American Express, Thomas Cook, Visa, Citicorp у доларах США та євро. Дорожні чеки в інших валютах, як і дорожні чеки, що пред'являються третьою особою, приймаються тільки на інкасо.

Отже, підсумовуючи розгляд правових засад міжнародних розрахунків, зазначимо, що кожен з видів розрахунків безготівкової форми має свої переваги та недоліки. Так, наприклад, акредитивна форма оплати суттєво зменшує ризики невиконання умов поставки товару на користь імпортера, але є менш фінансово вигідною для нього, оскільки імпортер додатково сплачує кошти на користь банку за відкриття акредитива й залишає свої кошти без руху до моменту митного оформлення та відвантаження товару. Інкасова форма розрахунку за зовнішньоекономічними операціями передбачає перехід права власності на товар від експортера до імпортера на момент передання банком імпортереві комерційних документів на поставлену партію товару. Сама процедура здійснення розрахунків уже є ризикованою для експортера, оскільки оплата за товар здійснюється вик-

лючно після його митного оформлення та відвантаження. Джерелом ризику є платоспроможність імпортера, що потребує від експортера впевненості в обов'язковому здійсненні оплати за відвантажений товар. Подолати цей ризик обох сторін контракту можна лише обговоренням пакету документів, що стануть підставою для розрахунків між імпортером та експортером.

Світова спільнота визначила уніфіковані правила здійснення розрахунків в акредитивній та інкасовій формах, які покладені в основу спільної Постанови Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 “Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), що передбачають розрахунки в іноземній валюті”. Виконання рекомендацій цієї постанови суттєво зменшить ризики застосування обраної форми оплати незалежно від того, ким є українська сторона контракту — експортером чи імпортером.

Наведені дані можуть бути корисними за інкорпорації відповідного нормативного матеріалу, вирішенні проблеми підвищення інформованості суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності щодо використання сучасного платіжно-фінансового інструментарію, а також повнішої реалізації їх приватних прав.

5.7. ПРИВАТНОПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ

За міжнародної торгівлі виникає необхідність переміщення товарів і послуг через кордон. Для цього використовують різні транспортні засоби. Розрізняють два види перевезення: просте, яке дає змогу використовувати один вид транспортного засобу, і комбіноване перевезення, що полягає у застосуванні різних видів транспортних засобів.

Міжнародним вважається таке перевезення, коли переміщення товару, що становить предмет зобов'язання перевізника, здійснюється через державний кордон. Міжнародне перевезення може регулюватися різними правовими нормами:

- норми національного права різних держав, що регламентують відносини перевезення;
- міжнародні (уніфіковані) норми, що регламентують перевезення в міжнародному обороті;
- міжнародні колізійні (уніфіковані) норми у міжнародному обороті.

Останнім часом внаслідок швидкого розвитку транспортної техніки (збільшення швидкості та радіуса дії транспортних засобів) дедалі більше поширюється взаємодія між державами, що підвищує значення різних міжнародних угод у цій сфері. Ці міжнародні договори регламентують як публічні (адміністративні) відносини (наприклад, безпека руху транспортних засобів), так і приватні (цивільно-правові) відносини, зокрема перевезення.

Участь конкретної держави у певному міжнародному договорі, як правило, не зобов'язує її уніфікувати своє внутрішнє законодавство з положеннями міжнародного договору. Проте на практиці міжнародні договори значно впливають на національне право. Це сприяє уніфікації норм, що діють на території різних держав, стосовно конкретної галузі транспорту. Особливо це стосується морського і повітряного транспорту, а також пошти. Проте така уніфікація в міжнародному масштабі, маючи галузевий характер, створює складнощі щодо комбінованих (змішаних) перевезень із застосуванням різних видів транспортних засобів. Тому уніфікація у даній сфері також спростила б міжнародні перевезення. Незважаючи на це, Женевська конвенція 1980 р., що стосується змішаного перевезення товарів і ставить за мету спрощення контейнерних перевезень, і донині не набрала відповідної кількості голосів для ратифікації.

Конвенції й інші міжнародні договори в галузі перевезень створюють уніфіковане право. Це означає, що вони не тільки поєднують держави — учасниці договорів, а й безпосередньо застосовуються для конкретних приватних договорів із перевезень, що укладаються окремими фізичними та юридичними особами. Тим самим зменшується застосування щодо перевезень так званих колізійних норм, які використовуються з метою уникнення спірних моментів між нормами, що діють на території різних держав.

Для вивчення операцій з міжнародних перевезень розглянемо нормативні акти, що регулюють ці перевезення у різних галузях.

ЗАЛІЗНИЧНИЙ ТРАНСПОРТ

Конвенція щодо міжнародних залізничних перевезень (СОТІФ, КОТІФ). Укладена 9 травня 1980 р. у Берні, інтегрувала дві Бернські конвенції про залізничні перевезення. Одна з них стосувалася перевезень вантажів (її французька аббревіатура СІМ), інша — пасажирів і багажу (СІV). Бернські конвенції було переглянуто у 1980 р., внаслідок чого з'явилася Конвенція КОТІФ, яка набула чинності у 1985 р. Конвенція є одним з основних договорів щодо регламентації перевезень залізничним транспортом.

Укладення договору перевезення вантажу відповідно до КОТІФ.

Укладення договору міжнародного перевезення вантажів у прямому міжнародному сполученні залізничним транспортом за межами країн СНД регламентується Єдиними правилами з договору про міжнародне залізничне перевезення вантажів (СІМ), які становлять Додаток В до Конвенції КОТІФ¹. Такі перевезення здійснюються лініями і шляхами, віднесеними до списку ліній СІМ² тільки за згодою держав-учасниць, які використовуються для сполучення між ними³.

Договір перевезення вантажів оформляється *прямою накладною*, складеною на маршрут, що пролягає територіями принаймні двох держав і охоплює лише лінії або шляхи, внесені до списку СІМ⁴. Договір вважається укладеним, як тільки залізниця відправлення прийняла до перевезення вантаж разом з накладною⁵. Прийняття засвідчується штемпелюванням накладної та у відповідних випадках кожного додаткового аркуша штемпелем станції відправлення або позначкою облікової машини із зазначенням дати прийняття.

Ця процедура повинна бути виконана негайно після здавання для перевезення всіх зазначених у накладній вантажів і, якщо цього вимагають чинні на станції відправлення приписи, після оплати взятих на себе відправником платежів або після надання гарантії. Після штемпелювання накладної або нанесення позначки облікової машини ця накладна є доказом відповідності змісту договору перевезення.

¹ КОТІФ, п. 1, ст. 3.

² КОТІФ, п. 2, ст. 3.

³ КОТІФ, п. 1, ст. 11

⁴ КОТІФ, ст. 1.

⁵ КОТІФ, ст. 11.

Залізниця повинна засвідчити прийняття вантажу і дату прийняття для перевезення штемпелюванням з датою або нанесенням позначки облікової машини на дублікаті накладної перед поверненням його відправнику. Цей дублікат не має чинності ні накладної, що супроводжує вантаж, ні коносаменту.

*Накладна*¹. Відправник повинен подати належним чином заповнену накладну. Для кожного вантажу складається окрема накладна. Одна накладна може стосуватися тільки вантажу кожного окремого вагона. Додаткові положення можуть відхилятися від цих правил. Залізниці встановлюють єдиний зразок накладної, яка повинна мати дублікат для відправника. Для певних сполучень, особливо між суміжними державами, залізниці передбачають у тарифах застосування накладної спрощеного зразка. Для деяких сполучень з державами, які не приєдналися до цієї Конвенції, у тарифах передбачено застосування спеціальної процедури. Накладна має бути надрукована двома або за необхідності трьома мовами (наприклад, з перелічених — французькою, німецькою, англійською, арабською, італійською, голландською), принаймні одна з яких повинна бути робочою мовою Організації ОТІФ (французькою). Дані вносяться відправником до накладної латинськими літерами, якщо додаткові положення або міжнародні тарифи не передбачають відхилень.

*Зміст накладної*². Накладна повинна обов'язково містити:

- 1) назву станції призначення;
- 2) ім'я та адресу одержувача (як одержувач може бути зазначена тільки одна фізична особа або інший суб'єкт права);
- 3) назву вантажу;
- 4) масу або, за відсутності маси, подібні дані відповідно до чинних на станції відправлення приписів;
- 5) кількість місць і опис пакування дрібних та вагонних відправок, які складаються з одного або кількох місць і підлягають перевантаженню за залізнично-морського сполучення;
- 6) номер вагона, а також для приватних вагонів — їх власну масу (тару), якщо завантаження є обов'язком відправника;
- 7) докладний перелік документів, які вимагаються митницями та іншими адміністративними органами і долучаються до накладної або,

¹ КОТІФ, ст. 12.

² КОТІФ, ст. 13.

відповідно до позначки в накладній, перебувають у розпорядженні залізниці на зазначеній станції, у митниці або в іншому органі;

8) найменування та адресу відправника (як відправник може бути зазначена тільки одна фізична особа або інший суб'єкт права). Якщо чинні на станції відправлення приписи цього вимагають, відправник повинен додати до свого прізвища та адреси власноручний, друкований або штемпельний підпис.

Накладна повинна у разі потреби містити всі інші відомості, передбачені Єдиними правилами. Інші відомості можуть бути внесені до накладної тільки у тому разі, якщо це вимагається або допускається законами і нормами держави, додатковими положеннями чи тарифами і не суперечить Єдиним правилам. Проте відправник може внести до накладної у передбаченому для цього місці позначки, що стосуються відправлення, але призначаються лише для відома одержувача і не покладають на залізницю жодних зобов'язань або відповідальності.

Не допускається заміна накладної іншими документами або додання до неї інших документів, крім передбачених або дозволених Єдиними правилами, додатковими положеннями і тарифами. Відправник може визначати в накладній маршрут перевезення, зазначаючи прикордонні пункти або прикордонні станції та, за потреби, станції транзиту між залізницями. Він може зазначити тільки ті прикордонні пункти або прикордонні станції, які відкриті для перевезень у цьому сполученні¹. Залізниця відправлення повинна окремо зазначити в накладній та її дублікаті сплачені витрати за транспортування, якщо чинні на станції відправлення приписи не передбачають, що ці витрати зазначаються тільки в дублікаті накладної.

*Перевірка*². Залізниця завжди має право перевірити відповідність вантажу відомостям, внесеним до накладної відправником, і дотримання положень щодо перевезення вантажів, які допускаються до перевезення за певних умов.

Відправник повинен долучити до накладної документи, необхідні для виконання перед видачею вантажу формальностей, яких вимагають митниці або інші адміністративні органи. Ці документи можуть

¹ КОТІФ, ст. 14.

² КОТІФ, ст. 21.

стосуватися тільки вантажів, охоплених однією й тією самою накладною, якщо інше не передбачено приписами митниць або інших адміністративних органів чи тарифів¹. Залізниця не зобов'язана перевіряти достатність та правильність доданих документів.

Зміна договору перевезення. *Зміна договору відправником*². Відправник шляхом додаткових розпоряджень може змінити договір перевезення, вимагаючи:

- 1) вилучення вантажу зі станції відправлення;
- 2) затримання вантажу в дорозі;
- 3) відстрочення видачі вантажу;
- 4) видачі вантажу не одержувачу, а іншій особі, зазначеній у накладній;
- 5) видачі вантажу на іншій станції, ніж станція призначення, вказана у накладній;
- 6) повернення вантажу на станцію відправлення;
- 7) обтяження вантажу накладною платою;
- 8) збільшення, зменшення або відміни накладної плати;
- 9) прийняття на свій рахунок витрат за неоплачену наперед відправку;

Проте у жодному разі розпорядження не повинні спричинити поділу відправки.

Право відправника змінювати договір перевезення втрачається, навіть якщо він має дублікат накладної, у випадках, коли одержувач:

- забрав накладну;
- прийняв вантаж;
- скористався своїми правами: після прибуття вантажу на станцію призначення може вимагати від залізниці вручення йому накладної та видачі вантажу;
- має право віддати розпорядження, як тільки вантаж перетнув митну територію країни призначення.

З цього моменту залізниця повинна дотримуватися розпоряджень і вказівок одержувача.

*Зміна договору одержувачем*³. Якщо відправник не взяв на себе оплату, пов'язану з витратами у державі призначення, і не вніс до

¹ КОТІФ, ст. 25.

² КОТІФ, ст. 30.

³ КОТІФ, ст. 31.

накладної запис “Одержувач не правомочний давати додаткові розпорядження”, то одержувач може шляхом додаткових розпоряджень змінити договір перевезення, вимагаючи:

- 1) зупинки вантажу в дорозі;
- 2) відстрочення видачі вантажу;
- 3) видачі вантажу в країні призначення не одержувачу, а іншій особі, зазначеній у накладній;
- 4) видачі вантажу в країні призначення на іншій станції, ніж станція, зазначена у накладній, якщо міжнародні тарифи не містять інших положень;
- 5) виконання формальностей, яких вимагають митниці або інші адміністративні органи.

Проте у жодному разі розпорядження не повинні спричинити поділу відправки. Право одержувача змінювати договір перевезення втрачається у тих випадках, коли він:

- 1) забрав накладну;
- 2) прийняв вантаж;
- 3) скористався своїми правами: після прибуття вантажу на станцію призначення може вимагати від залізниці вручення йому накладної та видачі вантажу;
- 4) визначив особу, яка забрала накладну і прийняла вантаж.

Якщо одержувач віддав розпорядження про видачу вантажу іншій особі, то ця особа не має права змінювати договір перевезення.

Регламентация залізничних перевезень пасажирів та багажу згідно з КОТІФ. Договір перевезення¹. Перевезення пасажирів. З початку поїздки пасажир повинен мати дійсний квиток, а наприкінці поїздки повернути його. Квитки для міжнародного перевезення повинні бути позначені скороченням CIV. Міжнародні тарифи або угоди між залізницями визначають форму та зміст квитків, а також мову і шрифти, якими вони повинні бути надруковані та заповнені.

Крім винятків, передбачених у міжнародних тарифах, у квитках повинні бути зазначені:

- 1) станції відправлення і призначення;
- 2) маршрут; якщо дозволено вибір маршрутів або видів транспорту, то ця можливість повинна бути вказана;

¹ КОТІФ (ЦІВ), розділ 2.

- 3) категорія потягу і клас вагона;
- 4) вартість перевезення;
- 5) перший день дійсності;
- 6) термін дійсності.

Купонна книжка, видана відповідно до міжнародного тарифу, вважається одним квитком для цілей Єдиних правил. При одержанні квитка пасажир повинен переконатися, що квиток видано згідно з його вказівками.

Діти віком до повних п'яти років, для яких не вимагаються окремі місця, провозяться безплатно без квитка. Діти віком від п'яти до повних десяти років і молодші за віком, для яких вимагаються окремі місця, провозяться за зниженими цінами. Пасажир має право без додаткової оплати брати із собою в пасажирський вагон легкі для перевезення речі (ручну поклажу).

Оформлення і перевезення багажу. Багаж оформляється при пред'явленні квитка, дійсного принаймні до станції призначення багажу. При оформленні багажу пасажиру видається квитанція, яка повинна містити скорочення CIV. Міжнародні тарифи або угоди між залізницями визначають форму і зміст багажної квитанції, а також мову і шрифти, якими вони повинні бути надруковані та заповнені.

Якщо міжнародні тарифи не передбачають інше, то багажна квитанція повинна містити:

- 1) назву станції відправлення і станції призначення;
- 2) маршрут;
- 3) день і час здавання до перевезення;
- 4) кількість пасажирів;
- 5) кількість місць багажу та їх масу;
- 6) вартість перевезення та інші витрати.

При отриманні багажної квитанції пасажир повинен переконатися, що її заповнено відповідно до його вказівок. Багаж видається при пред'явленні багажної квитанції і, у разі потреби, при оплаті витрат, пов'язаних із багажем. Залізниця має право, але не зобов'язана перевіряти, чи власник багажної квитанції має право одержати багаж.

Конвенція про статус і міжнародне облаштування залізниць. Укладена у Женеві 9 грудня 1923 р.

Угода про міжнародне залізничне вантажне перевезення (УМВС) та Угода про міжнародне пасажирське перевезення (УМПС). Обидві угоди було укладено у 1951 р. країнами соціа-

лістичного табору (за винятком Югославії). До 1991 р. країни Ради економічної взаємодопомоги (РЕВ) керувалися при залізничних перевезеннях вантажів їх територією Угодою про міжнародне залізничне вантажне сполучення 1951 р., а при перевезеннях пасажирів та їх багажу — Угодою про міжнародне залізничне пасажирське сполучення 1951 р. Угода УМВС регламентує форму залізничної накладної. В 1991 р. відмовилися від участі в Угодах УМВС та УМПС європейські країни, але форма накладної при відправленні вантажів з території та на територію країн колишнього СРСР залишилась.

Європейські країни керуються Конвенцією про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ). Передбачена цією конвенцією залізнична накладна має іншу форму. Тому при оформленні перевезень із СНД, коли частина шляху проходить через європейські країни, накладна УМВС оформляється до прикордонної станції залізниці країни, що межує з СНД, де накладну УМВС переоформляють у накладну КОТІФ. Така процедура виконується на прикордонних станціях і при відправленні товарів у країни СНД.

Регламентація залізничних перевезень згідно з УМВС. Перевезення вантажів у прямому залізничному вантажному сполученні здійснюється за накладними УМВС і тільки мережею залізниць — учасниць цієї угоди. Залізниці, відправники та одержувачі вантажів зобов'язані виконувати положення УМВС¹.

Укладення договору перевезення². Оформляється накладною УМВС, яка складається з таких аркушів :

- 1) оригінал накладної;
- 2) залізнична відомість;
- 3) дублікат накладної;
- 4) аркуш видачі вантажу;
- 5) аркуш повідомлення про прибуття вантажу.

Аркуші 1, 2, 4 і 5 накладної супроводжують вантаж до станції призначення. Оригінал та аркуш повідомлення про прибуття вантажу (1 і 5) видають вантажоодержувачу, а аркуш видачі вантажу залишається на залізниці призначення з розпискою одержувача про одержання вантажу. Залізнична відомість оформляється в такій

¹ УМВС, п. 1, ст. 2.

² УМВС, ст. 7.

кількості екземплярів, щоб вистачило по одному на кожену транзитну залізницю, а також на залізницю призначення. Вона супроводжує (аркуш 2) вантаж і залишається, залежно від заповнення, або на транзитній залізниці, посвідчуючи передання вантажу наступному перевізнику, або на залізниці призначення. Аркуш 3 накладної (дублікат) повертається відправнику після укладення договору перевезення. Цей аркуш не має чинності оригіналу накладної (аркуша 1), але є доказом укладення договору перевезення для відправника. Тому за відсутності накладної (її перебування у перевізника) вважають, що відомості, які містяться в дублікаті, ідентичні таким у накладній (оригіналі). Оригінал накладної в обігу не бере участі. Поступка прав вантажоодержувачем вантажовідправнику не вимагає пред'явлення ні дублікату, ні оригіналу накладної. Більше того, оскільки заміна прав виконується телеграфом, передбачається, що навіть якщо б зазначені документи і могли потрапити якимось чином в руки першого адресата вантажів, вони не були б потрібні для поступки належних йому прав.

Оригінал і дублікат накладної можуть бути тільки іменними, тобто складеними на ім'я відповідного вантажоодержувача. Накладна має конститутивне значення (складання накладної та нанесення на неї календарного відтиску є підставою для договору перевезення), а також значення доказу (наявність відтиску на екземплярі або дублікаті накладної є доказом укладення такого договору). Але, оскільки накладна залишається у перевізника до видачі її одержувачу, вона зберігає силу доказу тільки стосовно одного юридичного факту — укладення договору перевезення. Розпорядження накладною ніяким чином не впливає на долю вантажу. Права, що випливають із накладної, не можуть бути скасовані.

Відправник повинен надати станції відправлення одночасно з вантажем для перевезення правильно заповнену і підписану накладну. При цьому всі аркуші заповнюються спільно відправник і особа, яка представляє залізницю. Накладна повинна бути заповнена у строгій відповідності до Пояснення із заповнення накладної УМВС (Додаток 12.5 до УМВС). У виняткових випадках відправник може зробити виправлення в накладній, але не більше ніж в одній графі або у двох, якщо вони взаємопов'язані. Про внесені виправлення він повинен зазначити в графі “Особливі заяви відправника” та завірити підписом чи штампем. У разі внесення змін чи доповнень в нак-

ладній залізницею, вони повинні бути підтверджені підписом відповідного працівника залізниці та завірені станційним штемпелем. Договір перевезення вважається укладеним з моменту прийняття станцією відправлення вантажу і накладної для перевезення. Після штемпелювання накладна є доказом укладення договору перевезення.

*Супровідні документи із виконання митних та інших правил*¹. Відправник зобов'язаний додати до накладної супровідні документи, необхідні для виконання митних та інших правил на всьому шляху слідування вантажу, а також у разі необхідності — сертифікат і специфікацію. Ці документи повинні стосуватися тільки тих вантажів, які зазначені в даній накладній. Залізниця не зобов'язана перевіряти правильність і достатність документів, доданих відправником до накладної.

*Відповідальність за відомості, внесені у накладну*². Відправник несе відповідальність за правильність відомостей і заяв, зазначених у накладній, а також за всі наслідки від неправильного, неточного або неповного зазначення цих відомостей і заяв чи внесення їх у невідповідну графу накладної.

Залізниця має право перевірити правильність відомостей і заяв, зазначених відправником у накладній. Якщо внаслідок перевірки вантажу, здійсненої на шляху прямування чи на станції призначення, з'ясується, що відомості, зазначені відправником у накладній, не відповідають дійсності, станція, що здійснювала перевірку, повинна про це скласти комерційний акт відповідно до ст. 18 УМВС і зазначити у графі “Комерційний акт” накладної.

*Виконання договору перевезення*³. *Видача вантажу. Розшук вантажу*⁴. Після прибуття вантажу на станцію призначення залізниця після оплати їй одержувачем всіх належних згідно з накладною провізних платежів зобов'язана видати:

- 1) вантаж;
- 2) оригінал накладної (аркуш 1);
- 3) аркуш повідомлення про прибуття вантажу (аркуш 5).

¹ УМВС, ст. 11.

² УМВС, ст. 12.

³ УМВС, ст. 15.

⁴ УМВС, ст. 17.

Одержувач зобов'язаний оплатити провізні платежі та прийняти вантаж.

*Зміна договору перевезення*¹. Право зміни договору перевезення належить відправнику та одержувачу. Відправник може внести такі зміни до договору перевезення:

- 1) забрати вантаж на станції відправлення;
- 2) змінити станцію призначення. При цьому за необхідності зазначити прикордонні станції, через які після зміни договору перевезення повинен прямувати вантаж;
- 3) змінити одержувача вантажу;
- 4) повернути вантаж на станцію відправлення.

Одержувач також може внести зміни до договору перевезення:

- змінити станцію призначення вантажу в межах країни призначення;
- змінити одержувача вантажу.

При цьому одержувач може внести зміни до договору перевезення на підставі УМВС тільки на вхідній прикордонній станції країни призначення і тільки тоді, коли вантаж ще не відправлено з цієї станції.

Якщо вантаж уже проминув вхідну прикордонну станцію країни призначення, зміна договору перевезення одержувачем можлива тільки відповідно до внутрішніх правил, які діють на залізниці призначення. Зміна договору перевезення, що призведе до поділу вантажу на частини, не допускається.

Зміна договору перевезення виконується на підставі письмової заяви відправника або одержувача. Право відправника на зміну договору перевезення втрачається з моменту отримання накладної одержувачем або прибуття вантажу на вхідну прикордонну станцію залізниці призначення, якщо на ній є письмова заява одержувача або телеграфне повідомлення станції призначення про заяву одержувача щодо зміни договору перевезення. Відправник не відповідає за наслідки внесених змін до договору перевезення на підставі письмової заяви одержувача або телеграфного повідомлення станції призначення. Зміна договору перевезення може бути виконана один раз відправником і один раз одержувачем.

Регламентация залізничних перевезень згідно з УМПС. Перевезення пасажирів, багажу і вантажобагажу в прямому міжнародному

¹ УМВС, ст. 20.

залізничному і змішаному залізнично-морському сполученні в межах країн СНД здійснюється згідно з положеннями УМПС від 1 листопада 1951 р. із змінами і доповненнями на 30 травня 1999 р.

*Перевезення пасажирів. Проїзні квитки*¹. Документом на право проїзду в міжнародному сполученні у межах УМПС є пасажирський квиток, оформлений ручним або електронним способом, що має літери МС. Це основний документ, який засвідчує укладення договору залізничного перевезення пасажирів.

Проїзний квиток повинен містити такі дані:

- 1) найменування станції відправлення і призначення;
- 2) номер квитка, зазначений друкарським способом;
- 3) маршрут прямування;
- 4) клас вагона;
- 5) вартість проїзду;
- 6) термін придатності квитка;
- 7) дату видачі квитка;
- 8) найменування залізниці, що видала квиток.

Квитки мають вигляд купонних книжок, які складаються з обкладинки і квитка-купона. Купонна книжка дійсна для проїзду від зазначеної в квитку-купоні станції відправлення залізниці однієї країни до станції призначення залізниці іншої країни за зазначеним у квитку-купоні напрямком.

У сполученні між станціями окремих залізниць за домовленості можуть також застосовуватись картонні квитки. Купонні книжки певного прямого міжнародного сполучення розглядаються як один проїзний документ. Обкладинка купонної книжки без білета-купона і білет-купон без обкладинки не дають права на проїзд і за пред'явлення пасажиром вважаються недійсними та вилучаються залізницею.

Квитки прямого міжнародного сполучення видаються для проїзду: 1) у м'яких вагонах (1-го класу); 2) у твердих вагонах (2-го класу). Пасажир зобов'язаний до початку поїздки купити квиток, перевірити правильність відомостей, що містяться в ньому, зберегти його протягом всього періоду поїздки. Пасажир має право провезти при собі безкоштовно ручну поклажу, загальна маса якої не перевищує 35 кг на дорослого пасажирів і 15 кг на дитину до 12 років.

¹ УМПС, ст. 4.

*Перевезення багажу*¹. Для підтвердження прийняття багажу для перевезення пасажирів видається багажна квитанція, що повинна містити такі дані:

- 1) літери “МС”;
- 2) найменування станції та залізниці відправлення;
- 3) номер потягу і дату відправлення;
- 4) найменування станції та залізниці призначення;
- 5) маршрут прямування.

При отриманні багажної квитанції пасажир повинен впевнитись, що вона складена відповідно до його даних.

*Перевезення товаробагажу*². Для підтвердження прийняття товаробагажу для перевезення відправнику видається товаробагажна квитанція. Маса окремого місця товаробагажу повинна бути не меншою від 5 кг і не перевищувати 165 кг. При здаванні товаробагажу відправник повинен назвати його цінність. Станція відправлення зобов'язана відмовити в прийнятті товаробагажу, якщо відправник не зробив цього.

Керівники залізничних відомств країн СНД 1 жовтня 1997 р. уклали в м. Баку Угоду про особливості застосування окремих норм Угоди про міжнародне вантажне перевезення, згідно з якою перевезення вантажів у прямому міжнародному залізничному сполученні між залізницями сторін здійснюються на підставі Угоди про міжнародне залізничне вантажне сполучення (СМГС) з урахуванням особливостей застосування її окремих норм, які сторони затвердили у додатках.

Керівники центральних органів залізниць країн — суб'єктів колишнього СРСР 20 жовтня 1992 р. ухвалили рішення про продовження застосування Статуту залізниць Союзу РСР (затвердженого Постановою Ради Міністрів СРСР від 6 квітня 1964 р. № 270) до міждержавних перевезень вантажів.

Суб'єкти колишнього СРСР уклали також такі угоди:

1. Угоду про розподіл інвентарних парків вантажних вагонів і контейнерів колишнього Міністерства шляхів сполучень СРСР між державами — учасницями Співдружності, Азербайджанською Республікою, Республікою Грузія, Латвійською Республікою, Литов-

¹ УМПС, ст. 15.

² УМПС, ст. 22.

ською Республікою, Естонською Республікою та їх подальше спільне використання від 22 січня 1993 р.¹

2. Угоду про спільне використання вантажних вагонів і контейнерів від 12 березня 1993 р.

3. Угоду про співробітництво у галузі технічного переоснащення та оновлення залізничного рухомого транспорту². Сторонами Угоди є: Азербайджан, Вірменія, Білорусь, Грузія, Казахстан, Киргизія, Молдова, Росія, Таджикистан, Туркменія, Узбекистан, Україна;

4. Двосторонні угоди між Україною та іншими державами. Наприклад, 13 квітня 1993 р. у Києві було укладено Угоду між Урядом України й Урядом Республіки Грузія про діяльність залізничного транспорту.

5. Базельську конвенцію про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням³, підписану 1989 р. Мета її — визначити однакові правила, що забезпечують відповідне та якнайшвидше відшкодування збитку, заподіяного під час перевезення небезпечних вантажів відповідними видами транспорту.

Згідно зі ст. 5 Базельської конвенції суб'єктом відповідальності є перевізник, який з моменту інциденту несе відповідальність за збиток, заподіяний будь-якими небезпечними вантажами під час їх перевезення, наприклад залізничним транспортом. Якщо перевізник доведе, що збиток був заподіяний цілком або частково внаслідок дій потерпілої особи через її недогляд з наміром завдати шкоди чи недбалість, перевізник може бути цілком або частково звільнений від відповідальності перед нею.

Відповідальність перевізника залізничним транспортом за позовами, пов'язаними з якимось одним інцидентом, обмежується: стосовно позовів, пов'язаних зі смертю або тілесними ушкодженнями, 18 млн розрахункових одиниць, а стосовно будь-яких інших позовів — 2 млн розрахункових одиниць⁴.

¹ Угоду укладено в Мінську 22 січня 1993 р.

² Угоду укладено у Москві 9 вересня 1994 р.

³ Україна приєдналася до Конвенції згідно із Законом України “Про приєднання України до Базельської конвенції про контроль за транскордонними перевезеннями небезпечних відходів та їх видаленням” (ВВР України. — 1999. — № 34. — Ст. 284).

⁴ Розрахунковою одиницею, згідно із ст. 12 Конвенції, є одиниця спеціальних прав запозичення, визначена МВФ.

Перевізник може створити фонд у суді або іншому компетентному органі кожної з держав-учасниць. Будь-який створений у такий спосіб фонд служить тільки для задоволення вимог за позовами, стосовно яких відповідальність може бути обмежена на підставі Конвенції 1989 р. Фонд створюють або внесенням суми в депозит, або наданням банківської гарантії чи будь-якого іншого забезпечення, що допускається законодавством держави-учасниці, в якій створюється фонд, і визнаним достатнім судом або іншим компетентним органом.

АВТОМОБІЛЬНИЙ ТРАНСПОРТ

Конвенція стосовно договору міжнародного шляхового перевезення вантажів (Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road — CMR). Укладена у Женеві 19 травня 1956 р. із змінами, внесеними 5 липня 1978 р. Набула чинності 2 липня 1961 р. СРСР приєднався до неї 1983 р.

У ст. 4 Конвенції зазначається, що кожен договір перевезення встановлюється накладною. Надається також перелік відомостей, які обов'язково зазначаються у накладній:

- 1) місце і дата її складання;
- 2) ім'я й адреса відправника;
- 3) ім'я й адреса транспортного агента;
- 4) місце і дата прийняття вантажу до перевезення і місце його доставки;
- 5) ім'я й адреса одержувача;
- 6) прийняте позначення характеру вантажу і тип його пакування, а у разі перевезення небезпечних вантажів — їх прийняте позначення;
- 7) кількість вантажних місць, їх особлива розмітка і номери;
- 8) маса вантажу брутто або виражена в інших одиницях виміру кількість вантажу;
- 9) пов'язані з перевезенням витрати, вартість перевезення, додаткові витрати, мита і збори, а також інші витрати з моменту укладання договору до передання вантажу;
- 10) інструкції, необхідні для виконання митних процедур та ін.;
- 11) зазначення, що перевезення здійснюється незалежно від будь-якого застереження, відповідно до вимог, встановлених Конвенцією.

У разі потреби накладна повинна також містити такі вказівки:

- 1) заборона перевантаження вантажу;
- 2) витрати, що відправник бере на свій рахунок;
- 3) сума покладеного на вантаж платежу, що підлягає відшкодуванню при здаванні вантажу;
- 4) заявлена вартість вантажу і сума додаткової цінності його при доставці;
- 5) інструкція відправника перевізникові щодо страхування вантажу;
- 6) додатковий термін виконання перевезення;
- 7) перелік документів, переданих перевізникові.

Договірні сторони на власний розсуд можуть внести в накладну будь-яку іншу вказівку.

Крім накладної відправник зобов'язаний до доставки вантажу надати в розпорядження перевізника інші потрібні документи і повідомити необхідні відомості для виконання митних та інших процедур (ст. 11 Конвенції). Стаття 8 містить обов'язок перевізника перевірити при прийнятті вантажу:

- 1) точність записів, зроблених у накладній щодо кількості вантажних місць, а також їх маркування і розмірів;
- 2) зовнішній стан вантажу та його упаковки.

Якщо перевізник не має можливості перевірити правильність записів, згаданих у п. 1 даної статті, він повинен вписати в накладну обґрунтовані застереження щодо зовнішнього стану вантажу та його упаковки. Ці застереження не мають обов'язкової сили для відправника, якщо він навмисно не вказав у накладній, що він їх приймає. Відправник має право вимагати перевірки перевізником маси бруто вантажу або його кількості, вираженої в інших одиницях вимірювання, а також перевірки вмісту вантажних місць. Перевізник може вимагати відшкодування витрат, пов'язаних з перевіркою. Результати перевірок вносяться в накладну.

Розділ IV Конвенції містить положення які стосуються відповідальності перевізника:

- перевізник несе відповідальність за повну або часткову втрату вантажу чи його ушкодження, що відбулися у період між прийняттям вантажу до перевезення та його здаванням, а також за запізнення доставки;
- перевізник звільняється від цієї відповідальності, якщо втрата вантажу, його ушкодження або запізнення відбулися з вини пра-

вомочної за договором особи, внаслідок наказу останньої, не спричиненого якою-небудь провиною перевізника, дефектом самого вантажу або обставинами, уникнути які перевізник не міг, і наслідку яких він не міг запобігти;

- перевізник не може посылатися для зняття із себе відповідальності ні на дефекти транспортного засобу, яким він користується для здійснення перевезення, ні на провину особи, в якій було взято в оренду автомобіль, або її агентів.

Крім того, перевізник звільняється від відповідальності, коли втрата або uszkodження вантажу є наслідком особливого ризику, нерозривно пов'язаного з однією або кількома з наведених нижче обставин:

1) з використанням відкритих або критих транспортних засобів, якщо це було спеціально обговорено і зазначено в накладній;

2) з відсутністю або uszkodженням упаковки вантажів, за своєю природою здатних до псування й uszkodження без упаковки або незадовільної їх упаковки;

3) з переміщенням, навантаженням, розміщенням, вивантаженням вантажу відправником чи одержувачем або особами, що діють від імені відправника чи вантажоодержувача;

4) із природою деяких вантажів, які внаслідок своїх властивостей піддаються повній або частковій загибелі чи uszkodженню, зокрема поломці, іржавінню, раптовому гниттю, усушці, витокові, нормальній втраті або нападу паразитів і гризунів;

5) з недостатністю або незадовільністю маркування чи нумерації вантажних місць;

6) з перевезенням живих тварин.

У тих випадках, коли, відповідно до цієї статті, перевізник не несе відповідальності за деякі обставини, що спричинили збиток, його відповідальність обмежується лише тією мірою, якою він відповідає згідно із статтею за ці обставини.

Розділ V Конвенції регулює правила подання позовів, терміни їх подання та зазначає інстанції, куди можна з позовом звернутись. Так, з приводу будь-яких спорів, пов'язаних із перевезеннями, що виконуються відповідно до Конвенції, позивач може звертатися, крім компетентних судів країн, що беруть участь у Конвенції, зазначених за загальною згодою сторін, до суду країни, на території якої розташовані:

а) місце проживання відповідача, його головна контора або відділення чи агентство, за допомогою яких було укладено договір перевезення;

б) місце прийняття вантажу до перевезення або місце доставки, і може звернутися лише до цих судів (ст. 31).

Подання позовів, пов'язаних з перевезеннями, відповідно до Конвенції може відбуватися протягом одного року, але у разі злочинного вчинку або провини, що, відповідно до закону, застосованого судом, який розглядає справу, прирівнюється до злочинного вчинку, встановлюється термін три роки.

Термін обчислюється:

1) у разі часткової втрати вантажу, ушкодження його або прострочення в доставці — з дня здавання вантажу;

2) за втрати усього вантажу — з 30-го дня після закінчення встановленого для перевезення терміну або, якщо такого не було встановлено, із 60-го дня після прийняття вантажу перевізником до перевезення;

3) в усіх інших випадках після закінчення тримісячного терміну з дня укладання договору перевезення.

День, зазначений вище як момент відліку терміну подання позову, не береться в розрахунок при встановленні його терміну. Пред'явленням письмової рекламачії припиняється відлік терміну до того дня, коли перевізник у письмовій формі відхилив резолюцію з поверненням доданих до неї документів. У разі часткового визнання пред'явленої рекламачії термін подання позову відновлюється тільки стосовно тієї частини рекламачії, що залишається предметом суперечки. Доказ факту одержання рекламачії або відповіді на неї, а також повернення документів, що стосуються справи, покладається на сторону, яка посилається на цей факт. Пред'явлення подальших рекламачій на тій самій підставі не перериває відліку терміну (ст. 32). Після закінчення зазначеного терміну позов не може бути пред'явлений навіть у формі зустрічного позову або повернення.

Конвенція не застосовується: до перевезень, які відбуваються відповідно до міжнародних поштових конвенцій; до перевезень небіжчиків; до перевезень меблів при переїздах.

Митна конвенція про міжнародні перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Custom Convention on the International Transport of Goods Under Cover of TIR Garnets — TIR Garnets). Укла-

дена в Женеві 15 січня 1959 р. Нова редакція Конвенції від 14 листопада 1975 р. набула чинності 20 березня 1978 р. Україна як одна з держав — правонаступниць колишнього СРСР бере участь у Конвенції відповідно до Закону України від 15 липня 1994 р. № 117/94-ВР. Конвенція вважається чинною для України з 8 грудня 1982 р.

Конвенція стосується перевезення вантажів без їх проміжного перевантаження у дорожніх транспортних засобах, сполученнях транспортних засобів або контейнерах, з перетинанням одного або декількох кордонів від митниці місця відправлення однієї з договірних сторін до митниці місця призначення іншої договірної сторони або тієї самої договірної сторони за умови, що визначена частина операції МДП між її початком і закінченням здійснюється автомобільним транспортом (ст. 2).

Відповідно до ст. 4 вантажі, перевезені з дотриманням процедури МДП, звільняються від сплати або депозиту ввізних чи вивізних податків і зборів у проміжних митницях. Крім того, вантажі, перевезені з дотриманням процедури МДП у запломбованих дорожніх транспортних засобах, запломбованих сполученнях транспортних засобів або запломбованих контейнерах, як правило, звільняються від митного огляду на проміжних митницях. Проте з метою запобігання зловживанням митні органи можуть у виняткових випадках, зокрема за наявності підозри в порушеннях, здійснювати на цих митницях огляд вантажів (ст. 5).

Конвенція про дорожній рух (Convention on Road Traffic) та Протокол про дорожні знаки (Protocol on Road Signs and Signals). Укладені 19 вересня 1949 р. Діє редакція Конвенції від 8 листопада 1968 р., яка набула чинності 21 травня 1977 р.

Конвенція про дорожні знаки і сигнали (Convention on Road Signs and Signals). Укладена у Відні 8 листопада 1968 р., набула чинності 6 червня 1978 р.

Європейська угода, що доповнює Конвенцію про дорожній рух (Agreement Supplementing the Convention on Road Traffic). Укладена в Женеві 1 травня 1971 р.

Угода про міжнародні перевезення харчових продуктів, що швидко псуються, та про спеціальні транспортні засоби, призначені для цих перевезень (Agreement on Special Equipment for the Transport of Perishable Foodstuffs and on the Use of Such Equipment for the International Transport of Some Foodstuffs). Укладена в Же-

неві 15 січня 1962 р., поширюється й на інші, крім автомобільного, види транспорту.

Європейська угода про роботу екіпажів транспортних засобів, що виконують міжнародні автомобільні перевезення (Agreement Concerning the Work of Crews of Vehicle Engaged in International Road Transport). Укладена 1 липня 1970 р. Зазначає, що під час будь-якого міжнародного автомобільного перевезення, до якого застосовується ця Угода, підприємство і члени екіпажу повинні дотримуватися стосовно тривалості відпочинку і керування, а також складу екіпажу розпоряджень, встановлених національним законодавством у тому районі держави, де член екіпажу переважно займається своєю виробничою діяльністю, а також чинними в даному районі арбітражними рішеннями і колективними договорами. Тривалість відпочинку і керування визначається відповідно до цього законодавства арбітражними рішеннями або колективними договорами.

Європейська угода про міжнародні дорожні перевезення небезпечних вантажів (European Agreement Concerning The International Carriage of Dangerous Goods by Road – ADR). Укладена в Женеві 30 вересня 1957 р. Україна приєдналася до цієї угоди відповідно до Закону від 2 березня 2000 р. № 1511-III, прийнятого Верховною Радою України (Офіційний вісник України. – 2000. – № 10).

Конвенція про договір міжнародного дорожнього перевезення пасажирів і багажу (Convention on the Contract for the International Carriage of Passangers and Luggage by Road – CVR). Укладена в Женеві 1 березня 1973 р. Застосовується до будь-якого договору автомобільного перевезення пасажирів та (у відповідних випадках) їхнього багажу транспортними засобами, коли в договорі зазначено, що перевезення здійснюється територією принаймні двох держав і що пункт відправлення або/і пункт призначення розташовані на території однієї з договірних держав. Застосування Конвенції не залежить від місця проживання і громадянства сторін, що укладають договір (ст. 1).

Глава IV Конвенції передбачає відповідальність перевізника за шкоду, заподіяну як особі, так і багажу. Перевізник відповідає за збиток, пов'язаний зі смертю, тілесними ушкодженнями або нанесенням будь-якої іншої шкоди фізичному або психічному здоров'ю пасажирів внаслідок події, пов'язаної з перевезенням, що має місце під час перебу-

вання пасажирів в транспортному засобі, під час його посадки чи висадки або у зв'язку з навантаженням чи вивантаженням багажу (ст. 11). Якщо головна контора перевізника розташована в такій державі або в державі, що не є договірною стороною, законодавство якої передбачає вищу межу або не встановлює ніякої межі, для визначення загальної суми застосовується законодавство цієї держави, за винятком норм, що належать до колізійного права (ст. 13).

Перевізник несе відповідальність за збиток, пов'язаний з повною або частковою втратою багажу та з його uszkodженням. За багаж, зданий перевізникові, останній відповідає з моменту прийняття його до перевезення до моменту доставки. За будь-який інший багаж перевізник відповідає протягом часу його перебування в транспортному засобі, але у разі крадіжки або втрати, не пов'язаних з дорожньо-транспортним випадком, — тільки якщо він був зданий під догляд перевізника. До цього іншого багажу прирівнюються особисті речі та предмети, що пасажир має на собі або із собою.

Конвенція про міжнародні автомобільні перевезення пасажирів і вантажу країн СНД. Укладена 9 жовтня 1997 р., ратифікована Законом України № 581-XIV від 8 квітня 1999 р. Конвенція поширюється на перевізників сторін, які виконують перевезення пасажирів у міжнародному сполученні автобусами, незалежно від країни їх реєстрації, та має для них обов'язкову силу, а також на перевезення пасажирів та їх багажу автобусами, якщо в договорі перевезення зазначено, що воно здійснюється територіями не менш як двох сторін і пункт відправлення або пункт призначення розташовані на території однієї із сторін. Конвенція регламентує умови та правила перевезень, відповідальність перевізників, порядок подання претензій та позовів.

Угода про порядок транзиту через території держав — учасниць СНД. Укладена 4 червня 1999 р., ратифікована із застереженнями Законом № 2283-III від 22 лютого 2001 р. Відповідно до Угоди сторони не обкладають митом і податками транспортні засоби і товари:

- що ввозяться з держав, які не беруть участі в цій Угоді, на митну територію сторони транзитом через митні території інших сторін;
- що вивозяться з митної території сторони в держави, які не беруть участі в цій угоді, транзитом через митні території інших сторін;

- що переміщуються між сторонами транзитом через митні території інших сторін.

До зазначених товарів і транспортних засобів, що їх перевозять, не застосовуються заходи економічної політики (обмеження на ввезення і вивезення товарів, які передбачають квотування, ліцензування, встановлення максимальних і мінімальних цін, а також інші заходи регулювання взаємодії національної економіки зі світовим господарством).

Угода про прийняття єдиних технічних приписів для колісних транспортних засобів, предметів обладнання та частин, які можуть бути встановлені та/або використані на колісних транспортних засобах, і про умови взаємного визнання офіційних затверджень, виданих на основі цих приписів. Підписана 20 березня 1958 р. у Женеві з поправками 1995 р. Верховна Рада України ратифікувала Угоду Законом від 10 лютого 2000 р. № 1448-III (ВВР України. — 2000. — №10).

Двосторонні угоди між Україною та іноземними державами (наприклад, 18 травня 1992 р. у Варшаві було укладено Угоду між Урядом України і Урядом Республіки Польща про міжнародні автомобільні перевезення).

МОРСЬКИЙ ТРАНСПОРТ

Конвенція про уніфікацію деяких принципів, що стосуються коносаментів. Укладена у Брюсселі 25 серпня 1924 р. Відома також як “Гаазькі правила”. Доповнена Брюссельськими протоколами від 23 лютого 1968 р. і від 21 лютого 1979 р. Конвенція разом з доповненнями має напівофіційну назву “Гаазько-Візбійські правила”.

Конвенція про уніфікацію деяких принципів стосовно обмеження відповідальності власників морських суден. Укладена у Брюсселі у 1924 р. Нову редакцію укладено в 1957 р. Доповнена Брюссельським протоколом від 23 лютого 1979 р.

Конвенція ООН про морські перевезення вантажів (United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea). Укладена у Гамбурзі 31 березня 1978 р. Набула чинності 11 листопада 1992 р. після ратифікації її двома десятками держав. Відома як “Гамбурзькі правила”; їх застосовують також держави, які формально ще не приєдналися до Конвенції.

Конвенція передбачає відповідальність перевізника (ст. 5) за збиток, спричинений втратою або ушкодженням вантажу, а також затримкою в його видачі, якщо обставини, що зумовили втрату, ушкодження або затримку, мали місце в той час, коли вантаж перебував у його віданні, якщо тільки перевізник не доведе, що він, його службовці або агенти вжили всіх заходів, яких можна вимагати, щоб уникнути таких обставин та їх наслідків.

Крім того, визначаються межі відповідальності перевізника:

- відповідальність перевізника за збиток, що є наслідком втрати або ушкодження вантажу, обмежуються сумою, еквівалентною 835 розрахунковим одиницям за місце чи іншу одиницю відвантаження, або 2,5 розрахункові одиниці за 1 кг маси брутто втраченого або ушкодженого вантажу, залежно від того, яка сума вища;
- відповідальність перевізника за затримку у видачі вантажу обмежується сумою, у 2,5 рази кратною фрахтові, що підлягає сплаті за затриманий у видачі вантаж, але не перевищує розмірів фрахту, що підлягає сплаті на підставі договору морського перевезення (ст. 6).

Конвенція також містить положення, які звільняють відправника вантажу від відповідальності: він не відповідає за збиток, понесений перевізником або фактичним перевізником, а також за ушкодження, отримане судном, якщо такий збиток або ушкодження не відбулися з вини відправника вантажу, його службовців або агентів. Службовець або агент відправника вантажу також не несуть відповідальності за такий збиток або ушкодження, якщо тільки вони не сталися з їхньої вини.

Надається перелік вимог до оформлення коносаменту. В ньому наразі повинно бути зазначено:

- 1) загальний характер вантажу, основні марки, необхідні для ідентифікації вантажу, пряма вказівка у відповідних випадках щодо небезпечного характеру вантажу, кількість місць або предметів і маса вантажу або його кількість, позначена іншим способом. Усі ці дані вказуються так, як вони представлені відправником вантажу;
- 2) зовнішній стан вантажу;
- 3) найменування перевізника і місцезнаходження його основного комерційного підприємства;
- 4) найменування відправника вантажу;

- 5) найменування вантажоодержувача, якщо він вказаний відправником вантажу;
- 6) порт завантаження відповідно до договору морського перевезення і дата прийняття вантажу перевізником у порту завантаження;
- 7) порт розвантаження відповідно до договору морського перевезення;
- 8) кількість оригіналів коносаменту, якщо їх більше одного;
- 9) місце видачі коносаменту;
- 10) підпис перевізника або особи, яка діє від його імені;
- 11) фрахт у розмірі, що підлягає сплаті вантажоодержувачем або інша вказівка на те, що фрахт повинний сплачуватися ним;
- 12) вказівка, що дане перевезення регламентується нормами Конвенції та будь-яка умова, що суперечить вимогам Конвенції, не матиме сили;
- 13) вказівка (у відповідних випадках) про те, що вантаж повинен або може перевозитися на палубі;
- 14) дата або період здавання в порту розвантаження, якщо вони прямо погоджені сторонами;
- 15) підвищена межа або межа відповідальності, якщо такі погоджені.

Конвенція про обмеження відповідальності за морськими вимогами. Укладена 1976 р. (зі змінами, внесеними відповідно до Протоколу від 2 травня 1996 р.). Згідно з Конвенцією обмежується відповідальність за такими вимогами:

- стосовно смерті або тілесних ушкоджень, втрати або пошкодження майна (у тому числі портових споруд, водних басейнів, судноплавних шляхів і засобів визначення навігаційної обстановки) та інших подій, що відбулися на борту судна і прямо пов'язані з його експлуатацією або операціями з порятунку, а також за вимогами щодо будь-яких зумовлених цим збитків;
- стосовно збитку внаслідок затримки при перевезенні морем вантажу, пасажирів або їхнього багажу;
- щодо іншого збитку внаслідок порушення будь-яких прав, що виникли не з договору і пов'язані з експлуатацією судна або операціями з порятунку;
- стосовно підйому, знищення або знешкодження судна, що затонуло, перетворилося на уламки, сіло на мілину або покинуте, у тому числі усе, що перебуває або перебувало на борту такого судна;
- щодо видалення, знищення або знешкодження вантажу судна;

- вимогами іншої особи, ніж та, що відповідає за збиток, спричинені заходами, розпочатими для запобігання або зменшення збитку, стосовно якого відповідальна особа може обмежити свою відповідальність згідно з Конвенцією, і наступним збитком, заподіяним такими заходами (ст. 2).

Особами, які мають право обмежити свою відповідальність відповідно до Конвенції, є власники і рятувальники.

Конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу і Протокол до неї 1976 р. Конвенція укладена в Афінах 13 грудня 1974 р., Україна приєдналася до Конвенції та Протоколу за Законом України від 15 липня 1994 р. № 115/94-ВР. Конвенція набула чинності 28 квітня 1987 р., а для України — 9 лютого 1995 р.

Конвенція застосовується до будь-якого морського міжнародного перевезення, якщо:

- судно ходить під прапором держави, яка є стороною Конвенції, або зареєстроване в такій державі;
- договір перевезення укладено в державі, яка є стороною Конвенції;
- відповідно до договору перевезення місце відправлення чи місце призначення розташовані в державі, яка є стороною Конвенції, за винятком, коли перевезення підпадає під режим цивільної відповідальності, передбаченої положеннями будь-якої іншої міжнародної конвенції про перевезення пасажирів та їх багажу іншим видом транспорту, якщо тільки ці положення мають застосовуватись до перевезення морем.

Згідно зі ст. 3 Конвенції перевізник відповідає за шкоду, заподіяну смертю пасажирів або нанесенням їм фізичного ушкодження, а також внаслідок втрати або пошкодження багажу, якщо ці події сталися під час перевезення і були наслідком вини або недбалості перевізника, його службовців чи агентів, які діяли в межах своїх службових обов'язків. Доказ того, що подія, внаслідок якої було заподіяно шкоду, сталася під час перевезення, а також визначення розміру шкоди покладається на позивача. Провина або недбалість перевізника, його службовців чи агентів, які діяли в межах їх службових обов'язків, передбачаються, оскільки не доведено протилежне, якщо смерть або фізичні ушкодження пасажирів, втрата чи пошкодження каютного багажу сталися внаслідок або у зв'язку з корабельною аварією, зіткненням, посадкою на мілину, вибу-

хом чи пожежею або недоліками судна. Щодо втрати чи пошкодження іншого багажу така провина чи недбалість передбачаються, оскільки не доведено протилежне, незалежно від характеру події, яка спричинила цю втрату чи пошкодження багажу. В усіх інших випадках обов'язок доказу вини або недбалості покладено на позивача.

Конвенція також передбачає межу відповідальності в разі смерті пасажира або заподіяння шкоди його здоров'ю та втрати чи пошкодження багажу. Так, відповідальність перевізника в разі смерті пасажира або заподіяння йому тілесного ушкодження ні в якому разі не має перевищувати 700 000 франків щодо перевезення в цілому (згідно з Протоколом — 700 000 валютних одиниць).

Якщо відповідно до закону країни суду, який розглядає справу, втрати відшкодовуються у формі періодичних платежів, відповідна загальна сума цих платежів не має перевищувати зазначену вище межу. Але Конвенція надає право державі, яка є стороною Конвенції, встановити вищу межу відповідальності в національному законодавстві за кожного потерпілого для перевізників, які належать до цієї держави.

Межа відповідальності в разі втрати або пошкодження каютного багажу передбачена ст. 8, згідно з якою вона ні в якому разі не має перевищувати 12 500 франків на пасажира (згідно з Протоколом — 12 500 валютних одиниць) щодо перевезення в цілому. Винятки існують для автомобілів — для них передбачено межу, яка не має перевищувати 50 000 франків за автомашину та іншого багажу (згідно з Протоколом — 50 000 валютних одиниць), крім каютного — для нього межа відповідальності встановлюється у розмірі, що не може перевищувати 18 000 франків на пасажира (згідно з Протоколом — 18 000 валютних одиниць).

Розрахункова одиниця, згадана в цій Конвенції, є одиницею “спеціального права запозичення”, визначеною МВФ. Валютні одиниці переводяться в національну валюту держави, суд якої розглядає справу, на основі вартості цієї валюти на дату ухвалення рішення або на дату, встановлену угодою сторін. Вартість національної валюти Держави, яка є членом Міжнародного валютного фонду (МВФ), в одиницях “спеціального права запозичення” обчислюється відповідно до методу визначення вартості, що застосовується МВФ на відповідну дату для його власних операцій і розрахунків. Вартість національної валюти держави, яка не є членом МВФ, — способом, встановленим цією державою.

Конвенція про обмеження відповідальності за претензіями на певні ділянки моря. Укладена у Лондоні 19 листопада 1976 р. Змінена Протоколом у 1996 р. Відповідно до Конвенції особами, що можуть обмежити свою відповідальність, є власники суден і рятувальники. Причому під “власником судна” розуміють власника, фрахтувальника й оператора морського судна, а “рятувальником” — будь-яку особу, що надає послуги, прямо пов’язані з операціями з порятунку. Вимоги, відповідальність за якими може бути обмежена, наведено у ст. 2 Конвенції:

- пов’язані зі смертю, тілесними ушкодженнями або втратою чи пошкодженням майна (у тому числі, пошкодженням портових споруд, водних басейнів, судноплавних шляхів і засобів навігаційної обстановки), що виникли на борту судна, або прямо пов’язані з його експлуатацією, з операціями, пов’язаними з порятунком, а також вимоги щодо будь-якого наступного збитку, зумовленого цим;
- стосовно збитку, спричиненого затримкою в перевезенні морем вантажу, пасажирів або їхнього багажу;
- щодо іншого збитку внаслідок порушення будь-яких прав, що виникли не з договору і прямо пов’язані з експлуатацією судна або операціями з порятунку;
- стосовно підйому, вилучення, знищення або знешкодження судна, що затонуло, перетворилося на уламки, сіло на міліну або покинуте, у тому числі усе, що перебуває або перебувало на борту такого судна;
- щодо вилучення, знищення або знешкодження вантажу судна;
- вимоги іншої особи, ніж відповідальної за збиток, спричинений заходами, для запобігання або зменшення збитку, щодо якого відповідальна особа може обмежити свою відповідальність згідно із Конвенцією, і наступним збитком, заподіяним такими заходами.

Передбачено і винятки. Правила Конвенції не поширюються:

- на вимоги щодо збитку від забруднення нафтою, які регулюються нормами Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за збиток від забруднення нафтою від 29 листопада 1969 р., або будь-якої правки чи будь-якого протоколу до неї, що є чинними до вимог, які підпадають під будь-яку міжнародну конвенцію або національне законодавство, що регулюють або забороняють обмеження відповідальності за ядерний збиток;

- на вимоги, висунуті до власника ядерного судна, щодо ядерного збитку тощо. Крім того, згідно зі ст. 4 особа, яка несе відповідальність, не має права обмежити її, якщо доведено, що збиток став наслідком її власної дії або недогляду, вчинених з наміром заподіяти такий збиток чи із самовпевненості, усвідомлення того, що такий збиток, можливо, буде заподіяний.

Глава II регламентує межі відповідальності. Так, ст. 7 передбачає, що межі відповідальності власника судна за вимогами пасажирів, спричинених смертю або тілесними ушкодженнями пасажирів судна і зумовлених тією самою подією, є сума в 175 000 розрахункових одиниць, помножена на кількість пасажирів, яку судну дозволяється перевозити відповідно до судового свідоцтва. Розрахункова одиниця, згадана в цій Конвенції, є одиницею “спеціального права запозичення”, за визначенням МВФ.

Межа відповідальності за іншими вимогами, згідно зі ст. 6, обчислюється відповідно до шкали, що залежить від водотоннажності судна і висунутих вимог (спричинених смертю або тілесними ушкодженнями чи будь-яких інших вимог).

Конвенція ООН про міжнародні змішані перевезення вантажів (United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods). Укладена у Женеві 24 травня 1980 р. Положення Конвенції застосовуються, згідно зі ст. 2, до всіх договорів змішаного перевезення з одного місця в інше, які розташовані у двох державах, якщо:

1) зазначене у договорі змішаного перевезення місце, в якому вантаж приймається оператором змішаного перевезення у своє відання, знаходиться в одній із договірних держав;

2) зазначене в договорі змішаного перевезення місце доставки вантажу оператором змішаного перевезення розташоване в одній з договірних держав.

Відповідно до ст. 5 Конвенції, коли вантажі приймаються оператором змішаного перевезення у своє відання, він повинен видати документ змішаного перевезення, який за вибором відправника вантажу може бути оборотним або необоротним, а у ст. 8 наведено перелік даних, які повинен містити цей документ:

- загальний характер вантажу, основні марки, необхідні для ідентифікації вантажу, пряме зазначення (у відповідних випадках) небезпечного характеру вантажу, кількість місць або предметів і маса ван-

тажу брутто або його кількість, позначена іншим способом, причому всі ці дані вказуються так, як вони подані відправником вантажу;

- зовнішній стан вантажу;
- найменування і місцезнаходження основного комерційного підприємства оператора змішаного перевезення;
- найменування відправника вантажу;
- найменування вантажоодержувача, якщо він зазначений відправником вантажу;
- місце і дата прийняття оператором змішаного перевезення вантажу у своє розпорядження;
- місце доставки вантажу;
- дата або термін доставки вантажу в місце призначення, якщо вони прямо погоджені сторонами;
- зазначення того, чи є документ змішаного перевезення оборотним або необоротним;
- місце і дата видачі документа змішаного перевезення;
- підпис оператора змішаного перевезення або уповноваженої ним особи;
- провізні платежі за кожним видом транспорту, якщо вони прямо погоджені сторонами, або провізні платежі, у тому числі найменування валюти, що підлягають сплаті вантажоодержувачем, чи інша вказівка на те, що провізні платежі сплачуються ним;
- передбачений маршрут перевезення, використовувані види транспорту і місця перевантаження вантажу, якщо вони відомі в момент видачі документа змішаного перевезення;
- зазначення того, що міжнародне змішане перевезення регулюється положеннями Конвенції, які позбавляють чинності будь-яку умову, що суперечить цим положенням, на шкоду відправнику вантажу або вантажоодержувачу;
- будь-які інші дані, що сторони можуть домовитися внести у документ змішаного перевезення, якщо вони не суперечать законам країни, в якій видається документ змішаного перевезення.

Відповідно до п. "а" ст. 10 Конвенції документ змішаного перевезення є доказом "prima facie" прийняття оператором змішаного перевезення у своє розпорядження вантажу, як він описаний у документі.

Згідно зі ст. 16 Конвенції оператор змішаного перевезення несе відповідальність за збитки внаслідок втрати або ушкодження вантажу, а також затримки в доставці, якщо ці обставини мали місце під

час перебування вантажу в його розпорядженні з моменту, коли він прийняв вантаж, до моменту видачі вантажу, якщо тільки оператор змішаного перевезення не доведе, що він, його службовці, агенти або будь-яка інша особа, послугами якої він користується для виконання договору змішаного перевезення, вжив всі необхідні заходи для уникнення таких обставин та їх наслідків.

Межі відповідальності встановлені ст. 18 Конвенції. Згідно з ними у тих випадках, коли оператор змішаного перевезення відповідає за збитки, що є наслідком втрати або ушкодження вантажу, його відповідальність обмежується сумою, що не перевищує 920 розрахункових одиниць за місце або іншу одиницю відвантаження (розрахункова одиниця є одиницею “спеціального права запозичення”, визначеною МВФ), або 2,75 розрахункові одиниці за 1 кг маси брутто втраченого або ушкодженого вантажу залежно від того, яка сума вища. Виняток становить міжнародне змішане перевезення, що не передбачає, відповідно до договору, перевезення вантажу морем або внутрішніми водними шляхами. За нею відповідальність оператора змішаного перевезення обмежується сумою, що не перевищує 8,33 розрахункової одиниці за 1 кг маси брутто втраченого або ушкодженого вантажу.

Відповідальність оператора змішаного перевезення за збиток внаслідок затримки в доставці обмежується сумою, яка у 2,5 рази перевищує провізні платежі, що підлягають сплаті за затриманий доставкою вантаж, але не перевищує загальної суми провізних платежів, які підлягають сплаті відповідно до договору змішаного перевезення. Проте сукупна відповідальність оператора змішаного перевезення, пов'язана із втратою частини вантажу або затримкою доставки, не повинна перевищувати меж відповідальності за повну втрату вантажу.

Положення Конвенції встановлює також втрату права на обмеження відповідальності оператора змішаного перевезення, якщо доведено, що втрата, ушкодження або затримка в доставці є наслідком його дій або недогляду, вчинених з наміром заподіяти цю шкоду або безвідповідально і з розумінням імовірності виникнення втрати, ушкодження або затримки доставки.

Службовець, агент оператора змішаного перевезення або інша особа, послугами якої він користується для виконання договору змішаного перевезення, не мають права на обмеження відповідальності, перед-

бачене в Конвенції, якщо доведено, що втрата, ушкодження або затримка в доставці спричинені їх діями або недоглядом, вчиненими навмисно або безвідповідально, із розумінням імовірності виникнення втрати, ушкодження або затримки в доставці (ст. 21).

Стаття 22 передбачає відповідальність відправника вантажу. Він відповідає за збиток, якого зазнав оператор змішаного перевезення, якщо такий збиток був заподіяний з вини або недбалості відправника вантажу чи його службовців, агентів, якщо вони діяли в межах їхніх службових обов'язків. Службовець або агент відправника вантажу несуть відповідальність за такий збиток, якщо він був заподіяний з їх вини або недбалості.

Міжнародна Конвенція про деякі правила, що стосуються цивільної юрисдикції з питань про зіткнення суден. Укладена 10 травня 1952 р. Зазначає, що позов, який виник унаслідок зіткнення між суднами морськими та внутрішнього судноплавства, може бути порушений тільки у суді:

- за місцем постійного проживання відповідача або порту, де занесено до реєстру судно відповідача;
- місця, де було здійснено арешт судна відповідача або будь-якого іншого судна, що належить тому ж відповідачеві, на яке арешт міг бути накладений у законному порядку, або в суді того місця, де могло бути здійснено арешт, заставу або було надане інше забезпечення;
- місця, де відбулося зіткнення, якщо це сталося в межах порту, на рейді або у внутрішніх водах.

Право вирішувати, в який із судів, подавати позов, Конвенція надає позивачеві.

Міжнародна Конвенція про уніфікацію деяких правил щодо кримінальної юрисдикції зі справ зіткнення суден та інших подій, пов'язаних із судноплавством. Укладена 10 травня 1952 р. Згідно з нею у разі зіткнення або будь-якої іншої події у сфері судноплавства, що пов'язана з морським судном і передбачає карну чи дисциплінарну відповідальність капітана або будь-якого іншої службової особи на судні, карне чи дисциплінарне переслідування може бути порушене тільки перед судовою або адміністративною владою держави, під прапором якої судно перебуває в момент зіткнення або іншої пов'язаної із судноплавством події (ст. 1). Ніякий наказ про арешт або затримання судна не може бути відданий, навіть для здійснення

розслідування, ніякою іншою владою, ніж влада держави, під прапором якої перебуває судно (ст. 2). Конвенція не застосовується до зіткнень та інших пов'язаних із судноплаством подій, що мали місце в портах, на рейдах або у внутрішніх водах (ст. 4).

ПОВІТРЯНИЙ ТРАНСПОРТ

Конвенція для уніфікації деяких правил стосовно міжнародних повітряних перевезень та Гаазький протокол до неї. Конвенцію укладено у Варшаві 12 жовтня 1929 р., Протокол — 1955 р. Конвенція застосовується до будь-якого міжнародного перевезення людей, багажу чи вантажів, що здійснюється за плату з допомогою повітряного судна, а також до безкоштовних перевезень за допомогою повітряного судна, що виконуються підприємством повітряних перевезень (ст. 1). Використовується для перевезень, які здійснюються державою або іншими публічно-правовими юридичними особами. Не застосовується під час перевезення поштової кореспонденції та поштових посилок (ст. 2).

Глава II “Перевізні документи” (розділ I “Проїзний квиток”) містить вимогу видачі під час перевезення пасажирів квитка, в якому зазначено місце відправлення і місце призначення. Якщо вони розташовані на території однієї із договірних сторін, а одна чи кілька передбачених зупинок — на території іншої держави, то повинна бути вказана принаймні одна така зупинка. Якщо пасажир здійснює подорож, за якої місце остаточного призначення та зупинка знаходяться не в країні відправлення, до такого перевезення можуть застосовуватися положення Варшавської конвенції, яка визначає й у більшості випадків обмежує відповідальність перевізника у разі смерті чи поранення осіб, а також втрати чи ушкодження багажу.

Розділ II “Багажна квитанція” містить вказівки щодо перевезення багажу. Згідно зі ст. 4 повинна видаватися багажна квитанція, яка (якщо вона не об'єднана з проїзним квитком чи не внесена в нього) повинна містити:

- зазначення місця відправлення і місця призначення;
- якщо місце відправлення і призначення знаходяться на території однієї договірної сторони, а одна чи кілька передбачених зупинок —

на території іншої держави, зазначення принаймні однієї такої зупинки;

- повідомлення про те, що в разі перевезення, за якого місце остаточного призначення чи зупинка знаходяться не в країні відправлення, до такого перевезення можуть застосовуватися положення Варшавської конвенції, яка визначає й у більшості випадків обмежує відповідальність перевізників у разі втрати або ушкодження багажу.

Розділ III Конвенції “Повітряно-перевізний документ” надає право кожному перевізникові товарів жадати від відправника складання і вручення йому документа, іменованого: “повітряно-перевізний документ”, а будь-який відправник має право вимагати від перевізника прийняття цього документа (ст. 5)

Визначено вимоги до цього документа. Згідно зі ст. 8 він повинен містити:

- зазначення місця відправлення і місця призначення;
- якщо місця відправлення і призначення знаходяться на території однієї договірної сторони, а одна чи кілька передбачених зупинок — на території іншої держави, зазначення принаймні однієї такої зупинки;
- повідомлення відправника про те, що в разі перевезення, за якого місце остаточного призначення чи зупинка знаходяться не в країні відправлення, до такого перевезення можуть застосовуватися положення Варшавської конвенції, яка визначає й у більшості випадків обмежує відповідальність перевізників у разі втрати чи ушкодження товарів.

Цей документ згідно зі ст. 11 до доказу протилежного є посвідченням укладання договору, прийняття товару й умов перевезення. Дані повітряно-перевізного документа про масу, розміри і пакування товару, а також кількість місць є посвідченням до доказу протилежного. Відомості про кількість, обсяг і стан товару є доказом проти перевізника лише тому, що ним було здійснено їх перевірку в присутності відправника, із зазначенням цього в повітряно-перевізному документі, або тому що це стосується даних про зовнішній вигляд товару.

Стаття 12 Конвенції надає право відправникові, за умови виконання всіх зобов'язань, що випливають з договору перевезення, розпоряджатися товаром, забираючи його назад з аеродрому відправ-

лення чи призначення, зупиняючи його в дорозі під час посадки або віддаючи наказ про видачу його в місці призначення чи в дорозі іншій особі, ніж одержувач, зазначений в повітряно-перевізному документі; вимагаючи його (товару) повернення на аеродром відправлення, оскільки здійснення цього права не завдає збитку ні перевізникові, ні іншим відправникам, із зобов'язанням відшкодування їхніх витрат, які з цього випливають.

Право відправника припиняється в той момент, коли виникає право одержувача. Проте, якщо одержувач відмовляється від прийняття перевізного документа чи товару або вони не можуть бути йому вручені, відправник знову отримує своє право розпорядження. Також передбачено обов'язок відправника надати відомості та додати до повітряно-перевізного документа інші документи, які до передання товару одержувачеві необхідні для виконання митних, міських (митних чи поліцейських) вимог. Відправник відповідає перед перевізником за всі збитки, що могли б виникнути через відсутність, недостатність або неправильність цих відомостей і паперів, за винятком випадків провини з боку перевізника або осіб, які працюють на нього (ст. 16).

Глава III “Відповідальність перевізника” регламентує відповідальність його за шкоду, заподіяну внаслідок смерті, поранення чи будь-якого іншого тілесного ушкодження пасажира, якщо нещасний випадок, що заподіяв шкоду, відбувся на борту повітряного судна або під час посадки чи висадки (ст. 17). Крім того, перевізник відповідає за шкоду, спричинену знищенням, втратою або ушкодженням зареєстрованого багажу чи товару, якщо подія, що заподіяла шкоду, відбулася під час повітряного перевезення (період часу, протягом якого багаж або товар перебувають під охороною перевізника, незалежно від того, відбулося це на аеродромі, на борту повітряного судна або в якому-небудь іншому місці, у разі посадки поза аеродромом) (ст. 18).

Перевізник також несе відповідальність за шкоду, що виникла внаслідок запізнення при повітряному перевезенні пасажирів, багажу чи товарів (ст. 19).

Конвенція встановлює обмеження відповідальності перевізника. Так, згідно зі ст. 22, під час перевезення пасажирів відповідальність перевізника перед кожним пасажиром обмежується сумою 250 тис. франків. Якщо відповідно до закону суду, в якому розглядається позов, відшкодування може бути встановлене у вигляді періодичних

платежів, еквівалентна капіталізована сума зазначених платежів не може перевищувати 250 тис. франків. Проте за допомогою особливої угоди перевізник і пасажир можуть встановити і вищу межу відповідальності.

Під час перевезення зареєстрованого багажу і товарів відповідальність перевізника обмежується сумою в 250 тис. франків за кілограм¹, за винятком випадків, коли пасажир чи відправник у момент передання місця перевізникові подають спеціальну заяву про зацікавленість у доставці до місця призначення і сплачують за потреби додатковий збір. У цьому разі перевізник зобов'язаний сплатити суму, що не перевищує оголошеної суми, якщо тільки він не доведе, що ця сума перевищує таку, щоб задовольнити справжню зацікавленість пасажирів чи відправників в доставці до місця призначення.

У разі втрати, ушкодження, затримки в дорозі частини зареєстрованого багажу або товару чи якого-небудь предмета, що входить до їх складу, маса, що повинна братися до уваги при визначенні суми, якою обмежується відповідальність перевізника, повинна бути тільки загальною масою зазначеного місця або місць. Проте, якщо втрата, ушкодження, затримка зареєстрованого багажу або вантажу чи якого-небудь предмета, що входить до їх складу, позначається на вартості інших місць, внесених до тієї самої багажної квитанції або того самого повітряно-перевізного документа, то загальна маса такого місця або місць повинна також братися до уваги при визначенні межі відповідальності.

Стосовно предметів, що залишаються пасажиром при собі, відповідальність перевізника обмежується 5 тис. франків на пасажирів. Але перевізник звільняється від відповідальності, згідно зі ст. 20 Конвенції, якщо він доведе, що ним і особами, які працюють на нього, було вжито всі необхідні заходи для уникнення шкоди.

Конвенція про уніфікацію деяких правил стосовно міжнародних перевезень повітряним транспортом, що виконуються особами, які не є перевізниками за договором. Укладена 1961 р. у м. Гвадалаха-

¹ Валютна одиниця, що складається із 65,5 мг золота відповідної проби. Ці суми можуть переводитися в національну валюту в округлених цифрах. Перерахунок сум у національну валюту, що не має золотого вмісту, у разі судових розглядів здійснюватиметься відповідно до золотої вартості таких валют на дату судового рішення.

ра. Доповнила згадану Варшавську конвенцію. Істотно була змінена Гватемальським протоколом 1971 р. та Монреальськими протоколами 1975 р.

Конвенція про міжнародну цивільну авіацію. Укладена 7 грудня 1944 р. у Чикаго. Стосується адміністративних питань повітряного транспорту (стандартів, процедур, правил тощо). Складовою Конвенції є Статут Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО), яка має статус спеціалізованої агенції ООН. Конвенція містить 18 додатків, набула чинності 4 квітня 1947 р., для України — 9 вересня 1992 р.

Конвенція складається з преамбули та чотирьох частин. У частині 1 “Аеронавігація” розглянуто питання сфери застосування Конвенції, регулярних та нерегулярних польотів, безпілотних польотів, заборонених зон, запобігання поширенню захворювань, обладнання суден та ін. У частині 2 “Міжнародна організація цивільної авіації” зазначено структуру, цілі та положення Міжнародної організації цивільної авіації. Частина 3 “Міжнародний повітряний транспорт” присвячена питанню вдосконалення аеронавігаційних засобів та методам їх фінансування. Частина 4 містить заключні положення щодо шляхів вирішення суперечок, що виникають при застосуванні Конвенції.

У Додатку 1 до Конвенції “Видача свідоцтв особовому складові” розглянуто стандарти і практику щодо видачі свідоцтв членам льотного екіпажу (пілотам, бортінженерам), диспетчерам і персоналові технічного обслуговування.

Додаток 2 “Правила польотів” містить правила, розроблені ІКАО, та загальні правила, стосовно візуального польоту та польотів за приладами, що застосовуються без винятку над відкритим морем і над територіями держав, за умови, що вони не суперечать правилам, чинним у державах, над територіями яких виконуються польоти.

Додаток 3 “Метеорологічне забезпечення міжнародної аеронавігації” полягає в рекомендаціях з безпечного, ефективного та регулярного здійснення аеронавігації. Це досягається шляхом надання необхідної інформації про погоду експлуатантам, членам льотних екіпажів, органам обслуговування повітряного руху, органам пошуково-рятувальної служби, адміністрації аеропортів та інших органів, що мають відношення до авіації.

Додаток 4 “Аеронавігаційні карти” — серії аеронавігаційних карт ІКАО 17 типів, кожний з яких призначений для спеціальних цілей. Діапазон цих карт широкий — від докладних карт для окремих аеродромів, до дрібномасштабних карт для цілей планування польотів.

Додаток 5 “Одиниці вимірювання, що підлягають використанню” містить норми, щодо уніфікації одиниць вимірювання.

Додаток 6 “Експлуатація повітряних суден” за змістом зводиться до того, що для забезпечення максимальних рівнів безпеки й ефективності ступінь стандартизації при експлуатації повітряних суден, використовуваних для міжнародних повітряних перевезень, повинна бути за можливості найвищою.

Додаток 7 “Національні та реєстраційні знаки повітряних суден” дає змогу визначити класифікацію та орієнтацію повітряних суден, їх національну належність.

Додаток 8 “Льотна придатність повітряних суден” містить стандарти широкого плану, які визначають для застосування національними повноважними органами льотної придатності мінімальні вимоги, що є основою для визнання державами посвідчень про придатність до польотів повітряних суден інших держав з метою виконання ними польотів на їхню територію або над їх територією, забезпечуючи тим самим захист інших повітряних суден, третіх осіб і майна.

Додаток 9 “Спрощення процедур” присвячений розгляду питань прискорення прибуття і вильоту повітряних суден, людей, вантажів та інших об’єктів перевезень у міжнародних аеропортах. Він містить також положення стосовно таких питань, як дезинсекція повітряних суден, помилки в оформленні документів (і міри покарання за них), спрощення процедури при пошуку і рятуванні, розслідуванні авіаційних подій і рятуванні майна, польотах для надання допомоги в разі стихійного лиха і застосування міжнародних правил охорони здоров’я.

Додаток 10 “Авіаційний електров’язок” складається з двох томів. У томі I розглядаються устаткування, системи і радіочастоти, а в томі II — правила зв’язку, що підлягають дотриманню при польотах повітряних суден міжнародної цивільної авіації.

Додаток 11 “Обслуговування повітряного руху” містить визначення елементів обслуговування повітряного руху, всесвітні стан-

дарті і практику, що застосовуються для надання цього обслуговування.

Додаток 12 “Пошук і рятування” охоплює стандарти й практику, розроблені ІКАО і погоджені на міжнародній основі з урахуванням необхідності якнайшвидшого виявлення осіб, які залишились у живих за авіаційних подій.

Додаток 13 “Розслідування авіаційних подій” складається із семи глав і чотирьох доповнень. У перших трьох главах розглянуто загальні положення, визначення, питання, пов’язані із збереженням речовинних доказів, відповідальністю держави місця події щодо охорони і видалення повітряного судна з місця події, а також порядком розгляду цієї державою звернень з боку держави реєстрації, держави-експлуатанта і держави-виробника.

Додаток 14 “Аеродроми” охоплює широкий діапазон питань: від планування аеропортів до таких деталей, як час, необхідний для переходу на резервні джерела енергоживлення; від цивільного будівництва до вимог щодо освітлювальної техніки; від забезпечення складного рятувального і протипожежного устаткування до вимог щодо видалення з аеропортів птахів.

Додаток 15 “Служби аеронавігаційної інформації” містить різноманітну аеронавігаційну інформацію, необхідну цивільній авіації для досягнення максимальної безпеки польотів в усіх аспектах повітряних операцій.

Додаток 16 “Охорона навколишнього середовища” присвячений питанням охорони довкілля від впливу авіаційного шуму.

Додаток 17 “Безпека. Захист міжнародної цивільної авіації від актів незаконного втручання” покладено в основу програми ІКАО з безпеки цивільної авіації. Мета його — забезпечення захисту цивільної авіації та її служб від актів незаконного втручання.

Додаток 18 “Безпечне перевезення небезпечних вантажів повітрям” містить стандарти і практику, дотримання яких дає змогу безпечно перевозити небезпечні вантажі.

Двосторонні угоди України з іноземними державами. До них, зокрема, належить Угода між Урядом України та Урядом Республіки Грузія про повітряне сполучення від 13 квітня 1993 р.

ТРАНСПОРТ ВНУТРІШНІХ ВОДОЙМ

Конвенція про уніфікацію деяких принципів, що стосуються відповідальності при зіткненні річкових суден. Укладена у Женеві 15 березня 1960 р.¹ Визначає порядок відшкодування збитків, заподіяних зіткненням суден внутрішнього плавання у водах однієї з договірних сторін або шкоди суднам, особам чи речам, що перебували на них. Нею визначається також порядок відшкодування будь-яких збитків, спричинених виконанням або невиконанням маневру чи недотриманням судном правил внутрішнього плавання у водах однієї з договірних сторін, або іншим суднам внутрішнього плавання, особам чи предметам, що перебували на борту цих суден, навіть якщо зіткнення не відбулося.

Конвенція побудована за тими самими принципами що і Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил стосовно зіткнення суден 1910 р. Відповідальність базується на принципі провини; коли збиток є наслідком випадку, зумовленого непереборною силою, чи в разі неможливості визначення його причини вона покладається на осіб, яким було завдано шкоди. Якщо шкоду заподіяно з вини одного судна, то воно повинне її відшкодувати. За змішаної провини збитки відшкодовуються пропорційно ступеню вини кожного учасника зіткнення.

Солідарну відповідальність передбачено за шкоду, заподіяну особам, а також невинним у зіткненні суднам та предметам, що перебувають на їх борту. Судно, що сплатило більше від своєї частки за солідарної відповідальності, має право на регресію. Для вимог про відшкодування збитків через зіткнення встановлено дворічний термін позовної давності.

Конвенція набула чинності в 1966 р., була підписана Австрією, Бельгією, Німеччиною Нідерландами і Францією, її договірними сторонами є 10 держав: Австрія, Угорщина, Німеччина, Нідерланди, Польща, Російська Федерація, Румунія, Франція, Швейцарія та Югославія.

Конвенція про свободу транзиту. Укладена у Барселоні 1921 р. Формально стосується всіх видів транспорту, а реально застосовується лише у сфері транспорту внутрішніх водойм, оскільки цей

¹ E/ECE/388-E/ECE/TRANS/515.

вид транспорту має обмаль власних конвенцій, які б регулювали ці та інші питання.

Конвенція про обмеження відповідальності власників суден внутрішнього плавання — КОВВ (Convention Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Inland Navigation Vessels — CLN). Укладена у Женеві 1 березня 1973 р.¹ Поправки внесено на підставі Протоколу від 1978 р.² Мета Конвенції — забезпечити можливість власника судна внутрішнього плавання обмежити свою відповідальність за деякими претензіями. Це здійснюється шляхом створення при компетентному органі договірної сторони лімітованих фондів у розмірах, визначених Конвенцією. Передбачено фонди трьох видів:

- 1) за ушкодження вантажу;
- 2) за нанесення шкоди навколишньому середовищу;
- 3) за нанесення шкоди особам.

Конвенція не набула чинності. Була підписана Німеччиною і Швейцарією. До неї приєдналася Російська Федерація. Протокол до Конвенції було підписано тільки однією державою — Німеччиною. Оскільки конвенція КОВВ застаріла до набуття чинності, Комітет внутрішнього транспорту ЄЕК ООН на своїй 52-й сесії, що відбулася в лютому 1990 р., погодився з необхідністю розроблення нового правового режиму обмеження відповідальності власників суден внутрішнього плавання на загальноєвропейській основі. Нині розглядаються дві альтернативні можливості розроблення нового правового режиму — або приєднання держав, що не є членами Центральної комісії із судноплавства Рейном, до КОВВ, або упорядкування нового загальноєвропейського документа.

Конвенція про договір міжнародного перевезення пасажирів і багажу внутрішніми водними шляхами — КППВ (Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Inland Waterways — CVN). Укладена у Женеві 6 лютого 1976 р.³ Поправки внесено на підставі Протоколу від 1978 р.⁴

Конвенцією передбачено відповідальність перевізника за шкоду, заподіяну пасажиру або його багажу, і встановлено межі такої

¹ ECE/TRANS/3.

² ECE/TRANS/32.

³ ECE/TRANS/20.

⁴ ECE/TRANS/33.

відповідальності. Вона застосовується до кожного договору перевезення пасажирів та їхнього багажу внутрішніми водними шляхами, якщо за умовами цього договору перевезення повинне здійснюватися у водах не менше двох держав і місце посадки й прийняття багажу на борт судна або місце висадки і розвантаження чи обидва ці місця знаходяться на території однієї з договірних держав. Положення цієї конвенції застосовуються навіть тоді, коли судно не є судном внутрішнього плавання, незалежно від прапора, реєстрації судна і місця постійного проживання або громадянства сторін.

Робоча група Європейської економічної комісії ООН з водного транспорту постійно здійснює моніторинг щодо оцінки різними країнами правових документів з тим, щоб розглянути питання про оновлення застарілих положень, враховуючи загальні принципи Роттердамської декларації 2001 р. та її заклик до “гармонізації правових положень” в галузі водного транспорту. Конвенція разом з поправками досі не набула чинності. Вона була підписана однією державою — Австрією, до неї приєдналася Російська Федерація.

Опитування урядів Австрії, Білорусі, Угорщини, Литви, Польщі, Словаччини та Фінляндії свідчить, що ратифікація Конвенції не відбулася з тієї причини, що обсяг міжнародних пасажирських перевезень у цих країнах досить незначний або вони повністю відсутні, й як, наслідок, — відсутність аварій. Деякі країни зазначили, що ратифікація не відбулася через відсутність інтересу до Конвенції з боку інших держав. Уряд Фінляндії повідомив, що в цій країні застосовується національне законодавство, засноване на Афінській конвенції зі змінами 1990 р.

Будапештська конвенція про договір перевезення вантажів внутрішніми водними шляхами (КПГВ)¹. Укладена 2001 р., Україна приєдналась до неї у червні 2002 р. Конвенція застосовується до будь-якого договору перевезення, згідно з яким порт завантаження або місце прийому вантажу та порт розвантаження чи порт, де здається вантаж, розташовані у двох різних державах, з яких хоча б одна є учасницею Конвенції (ст. 2).

Конвенція поширюється на договір, якщо предметом його є перевезення вантажу без перевалки як внутрішніми водними шляхами,

¹ ECE/TRANS/CMNI/CONF/2.

так і шляхами, на які поширюється режим морських перевезень. Винятком є випадки, коли відповідно до застосованого морського законодавства було складено морський коносамент або коли морське законодавство поширюється на більшу частину шляху, який має пройти судно з вантажем.

За Конвенцією “договір перевезення” — це “будь який договір, незалежно від його кваліфікації, згідно з яким перевізник за сплату фрахту зобов’язується перевезти вантаж внутрішніми водними шляхами”. Конвенція розрізняє перевізника і фактичного перевізника. Перевізник — будь-яка особа, яка або від імені якої було укладено договір перевезення з вантажовідправником. Фактичний перевізник — будь-яка особа, що не є службовцем чи агентом перевізника, якій ним доручено здійснити повністю або частину перевезення. Всі положення Конвенції стосовно вантажовідправника поширюються і на перевізника, а положення щодо перевізника застосовуються до фактичного перевізника.

Доручення фактичному перевізнику на здійснення всього перевезення або його частини, навіть, коли це дозволено договором про перевезення, не знімає відповідальності з перевізника. Перевізник залишається відповідальним за все перевезення згідно з положеннями Конвенції (ст. 4). До фактичного перевізника застосовуються такі самі положення про відповідальність, що й до перевізника. Коли перевізник і фактичний перевізник несуть одночасно відповідальність, вона є солідарною. Ніщо не позбавляє права регресної вимоги у відносинах між ними.

Перевізник несе відповідальність за шкоду, заподіяну внаслідок втрати або пошкодження вантажу, що відбулося після того, як він прийняв вантаж для перевезення, до моменту його здавання або після перевищення термінів здавання, якщо він не доведе, що шкоду зумовлено обставинами, яких дбалий перевізник не міг уникнути і наслідкам яких не міг запобігти. Відповідальність перевізника за шкоду внаслідок втрати чи пошкодження вантажу впродовж часу до завантаження його на судно або після його вивантаження із судна визначається відповідно до законодавства держави, що застосовується до договору перевезення (ст. 16). Перевізник відповідає за дії або бездіяльність своїх службовців чи агентів, яких він використовує під час виконання договору перевезення, тією самою мірою, як і за свої дії чи бездіяльність, якщо ці особи чинили в межах своїх службових обов’язків (ст. 17).

Конвенція передбачає умови звільнення перевізника від відповідальності, а також визначає межі його відповідальності. Перевізник і фактичний перевізник можуть бути звільнені від відповідальності, відповідно до ст. 18 Конвенції, якщо втрата, пошкодження або затримка є результатом однієї з перерахованих в ній обставин. До таких обставин належать:

- дія чи бездіяльність вантажовідправника, особи, яка отримує вантаж, або особи, уповноваженої розпоряджатися вантажем;
- переміщення, завантаження, укладання, вивантаження вантажу безпосередньо вантажовідправником або особою, яка отримувала вантаж, чи за їхнім дорученням третьою особою;
- перевезення вантажу на палубі чи у відкритих трюмах, якщо про це була домовленість або це відповідає звичаям;
- перевезення вантажу, який може повністю або частково бути втрачений чи пошкоджений внаслідок його природних властивостей;
- відсутність або пошкодження упаковки, без якої вантаж зазнає втрат;
- недостатнє або неточне ідентифікаційне маркування вантажу;
- втрата або пошкодження вантажу внаслідок здійснення або намагання здійснити операції, пов'язані з рятуванням життя або майна на внутрішніх водних шляхах;
- перевезення живих тварин, крім тих випадків, коли перевізник не вжив необхідних заходів або не було виконано інструкції, узгодженої в договорі перевезення.

Сума відшкодування за втрату або пошкодження вантажу нараховується відповідно до ст. 19 Конвенції. Коли перевізник несе відповідальність за повну втрату вантажу, він має відшкодувати суму, яка дорівнює вартості вантажу в місці й у день його здавання відповідно до договору перевезення. Причому здавання вантажу неуповноваженій особі розглядається як втрата вантажу. За часткової втрати або пошкодження вантажу перевізник несе відповідальність тільки в обсязі, на який вартість вантажу зменшилася. Якщо вантаж внаслідок своїх природних властивостей під час транспортування може бути пошкоджений, то перевізник відшкодовує лише частину збитку, яка перевищує природний збиток (за об'ємом та вагою). Сторони мають визначити ці можливі природні втрати вантажу під час укладання договору перевезення. Якщо це не було зроблено, керуються правилами чи практикою, які діють в місці призначення.

Конвенція встановлює максимальну межу відповідальності. Відповідальність перевізника обмежується 666,67 розрахунковими одиницями за кожне вантажне місце або іншу одиницю відвантаження (одиниця “спеціальних прав запозичення” за визначенням МВФ) або двома розрахунковими одиницями за кожний кілограм вказаної у транспортному документі ваги втраченого або пошкодженого вантажу, залежно від того, яка сума більша. Якщо вантажним місцем є контейнер, і у документі не вказано кількість цих місць або одиниць відвантаження, упакованих у контейнері, то сума 666,67 замінюється на 1500 розрахункових одиниць за контейнер, що не має вантажу, і додатково на суму 25 000 розрахункових одиниць за вантаж, що міститься в контейнері. У п. 2 ст. 20 зазначено, що засоби для транспортування, якщо вони не є власністю перевізника або не надані ним, у разі їх пошкодження розглядаються як окрема одиниця відвантаження.

Якщо збиток спричинено затримкою здавання вантажу, перевізник несе відповідальність лише в розмірі, що не перевищує розміру фрахту. Загальна сума відшкодування не має перевищувати максимальної суми відшкодування за повну втрату вантажу. Максимальна межа відповідальності може бути збільшена, якщо характер і вища вартість вантажу або засобу для транспортування були прямо вказані в транспортному документі, й перевізник не оскаржив ці дані. Межа відповідальності також може бути змінена, якщо сторони чітко обумовили вищі максимальні межі відповідальності.

Перевізник або фактичний перевізник не можуть посилатися на звільнення від відповідальності та на її обмеження, передбачені Конвенцією або договором перевезення, якщо доведено, що заподіяна шкода є наслідком їх особистих дій або особистої бездіяльності, здійснених навмисне чи через необережність. За таких самих обставин службовці та агенти, що діяли за дорученням перевізника або фактичного перевізника, не можуть посилатися на звільнення від відповідальності або на її обмеження.

Передбачені Конвенцією або договором перевезення звільнення від відповідальності чи її обмеження застосовуються за будь-якого позову з приводу втрати, пошкодження чи затримки здавання вантажу, на який поширюється договір перевезення, незалежно від того, ґрунтується позов на деліктній чи договірній відповідальності, або на інших правових засадах.

Згідно з Конвенцією отримувач вантажу у разі виявлення його втрати чи пошкодження повинен заявити про це письмово, вказавши загальний характер пошкодження, не пізніше моменту здавання вантажу або під час спільного огляду сторонами. Беззастережне прийняття вантажу, якщо не доведено інше, є доказом того, що перевізник здав вантаж у тому стані й у тій кількості, в якій він був йому переданий для перевезення. Якщо пошкодження були непомітними відразу під час здавання вантажу, то застереження про це має бути зроблене у письмовій формі впродовж семи календарних днів з моменту здавання. У цьому разі потерпіла сторона має довести, що пошкодження відбулося під час перевезення.

На компенсацію шкоди, спричиненої затримкою здавання вантажу вантажоотримувач може претендувати, якщо доведе, що перевізник отримав повідомлення про затримку впродовж 21 календарного дня з моменту здавання (ст. 23). Щодо позовної давності, то будь-які позови мають термін один рік, починаючи з дня, коли вантаж здали чи мали здати. День, з якого починають рахувати позовну давність, до терміну позовної давності не зараховується. Особа, якій пред'явлено позов, може у будь-який момент впродовж терміну позовної давності подовжити його, зробивши відповідну заяву. Призупинення чи переривання терміну позовної давності регулюються законодавством держави, яке застосовується до договору перевезення.

Конвенція передбачає кілька видів транспортних документів — коносамент та накладну, але не виключає і будь-який інший документ, що використовується в комерційній практиці й підтверджує договір перевезення вантажу, прийняття чи завантаження вантажу на судно перевізником. Відсутність транспортного документа або неповне його оформлення не впливає на дійсність договору перевезення. Транспортний документ крім свого найменування повинен містити такі дані:

- найменування доміцилія, місце перебування перевізника та вантажовідправника;
- найменування особи, яка отримуватиме вантаж;
- назва і номер судна, якщо вантаж завантажений на борт, або зазначення у транспортному документі, що вантаж був прийнятий перевізником, але ще не завантажений на борт судна;
- порт завантаження або місце прийняття вантажу та порт розвантаження або місце його здавання;

- звичайне найменування типу вантажу і характер його упаковки. Якщо вантаж небезпечний або загрожує забрудненню навколишнього середовища, має бути вказано його позначення відповідно до приписів. У раз відсутності таких позначок — загальне найменування вантажу;
- розміри, кількість місць або вага, а також ідентифікаційне маркування вантажу, прийнятого на борт або до перевезення;
- у певних випадках має бути зазначено, що вантаж повинен або може перевозитися на палубі чи у відкритих трюмах;
- узгоджені положення стосовно фрахту;
- у разі накладної — точне зазначення того, є вона оригіналом чи копією. У разі коносаменту — кількість екземплярів оригінала;
- місце і дата видачі транспортного документа.

Оригінал транспортного документа підписується перевізником чи капітаном судна або особою, уповноваженою на це перевізником. Перевізник має право вимагати від вантажовідправника поставити свій підпис на оригіналі чи копії транспортного документа.

Коносамент видається лише на прохання вантажовідправника і якщо це було обумовлено до завантаження вантажу або його прийняття для перевезення. Щодо правового регулювання коносаменту, то це загальноприйняті норми. В Конвенції цьому присвячено ст. 19, в якій зазначається, що оригінали коносаменту — цінні папери, що видаються на ім'я вантажоотримувача, ордерні або на пред'явника.

Конвенція про реєстрацію суден внутрішнього плавання 1965 р.¹ Визначає умови реєстрації суден внутрішнього плавання, переведення судна з реєстру однієї договірної сторони до реєстру іншої договірної сторони і вилучення запису судна, внесеного до реєстру. До цієї Конвенції додаються такі два протоколи: Протокол № 1 про речові права на судна внутрішнього плавання і Протокол № 2 про накладення на судна внутрішнього плавання арешту для забезпечення цивільного позову і про примусове виконання. Обидва протоколи додаються до Конвенції та передбачають режим іпотеки й право кредитора на першочергову вимогу у внутрішньому судноплаванні, а також зазначають неприйнятність арешту суден для більшості країн, що у минулому використовували систему централізованого планування економіки, з тієї причини, що їх судна належали державі.

¹ E/ECE/579-E/ECE/TRANS/54.

Можливо, саме тому жодна з них не стала договірною стороною Конвенції.

Конвенція набула чинності з 1982 р., її підписали Австрія, Бельгія, Німеччина, Люксембург, Нідерланди, Франція і Швейцарія. Договірними сторонами є такі шість держав: Австрія, Люксембург, Нідерланди, Франція, Швейцарія та Югославія.

Конвенція про обмірювання суден внутрішнього плавання 1966 р.¹

Передбачає засоби обмірювання суден внутрішнього плавання, а також зразки свідоцтв, що повинні видаватися бюро з обмірювання суден, призначені для території кожної договірної сторони. Мета обмірювання судна полягає у визначенні його максимально допустимої тоннажності. Обмірювання суден, призначених для перевезення вантажів, може також здійснюватися для визначення маси вантажу, що транспортується, за рівнем осадки судна.

Держави-учасниці призначають служби або органи з обмірювання суден, яким доручається видача свідоцтв за формою. Термін дії свідоцтва не може перевищувати 15 років (воно втрачає чинність і до закінчення терміну, якщо судно зазнає змін, внаслідок яких дані щодо тоннажності або максимальної вантажопідйомності вже не є точними). Свідоцтва визнаються владою інших держав-учасниць, але вони можуть власним коштом перевірити точність даних такого свідоцтва. Форма перевірки не повинна заважати експлуатації судна і має обмежуватися абсолютно необхідними операціями. Неточності, виявлені під час перевірки, доводяться до відома держави на території якої видано свідоцтво.

Конвенція набула чинності в 1975 р. Її договірними сторонами є: Бельгія, Болгарія, Угорщина, Німеччина, Люксембург, Нідерланди, Республіка Молдова, Російська Федерація, Румунія, Словаччина, Франція, Чеська Республіка і Швейцарія.

МІЖНАРОДНА ПОШТА

Міжнародними поштовими відправленнями вважаються “упаковані та оформлені відповідно до вимог Актів Всесвітнього поштового союзу та Правил користування послугами поштового зв'язку

¹ E/ECE/626-E/ECE/TRANS/546.

листи (прості, рекомендовані), відправлення з оголошеною цінністю, поштові картки (прості, рекомендовані), бандеролі та спеціальні мішки з позначкою “М” (прості, рекомендовані), дрібні пакети, поштові посилки (звичайні, з оголошеною цінністю), відправлення прискореної пошти з позначкою EMS, які приймаються для пересилання за межі України, надходять до України або переміщуються територією України транзитом підприємствами поштового зв’язку”¹.

У 1874 р. було утворено міжурядову організацію Всесвітній поштовий союз. Статусу спеціалізованої агенції ООН він набув у 1947 р. Того самого року відповідного статусу набув Міжнародний союз електрозв’язку, створений 1865 р. Україна є членом обох цих Союзів.

Метою Всесвітнього поштового союзу є забезпечення організації та вдосконалення поштових відносин і створення в цій сфері сприятливих умов для розвитку міжнародного співробітництва. Союз, у міру своїх можливостей, бере участь у наданні технічної допомоги у сфері поштового зв’язку, по яку до нього звертаються країни-члени (ст. 1 Статуту Всесвітнього поштового союзу).

Цілями Міжнародного союзу електрозв’язку є:

- забезпечення і розширення міжнародного співробітництва між усіма членами Союзу з метою вдосконалення і раціонального використання всіх видів електрозв’язку;
- сприяння технічній допомозі та надання її країнам, що розвиваються, у галузі електрозв’язку, а також сприяння мобілізації матеріальних і фінансових ресурсів, необхідних для його здійснення;
- сприяння розвитку технічних засобів та їх найбільш ефективної експлуатації з метою підвищення продуктивності служб електрозв’язку, розширення їх застосування і якомога ширшого використання населенням;

¹ Витяг з п. 1.1 Порядку нарахування митних зборів, мита, податку на додану вартість та акцизного збору при митному оформленні товарів, транспортних засобів та запасних частин до них, які переміщуються через митний кордон України і належать громадянам, затверджений Наказом Державної митної служби України від 27 березня 2000 р. № 164. Зареєстрований у Міністерстві юстиції України 13 квітня 2000 р. за № 227/4448. Код нормативного акта — 15727/2000 (Офіційний вісник України. — 2000. — № 16).

- сприяння поширенню переваг нових технологій у галузі електрозв'язку серед усього населення світу;
- сприяння використанню служб електрозв'язку з метою полегшення мирних відносин;
- погодження діяльності членів Союзу для досягнення вищезазначених цілей;
- сприяння на міжнародному рівні загальнішому підходу до різнобічних питань електрозв'язку у всесвітній інформаційній економіці та суспільстві шляхом співробітництва з іншими всесвітніми регіональними міжурядовими організаціями і тими неурядовими організаціями, які пов'язані з електрозв'язком.

Для цього Міжнародний союз електрозв'язку:

- здійснює розподіл радіочастотного спектра, виділення радіочастот та реєстрацію присвоєнь радіочастот і відповідних позицій на орбіті геостаціонарних супутників таким чином, щоб уникнути шкідливих перешкод між радіостанціями різних країн;
- координує зусилля, спрямовані на усунення шкідливих перешкод між радіостанціями різних країн і на поліпшення використання спектра радіочастот і орбіти геостаціонарних супутників для служб радіозв'язку;
- полегшує міжнародну стандартизацію електрозв'язку із задовільною якістю обслуговування;
- заохочує міжнародне співробітництво з метою надання технічної допомоги країнам, що розвиваються; сприяє створенню, розвитку і вдосконаленню обладнання та мереж радіозв'язку в цих країнах всіма наявними засобами, у тому числі бере участь у відповідних програмах ООН і використовує в міру необхідності власні ресурси;
- координує зусилля, спрямовані на забезпечення гармонійного розвитку засобів електрозв'язку, особливо тих, які пов'язані із застосуванням космічної техніки, з метою повного використання їхніх можливостей;
- заохочує співробітництво між своїми членами з метою встановлення найнижчих тарифів, сумісних з високою якістю обслуговування і незалежним, побудованим на надійній основі фінансовим управлінням електрозв'язком;
- сприяє вжиттю заходів для забезпечення безпеки людського життя шляхом спільного використання служб електрозв'язку;

- вивчає, встановлює правила, ухвалює резолюції, формулює рекомендації та побажання, збирає і публікує інформацію з питань електрозв'язку;
- співпрацює з міжнародними фінансовими організаціями та організаціями із розвитку для забезпечення кращих і сприятливих умов кредиту, які використовуватимуться для розроблення соціальних проектів, призначених, крім іншого, для розширення служб електрозв'язку в найвіддаленіших районах країн.

Президент України 1 лютого 1999 р. підписав Указ №110/99 “Про приєднання України до Загального регламенту Всесвітнього поштового союзу, Всесвітньої поштової конвенції та її Заключного протоколу, Угоди про поштові посилки та її заключного протоколу, які були прийняті 14 вересня 1994 р. на XXI Конгресі Всесвітнього поштового союзу у Сеулі”. Верховна Рада України 15 липня 1994 р. прийняла Закон № 116/94-ВР, яким ратифікувала Статут і Конвенцію Міжнародного союзу електрозв'язку.

Крім того, було прийнято такі постанови Кабінету Міністрів України: Постанова від 6 грудня 1993 р. № 989 “Про приєднання до Конвенції про Європейську організацію супутникового зв'язку та її Експлуатаційної угоди”, Постанова від 2 грудня 1996 р. № 1434 “Про створення Єдиної супутникової системи передачі інформації” та Постанова від 7 травня 1998 р. № 646 “Про приєднання до Угоди про координацію міждержавних відносин у галузі поштового електричного зв'язку” (укладена у Бішкеку в межах СНД 9 жовтня 1992 р.).

ДЖЕРЕЛА ВНУТРІШНЬОГО ТРАНСПОРТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Серед джерел внутрішнього транспортного права перше місце посідає *Цивільний Кодекс України*, зокрема глава 64 “Перевезення”. Вона регламентує такі питання:

- укладання та форма договору перевезення вантажу, договору перевезення пасажирів та багажу, договору чартеру (фрахтування);
- права пасажирів;
- правила перевезення у прямому змішаному сполученні;
- довгостроковий договір;
- перевезення транспортом загального користування, провізна плата;

- надання транспортних засобів і пред'явлення вантажу до перевезення;
- завантаження та вивантаження вантажу;
- термін доставки вантажу, пасажирів, багажу, пошти;
- відповідальність за зобов'язаннями, що випливають із договору перевезення;
- відповідальність перевізника за ненадання транспортного засобу і відповідальність відправника за невикористання наданого транспортного засобу;
- відповідальність перевізника за затримку відправлення пасажирів та порушення терміну доставляння пасажирів до пункту призначення;
- відповідальність перевізника за прострочення доставки вантажу;
- відповідальність перевізника за втрату, нестачу, псування або пошкодження вантажу, багажу, пошти;
- пред'явлення претензій і позовів, що випливають із договору перевезення;
- позови щодо перевезення у закордонному сполученні;
- страхування вантажів, пасажирів і багажу;
- відповідальність перевізника за шкоду, спричинену каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів;
- транспортне експедирування.

Крім того, існують деякі статті, які не входять до розділу “Перевезення”, але також стосуються перевезень. Це, зокрема, ст. 258 “Спеціальна позовна давність”; ст. 532 “Місце виконання зобов'язання”; ст. 633 “Публічний договір”; ст. 680 “Строки виявлення недоліків і пред'явлення вимоги у зв'язку з недоліками проданого товару”; ст. 800 “Діяльність наймача транспортного засобу”; ст. 1196 “Відшкодування шкоди, завданої фізичній особі під час виконання нею договірних зобов'язань”.

Закон України “Про транспорт”. Прийнятий Верховною Радою України 10 листопада 1994 р., № 232/94-ВР (ВВР України. — 1994. — № 51). Визначає правові, економічні, організаційні та соціальні засади діяльності транспорту;

Закон України “Про залізничний транспорт”. Прийнятий Верховною Радою України 4 липня 1996 р., № 273/96-ВР (ВВР України. — 1996. — № 40). Визначає основні правові, економічні та організаційні засади діяльності залізничного транспорту загального користування,

його роль в економіці та соціальній сфері України, регламентує його відносини з органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, іншими видами транспорту, пасажирями, відправниками та одержувачами вантажів, багажу, вантажобагажу і пошти з урахуванням специфіки функціонування цього виду транспорту як єдиного виробничо-технологічного комплексу.

Статут залізниць України (1998 р.). Визначає обов'язки, права і відповідальність залізниць, а також підприємств, організацій, установ і громадян, які користуються залізничним транспортом. Регламентує порядок укладання договорів, організацію та основні умови перевезення вантажів, пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти, основні положення експлуатації залізничних під'їзних колій, а також взаємовідносини залізниць з іншими видами транспорту.

Дія Статуту поширюється на перевезення залізничним транспортом вантажів, пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти, у тому числі на перевезення вантажів, навантаження і розвантаження яких відбувається на залізничних під'їзних коліях, незалежно від форм власності, які не належать до залізничного транспорту загального користування.

Статут автомобільного транспорту Української РСР. Затверджений Постановою Ради Міністрів УРСР від 27 червня 1969 р., № 401. Визначає обов'язки, права і відповідальність виробничих об'єднань автомобільного транспорту, автотранспортних та транспортно-експедиційних підприємств і організацій (надалі — автотранспортні підприємства та організації), розташованих на території УРСР, незалежно від їх відомчої підпорядкованості, а також підприємств, організацій, установ і громадян, які користуються автомобільним транспортом.

Регламентує порядок складання і виконання плану автомобільних перевезень в Україні, основні умови перевезень автомобільним транспортом вантажів, пасажирів, багажу і пошти, а також взаємовідносини автотранспортних підприємств і організацій, розташованих на території України, з підприємствами і організаціями інших видів транспорту щодо здійснення автомобільних перевезень.

Закон України "Про дорожній рух". Прийнятий Верховною Радою України 30 червня 1993 р., № 3353-ХІІ (ВВР України. — 1993. — № 21). Визначає правові та соціальні основи дорожнього руху з метою захисту

життя і здоров'я громадян, створення безпечних і комфортних умов для учасників руху та охорони навколишнього середовища.

Водний кодекс України. Прийнятий Верховною Радою України 6 червня 1995 р., № 214/95-ВР (ВВР України. — 1995. — № 24). Регулює правові відносини з метою забезпечення збереження, науково обґрунтованого, раціонального використання вод для потреб населення і галузей економіки, відтворення водних ресурсів, охорони вод від забруднення, засмічення та вичерпання, запобігання шкідливим діям вод та ліквідації їх наслідків, поліпшення стану водних об'єктів, а також охорони прав підприємств, установ, організацій і громадян на водокористування.

Статут внутрішнього водного транспорту Союзу РСР. Затверджений Постановою Ради Міністрів СРСР від 15 жовтня 1955 р., № 1801. Визначає основні завдання й обов'язки органів внутрішнього водного транспорту із забезпечення потреб країни в перевезеннях вантажів і пасажирів внутрішніми водними шляхами, а також зв'язок внутрішнього водного транспорту з іншими галузями народного господарства.

Регламентує: порядок виконання державного плану перевезень внутрішніми водними шляхами; основні умови перевезень вантажів, пасажирів, багажу і пошти; основні умови використання внутрішніх водних шляхів для судноплавства; права й обов'язки пароплавств, що здійснюють перевезення, а також підприємств, організацій і осіб, які користуються внутрішнім водним транспортом.

Кодекс торговельного мореплавства України. Прийнятий Верховною Радою України 23 травня 1995 р., № 176/95-ВР (ВВР України. — 1995. — № 47–52). Регулює відносини з торговельного мореплавства.

Згідно із Кодексом торговельне мореплавство — діяльність, пов'язана з використанням суден для перевезення вантажів, пасажирів, багажу та пошти, рибних та інших морських промислів, розвідки та видобування корисних копалин, виконання буксирних, криголамних і рятувальних операцій, прокладання кабелю, а також для інших господарських, наукових і культурних цілей.

Повітряний кодекс України. Прийнятий Верховною Радою України травня 1993 р., № 3167-ХІІ 4 (ВВР України. — 1993. — № 25). Регулює діяльність користувачів повітряного простору України з метою задоволення інтересів України та її громадян і забезпечення безпеки авіації. Дія Кодексу поширюється на всіх користувачів

повітряного простору України в частині, що їх стосується, як на території України, так і за її межами.

Закон України “Про трубопровідний транспорт”. Прийнятий Верховною Радою України 15 травня 1996 р., № 192/96-ВР (ВВР України. — 1996. — № 29). Визначає правові, економічні та організаційні засади діяльності трубопровідного транспорту. Дія Закону поширюється на відносини в галузі трубопровідного транспорту, призначеного для транспортування вуглеводнів, хімічних продуктів, води та інших продуктів і речовин з місць їх знаходження, видобутку (промислів), виготовлення або зберігання до місць їх переробки чи споживання, перевантаження та подальшого транспортування.

Закон України “Про транзит вантажів”. Прийнятий Верховною Радою України 20 жовтня 1999 р., № 1172-ХІІ (Офіційний вісник України. — 1999. — № 45). Визначає засади організації та здійснення транзиту вантажів авіаційним, автомобільним, залізничним, морським і річковим транспортом через територію України. Закон не поширюється на транзит пошти, багажу, зброї, наркотичних засобів, психотропних речовин, небезпечних і шкідливих відходів, продукції подвійного призначення, експорт та імпорт товарів, переміщення товарів з використанням трубопровідного транспорту та ліній електропередачі.

Порядок обслуговування громадян залізничним транспортом України. Затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 19 березня 1997 р. № 252. Визначає загальні умови обслуговування громадян, які здійснюють поїздки, перевозять багаж чи вантажобагаж у межах України в рухомому складі залізниць України та у вагонах суб'єктів господарської діяльності, що не входять до складу залізниць. Є обов'язковим для залізниць, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, що здійснюють підприємницьку діяльність на території України у сфері обслуговування та перевезень пасажирів, багажу і вантажобагажу та громадян. Згідно з цим Порядком та Статутом залізниць розробляються Правила перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом, які затверджуються Мінтрансом за погодженням з Антимонопольним комітетом та Держстандартом України.

Інструкція про порядок розшуку багажу, що не надійшов до аеропорту призначення. Затверджена Наказом Міністерства транспорту України від 1 листопада 1999 р. № 526, зареєстрованим у Міні-

стерстві юстиції України 19 листопада 1999 р. № 799/4092 (Офіційний вісник України. — 1999. — № 47). Інструкція регламентує порядок розшуку, доставки та відшкодування збитків у разі втрати чи пошкодження багажу.

Правила перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України. Затверджені Наказом Міністерства транспорту України від 28 липня 1998 р. № 297, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 1 жовтня 1998 р. за № 620/3060. Правила поширюються на працівників залізничного транспорту, фізичних та юридичних осіб, незалежно від їх форм власності та підпорядкування, які:

- а) користуються послугами залізничного транспорту;
- б) здійснюють перевезення пасажирів, багажу та вантажобагажу залізницями;
- в) обслуговують пасажирів на вокзалах, у пунктах продажу проїзних документів та в поїздах.

Правила застосовуються тільки при перевезенні пасажирів, багажу, вантажобагажу залізницями загального користування у межах України та у вагонах парку залізниць або орендованих у залізниць, а також у власних вагонах, що належать підприємствам, організаціям, установам або громадянам — суб'єктам підприємницької діяльності.

При перевезенні пасажирів у межах України, але у вагонах залізниць інших держав, діють норми відповідних міжнародних угод, а вимоги Правил поширюються тільки на положення, не врегульовані цими угодами.

Наказ Міністерства транспорту України “Про затвердження тарифів на перевезення вантажобагажу залізничним транспортом у міжнародному сполученні” від 11 травня 1998 р. № 180 (Офіційний вісник України. — 1998. — № 22). Тарифи застосовуються для обчислення вартості проїзду вантажобагажу територією України при перевезеннях у країни СНД, а також Латвію, Литву, Естонію лініями залізниць, включених у постійну експлуатацію. Тарифи на перевезення вантажобагажу диференційовані залежно від відстані перевезення. Тарифи затверджені в тарифній валюті (швейцарський франк).

Згідно з Тарифами вартість перевезення визначається множенням тарифу, визначеного за відповідними таблицями, на курс швейцарського франка до гривні, встановлений Національним банком

України, і на коефіцієнт індексації 1,0, а в прямому сполученні з Молдовою та при оформленні перевезення вантажобагажу між Росією і Молдовою транзитом через Україну — на коефіцієнт індексації 0,7. Вартість перевезення вантажобагажу визначена без урахування податку на додану вартість та страхового збору. Вартість перевезення вантажобагажу в орендованих та спеціальних багажних вагонах встановлюється у розмірі 0,65 швейцарського франка за 1 вагоно-кілометр незалежно від завантаження вагону.

Наказ Міністерства транспорту України “Про проїзд іноземних громадян залізничним транспортом у внутрішньодержавному сполученні” від 11 травня 1998 р. № 182. Зареєстрований у Міністерстві юстиції України 27 травня 1998 р. за № 351/2791 (Офіційний вісник України. — 1998. — № 22). За Наказом вартість проїзду іноземних громадян визначається відповідно до з діючих тарифів на перевезення пасажирів і багажу залізничним транспортом у внутрішньодержавному сполученні, затверджених згідно із чинним законодавством.

Наказ Міністерства транспорту України “Про затвердження Положення про порядок підготовки та подання інформації про вантаж для його безпечного морського перевезення” від 14 грудня 1998 р. № 497 (Офіційний вісник України. — 1999. — № 2). Положення встановлює порядок підготовки та подання інформації про вантаж, безпека морського перевезення якого повинна забезпечуватися учасниками транспортного процесу при підготовці вантажу до перевезення, здійсненні вантажних і складських операцій, перевезенні вантажів морським та річковим транспортом.

Положення поширюється на морське перевезення таких вантажів:

1) генеральних та навалочних вантажів, які внаслідок їх особливої шкідливості для суден і людей перебувають на борту, потребують особливої обережності на суднах, до яких в Україні застосовуються вимоги глави VI Міжнародної конвенції з охорони людського життя на морі” 1974 р., зміненої Протоколами 1978 та 1988 рр. до неї (SOLAS-74);

2) небезпечних вантажів, що класифіковані згідно з правилом 2 глави VII SOLAS-74 і перевозяться в упакованому вигляді або навалом на суднах, до яких застосовуються вимоги глави VII SOLAS-74;

3) шкідливих речовин, що ідентифікуються як забруднювачі моря в Міжнародному кодексі морського перевезення небезпечних вантажів і перевозяться морем в упакованому вигляді на суднах, до яких

застосовуються вимоги глави VII SOLAS-74 та Додатка III до Міжнародної конвенції щодо запобігання забрудненню із суден 1973 р., зміненої Протоколом 1978 р. до неї;

4) небезпечних хімічних вантажів, які перевозять на суднах, до яких застосовуються вимоги Міжнародного кодексу побудови та обладнання суден, що перевозять небезпечні хімічні вантажі наливом;

5) скраплених газів, що перевозять на суднах, до яких застосовуються вимоги Міжнародного кодексу будівництва й обладнання судів, що перевозять зріджені гази наливом.

Положення не поширюється на:

1) вимоги до документів щодо вантажу, транспортування якого врегульовується прикордонними, митними, санітарними, екологічними та іншими чинними в Україні адміністративними правилами;

2) імпорتنі та транзитні вантажі, що вивантажують у портах України, на які надана інформація згідно з правилами міжнародних договорів України з питань торговельного мореплавства;

3) морське перевезення вантажів суднами флоту рибної промисловості України.

Наказ Міністерства транспорту України “Про затвердження тарифів на перевезення пасажирів, багажу та вантажобагажу залізничним транспортом у міжнародному сполученні Схід — Захід” від 28 квітня 1999 р. № 218 (Офіційний вісник України. — 1999. — № 21).

Положення про порядок проведення конкурсу на право експлуатації міжнародної повітряної лінії. Затверджене Наказом Міністерства транспорту України від 28 січня 1999 р. № 41. Встановлює порядок проведення конкурсу між експлуатантами з метою надання права на експлуатацію міжнародної повітряної лінії. Передбачає умови отримання експлуатантами права на експлуатацію міжнародної повітряної лінії. Використовується для регулювання доступу експлуатантів на ринок авіаційних перевезень з дотриманням положень міжурядових угод про повітряне сполучення.

Тарифи на перевезення пасажирів, багажу та товаробагажу залізничним транспортом у міжнародному сполученні Схід — Захід. Затверджені Наказом Міністерства транспорту України від 2 грудня 2002 р. № 853, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 4 грудня 2002 р. за № 947/7235. Застосовуються при обчисленні вартості проїзду пасажирів (на території України), перевезення багажу й това-

робагажу (як на території України, так і за її межами) і вартості плацкарту в спальних вагонах України (за весь шлях прямування).

Інструкція про порядок реєстрації ліній закордонного плавання. Затверджена Наказом Міністерства транспорту України від 31 травня 2000 р. № 276, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 13 червня 2000 р. за № 350/4571. Код нормативного акта 16086/2000 (Офіційний вісник України. — 2000. — № 24). Інструкція розроблена відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 18 квітня 1996 р. № 442 “Про затвердження Положення про портові збори” і визначає порядок реєстрації для українських та іноземних суден ліній закордонного плавання.

Закон України “Про перевезення небезпечних вантажів”. Прийнятий Верховною Радою України 6 квітня 2000 р., № 1644-III (ВВР України. — 2000. — № 28). Визначає правові, організаційні, соціальні та економічні засади діяльності, пов’язаної з перевезенням небезпечних вантажів залізничним, морським, річковим, автомобільним та авіаційним транспортом.

Дія цього Закону поширюється на такі види діяльності:

- державне управління та державне регулювання безпеки у сфері перевезення небезпечних вантажів;
- виконання робіт і надання послуг, пов’язаних з перевезенням небезпечних вантажів;
- забезпечення міжнародних зобов’язань у сфері перевезення небезпечних вантажів.

Закон не поширюється на перевезення небезпечних вантажів на територіях підприємств, установ та організацій, де ці вантажі виготовляються або утворюються, використовуються чи захоронюються, та інші передбачені законом випадки.

Інструкція про повітряні перевезення спеціальних та небезпечних вантажів. Затверджена Наказом Міністерства транспорту України від 25 жовтня 1999 р. № 509, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 3 липня 2000 р. за № 385/4606. Код нормативного акта 16212/2000 (Офіційний вісник України. — 2000. — № 27). Інструкція встановлює вимоги та регулює взаємодію структурних підрозділів Укравіатрансу з відповідними підрозділами Державного комітету промислової політики України, Державної служби експортного контролю, Міністерства оборони України, Міністерства закордонних справ України, Державної митної служби України, Служби безпеки

України, Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства екології та природних ресурсів України, а також з експлуатантами, які беруть участь у перевезеннях спеціальних та небезпечних вантажів.

Положення про міжвідомчу експертну групу з питань транзитних перевезень пасажирів та вантажів через територію України. Затверджене Наказом Міністерства транспорту України від 7 вересня 2000 р. № 496, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 1 грудня 2000 р. за № 885/5106 (Офіційний вісник України. — 2000. — № 49). Експертна група виконує такі завдання:

- розробляє заходи та готує пропозиції щодо розв'язання питань, які виникають у процесі організації та виконання транзитних перевезень пасажирів і вантажів територією України;
- вивчає стан справ у пунктах пропуску на державному кордоні України, у першу чергу там, де виникають затримки в просуванні транзитних вантажів чи транспортних засобів, які перевозять транзитних пасажирів;
- вносить пропозиції щодо шляхів розв'язання проблем, які спричиняють зменшення обсягів транзитних перевезень;
- здійснює підготовку проектів актів законодавства з питань збільшення конкурентоспроможності транзитних перевезень через територію України;
- вносить пропозиції щодо відкриття нових та зміни статусу існуючих пунктів пропуску на державному кордоні України з метою поліпшення стану транзитних перевезень.

Порядок митного оформлення автотранспортних засобів, що здійснюють міжнародні перевезення. Затверджений Наказом Міністерства транспорту України від 10 листопада 2000 р. № 63, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 6 грудня 2000 р. за № 892/5113 (Офіційний вісник України. — 2000. — № 49). Порядок регламентує умови переміщення суб'єктами підприємницької діяльності через митний кордон України автотранспортних засобів порожніх, з пасажирами або з товарами.

Дія Порядку поширюється на автотранспортні засоби (автомобілі, автобуси, тягачі з причепами й напівпричепами та ін.), що здійснюють міжнародні перевезення пасажирів і зовнішньоторговельних вантажів, на автотранспортні засоби суб'єктів підприємницької діяльності, установ, організацій, що використовуються із службовою метою для виїзду за кордон, крім автотранспортних засобів, що належать

дипломатичним представництвам та консульським установам на території України, представництвам міжнародних організацій.

Закон України “Про зв’язок” від 16 травня 1995 р. (ВВР України. — 1995 — № 20. — Ст. 143). Встановлює правові, економічні та організаційні засади діяльності у галузі зв’язку в Україні та визначає відносини підприємств, об’єднань, установ і організацій зв’язку з органами державної виконавчої влади, місцевого самоврядування і споживачами послуг зв’язку, а також особливості галузі, пов’язані з певними суспільними інтересами.

Закон захищає інтереси держави, громадян, підприємств, об’єднань, установ і організацій, що користуються послугами зв’язку, а також працівників галузі зв’язку;

Правила користування міжміським та міжнародним телефонним зв’язком. Затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 28 червня 1997 р. № 639. Визначають порядок та умови надання абонентам послуг міжміського та міжнародного телефонного зв’язку об’єднаннями та підприємствами (далі — підприємства) зв’язку в Україні будь-якої форми власності, є обов’язковими для цих підприємств, а також для підприємств, установ, організацій і громадян, які користуються послугами міжміського та міжнародного телефонного зв’язку. Правила поширюються тільки на надання послуг зв’язку в мережах зв’язку загального користування;

Правила надання послуг поштового зв’язку. Затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 22 грудня 1997 р. № 1446 у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 4 жовтня 2000 р. № 1515 (Офіційний вісник України. — 2000. — № 41). Правила відповідно до Законів України “Про поштовий зв’язок”, “Про зв’язок”, “Про захист прав споживачів” та актів Всесвітнього поштового союзу визначають порядок надання послуг поштового зв’язку, права та обов’язки операторів і користувачів послуг поштового зв’язку та регулюють відносини між ними. Правила поширюються на операторів поштового зв’язку України всіх форм власності, які згідно із законодавством надають послуги поштового зв’язку.

Правила користування телеграфним зв’язком. Затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 4 березня 1997 р. № 208. Визначають порядок та умови надання послуг телеграфного зв’язку підприємствам, установам, організаціям і населенню та вимоги до роботи підприємств зв’язку;

Порядок митного контролю та митного оформлення міжнародних експрес-відправлень (МЄВ). Затверджений Наказом Державної митної служби України від 26 липня 2000 р. № 405, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 13 вересня 2000 р. за № 603/4824 (Офіційний вісник України. — 2000. — №38). Порядок визначає:

- організацію митного контролю МЄВ, консолідації МЄВ, а також деконсолідації вантажів відповідно до технології експрес-перевізників щодо оброблення та доставки МЄВ від відправника до одержувача;
- здійснення контролю за переміщенням МЄВ, що перебувають під митним контролем;
- основні права й обов'язки експрес-перевізників при переміщенні МЄВ, що перебувають під митним контролем, а також при їх митному оформленні.

Правила обробки та відправки міжнародної пошти в місцях міжнародного поштового обміну України. Затверджені Наказом Державного комітету зв'язку та інформації України, Державної митної служби України від 7 листопада 2001 р. № 165/626. Зареєстровані в Міністерстві юстиції України 5 лютого 2001 р. за № 112/5303. Код нормативного акта — 17741/2001 (Офіційний вісник України. — 2001. — № 6). Правила розроблено відповідно до актів Всесвітнього поштового союзу, поштових правил та інших нормативно-правових актів, визначають порядок обробки та документального оформлення поштових відправлень у місцях міжнародного поштового обміну.

ДОГОВІР МІЖНАРОДНОЇ ЕКСПЕДИЦІЇ

Поняття міжнародної експедиції. Процес міжнародного товарного обміну змушує укладати низку договорів для його обслуговування. Це насамперед договори перевезення, експедиції, збереження тощо. Одним з найважливіших таких договорів є договір міжнародної експедиції.

Міжнародна експедиція — обов'язок особи (експедитора) виконати або організувати виконання за винагороду і за рахунок іншої особи (замовника) послуг, пов'язаних з відправленням і/або одержанням вантажу в міжнародному сполученні. Сторонами такого договору є суб'єкти різних держав.

Експедитор є посередником між комерсантом, що доручає йому експедирування, і перевізником. У межах експедиції можуть виконуватися такі функції:

- надання консультаційних послуг;
- вибір транспортного засобу;
- укладання договору з перевезення;
- страхування вантажу;
- підготовка документів із перевезення;
- одержання вантажу від клієнта;
- вирішення питань, пов'язаних з митним оформленням вантажу;
- передання вантажу вантажоодержувачеві;
- організація додаткових дій тощо.

Характерною рисою договору експедиції є також те, що у ньому зазначено обов'язки інших осіб, які беруть участь у його виконанні (як правило, участь третіх осіб є необхідною, тому що експедитор не надає усі послуги самостійно).

Змінювана структура послуг з експедиції вантажів, а також відмінності у вирішенні практичних питань щодо експедиції зумовлюють значні складнощі однозначного визначення експедиції та чіткого виділення послуг з експедиції із сукупності інших послуг. При цьому необхідно зазначити, що експедиція охоплює послуги лише у сфері обміну і транспортування матеріальних благ (вантажів). Послуги, пов'язані з пасажирським транспортом, не є експедиційними.

Розвиток міжнародних торговельних відносин і транспорту сприяв формуванню безлічі спеціалізованих варіантів експедиції та відповідних їм організацій з експедиції. У зв'язку зі специфікою міжнародного обороту торгівці, як правило, користуються послугами саме спеціалізованих організацій з експедиції вантажів.

Міжнародний договір експедиції є підприємницьким, платним та взаємозобов'язальними. Про першу зі згаданих ознак свідчить вимога більшості національних правових систем, згідно з якою експедитор повинен надавати послуги тільки в межах діяльності свого підприємства. Внаслідок цього обмежується коло суб'єктів, які мають право надавати послуги з експедиції вантажів. Підприємницький характер експедиції також підкреслюється за договором експедиції тим, що діяльність експедитора завжди оплачується. Експедитор діє на підставі замовлення. Конкретне замовлення з експе-

диції повинне стосуватися послуг, що належать до господарської діяльності особи, яка її здійснює.

Загалом національні законодавства практично всіх держав не передбачають яких-небудь обмежень стосовно особи, яка дає замовлення. Замовником може бути будь-яка юридична або фізична особа. Проте стороною укладеного з експедитором договору не може бути перевізник того самого вантажу, на рахунок якого повинно надійти замовлення з експедиції.

Найчастіше договір між сторонами укладається поданням замовником замовлення на експедицію. Воно подається в письмовій формі, а в термінових випадках — телетайпом, телеграфом або навіть телефоном. Поданню замовлення може передувати відповідна пропозиція експедитора.

Регулювання міжнародної експедиції. На сьогодні актів “міжнародного законодавства” стосовно договору експедиції немає, і договори, що укладаються в цій сфері, ґрунтуються, як правило, на загальних умовах експедиції вантажів, розроблених організаціями, які займаються експедиціями.

Роботу над міжнародною уніфікацією регламентації відносин щодо експедиції було розпочато ще в 1933 р. Міжнародним інститутом уніфікації приватного права. Результатом цієї діяльності була розробка в 1966 р. проекту Конвенції, але дотепер не було скликано конференцію з метою її підписання, переважно через небажання деяких об'єднань експедиторів (у 1973 р. розпочато нові роботи з проекту конвенції).

Тому роль творців правових меж договору експедиції в міжнародному обороті беруть на себе міжнародні організації або об'єднання комерсантів. Прикладом таких актів є “Загальні умови експедиції, схвалені Польською зовнішньоторговельною палатою” від 1956 р. Крім того, принципи експедиції в міжнародному обороті можуть визначатися угодами, укладеними між організаціями, що займаються експедицією. Таку угоду було, наприклад, укладено експедиторськими організаціями країн КЕВ у 1976 р. (так звана Веймарська угода).

Права та обов'язки сторін за договором міжнародної експедиції. Зміст зобов'язань з експедиції здебільшого відображає зміст конкретного замовлення. Це зумовлено тим, що в більшості національних правових систем регламентуються лише в загальній формі права й обов'язки сторін договору, і сторонам надано відносно

велику свободу у сфері формування змісту конкретного договору експедиції (тим більше це стосується міжнародних договорів експедиції).

У замовленні, як правило, вказують вид товару та інші дані, необхідні для відповідного його виконання, зокрема визначається, які документи будуть необхідні для виконання договору з експедиції (ліцензії з імпорту, експорту тощо). Експедитор, як правило, повинен також одержати інші документи, необхідні у торговельному обороті: свідоцтво про походження вантажу або свідоцтво про відповідність вантажу санітарним нормам. Крім того, експедитор інструктує осіб, зазначених замовником, щодо відправлень вантажу.

Відповідно до практики міжнародної торгівлі на експедитора можуть бути покладені договором обов'язки із страхування товару (вантажу). У даному разі в замовленні необхідно вказати вартість товару до страхування і ризик, від якого товар повинен бути застрахований. За договору на інших умовах експедитор страхує товар сам. При цьому він має право вимагати відшкодування витрат із страхування від замовника тільки за чіткого визначення цього в замовленні. Експедитор у міжнародному обороті повинен діяти професійно і за необхідності, наприклад, звертати увагу замовника на явну неправильність вказівок останнього. Якщо експедитор не одержить від замовника достатніх даних, він зобов'язаний зажадати від нього їх доповнення.

У міжнародній торгівлі, як правило, замовник відповідає за наслідки надання неточних або неправильних даних, зазначених у замовленні, навіть тоді, коли ці неточності або відхилення виникли не з його вини. Крім того, він відповідає за можливі збитки, заподіяні експедитору або третім особам через неточні або неправильні дані у документах, кореспонденції або на товари.

У міжнародному обороті при виконанні замовлення експедитор може користуватися послугами іншого експедитора. У разі виникнення претензій до замовника щодо оплати за перевезення і відшкодування інших витрат експедитора, пов'язаних з виконанням замовлення, він має право залишити в заставу майно, що становить предмет експедиції.

Практично всі національні правові системи передбачають, що експедитор відповідає за збитки внаслідок втрати, нестачі або ушкодження товару з моменту його прийняття до моменту передання перевізникові, на збереження, замовникові або іншому підпри-

емцю, який бере участь у виконанні замовлення, якщо не зможе довести, свою неспроможність запобігти збиткам, незважаючи на відповідні зусилля. Експедитор також відповідає за помічників (осіб, що надають окремі послуги, пов'язані з експедицією) і субекспедиторів, якщо не доведе, що не винен в їхньому доборі.

5.8. ДЕРЖАВНІ ЗАКУПІВЛІ. МІЖНАРОДНІ АСПЕКТИ

Сутність закупівлі. Поняття “закупівля” ширше, ніж “купівля”. Його використовують на етапах від аналізу вимог до постачання та використання товарів або надання послуг і перевірки виконання. Закупівля охоплює придбання товарів, послуг і робіт. Термін “державні закупівлі”, як правило, застосовують, коли йдеться про закупівлі у державному секторі (під дію закону¹ підпадають усі закупівлі, що повністю або частково здійснюються за рахунок державних коштів).

Неефективність закупівлі може призвести до надмірних витрат у формі:

- підвищення цін;
- закупівлі непридатного, низькоякісного обладнання;
- придбання обмежених та/або низькоякісних послуг;
- відстрочення реалізації проектів;
- несприятливих і неповних умов контрактів для замовника.

Отже, основними вимогами до закупівель, як державних, так і приватних, є:

- економічність;
- справедливість і неупередженість;
- гласність;
- ефективність процесу;
- звітність.

Основні принципи державних закупівель. Здійснюючи державні закупівлі, необхідно дотримуватися певних принципів.

¹ Закон України від 22 лютого 2000 р. № 1490-III “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”.

Діловий підхід:

1) сприйняття кожної закупівлі як ділової операції з урахуванням обставин, що можуть спричинити економічну заінтересованість упродовж довго- і короткострокового періодів;

2) спроби скористатися перевагами і сприяння існуючій конкуренції або її створення;

3) належне планування закупівлі, у тому числі аналіз потреб;

4) розроблення графіка закупівлі для досягнення найкращих умов;

5) визначення необхідного рівня якості (не вищого або не нижчого) чи результату.

Конкуренція. Одним із способів створення конкуренції є запрошення до участі у торгах на підставі вивчення ринків і визначення потенційних учасників, постійний пошук нових постачальників.

Недискримінація та об'єктивність:

- неупереджене справедливе ставлення до кожної пропозиції та учасника торгів;
- однакові можливості для участі у змаганні за присудження контрактів;
- застосування умов захисту вітчизняних виробників виключно в межах, встановлених законодавством.

Довіра. Величезне значення має створення і підтримка посадовими особами, відповідальними за державну закупівлю, довіри громадян до своєї здатності та бажання розсудливо витратити державні кошти. Гроші платників податків мають використовуватися так, аби кожна витрачена гривня була підзвітною, і населення вірило, що матиме найбільшу економічну вигоду.

Співпраця з іншими державними органами:

- спільні закупівлі;
- участь у контрактах, що їх виконують інші міністерства або відомства;
- залучення експертної допомоги інших міністерств або відомств;
- обмін інформацією.

Загальна оцінка вартості пропозицій. При плануванні закупівлі та оцінюванні пропозицій необхідно враховувати усі можливі чинники ефективності витрат закупівельної операції, наприклад поточні витрати, обслуговування і зберігання.

Державні закупівлі здійснюються на конкурсних засадах, що має певні переваги, основними з яких є:

- економічний ефект. Ефективні закупівлі передбачають закупівлю товарів, робіт і послуг кращої якості за нижчою ціною. Досвід країн ЄС свідчить, що завдяки цьому можна досягти економії витрат до 10–15 % ;
- досконаліша виробнича конкуренція. Конкуренція за тендерів, організованих державними замовниками, сприяє постачанню конкурентоспроможних товарів і послуг, інноваціям у виробництві та інвестиціям, зростанню обсягів продукції, що випускається;
- ефективне державне управління. Державні замовники, здійснюючи закупівлі відкрито, посилюють довіру постачальників і впевненість у відповідальності державних органів як ділових партнерів. Це також має далекосяжні наслідки, сприяючи підвищенню довіри до загальної законодавчої економічної бази держави та підтримці її економічної політики.

Крім того, державна закупівля відіграє стратегічно важливу роль у таких сферах:

- 1) модернізація інфраструктури;
- 2) створення нових інформаційних технологій;
- 3) розвиток охорони здоров'я;
- 4) обладнання навчальних закладів;
- 5) будівництво та реконструкція закладів охорони здоров'я і навчальних закладів.

Водночас Закон про державну закупівлю не охоплює такі сфери:

- закупівлі в межах державного оборонного замовлення;
- закупівлі в межах міжнародних угод, наприклад, проекти що фінансуються Світовим банком, Європейським банком або іншими двосторонніми угодами;
- закупівлі послуг у процесі приватизації;
- закупівлі робіт із стандартизації.

Державна закупівля є важливою складовою діяльності з лібералізації торгівлі у світі. 15 квітня 1994 р. одночасно, але офіційно незалежно від багатосторонніх торговельних переговорів у межах Уругвайського раунду Генеральної угоди про тарифи і торгівлю (ГАТТ), було підписано угоду про державну закупівлю (GPA) 22 урядами, головним чином між Сполученими Штатами Америки і країнами — членами ЄС. Нині учасниками угоди GPA є 38 країн.

Зазначена угода набула чинності 1 січня 1996 р. і відкрила ринок державних закупівель у багатьох секторах країн — учасниць Угоди.

Основні її принципи передбачають здійснення державної закупівлі в умовах дотримання правил національного режиму і відсутності дискримінації. Це означає рівноправне ставлення до вітчизняних та іноземних постачальників і відсутність дискримінаційних положень у будь-яких законах, постановах, процедурах або заходах щодо державної закупівлі. Для країн, що бажають вступити до складу Світової організації торгівлі (СОТ), ці політичні заходи також мають велике значення.

Відносини з ЄС — ще одна важлива сфера. З ним певною мірою співпрацюють усі країни Центральної та Східної Європи. 15 країн — членів ЄС створили єдиний ринок з вільним рухом товарів, послуг, фінансових і людських ресурсів. За підрахунками загальна вартість контрактів із державних закупівель у межах ЄС перевищує 750 млрд. дол. США на рік.

У межах ЄС та СОТ створено всеохоплюючу детальну регулятивну базу для державних закупівель, вартість яких перевищує певні порогові показники. Усі країни-члени повинні вносити ці директиви і положення у власне національне законодавство. Принципи і правила ГРА за суттю не відрізняються від принципів і правил, встановлених у Директивах щодо закупівлі в межах ЄС і, завдяки нещодавно внесеним до них змінам і доповненням (жовтень 1997 р. і лютий 1998 р.), мають відповідати вимогам Директив.

Державна закупівля в країнах ЄС. У 1951 р. було укладено Паризьку угоду про Європейське об'єднання вугілля і сталі. Цей рік можна вважати початком створення нинішнього Європейського Союзу.

У 1957 р. підписано Римські угоди і створено дві організації: Європейське економічне співтовариство (ЄЕС) та Європейське співтовариство атомної енергії (Євратом). Подібно до Паризької угоди ці угоди були спрямовані на створення автономних організацій, уповноважених формувати нову структуру незалежно від країн-учасниць.

Угода про Європейський Союз (ЄС), погоджена у Маастрихті 1992 р., започаткувала створення потужного інтернаціонального угруповання держав, формальною юридичною підставою для якого було ЄЕС (Після змін, внесених у Договір про заснування Європейського співтовариства з атомної енергії 1957 р. Маастрихтським договором, значні зміни були внесені також Амстердамським договором 1997 р. та Ніццьким договором 2000 р.)

За Маастрихтським договором у межах ЄС сформувався єдиний економічний простір, що об'єднав 15 країн. З травня 2004 р. до складу ЄС ввійшли ще 10 країн: Кіпр, Латвія, Литва, Естонія, Чехія, Словаччина, Словенія, Польща, Угорщина і Мальта. Таким чином, нині 25 країн є членами Євросоюзу. Територія його збільшилася майже на чверть, а населення — на одну п'яту. Це об'єднання, яке за загальноприйнятою класифікацією належить до регіональних інтеграційних угруповань держав, має величезний сумарний ВВП [155].

Мета ЄС полягає у створенні спільного ринку та економічного і грошово-кредитного союзу. Крім того, діяльність із досягнення цієї мети охоплює усунення торговельних обмежень, наприклад митних зборів і кількісних обмежень, скасування перешкод для вільного руху товарів, людей, послуг і капіталу між країнами-членами і систему захисту конкуренції від викривлень.

Створення єдиного ринку і забезпечення його належного функціонування — одне з основних завдань ЄС. Його можна досягти лише у разі конкурування усіх компаній в однакових умовах за контракти, що присуджуються як державним, так і приватним організаціям. На державну закупівлю припадає основна частка економічної діяльності: державні контракти становлять 10–15% валового внутрішнього продукту ЄС.

Перші правила державної закупівлі містилися у Римській угоді, але вони були надто загальні й неточні для вільного застосування закупівельними організаціями. Тому Комісія ЄС разом з країнами-членами розробила директиви щодо державної закупівлі для втілення у життя Римської угоди — забезпечення більш прозорих, точних правил, яких мають дотримуватися органи державної влади і підприємства з надання комунальних послуг (водо- та енергопостачання, транспорту і послуг зв'язку).

Першу директиву щодо державних закупівель було ухвалено в 1970 р. Починаючи з 1993 р., введено в дію шість різних директив, що створюють базу для державної закупівлі в межах ЄС.

Директиви щодо державної закупівлі:

- 1) Директива Ради 93/36/ЄЕС (про державну закупівлю товарів);
- 2) Директива Ради 93/37/ЄЕС (про державну закупівлю робіт);
- 3) Директива Ради 92/50/ЄЕС (про державну закупівлю послуг);
- 4) Директива Ради 89/665/ЄЕС (про засоби суспільно-правового захисту);

5) Директива Ради 93/38/ЄЕС (щодо підприємств з надання комунальних послуг);

6) Директива Ради 92/13/ЄЕС (про засоби судового захисту підприємств з надання комунальних послуг).

Положення наведених вище угод та директив забороняють будь-яку дискримінацію або обмеження щодо усіх контрактів, незалежно від їх вартості, і застосовуються безпосередньо до державної закупівлі, навіть якщо не посилаються на неї спеціально.

Директиви мають на меті не погодження усіх національних правил державної закупівлі, а уніфікацію процедур, яких мають дотримуватися країни-члени, якщо очікувана вартість закупівель перевищує порогові показники. Директиви застосовуються до окремих державних контрактів, тоді як загальні принципи, закладені у Римській угоді, — до всіх контрактів, незалежно від їх вартості.

Крім того, законодавство ЄС передбачає, що державні підприємства та установи, відповідальні за водо- та енергопостачання, транспорт і телезв'язок, повинні керуватися такими принципами:

- відсутність дискримінації;
- прозорість процедур здійснення закупівель. Якщо вартість предмета закупівлі перевищує встановлені директивами порогові показники, повідомлення про закупівлю розміщується у Додатку до Офіційного журналу ЄС (OJ) з бази даних із закупівлі TED (щоденні пропозиції в електронному форматі);
- інформування про вибрану процедуру присудження контракту;
- відповідність технічним вимогам. Європейські стандарти, якщо такі є, повинні мати пріоритет перед іншими міжнародними або вітчизняними стандартами;
- прозорість процедур добору підрядників і присудження контрактів через використання завчасно сформульованих об'єктивних критеріїв.

Адаптація українського законодавства до права ЄС. Стаття 51 Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та ЄС від 14 червня 1994 р. та рішення Міжвідомчої координаційної ради з питань адаптації українського законодавства до законодавства ЄС (далі — МКР) від 5 листопада 1999 р. і 14 квітня 2000 р. визначають пріоритетні галузі адаптації, серед яких — і державні закупівлі.

Слід зазначити, що процес адаптації не є тотожним уніфікації. Адаптація повинна здійснюватися з урахуванням особливостей ук-

раїнського суспільства. З огляду на ці фактори, Центр порівняльного права при Міністерстві юстиції України визначив перелік актів законодавства ЄС1 (<http://www.clc.org.ua/ukr-whitebook.html>) з метою приведення у відповідність з ними українського законодавства та створення правової бази для інтеграції України в ЄС.

Принципи організації закупівель Світового банку. Різні міжнародні організації, наприклад фонди сприяння розвитку, Світовий банк тощо, можуть вимагати використання власних правил закупівлі при фінансуванні проекту або наданні позики на фінансування проекту розвитку. Ці правила здебільшого відповідають принципам європейських директив стосовно закупівлі. У директивах вказано, що вони не застосовуються до державних контрактів, які керуються різними процедурними правилами і присуджуються згідно зі спеціальною процедурою міжнародної організації.

Світовий банк та Європейський банк реконструкції і розвитку (ЄБРР), що відіграють важливу роль у підтриманні розвитку та економічного зростання через забезпечення фінансування і впровадження ноу-хау для країн з перехідною економікою, користуються процедурами і детальними правилами, а також керівними принципами для здійснення закупівлі в межах проектів і програм, що фінансуються цими організаціями.

В основу вимог Світового банку покладено чотири ключові принципи:

- 1) необхідність економії та ефективності;
- 2) створення для всіх учасників торгів, як з розвинутих країн, так і країн, що розвиваються, можливості конкуренції;
- 3) заохочення розвитку національних ринків державних закупівель;
- 4) забезпечення прозорості у процесі закупівлі.

У більшості випадків ці потреби й інтереси можуть найкраще реалізовуватися через належним чином організовані міжнародні конкурентні торги (МКТ), що передбачають преференційні умови для вітчизняних товарів і, у разі можливості, залучення вітчизняних підрядників для виконання робіт згідно із встановленими умовами.

Якщо МКТ, з погляду Світового банку, не є, безсумнівно, найекономічнішим та найефективнішим методом закупівлі, можуть застосовуватися інші методи закупівель, визначені у відповідній Угоді про позику.

Типовий закон про закупівлю товарів, будівельних робіт і послуг UNCITRAL. UNCITRAL (ЮНСІТРАЛ) – комісія ООН з питань міжнародної торгівлі. Типовий Закон ЮНСІТРАЛ, прийнятий у 1994 р., спрямований на надання допомоги країнам у реформуванні й удосконаленні своїх законів щодо процедур закупівлі. Закон містить процедури, призначені для досягнення цілей конкуренції, прозорості, справедливості та об'єктивності у процесі закупівлі, а отже, вищого рівня економії та ефективності закупівлі.

Основними цілями його є:

- максимальна економічність та ефективність закупівлі;
- сприяння і заохочення участі у процедурах закупівлі постачальників і підрядників, незалежно від їх національної належності, що сприяє розвитку міжнародної торгівлі;
- сприяння конкуренції серед постачальників і підрядників при постачанні товарів, будівельних робіт або закупівлі послуг;
- забезпечення справедливого і рівноправного ставлення до всіх постачальників і підрядників;
- сприяння чесності, справедливості та довіри громадськості до процесу закупівлі;
- досягнення прозорості процедур, пов'язаних із закупівлею.

Отже, законодавство у сфері закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти спрямоване на створення конкурентного середовища і забезпечення прозорості відповідних процедур. Закон України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” відповідає законодавству ЄС, що вимагає Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затверджена Постановою Верховної Ради України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV.

МІЖНАРОДНИЙ ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС І МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ

6.1. МІЖНАРОДНИЙ ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС І НОТАРІАЛЬНІ ДІЇ

ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Захист прав іноземних фізичних і юридичних осіб в Україні. Згідно зі ст. 410 нового Цивільно-процесуального кодексу (ЦПК) України іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, іноземні держави (їх органи та посадові особи) і міжнародні організації (далі — іноземні особи) мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод та інтересів. Іноземні особи мають процесуальні права та обов'язки нарівні з фізичними та юридичними особами України, за винятками, встановленими Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Проте законодавством України можуть бути визначені відповідні обмеження щодо громадян, підприємств і організацій тих держав, в яких допускаються спеціальні обмеження цивільних процесуальних прав громадян, підприємств або організацій України. Особи без громадянства мають право звертатися до судів України і користуються цивільними процесуальними правами нарівні з громадянами України (ч. 3 ст. 410). Іноземні підприємства та організації мають право

звертатися до господарських судів згідно із встановленою підвідомчістю і підсудністю господарських спорів за захистом своїх порушених або оспорювання прав та інтересів, що охороняються законом. Іноземні підприємства та організації мають процесуальні права та обов'язки нарівні з підприємствами та організаціями України (ст. 123 Господарського процесуального кодексу України — ГПК).

Господарські суди розглядають справи за участю іноземних підприємств і організацій, якщо місцезнаходження відповідача — на території України. Господарські суди мають право також розглядати справи за участю іноземних підприємств і організацій, якщо:

- 1) місцезнаходженням філії, представництва, іншого відособленого підрозділу іноземного підприємства чи організації є територія України;
- 2) іноземне підприємство чи організація має на території України нерухоме майно, щодо якого виник спір (ст. 124 ГПК України).

У розгляді справ у спорах за участю іноземних підприємств та організацій господарські суди України виходять із встановленої ч. 3 ст. 4 ГПК пріоритетності застосування правил міжнародних договорів України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, щодо правил, передбачених законодавством України.

За змістом ст. 12–17, 41, 123 ГПК для іноземних суб'єктів господарської діяльності передбачено національний режим судового процесу для розгляду справ, підвідомчих господарським судам. Оскільки ГПК не містить інституту договірної підсудності, заінтересована сторона може звернутися до місцевого господарського суду лише відповідно до вимог ст. 13–16 ГПК про територіальну та виняткову підсудність справ, що підлягають розгляду в першій інстанції.

Таким чином, господарські суди не вправі приймати до провадження справи за позовами до відповідачів, місцезнаходження яких за межами України, крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 124 ГПК, а також міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Такі випадки передбачені, зокрема, Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, укладеною державами — учасницями СНД у м. Києві 20 березня 1992 р., Конвенцією про правову допомогу та правові відносини з цивільних, сімейних і кримінальних справ (Мінськ, 22 січня 1993 р.), двосторонніми договорами про правову допомогу та правові відносини, укладеними Україною. Отже, у випадках, коли міжнародний

договір містить приписи про відповідну компетенцію суду, сторони мають право звернутись з позовом до місцевого господарського суду в порядку, передбаченому ГПК.

Місцеві господарські суди вправі вирішувати спори і у тих випадках, коли міжнародним договором передбачено можливість укладення письмової провокаційної угоди між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України та іноземним суб'єктом господарської діяльності (угода про договірну підсудність).

Обираючи як орган вирішення спорів місцевий господарський суд України, сторони провокаційної угоди повинні дотримуватися вимог міжнародного договору та ст. 16 ГПК щодо виключної компетенції господарських судів України. Отже, у разі невідомості справи у спорі за участю іноземного підприємства чи організації господарський суд має відмовити у прийнятті позовної заяви на підставі п. 1 ч. 1 ст. 62 ГПК. На цій самій підставі господарський суд повинен відмовити у прийнятті позовної заяви, якщо у проваційній угоді сторонами неправильно викладено назву суду або зазначено суд, існування якого не передбачено Законом України “Про судоустрій України”.

З метою дотримання вимог законодавства щодо правосуб'єктності сторін спору господарський суд вживає заходи для визначення статусу іноземного підприємства або організації, яка є учасником судового процесу. Порядок визначення правового статусу іноземної особи може бути передбачено міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. За відсутності у міжнародному договорі такого порядку суд має звернутися до норм внутрішнього цивільного законодавства. Правовий статус іноземного учасника судового процесу визначається за його особистим законом, який надає можливість з'ясувати обсяг правоздатності та дієздатності іноземної особи.

Правовий статус іноземної юридичної особи визначається за законом країни, де створено (інкорпоровано) юридичну особу. Правовий статус іноземної фізичної особи визначається за законом країни, громадянином якої є ця особа або в якій вона має постійне місце проживання.

Правовий статус іноземного суб'єкта господарювання підтверджується, як правило, випискою з торговельного (банківського, судового) реєстру країни, де такий суб'єкт господарювання має

офіційно зареєстровану контору. Він може також підтверджуватись еквівалентними доказами правового статусу, що визнаються як такі законодавством країни створення, громадянства або місцезнаходження такого суб'єкта і видані компетентними органами цієї країни.

Господарські суди керуються вимогами ст. 4 ГПК щодо вибору законодавства, яке має застосовуватися у вирішенні господарських спорів за участю іноземного підприємства, організації. Зокрема, ч. 4 ст. 4 ГПК передбачено можливість застосування господарськими судами норм права інших держав у випадках, передбачених законом або міжнародним договором.

Вибір сторонами українського права як такого, що регулює їх відносини за угодою, означає вибір саме національного законодавства України, а не окремих законодавчих актів, що регулюють відповідні відносини сторін. За відсутності волевиявлення сторін зовнішньоекономічної угоди щодо застосовуваного права господарський суд визначає його на підставі колізійної норми, яка може міститися як у міжнародних договорах, що відповідно до ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства, так і в національному законодавстві. Такі норми містить, наприклад, Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, ст. 11 якої встановлено правила застосування цивільного законодавства однієї держави — учасниці СНД на території іншої держави — учасниці СНД. За цими правилами, зокрема, права та обов'язки сторін за договором визначаються законодавством країни — місця укладення такого договору, якщо інше не передбачено угодою сторін.

Якщо ж міжнародний договір не містить відповідної колізійної норми, яка має застосовуватися до спірних правовідносин, господарський суд повинен звернутися до колізійних норм внутрішнього цивільного законодавства. Наприклад, ст. 6 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" передбачено, що права та обов'язки сторін зовнішньоекономічних договорів визначаються правом країни, вибраної сторонами при укладенні договору або в результаті погодження, а за відсутності такого погодження до зовнішньоекономічних договорів застосовується право країни, де заснована, має своє місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка є продавцем, наймодавцем, ліцензіаром тощо.

Відповідно до ч. 5 ст. 4 ГПК у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї. У сфері зовнішньоекономічних зв'язків в деяких випадках звичаї тлумачаться міжнародними організаціями. Прикладом можуть бути розроблені Міжнародною торговою палатою Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (редакція 1993 р., видання МТП № 500), Уніфіковані правила з інкасо (редакція 1978 р., видання МТП № 322), Офіційні правила тлумачення торговельних термінів “Інкотермс” (редакція 2000 р., видання МТП № 560).

Згідно з Указом Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 566/94 “Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України”, розрахунки за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати та Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати. Суб'єкти підприємницької діяльності України під час укладання та виконання зовнішньоекономічних договорів (контрактів) повинні забезпечувати дотримання вимог, передбачених зазначеними Уніфікованими правилами.

Відповідно до Указу Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 567/94 “Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів” зазначені правила можуть застосовуватися під час укладання суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), предметом яких є товари.

Отже, господарський суд у вирішенні спору застосовує звичаї у сфері міжнародної торгівлі у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини, або якщо угодою сторін передбачено застосування правил цих звичаїв.

Господарський суд, застосовуючи норми міжнародного договору, визначає дію цих норм у часі та просторі відповідно до вимог розділу 2 частини III Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. У застосуванні норм міжнародного договору господарський суд виходить з того, що тлумачення міжнародних

правил здійснюється у порядку, визначеному розділом 3 частини III Конвенції.

Господарський суд приймає як докази офіційні документи, що походять з інших держав, за умови їх легалізації дипломатичними або консульськими службами України. Консули України легалізують іноземні документи, що подаються до офіційних органів України, відповідно до ст. 54 Консульського статуту України. Засвідчення консулами зазначених документів означає встановлення і засвідчення справжності підписів на цих документах і відповідності їх законам держави перебування. Легалізація іноземного документа є необхідною умовою для подання його як доказу в судовому процесі, але не виключає у разі необхідності перевірки з боку суду з метою встановлення правильності вміщених у ньому відомостей за змістом.

Відповідно до ст. 3 ГПК мова судочинства визначається ст. 21 Закону України “Про мови в Українській РСР”. Згідно з нею провадження зі справ за участю сторін, які перебувають на території України, здійснюється українською мовою, а провадження зі справ, в яких бере участь сторона, що перебуває на території держави з республік колишнього СРСР, — російською.

Міжнародні договори, згоду на обов’язковість яких надано Верховною Радою України, також можуть передбачати норми про мову взаємовідносин щодо правової допомоги. Так, ст. 7 Договору між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах від 30 жовтня 1992 р. встановлено, що при наданні правової допомоги кожна з договірних сторін користується державною мовою своєї країни з доданням завіреного перекладу всіх документів на державну мову іншої сторони або на англійську мову.

Якщо письмові докази подаються до господарського суду іноземною мовою, додається їх засвідчений у встановленому порядку переклад українською мовою. Господарський суд на підставі ст. 38 ГПК може вимагати офіційний переклад цих документів державною мовою України.

Слід мати на увазі, що у разі нотаріального засвідчення перекладу нотаріус засвідчує лише оригінальність підпису перекладача, який стоїть під документом, а не відповідність перекладу оригіналу. Тому якщо у господарського суду чи учасника судового процесу виникнуть сумніви щодо автентичності перекладу документа, суд може

призначити судову експертизу і доручити її здійснення компетентному спеціалісту-перекладачу згідно з вимогами ст. 41 ГПК.

Оскільки на іноземні підприємства та організації поширюється національний режим судового процесу, зазначені особи повинні виконувати зобов'язання, зокрема щодо сплати судових витрат. Судові витрати можуть сплачуватися уповноваженими представниками — резидентами України, які ведуть справу в господарському суді від імені іноземних суб'єктів господарювання і мають відповідні повноваження згідно зі ст. 28 ГПК.

Стягнення судових витрат з іноземних підприємств і організацій може здійснюватися за наказом господарського суду з рахунків цих осіб та їх представництв і філій у банках України. В інших випадках стягнення судових витрат може здійснюватися у порядку виконання судових рішень на підставі міжнародних договорів. Такий порядок, зокрема, передбачено ст. 7 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності.

Вирішуючи спір за участю суб'єктів господарювання держав — учасниць СНД, слід враховувати, що Угоду про розмір державного мита та порядок його стягнення при розгляді господарських спорів між суб'єктами господарювання різних держав (Ашгабат, 24 грудня 1993 р.) і Угоду про порядок взаємного виконання рішень господарських та економічних судів на території держав — учасниць СНД (Москва, 6 березня 1998 р.) Україна не підписала, а отже їх положення в Україні не діють.

Таким чином, відсутній механізм виконання рішення господарського суду в частині стягнення з іноземної особи державного мита. Тому господарські суди приймають до провадження позовні заяви від іноземних осіб, а також заяви про збільшення розміру позовних вимог виключно за умови надання суду доказів про зарахування у дохід державного бюджету суми державного мита у встановленому розмірі. У цьому випадку достатнім доказом факту надходження державного мита до державного бюджету України є довідка відповідного територіального органу Державного казначейства України.

Пільги та переваги іноземним учасникам судового процесу надаються на умовах взаємності у випадку, якщо надання таких пільг обумовлено міжнародним договором про правову допомогу за участю України. Якщо господарський суд України прийняв рішення, яке підлягає виконанню на території іншої держави, стягувач може звер-

нутися до компетентного органу цієї держави з клопотанням про примусове виконання такого рішення.

Порядок визнання і примусового виконання іноземного судового рішення визначено Конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, двосторонніми договорами України про взаємну правову допомогу, укладеними з Монголією, Китайською Народною Республікою, Латвійською Республікою, Естонською Республікою, Литовською Республікою, Республікою Грузія та іншими державами.

Господарський суд України, який прийняв рішення, на вимогу заінтересованої сторони надає документи для його виконання на території іноземної держави, а саме:

- належним чином засвідчену копію рішення, про примусове виконання якого порушено клопотання;
- офіційний документ про те, що рішення набуло чинності, якщо це не впливає з тексту самого рішення;
- документ про те, що відповідача своєчасно і належним чином повідомлено про судовий процес.

Законом України “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів” господарські суди не уповноважені вирішувати питання про виконання на території України рішень іноземних судів, у тому числі господарських (арбітражних).

Відповідно до ч. 8 ст. 5 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” провадження зі справ про банкрутство за участю кредиторів-нерезидентів регулюється цим законом, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Оскільки Україною не укладено жодного міжнародного договору із визначенням особливостей цього провадження для кредиторів-нерезидентів, на них поширюється національний режим провадження у справах про банкрутство, без будь-яких винятків та особливостей.

Захист прав фізичних та юридичних осіб України за кордоном. За кордоном захищають права та інтереси юридичних осіб і громадян України консульські установи України (ст. 1 Консульського статуту України). Консул зобов'язаний вживати заходи для того, щоб

юридичні особи та громадяни України користувалися у повному обсязі всіма правами, наданими їм законодавством держави перебування і міжнародними договорами, учасниками яких є Україна і держава перебування, та міжнародними звичаями, а також для відновлення порушених прав юридичних осіб і громадян України (ст. 20 Консульського статуту України).

Консул має право без окремого доручення представляти в установах держави перебування громадян України, якщо вони відсутні й не доручили ведення справи якійсь особі або не можуть захищати свої інтереси з інших причин. Це представництво триває доти, поки особи, яких представляють, не призначать своїх уповноважених або не візьмуть на себе захист своїх прав та інтересів (ст. 26 Консульського статуту України).

Відповідно до ст. 44 Консульського статуту України консул чинить нотаріальні дії, передбачені законодавством України. Він також легалізує документи й акти, складені за участю властей консульського округу, або такі, що виходять від цих властей. Органи України приймають такі документи та акти на розгляд лише за наявності консульської легалізації, якщо інше не передбачено законодавством України або міжнародним договором, учасниками якого є Україна і держава перебування. Консульська легалізація полягає в установленні та засвідченні справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи акт або засвідчила попередній підпис на них, справжності відтиску штампа, печатки, зразки яких отримано консулом офіційним шляхом від компетентних органів держави перебування (ст. 54 Консульського статуту України).

Питанням міжнародного цивільного процесу присвячено книгу IV Кодексу Бустаманте. Нижче наведено основні його положення.

Розділ I. Загальні положення. Закон кожної договірної держави визначає компетенцію судів, так само як їхню організацію, форми процесу, порядок виконання рішень та апеляції на ці рішення. Жодна з договірних держав не організовуватиме і не підтримуватиме на своїй території спеціальних трибуналів для осіб з інших договірних держав.

Компетенція “*ratione loci*” (через обставини, пов’язані з місцем) підпорядкована, у порядку міжнародних відносин, законові договірної держави, що встановлює цю компетенцію.

Компетенція “*ratione materiae*” (через обставини, пов’язані з предметом розгляду) і “*ratione personae*” (через обставини, що стосу-

ються особи, про яку йдеться) у порядку міжнародних відносин не повинна ґрунтуватися договірними державами на статусі громадян або іноземців заінтересованих сторін на шкоду останнім.

Розділ II. Компетенція. Суддею, компетентним, у першу чергу, розглядати позови, пов'язані із виконанням цивільних і торговельних угод будь-якого виду, є той, кому сторони у справі відкрито або мовчки підпорядкувалися, при тому, що принаймні одна з них є громадянином договірної держави, до якої належить суддя, або має там місце проживання, якщо в місцевому праві не зазначено інше.

Таке підпорядкування речових і змішаних угод, пов'язаних з нерухомою власністю, неможливе, якщо право країни, де власність знаходиться, забороняє це. Підпорядкуватися можна тільки судді, який володіє звичайною юрисдикцією на розгляд подібного роду справ у тому самому обсязі. У жодній справі сторони не можуть підпорядкуватися відкрито або мовчки іншому судді чи судові, ніж той, якому вони підпорядковані відповідно до місцевих законів на розгляд справи в першій інстанції.

Під відкритим підпорядкуванням розуміють підпорядкування, заінтересованих сторін у вигляді явного й остаточного заперечення власного суду і певної вказівки судді, якому вони себе підпорядковують.

Мовчазне підпорядкування — факт звернення позивача до судді з позовною вимогою і факт здійснення відповідачем після його виклику до суду будь-яких заяв, крім заяв, зроблених з метою заперечення юрисдикції. Не вважається підпорядкуванням, якщо позов розглядається за неявки до суду.

Крім випадків відкритого або мовчазного підпорядкування, якщо це не суперечить місцевому праву, суддею, компетентним розглядати особисті позови, є суддя місця виконання зобов'язання, а за відсутності такого — суддя постійного місця проживання або громадянства відповідачів і, додатково, — суддя їхнього місця перебування. Для розгляду речових позовів стосовно особистої власності компетентним є суддя місця, де знаходиться власність, і, якщо це невідомо позивачеві, то суддя місця проживання, а за відсутності такого — суддя місця перебування відповідача.

Для розгляду речових позовів щодо нерухомої власності та змішаних позовів із розмежування і розділу загальної власності компетентним є суддя місця перебування власності. Якщо у передбачених двох попередніх випадках будь-яка власність розташована більш ніж

в одній з договірних держав, звернення може бути подане до судів кожної з них, якщо це не заборонено стосовно нерухомості законом місця її перебування.

У справах про спадкування за заповітом або без заповіту компетентним буде суд останнього місця проживання померлого. У разі процесу про неспроможність або банкрутство, якщо боржник діяв добровільно, компетентним є суд місця проживання останнього. Якщо цей процес розпочато кредиторами, компетентним буде суд одного з місць, де було заявлене клопотання про початок процесу. При цьому перевага віддається місцю доміцилія боржника, якщо він або більшість кредиторів вимагають цього.

Щодо добровільної юрисдикції, крім випадків підпорядкування, що не суперечить місцевому праву, компетентним буде суд місця, де особа, яка висунула вимогу, має або мала свій доміцилій, а за відсутності такого — своє перебування.

Стосовно добровільної юрисдикції щодо торговельних справ, за винятком випадку підпорядкування і якщо місцевий закон не містить іншого, компетентним є суд місця, де зобов'язання повинне бути виконане, або за відсутності такого — суд місця події, з якого походить зобов'язання.

У кожній договірній державі щодо компетентності різних судів перевага віддається відповідно до положень національного права. Іноземні консули також належать до цивільної юрисдикції суддів і судів країни свого перебування, за винятком їхніх офіційних дій.

Судді й суди за жодною справою не можуть застосовувати примусових або інших заходів, що повинні здійснюватися в приміщеннях посольств або консульств та їхніх архівів, і так само щодо дипломатичної або консульської кореспонденції без згоди відповідного дипломатичного або консульського агента.

Розділ IV. Право бути стороною в процесі та його форми. Громадяни кожної договірної держави користуватимуться у всіх інших державах правом мати захисника, призначеного їм на тих самих умовах, що і для власних громадян. Ніяких відмінностей між власними громадянами й іноземцями в договірних державах стосовно надання судової застави не повинно бути.

Іноземці, які належать до однієї з договірних держав, можуть здійснювати в інших державах право на позов у кримінальних справах на тих самих умовах, що і власні громадяни. Ці іноземці не по-

винні надавати застави для порушення приватного обвинувачення у справах, за якими вона вимагається від своїх громадян. Жодна з договірних держав не жадатиме від громадян іншої держави застави “*judicio sisti*” або “*onus probandi*” у випадках, коли вони не потрібні від власних громадян.

Ні попереднє накладення арешту на майно, ні передання на поруки або будь-які інші заходи аналогічного характеру не застосовуватимуться до громадян договірних держав на тій підставі, що вони є іноземцями.

Розділ V. Судові вимоги і судові доручення. Кожна судова дія, яку договірна держава має намір почати в іншій державі, повинна здійснюватися шляхом судових вимог або судових доручень, переданих дипломатичним шляхом. Проте держави, що домовляються, можуть погодитися на прийняття у взаємовідносинах будь-якої іншої форми передання за цивільними і кримінальними справами.

Суд, що надіслав судову вимогу, повинен вирішити питання своєї власної компетенції, законності та доцільності дії або доказу без втрат для юрисдикції суду, якому адресовано зазначену вимогу. Суд, якому спрямовано судову вимогу, вирішує питання про власну компетенцію “*ratione materiae*” стосовно дії, яку він повинен вчинити. Той, хто одержує судову вимогу або судове доручення, повинен виконати її відповідно до права держави, яка надіслала її, стосовно об’єкта і відповідно до власного права щодо форми.

Судова вимога повинна бути складена мовою держави, що надіслала її, і мати переклад на мову держави, якій вона адресована, завіреним належним чином присяжним публічним перекладачем. Сторони, заінтересовані у виконанні судової вимоги і доручення приватного характеру, мають призначити повіреного, який нестиме відповідальність за витрати повірених і здійснення розслідування.

Розділ VI. Винятки міжнародного характеру. “*Litispendencia*” (вимога про припинення провадження у справі) у разі пред’явлення позову в іншій договірній державі може бути заявлена за цивільними справами, коли судові рішення, винесене в одній з них, має наслідки в іншій як “*res judicata*” (рішення, що набуло чинності), за кримінальними справами — на тій підставі, що справу, розглянуту в іншій договірній державі, не завершено.

“*Res judicata*”, засноване на рішенні іншої договірної держави, діятиме тільки в тому разі, коли воно було винесене в присутності

сторін або їхніх законних представників, і не виникло питання про компетенцію іноземного суду в силу положень цього Кодексу.

В усіх випадках правовідносини, регульовані цим Кодексом, стосовно компетенції, заснованої на його положеннях, можуть бути адресовані до юрисдикції суду.

Розділ VII. Докази. Глава I. Загальні положення про докази. Право, яке застосовується до правопорушення або правочину, що є предметом цивільного чи торговельного позову, визначає, на кому лежить тягар доведення. Для визначення способів доведення, що можуть бути використані в кожному випадку, повинен застосовуватися закон місця, в якому дія або факт, що підлягає доказу, відбувалися, за винятком тих, які не допускаються законом місця пред'явлення позову. Форма доказу регулюється законом, що діє в місці, де доказ пред'являється. Значущість доказу визначається законом суду.

Документи, видані в кожній з договірних держав, матимуть в інших державах таке саме значення в суді, як документи, видані в цих державах, за умови, що вони відповідають таким вимогам:

- 1) предмет дії або контракту законний і дозволений законами країни, де він виконуються і де він представляється;
- 2) договірні сторони мають право і спроможні зв'язувати себе зобов'язаннями відповідно до їхнього особистого закону;
- 3) при їх виконанні мають бути дотримані форми і формальності, передбачені в країні, де дії або контракти повинні виконуватися;
- 4) документ засвідчений і містить інші реквізити, що необхідні для його визнання в місці, де він представляється.

Виконавча сила документа регулюється місцевим законом. Дієздатність свідків та їхній відвід регулюються законом, якому підпорядковані правові відносини, що є предметом позову. Форма присяги регулюється законом судді або суду, перед яким вона вимовляється, і її дійсність визначається законом, який застосовується до факту, стосовно якого присяга складається. Презумпції, що впливають з події, регулюються законом місця, де ця подія відбулася. Побічний доказ регулюється законом судді або суду.

Судді та суди кожної договірної держави застосовуватимуть "ex officio" (офіційно, у силу обійманої посади) у відповідних випадках закони інших держав без шкоди засобам доведення, які тут наводяться. Сторона, що вимагає застосування закону будь-якої договірної держави в одній з них, або відмовляє в такому застосуванні,

може засвідчити текст закону, його чинність і зміст підписами двох практикуючих юристів країни, про чие законодавство йде мова; це посвідчення повинне бути належним чином завірене.

За відсутності доказу або якщо суддя чи суд вважатимуть його неналежним з яких-небудь причин, вони можуть зажадати “ex officio” перед винесенням рішення дипломатичними каналами, щоб держава, про чие законодавство йдеться, надала довідку про текст, чинність і зміст застосованого закону. Кожна договірна держава зобов’язана якнайшвидше надати іншим державам цю інформацію. Інформація повинна виходити від Верховного суду або якого-небудь з його підрозділів чи відділів, від Державного прокурора або від Департаменту чи Міністерства юстиції.

Розділ VIII. Апеляційна скарга. У кожній договірній державі, в якій передбачено апеляційну скаргу або інший подібний інститут, вона може бути подана внаслідок порушення, помилкового тлумачення або неналежного застосування закону іншої договірної держави на тих самих умовах і в тих самих випадках, що і для національного права.

Розділ IX. Банкрутство або неспроможність. Якщо неспроможний або збанкрутілий боржник має тільки один цивільний або торговельний доміцилій, то можливий лише один попередній розгляд про неспроможність чи банкрутство або одне припинення платежів, або компромісна угода боржника з кредитором (“quita u espera”) стосовно усього його майна і його зобов’язань у договірних державах.

Стаття 415. Якщо та саме особа або товариство має більш ніж в одній договірній державі різні комерційні підрозділи, які економічно розділені, то може бути пред’явлене стільки позовів про попередній розгляд банкрутства, скільки існує комерційних підрозділів.

Рішення з приводу дієздатності банкрута або неспроможного боржника має екстериторіальну дію за умови виконання формальностей із реєстрації або публікації, що можуть передбачатися законодавством кожної держави. Рішення про банкрутство або неспроможність, винесене в одній з договірних держав, повинне виконуватися в інших державах у випадках і способом, передбаченим у цьому Кодексі стосовно судових рішень; але воно матиме наслідки “res iudicata” з моменту, коли рішення буде остаточним для осіб, щодо яких воно прийняте.

Повноваження і функції довірчого власника, призначеного в одній з договірних держав відповідно до положень цього Кодексу,

матимуть екстериторіальні наслідки в інших державах без необхідності якогось місцевого розгляду. Зворотна сила рішення про банкрутство або неспроможність і скасування визначених актів на підставі таких рішень регулюється законом, який застосовується до них і діє на території всіх інших договірних держав.

Речові позови і права такого ж характеру продовжуватимуть регулюватися законом місця перебування речі, незважаючи на рішення про банкрутство або неспроможність, і вони належать до компетенції судів місця їхнього перебування.

Глава III. Угода і відновлення у правах. Угода між кредиторами і банкрутом або неспроможною особою матиме екстериторіальну дію в інших договірних державах, за винятком права на речовий позов кредиторів, які у цій угоді не беруть участі. Відновлення банкрута в правах має також екстериторіальну дію в інших договірних державах з моменту, коли судові рішення, яким таке відновлення провадиться, стає остаточним і здійснюється відповідно до його умов.

Розділ X. Виконання рішень, винесених іноземними судами. Кожне судові рішення за цивільною або адміністративною справою, винесене в одній з договірних держав, матиме чинність і може бути виконане в іншій за умови, що:

1) суддя або суд, який виніс його, мали компетенцію розглядати дану справу і приймати рішення за нею відповідно до норм даного Кодексу;

2) сторони одержали виклик до суду особисто або через їхнього законного представника;

3) судові рішення не суперечить публічному порядку або публічному праву держави, в якій воно повинне виконуватися;

4) судові рішення виконується в державі, в якій було винесене;

5) судові рішення офіційно перекладене посадовою особою або перекладачем держави, в якій воно повинне виконуватися, якщо мова цієї держави інша, ніж мова рішення;

6) документ, що містить рішення, задовольняє вимогам, необхідним для визнання його дійсним у країні, з якої воно походить, і тим вимогам, що законодавство держави, в якій запитується виконання судового рішення, пред'являє для визнання дійсності.

Виконання судового рішення повинне запитуватися в компетентному суді для приведення його в дію після здійснення формальностей, встановлених внутрішнім законодавством. У цьому разі кожна

регресна вимога щодо постанови суду, винесеної відповідно до законодавства тієї держави стосовно остаточного судового рішення, може бути пред'явлена в суд вищої інстанції.

Суддя або суд, в якому запитується виконання, повинні перед виконанням або відмовою у ньому протягом 20 днів вислухати сторону, проти якої це рішення винесене, а також прокурора. Сторону, яка повинна бути вислухана, викликають шляхом судової вимоги або судового доручення відповідно до положень Кодексу, якщо ця сторона має доміцилій в іноземній державі й не має належного представництва в країні, або у формі, визначеній місцевим законом, якщо ця сторона має доміцилій у державі, до якої звертаються з проханням.

Після закінчення терміну для з'явлення, встановленого суддею або судом, справа розглядається незалежно від того, з'явилася викликана сторона чи ні. Якщо у виконанні відмовлено, судові рішення повинні бути повернуте тому, хто його пред'явив. У разі прийняття його до виконання судові рішення регулюється процесуальними правилами, встановленими законом судді або суду для власних судових рішень. Остаточні судові рішення, винесені в договірній державі, які на підставі їх змісту не повинні виконуватися, матимуть в інших державах силу "res judicata", якщо вони відповідають вимогам, передбаченим з цією метою Кодексом, крім його норм, що стосуються їх виконання.

Процедура і наслідки, передбачені в попередніх статтях, застосовуватимуться в договірних державах до рішень, винесених у кожній з них арбітрами або посередниками в компромісній угоді, якщо справа, за якою вони винесені, може регулюватися компромісом відповідно до законодавства країни, в якій запитується виконання. Та сама процедура застосовуватиметься щодо судових рішень у цивільних справах, винесених у будь-якій договірній державі міжнародним судом стосовно приватних осіб або інтересів.

Положення, прийняті в актах добровільної юрисдикції щодо комерційних справ суддями або судами договірних держав або їх консульських агентів, виконуватимуться в інших державах відповідно до процедури і способом, зазначеним вище.

Рішення, прийняті в актах добровільної юрисдикції за цивільними справами у договірній державі, визнаватимуться іншими державами, якщо вони відповідають вимогам, встановленим Кодексом для

чинності документів, що виконуються в іноземній державі й були винесені компетентним суддею або судом, внаслідок чого вони матимуть екстериторіальну дію.

КОНВЕНЦІЇ ПРО ПРАВОВУ ДОПОМОГУ МІЖ ДЕРЖАВАМИ

Часто при провадженні справ з іноземним елементом та в інших випадках, необхідно отримати відомості, що стосуються відповідної справи, від державних установ інших країн. З цією метою укладаються міждержавні угоди та міжнародні конвенції.

Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах. Укладена в Гаазі 18 березня 1970 р. Конвенцією передбачено, що за цивільними і торговельними справами судові органи однієї договірної держави можуть, відповідно до положень свого законодавства, звернутися шляхом судового доручення до компетентного органу іншого договірної держави про одержання доказів, а також виконання інших судових дій (поняття “інші судові дії” не передбачає ні вручення судових документів, ні тимчасових або виконавчих заходів). Судове доручення не може використовуватися для одержання доказів, не призначених для поточного або майбутнього судового розгляду.

У судовому дорученні вказують:

- 1) запитуючий орган і, якщо можливо, запитуваний орган;
- 2) прізвища й адреси сторін судового розгляду і, у разі потреби, їхніх представників;
- 3) характер і предмет судового розгляду і короткий огляд фактичної сторони справи;
- 4) докази, що потрібно одержати, або інші судові дії, які необхідно виконати.

За необхідності у судовому дорученні також зазначають:

- прізвища й адреси осіб, яких необхідно допитати;
- запитання, які необхідно поставити допитуваним особам, або факти, за якими їх потрібно допитати;
- документи або інші об'єкти, які необхідно досліджувати;
- прохання про одержання показань свідків під присягою або шляхом урочистої заяви і, у разі потреби, особливі формулювання, які потрібно використовувати;

- особливі форми (судовий орган, що виконує судове доручення, застосовує законодавство своєї держави в тому, що стосується необхідної форми). Проте він виконає прохання запитуючого органу про застосування особливої форми, якщо остання не буде протирічити законодавству запитуваної держави, її застосування не виявиться неможливим через судову практику запитуваної держави або практичні труднощі.

Судове доручення повинне бути складене мовою запитуваного органу або супроводжуватися перекладом на цю мову (ст. 4).

У виконанні судового доручення може бути відмовлено лише в тому разі, якщо:

- 1) його виконання в запитуваній державі не належить до функції судових органів;
- 2) запитувана держава вважає, що виконання доручення може завдати шкоди її суверенітету або безпеці.

У виконанні доручення не може бути відмовлено лише на тій підставі, що законодавство запитуваної держави передбачає виняткову компетенцію за даною справою або не передбачає порушення справи на цих підставах.

При одержанні доказів відповідно до даної Конвенції заінтересовані особи мають право на законне представництво (ст. 20).

Якщо дипломатичному консульському агентові або уповноваженому доручено одержання доказів:

- він має право одержувати усі види доказів, що відповідають законодавству держави, в якій ці докази отримані, й які не суперечать статтям даної Конвенції, а також у разі дотримання тих самих умов приводити до присяги або одержувати підтвердження;
- за винятком випадків, коли адресат є громадянином тієї держави, в якій порушено судовий розгляд, вимога про явку особи або про надання доказів повинна бути складена мовою того місця, де отримані докази, або мати переклад на цю мову;
- вимога повинна містити повідомлення особи, що вона має право на законне представництво, і повідомлення про те, що вона не зобов'язана з'являтися або надавати докази;
- докази можуть бути отримані способом, регламентованим законом, що застосовується у суді, в якому порушено судовий розгляд, за умови, що даний спосіб не заборонений законодавством держави, в якій отримано докази;

- особа, запитувана про надання доказів, може послатися на привілеї й право відмовитися від надання доказів, якщо такі обговорені або законодавством запитуваної держави, або законодавством запитуючої держави, про що було зазначено в судовому дорученні чи підтверджено запитуючим органом на прохання запитуваного органу.

Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. та Протокол до неї від 22 січня 1993 р. Конвенція ратифікована Законом № 240/94-ВР від 10 грудня 1994 р. Відповідно до неї установи юстиції договірних сторін надають правову допомогу за цивільними, сімейними і кримінальними справами відповідно до положень Конвенції; установи юстиції надають правову допомогу й іншим установам за цими справами (ст. 4 Конвенції).

Порядок спілкування. При виконанні Конвенції компетентні установи юстиції договірних сторін спілкуються через свої центральні, територіальні та інші органи, якщо тільки Конвенцією не встановлено інший порядок спілкування. Договірні сторони визначають перелік своїх центральних, територіальних та інших органів, уповноважених на здійснення безпосередніх відносин, про що повідомляють депозитарія (ст. 5).

Обсяг правової допомоги. Договірні сторони надають одна одній правову допомогу шляхом виконання процесуальних та інших дій, передбачених законодавством запитуваної договірної сторони, у тому числі складання та пересилання документів, здійснення оглядів, обшуків, вилучення та передання речових доказів, здійснення експертизи, допиту сторін, третіх осіб, підозрюваних, обвинувачених, потерпілих, свідків, експертів, розшук осіб, кримінальне переслідування, видача осіб для притягнення їх до кримінальної відповідальності або виконання вироку, визнання та виконання судових рішень у цивільних справах, вироків у частині цивільного позову, виконавчих написів, а також шляхом вручення документів.

Ст. 7 Конвенції встановлює зміст і форму доручення про надання правової допомоги. У ньому повинні бути зазначені:

- 1) найменування запитуваної установи;
- 2) найменування запитуючої установи;
- 3) найменування справи, за якою запитується правова допомога;

4) імена і прізвища сторін, свідків, підозрюваних, обвинувачених, підсудних, засуджених, потерпілих, їх найменування, юридична адреса і/або місцезнаходження, громадянство, заняття, а за кримінальними справами також місце і дата народження і, за можливістю, прізвища й імена батьків; для юридичних осіб — їхнє найменування і місцезнаходження;

5) за наявності представників осіб, зазначених у підпункті 4, їхні імена, прізвища й адреси;

6) зміст доручення, а також інші відомості, необхідні для його виконання;

7) за кримінальними справами також опис і кваліфікація вчиненої дії та дані про розмір збитку, якщо він був заподіяний внаслідок цієї дії.

У дорученні про вручення документа повинні бути також зазначені точна адреса одержувача і найменування документа, що вручається. Доручення повинне бути підписане і скріплене гербовою печаткою запитуючої установи.

При виконанні доручення про надання правової допомоги запитувана установа застосовує законодавство своєї країни. На прохання запитуючої установи воно може містити і процесуальні норми запитуючої договірної сторони. Якщо запитувана установа не компетентна виконати доручення, вона пересилає його компетентній установі й повідомляє про це запитуючу установу.

На прохання запитуючої установи запитувана установа своєчасно повідомляє їй і заінтересованим сторонам час і місце виконання доручення для того, щоб вони могли бути присутніми при виконанні його відповідно до законодавства запитуваної договірної сторони. У випадку, якщо точна адреса зазначеної в дорученні особи невідома, запитувана установа вживає відповідно до законодавства договірної сторони, на території якої вона знаходиться, необхідні заходи для визначення адреси. Після виконання доручення запитувана установа повертає документи запитуючій установі. Якщо правова допомога не могла бути надана, вона одночасно повідомляє про обставини, що перешкоджають виконанню доручення, і повертає документи запитуючій установі.

Свідок, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники, а також експерт, який за викликом, врученим установою запитуваної договірної сторони, з'являється в установу юстиції

запитуючої договірної сторони, не можуть бути, незалежно від свого громадянства, притягнуті на її території до карної або адміністративної відповідальності, узяті під варту і покарані за діяння, вчинені до перетину її державного кордону. Такі особи не можуть бути також притягнуті до відповідальності, узяті під варту або піддані покаранню у зв'язку з їх показаннями як свідків або висновками як експертів стосовно кримінальної справи, що є предметом розгляду.

Особи, зазначені вище, втрачають передбачену цим пунктом гарантію, якщо не залишать територію запитуючої договірної сторони, хоча і мають для цього можливість по закінченні 15-ї доби з того дня, коли установа юстиції, яка допитала їх, повідомить їм, що надалі в їхній присутності немає необхідності. У цей термін не зараховується час, протягом якого ці особи не зі своєї вини не могли залишити територію запитуючої договірної сторони.

Свідкові, експертів, а також потерпілому і його законному представникові запитуючою договірною стороною відшкодовуються витрати, пов'язані з проїздом і перебуванням у запитуючій державі, як і не отримана заробітна плата за дні відволікання від роботи; експерт має також право на винагороду за здійснення експертизи. У виклику повинно бути зазначено, які виплати вправі одержати викликані особи; за їх клопотанням установа юстиції запитуючої договірної сторони виплачує аванс на покриття відповідних витрат. Виклик свідка, експерта, а також потерпілого, які проживають на території однієї договірної сторони, до установ юстиції іншої договірної сторони не повинен містити погрози застосування заходів примусу на випадок нез'явлення.

Доручення про вручення документів. Відповідно до Конвенції запитувана установа юстиції вручає документи відповідно до порядку, що діє в її державі, якщо ці документи написано її мовою чи російською або до них додається завірений переклад на ці мови. В іншому випадку вона передає документи одержувачеві, якщо він згодний добровільно їх прийняти.

Якщо документи не можуть бути вручені за адресою, зазначеною в дорученні, запитувана установа юстиції зі своєї ініціативи вживає заходи, необхідні для визначення адреси. В разі неможливості визначення адреси запитуваною установою юстиції вона повідомляє про це запитуючу установу і повертає їй документи, що підлягають врученню. Вручення документів засвідчується підтвердженням, підпи-

саним особою, якій вручено документ, і скріпленням офіційною печаткою запитуваної установи. Воно повинне містити дату вручення і підпис працівника установи, що вручає документ або виданим цією установою іншим документом, у якому мають бути зазначені спосіб, місце і час вручення.

Договірні сторони мають право вручати документи власним громадянам, а також допитувати власних громадян через свої дипломатичні представництва або консульські установи. У випадках, зазначених вище, не можна застосовувати засоби примусу або погрози.

Дійсність документів. Документи, що на території однієї з договірних сторін виготовлені або засвідчені установою чи спеціально на те уповноваженою особою в межах їхньої компетенції за встановленою формою та скріплені гербовою печаткою, приймаються на територіях інших договірних сторін як чинні офіційні документи.

Пересилання документів про громадянський стан та інших документів. Договірні сторони зобов'язуються пересилати одна одній на прохання без перекладу і безкоштовно свідоцтва про реєстрацію актів громадянського стану — безпосередньо через органи реєстрації актів громадянського стану договірних сторін з повідомленням громадян про пересилання документів. Сторони зобов'язуються також пересилати одна одній на прохання без перекладу і безкоштовно документи про освіту, трудовий стаж та інші документи, що стосуються особистих або майнових прав та інтересів громадян запитуваної договірної сторони та інших осіб, які проживають на її території.

Інформація з правових питань. Центральні установи юстиції договірних сторін на прохання надають одна одній відомості про чинне або те, що було чинним на їхніх територіях внутрішнє законодавство і практику його застосування установами юстиції (ст. 15). Відповідно до свого законодавства вони також допомагають одна одній встановити адресу осіб, які проживають на їх територіях, якщо це потрібно для здійснення прав громадян. При цьому запитуюча договірна сторона повідомляє наявні в неї дані для визначення адреси особи, вказаній у запиті.

Установи юстиції договірних сторін допомагають одна одній у визначенні місця роботи і доходів осіб, які проживають на території запитуваної договірної сторони, до яких в установах юстиції запитуючої договірної сторони висунуто майнові вимоги за цивільними, сімейними і кримінальними справами.

У відносинах між собою при виконанні Конвенції установи юстиції договірних сторін користуються державними мовами договірних сторін або російською мовою. У разі виконання документів державними мовами договірних сторін до них додаються засвідчені переклади російською мовою.

Відмова у наданні правової допомоги. У проханні про надання правової допомоги може бути відмовлено повністю або частково, якщо це може заподіяти шкоду суверенітету чи безпеці або суперечить законодавству запитованої договірної сторони. У разі відмови у проханні про надання правової допомоги запитуючу договірну сторону негайно повідомляють про причини відмови (ст. 19).

Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах. Укладена в 1965 р. у Гаазі з метою створення відповідних засобів для своєчасного вручення судових або несудових документів їх одержувачам за кордоном. Україна приєдналася із заявами та застереженнями до Конвенції 19 жовтня 2000 р. згідно із Законом України № 2052-III.

У Конвенції зазначено, що позасудові документи, видані органами влади та судовими працівниками однієї договірної держави, можуть бути передані з метою вручення в іншу договірну державу відповідно до положень Конвенції.

Кожна договірна держава призначає центральний орган, обов'язком якого є отримання прохань про вручення документів, що виходять від інших договірних держав, і здійснення процесуальних дій. В Україні таким органом є Міністерство юстиції. Орган влади чи судовий працівник, компетентний відповідно до права запитуючої держави, надсилають центральному органу запитованої держави запит згідно з формуляром, що додається до Конвенції, без потреби легалізації або виконання інших аналогічних формальностей. До запиту додається документ, що підлягає врученню, або його копія. Прокання і документ надаються у двох примірниках.

Якщо центральний орган вважає, що запит не відповідає положенням Конвенції, то він повинен невідкладно проінформувати запитуючий орган із зазначенням своїх заперечень щодо запиту. Центральний орган запитованої держави власноручно вручає документ чи забезпечує його вручення відповідним органом у спосіб, визначений його внутрішнім правом для вручення документів, складених в цій державі, особам, які перебувають на її території, або в особливий

спосіб, обумовлений запитуючим органом, якщо такий спосіб не суперечить законам запитуваної держави. У цьому разі документ може завжди бути вручений шляхом безпосередньої доставки одержувачу, який приймає його добровільно.

Якщо документ має бути вручений у першій спосіб, то центральний орган може вимагати, щоб документ був складений або перекладений офіційною мовою чи однією з офіційних мов запитуваної держави. Центральний орган запитуваної держави або будь-який орган, який вона призначає для цього, складає підтвердження відповідно до формуляра, доданого до Конвенції. У ньому підтверджується факт вручення документа і зазначаються спосіб, місце та дата вручення, а також особа, яка має одержати документ. Якщо документ не було вручено, у підтвердженні вказують причини, які перешкодили врученню.

Запитуючий орган може вимагати, щоб підтвердження, складене не центральним або судовим органом, було скріплено підписом представника одного з цих органів. Згідно із Законом України “Про приєднання України до Конвенції про вручення за кордоном судових і позасудових документів у цивільних або комерційних справах” № 2052-III (далі — Закон) органами, компетентними складати підтвердження про вручення документів, є Міністерство юстиції України та його територіальні управління юстиції. Підтвердження надсилається безпосередньо запитуючому органу.

Типові умови формуляра у всіх випадках обов’язково мають бути складені французькою або англійською мовами. Вони можуть при цьому бути складені офіційною мовою або однією з офіційних мов запитуючої держави. Відповідні місця заповнюються або мовою запитуваної держави, або французькою чи англійською мовами.

Кожна договірна держава може вручати судові документи особам, які перебувають за кордоном, без застосування будь-якого примусу, безпосередньо через своїх дипломатичних або консульських агентів.

Згідно із Законом вручення судових документів через дипломатичних або консульських агентів іншої держави на території України може здійснюватися лише громадянам держави походження цих документів. Крім того, кожна договірна сторона може використовувати консульські канали для передання документів, які підлягають врученню, органам іншої договірної держави, призначеним цією державою. Кожна держава за надзвичайних обставин може використовувати з цією ж метою дипломатичні канали.

Якщо запит про вручення відповідає положенням Конвенції, запитувана держава може відмовити у його виконанні лише в тому разі, якщо вона вважає, що таке виконання порушить її суверенітет або безпеку. Вона не може відмовити у виконанні запиту про вручення лише з тієї причини, що відповідно до її внутрішнього права ця держава має виключну юрисдикцію стосовно предмета справи, або що її внутрішнє право не дозволяє здійснення судового процесу, стосовно якого надіслано запит. У разі відмови центральний орган негайно інформує про це запитуючий орган із зазначенням причин відмови. Проблеми, які можуть виникнути у зв'язку з переданням судових документів для вручення, вирішуються дипломатичними каналами.

Якщо документ про виклик до суду або аналогічний документ підлягав переданню за кордон з метою вручення відповідно до положень Конвенції і відповідач не з'явився, то судові рішення не може бути винесене, поки не буде встановлено, що:

а) документ було вручено у спосіб, передбачений внутрішнім правом запитуваної держави для вручення документів, складених у цій країні, особам, які перебувають на її території;

б) документ було дійсно доставлено особисто відповідачеві або за його місцем проживання в інший спосіб, передбачений Конвенцією, і що в кожному з цих випадків вручення або безпосередня доставка були виконані в належний термін, достатній для здійснення відповідачем захисту.

Відповідно до Закону в разі виконання всіх умов, зазначених вище, суддя може винести рішення, навіть якщо не надійшло жодного підтвердження про вручення або безпосередню доставку документів.

Якщо документ про виклик до суду або аналогічний документ було передано за кордон для вручення відповідно до положень Конвенції і винесено рішення проти відповідача, який не з'явився, то суддя має право звільнити цього відповідача від наслідків закінчення терміну для оскарження рішення, якщо відповідач не зі своєї вини не був поінформований про документ у термін, необхідний для організації свого захисту, або про рішення в необхідний для оскарження термін та аргументи, надані відповідачем, по суті, "prima facie" (на перший погляд), здаються небезпідставними. Звернення про оскарження може бути прийняте лише протягом розумного терміну після того, як відповідач дізнався про рішення.

Згідно із Конвенцією кожна договірна держава може заявити, що це звернення не розглядатиметься, якщо воно надіслане після закінчення терміну, зазначеного в такій заяві, який в будь-якому випадку не може бути меншим, ніж один рік з дати ухвалення рішення. Але це положення не застосовується до рішень щодо статусу і дієздатності осіб.

ДВОСТОРОННІ ДОГОВОРИ ПРО ПРАВОВУ ДОПОМОГУ

Серед міжнародних нормативних актів про правову допомогу слід зазначити двосторонні договори між державами. Прикладом є *Договір між Україною та Угорською Республікою про правову допомогу в цивільних справах*.

Договором регламентуються, крім іншого, порядок вручення судових та позасудових документів, інші процесуальні дії судочинства: допит сторін, свідків, експертів, здійснення експертиз та огляду, а також інші дії, пов'язані із судовим дорученням.

Відповідно до Договору громадяни однієї договірної сторони на території іншої договірної сторони користуються таким самим правовим захистом, як і громадяни цієї договірної сторони. Громадяни однієї договірної сторони можуть звернутися до установ юстиції іншої договірної сторони на тих самих умовах, як і громадяни цієї договірної сторони.

Положення Договору щодо громадян договірних сторін стосуються також тих юридичних осіб, які створені відповідно до законодавства однієї з договірних сторін і перебувають на її території. Відповідно до ст. 2 Договору громадяни однієї договірної сторони не можуть бути зобов'язані вносити депозит для забезпечення судових витрат на тій підставі, що вони є громадянами іноземної держави або не мають в цій країні ні місця проживання, ні місця перебування. Громадяни однієї договірної сторони на території іншої договірної сторони звільняються від сплати судових витрат на тих самих підставах і в тому самому обсязі, що й громадяни даної договірної сторони. Документ про особистий та майновий стан громадянина, необхідний для вирішення питання про звільнення від сплати судових витрат, видається компетентною установою тієї договірної сторони, на тери-

торії якої заявник має місце проживання або постійне місцезнаходження. Якщо заявник не має місця проживання або постійного місцезнаходження на території жодної з договірних сторін, то достатньо наявності документа, виданого дипломатичним або консульським представництвом держави, громадянином якої він є.

Усі відносини при здійсненні правової допомоги установ юстиції договірних сторін, згідно зі ст. 4, відбуваються через Міністерства юстиції договірних сторін.

Мова спілкування. Запит про здійснення правової допомоги та всі додатки до нього складаються мовою запитуючої договірної сторони з долученням перекладу на мову іншої договірної сторони або на англійську мову, за винятком випадків, коли документ, що підлягає врученню, видається безпосередньо одержувачу.

Порядок вручення документів та виконання судового доручення. У запиті щодо виконання судового доручення та вручення документів повинні бути вказані:

- 1) назва запитуючої установи;
- 2) назва запитуваної установи, якщо ця установа відома;
- 3) ім'я, прізвище та місце проживання заінтересованих осіб чи їх представників, а щодо юридичних осіб — їх найменування та місцезнаходження;
- 4) докладна інформація про справу, що є предметом запиту;
- 5) дані про громадянство, посаду, місце та дату народження осіб, яких це стосується;
- 6) інформація про характер запиту та інша, необхідна для його виконання.

При виконанні запитів про вручення документів установа, до якої надіслано запит, застосовує законодавство своєї держави. У тих випадках, коли документ, що підлягає врученню, не має офіційного перекладу на мову запитуваної договірної сторони, він вручається одержувачу, якщо той згоден його прийняти. Факт вручення має бути підтверджений відповідно до законодавства, яке застосовує запитувана установа; у підтвердженні мають бути зазначені місце і час вручення документів. Якщо зазначена в запиті особа не проживає за вказаною адресою, то запитувана установа вживає заходи для встановлення точної адреси. У разі неможливості виконати запит установою, до якої він звернений, вона повідомляє установу, від якої виходить запит, про обставини, що перешкоджають його виконанню.

Договірні сторони мають право вручати документи власним громадянам, які перебувають на території іншої договірної сторони, також через свої дипломатичні або консульські установи, якщо вони згодні їх прийняти. При виконанні запиту установа, до якої звернено запит, застосовує законодавство своєї держави. Проте на прохання установи, від якої виходить запит, вона може застосувати запропоновану в запиті процедуру, якщо остання не суперечить закону її держави.

Якщо установа, до якої звернено запит, не компетентна його виконати, то вона пересилає без затримки цей запит компетентній установі та належним чином повідомляє про це установу, від якої виходить запит. Якщо вказана в запиті адреса виявилась неточною або особа, якої це стосується, не проживає за вказаною адресою, то запитувана установа вживає заходи для визначення точної адреси. У разі потреби вона може просити запитуючу установу надати додаткову уточнюючу інформацію.

Установа, до якої звернено запит, повідомляє запитуючу установу про результати виконання запиту і додає отримані докази. Якщо запит не може бути виконаний, запитувана установа повертає документи і повідомляє про причини, які перешкоджають його виконанню.

Повідомлення про місце і час виконання судового доручення. На прохання запитувана установа юстиції своєчасно повідомляє запитуючу установу про час і місце виконання судового доручення для того, щоб відповідно до законодавства запитуваної договірної сторони заінтересовані особи мали змогу бути присутніми під час його виконання особисто або через своїх представників.

Захист свідків та експертів. Згідно із Договором свідок чи експерт, які, незалежно від їхнього громадянства, з'явилися на виклик у відповідну установу запитуючої договірної сторони, не можуть на її території бути взяті під варту, притягнуті до кримінальної або адміністративної відповідальності; їх особиста свобода не може бути обмежена ніяким іншим чином через діяння, скоєні до від'їзду з території запитуваної договірної сторони або у зв'язку з ухваленим судовим вироком. Забороняється також притягати цих осіб до кримінальної або адміністративної відповідальності, брати під варту або карати їх у зв'язку з їх свідченням чи експертними висновками.

Вищезгаданий захист не стосується тих свідків та експертів, які протягом 30 днів з моменту їх повідомлення відповідною установою

про те, що їх присутність не є обов'язковою, залишаються на території запитуючої договірної сторони або виїжджають і знову повертаються. У цей термін не зараховується час, протягом якого свідок чи експерт не могли залишити територію запитуючої договірної сторони з незалежних від них причин.

Відшкодування витрат свідків або експертів. Експерт або свідок, викликані на територію іншої договірної сторони, мають право на відшкодування неотриманої заробітної плати (доходів) та витрат, спричинених їх виїздом і перебуванням за кордоном. Експерт має право на винагороду за свою професійну роботу. За заявою свідка або експерта установа, від якої надійшов виклик, зобов'язана завчасно у повній сумі або частково виплатити витрати на виїзд та перебування свідка або експерта.

Відмова свідків від дачі показань. При виконанні запиту щодо судового доручення особа, якої це стосується, може відмовитися від дачі показань, якщо вона, відповідно до законодавств запитованої або запитуючої договірних сторін, має на це право або зобов'язана це робити, на що є посилання у запиті.

Відмова від вручення документів та виконання судового доручення. У врученні документів і виконанні судового доручення може бути відмовлено, якщо запитована договірна сторона вважає, що виконання запиту може порушити її суверенітет і завдати шкоди її безпеці та громадському порядку. Водночас запитована договірна сторона пові-домляє про причини відмови.

Витрати, пов'язані з врученням документів та з виконанням судового доручення. Установи юстиції договірних сторін надають правову допомогу з вручення документів і виконання судового доручення без нарахування витрат та мита, за винятком тих, які пов'язані з викликом експерта та перекладача або із застосуванням особливої процедури, запропонованої в запиті.

Визнання та виконання рішень. За наявності умов, визначених Договором, одна договірна сторона визнає та виконує такі рішення судів іншої договірної сторони:

- 1) рішення у цивільних справах з майнових правовідносин, у тому числі рішення, що підтверджують мирову угоду сторін спору;
- 2) вироки в частині відшкодування збитків, заподіяних злочином;
- 3) рішення, якими позивач зобов'язується до внесення на депозит суду коштів для забезпечення судових витрат (застава), від яких

він був звільнений на підставі положень Договору, або до відшкодування витрат за розглядом справи.

Договірні сторони взаємно визнають судові рішення у цивільних справах з немайнових правовідносин. Судові рішення, що відповідають умовам, визначеним у Договорі, визнаються та виконуються, якщо вони після набуття чинності Договором стали чинними і такими, що підлягають виконанню.

Умови визнання та виконання рішень. Рішення, зазначені вище, визнаються та виконуються, якщо:

1) рішення відповідно до законодавства договірної сторони, на території якої воно було винесене, набуло чинності та підлягає виконанню;

2) відповідно до законодавства договірної сторони, на території якої просять визнання та виконання рішення, суд договірної сторони, на території якої винесено рішення, є компетентним;

3) сторона, проти якої винесено рішення, не брала участі в розгляді справи, але була викликана до суду згідно із законодавством договірної сторони, на території якої було винесено рішення, а також якщо недієздатна особа, проти якої винесено рішення, мала змогу бути представленою належним чином;

4) між тими самими сторонами, з тієї самої справи, на території договірної сторони, де рішення слід визнати та виконати, судом раніше не винесено рішення, що набуло чинності, або в суді даної договірної сторони раніше не було порушено такої справи;

5) визнання та виконання рішення не суперечить основним принципам правової системи договірної сторони, на території якої рішення слід визнати та виконати.

Подання клопотання про визнання та виконання рішення. Клопотання про визнання та виконання рішення подається безпосередньо до суду, в компетенцію якого це входить, або судом однієї договірної сторони через Міністерства юстиції клопотання подається до компетентного суду іншої договірної сторони.

Додатки до клопотання. До клопотання про визнання та виконання рішення необхідно додати:

1) засвідчену копію рішення;

2) довідку про вручення рішення стороні, проти якої воно винесене, чи будь-який інший засвідчений документ, що підтверджує вручення рішення;

3) довідку про набуття рішенням чинності, якщо це не впливає із самого рішення;

4) у разі винесення рішення за відсутності сторони документи, які засвідчують, що стороні, яка не брала участі у розгляді справи, було належним чином вручено виклик до суду, якщо це не впливає із самого рішення;

5) документи, що підтверджують факт належного представництва в судовому процесі недієздатної особи, якщо це не впливає із самого рішення;

6) засвідчений переклад рішення та документів на мову договірної сторони, до якої звертаються з клопотанням.

Звільнення від обов'язкового засвідчення. У процесі застосування Договору документи і переклади, видані чи засвідчені органами правосуддя чи іншими компетентними відомствами однієї з договірних сторін у межах своєї компетенції та правомочності, за умови, що вони підписані та скріплені офіційною печаткою, ніякого подальшого засвідчення не потребують.

Порядок визнання та виконання рішення. При визнанні та виконанні рішень застосовується законодавство тієї договірної сторони, на території якої здійснюються визнання та виконання рішень. Суди договірних сторін обмежуються лише перевіркою наявності умов, визначених у Договорі, й не аналізують суть рішення.

Обмін інформацією. Договірні сторони обмінюються інформацією про чинне законодавство та практику правозастосування на території кожної з них. У клопотанні про надання інформації слід назвати орган, що звертається з клопотанням, вказати предмет справи, яка вимагає інформації.

Пересилання документів про реєстрацію актів громадянського стану та інших документів. Кожна договірна сторона на клопотання, що надсилається дипломатичним шляхом, зобов'язана передати іншій договірній стороні свідоцтва про громадянський стан, освіту, стаж роботи, а також інші документи, що стосуються персональних прав та інтересів громадян іншої договірної сторони. Документи, зазначені вище, надсилаються дипломатичним шляхом без сплати державного мита.

ВИКОНАННЯ В УКРАЇНІ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ

Порядок визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів встановлюється новім ЦПК України, Законом України “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів” (далі — Закон) від 29 листопада 2001 р. за № 2860-III та іншими нормативними актами.

У Законі використано такі терміни:

- *рішення іноземного суду* — рішення іноземних судів у цивільних, трудових, сімейних справах, вироки іноземних судів у кримінальних справах у частині, що стосується конфіскації майна та відшкодування збитків потерпілим, а також рішення іноземних арбітражів та акти інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних, трудових, сімейних справ, що набули чинності та підлягають визнанню і виконанню на території України відповідно до міжнародних договорів України;
- *визнання рішення іноземного суду* — поширення чинності рішення іноземного суду на територію України в порядку, встановленому Законом;
- *виконання рішення іноземного суду* — застосування засобів примусового виконання рішення іноземного суду в Україні в порядку, передбаченому Законом;
- *міжнародні договори України* — міжнародні договори про надання правової допомоги у цивільних, трудових, сімейних і кримінальних справах, згоду на обов’язковість яких надано Верховною Радою України, а також інші міжнародні двосторонні або багатосторонні договори за участю України, якими передбачається визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів;
- *стягувач* — будь-яка фізична або юридична особа, на користь чи в інтересах якої ухвалено рішення іноземного суду і яка звертається з клопотанням про його визнання та виконання на території України;
- *боржник* — будь-яка фізична або юридична особа, яка за рішенням іноземного суду зобов’язана виконати певні дії на користь чи в інтересах стягувача.

Умови визнання та виконання рішення іноземного суду. Рішення іноземного суду визнається та виконується в Україні, якщо це перед-

бачено міжнародними договорами України або за принципом взаємності за домовленістю “ad hoc” (арбітраж, спеціально створений для розгляду конкретної справи) з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні.

Рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, визнається в Україні, якщо його визнання передбачено міжнародними договорами України або за принципом взаємності за домовленістю “ad hoc” з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні.

Терміни пред’явлення рішення іноземного суду до примусового виконання. Рішення іноземного суду може бути пред’явлене до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набуття ним чинності, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів протягом терміну, що перевищує три роки, яке може бути пред’явлене до примусового виконання протягом усього терміну стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки.

Підсудність справ про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Питання про надання такого дозволу на клопотання стягувача розглядається апеляційним судом Автономної Республіки Крим, апеляційними обласними, Київським та Севастопольським міськими судами за місцем постійного чи тимчасового проживання або перебування (місцезнаходження) боржника.

Якщо боржник не має постійного чи тимчасового місця проживання або перебування (місцезнаходження) на території України або ці місця невідомі, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається відповідним судом України за місцезнаходженням в Україні майна боржника.

Порядок подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Таке клопотання подається у порядку, передбаченому міжнародними договорами України. Воно може бути також подане стягувачем безпосередньо до певного суду України відповідно до підсудності справ про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду.

Якщо міжнародними договорами України передбачено подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду через органи державної влади України, відповідний суд України приймає до розгляду клопотання, що надійшло через орган державної влади України.

Вимоги до клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду повинне містити:

- найменування стягувача або його представника (якщо клопотання подається представником), зазначення їхнього постійного чи тимчасового місця проживання або перебування (місцезнаходження);
- найменування боржника, зазначення його постійного чи тимчасового місця проживання чи перебування (місцезнаходження) або місцезнаходження його майна в Україні;
- мотиви подання клопотання.

До клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду додаються документи, передбачені міжнародними договорами України. Якщо міжнародними договорами України вони не визначені, до нього додають:

- засвідчену в установленому порядку копію рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання;
- офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набуло чинності (якщо це не зазначено в самому рішенні);
- документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої ухвалено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була своєчасно і належним чином повідомлена про час і місце розгляду справи;
- документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше);
- документ, що посвідчує повноваження представника стягувача (якщо клопотання подається представником);
- засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Якщо зазначене клопотання і документи, що додаються до нього, не оформлено відповідно до вимог, передбачених Законом, або до клопотання не додано всі перелічені документи, відповідний суд України повертає їх стягувачеві (або його представникові) без розгляду. Для розгляду клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду по суті забороняється вимагати інші документи та відомості, ніж визначені ст. 6.

Розгляд клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Про надходження такого клопотання відповідний суд України у п'ятиденний термін письмово повідомляє боржника і пропонує йому протягом місяця подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання боржником заперечень у письмовій формі або у разі його відмови від подання заперечень, а так само коли у місячний термін з часу повідомлення боржника про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя виносить ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що стягувач і боржник повідомляються письмово не пізніше ніж за 10 днів до його розгляду.

За заявою стягувача або боржника і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє сторони. Розгляд клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду здійснюється суддею одноосібно на відкритому судовому засіданні. Якщо рішення іноземного суду вже виконувалося раніше, відповідний суд України визначає, в якій частині чи з якого часу воно підлягає виконанню.

Неявка без поважних причин на судові засідання стягувача або боржника чи їх представників, якщо суду відомо про своєчасне вручення їм повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання.

Розглянувши подані документи та вислухавши пояснення сторін, суд виносить ухвалу про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання. Копія ухвали надсилається судом стягувачеві та боржникові у триденний термін з дня винесення ухвали.

Якщо в рішенні іноземного суду суму стягнення зазначено в іноземній валюті, суд, який розглядає це клопотання, визначає суму в національній валюті за курсом Національного банку України на день винесення ухвали.

Підстави для відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами України.

Якщо міжнародними договорами України такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено:

- якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно ухвалене, не набуло чинності;
- якщо сторона, стосовно якої ухвалено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було своєчасно і належним чином повідомлено про розгляд справи;
- якщо рішення ухвалено у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;
- якщо вже ухвалено рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того самого предмета і на тих самих підставах, що набуло чинності, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі, порушена між тими самими сторонами, з того самого предмета і на тих самих підставах до моменту порушення справи в іноземному суді;
- якщо пропущено встановлений міжнародними договорами України та Законом термін пред'явлення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні;
- якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;
- якщо виконання рішення загрожує інтересам України;
- в інших випадках, передбачених законами України.

Оскарження ухвали суду. Ухвала, винесена відповідним судом України про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову в задоволенні клопотання з цього питання, може бути оскаржена стягувачем або боржником у порядку і в терміни, передбачені законами України.

Порядок примусового виконання рішення іноземного суду. На підставі рішення іноземного суду та ухвали про надання дозволу на його примусове виконання, що набула чинності, відповідний суд України видає виконавчий лист, який надсилається для виконання в порядку, встановленому законом. Дії та заходи з примусового виконання рішення іноземного суду застосовуються державними виконавцями у порядку, передбаченому законом.

Порядок подання клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню. Таке клопотання за умови, що це передбачено міжнародними договорами України, подається заінтересованою особою до відповідного суду України, визначеного за підсудністю.

До клопотання додаються такі документи:

- засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, щодо визнання якого порушується клопотання;
- офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набуло чинності, якщо це не зазначено в самому рішенні;
- засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Розгляд клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню. Про надходження такого клопотання відповідний суд України у п'ятиденний термін письмово повідомляє заінтересовану сторону і пропонує їй протягом місяця подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання заінтересованою стороною заперечень у письмовій формі або у разі її відмови від подання заперечень, а так само, коли у місячний термін з часу повідомлення заінтересованої особи про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя виносить ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що заінтересовані сторони повідомляються письмово не пізніше ніж за 10 днів до його розгляду.

Якщо заінтересована сторона звернулася з проханням про перенесення часу розгляду справи і суд визнав це прохання поважним, розгляд справи може бути перенесено з повідомленням про це заінтересованих сторін. Розгляд клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, здійснюється суддею одноосібно на відкритому судовому засіданні. Невявка на судові засідання заінтересованої сторони, якщо суду відомо, що їй було своєчасно і належним чином повідомлено про час і місце розгляду справи, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо вона не порушує питання про перенесення його розгляду.

За наслідками розгляду клопотання, а також заперечення у разі його надходження відповідним судом України виноситься ухвала про визнання в Україні рішення іноземного суду та залишення заперечення без задоволення або про відмову у задоволенні цього клопотання.

У визнанні в Україні рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, відмовляються у випадках, передбачених міжнародними договорами України, а якщо такими договорами це

не передбачено, то на підставі відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду зазначених у Законі. Копію ухвали суд надсилає заінтересованим сторонам у триденний термін з дня її винесення. Ухвала, винесена відповідним судом України за наслідками розгляду клопотання, може бути оскаржена у порядку і в терміни, передбачені законами України.

Міжнародні договори України. Якщо міжнародними договорами України встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у цьому Законі, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України.

Практичні аспекти визнання та приведення у виконання рішень іноземних судів. Відповідно до ст. 427 ЦПК України 1963 р., ст. 36 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж”, Закону України “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів” Апеляційний суд м. Києва розглядає клопотання заінтересованих осіб про визнання та надання дозволу на виконання рішень іноземних судів, комерційних арбітражних судів (третейських судів) як України, так й інших країн у першій інстанції. Всі клопотання-скарги розглядаються згідно зі ст. 136–139 ЦПК України. Відповідно до нового ЦПК питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду на клопотання стягувача розглядається судом за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника. Якщо боржник не має місця проживання (перебування) або місцезнаходження на території України або ці місця невідомі, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцезнаходженням в Україні майна боржника.

Під час вирішення таких справ суди керуються нормами міжнародного права, зокрема:

- Конвенцією про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, укладеною у Нью-Йорку в 1958 р.;
- Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж, підписаною в Женеві 21 квітня 1961 р.;
- міжнародними договорами України про надання правової допомоги, зокрема Конвенцією про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, укладеною державами — членами СНД у м. Мінську 22 січня 1993 р.;

- Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, підписаною урядами держав — учасниць СНД у м. Києві 20 березня 1992 р.;
- Конституцією України, законами України “Про міжнародний комерційний арбітраж”, “Про дію міжнародних договорів на території України”, “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів”, “Про виконавче провадження” тощо.

Закон України “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів” від 29 листопада 2001 р. визначив підсудність справ про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Такі справи розглядаються апеляційними судами України. Судом також перевіряється, чи є держави обох заінтересованих сторін членами Нью-Йоркської конвенції ООН “Про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень”, прийнятої 10 червня 1958 р.

Згідно зі ст. 4 Конвенції для отримання визнання та приведення до виконання арбітражного рішення стороною, яка подала таке клопотання, надається належним чином завірений оригінал арбітражного рішення або належним чином завірена його копія, а також оригінал арбітражної угоди або її копія. Відповідно до ст. 3 арбітражне рішення, незалежно від того, в якій країні воно винесене, визнається обов'язковим.

У визнанні та приведенні до виконання рішення іноземного суду може бути відмовлено в разі обставин, викладених у ст. 5 Нью-Йоркської конвенції “Про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень”, прийнятої 10 червня 1958 р., та у ст. 8 Закону України “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів”.

Відповідно до ст. 6 Закону України. “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів” клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду має містити:

- найменування стягувача або його представника (якщо клопотання подається представником), зазначення їхнього постійного чи тимчасового місця проживання або перебування (місцезнаходження);
- найменування боржника, зазначення його постійного або тимчасового місця проживання чи перебування (місцезнаходження) або місцезнаходження його майна в Україні;
- мотиви подання клопотання.

До клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду додаються документи, передбачені міжнародними договорами України.

Якщо ними не визначено перелік документів, що мають додаватися до клопотання, подають такі документи:

- засвідчену в установленому порядку копію рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання;
- офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набуло чинності (якщо це не зазначено в самому рішенні);
- документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої ухвалено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була своєчасно і належним чином повідомлена про час і місце розгляду справи;
- документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше);
- документ, що посвідчує повноваження представника стягувача (якщо клопотання подається представником);
- засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Згідно із ч. 5 ст. 6 Закону України “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів”, якщо зазначене клопотання і документи, що додаються до нього, не оформлені відповідно до вимог, передбачених Законом, або до клопотання не додано всіх перелічених документів, відповідний суд України повертає їх стягувачеві (або його представнику) без розгляду.

Ст. 7 Закону України “Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів” визначає порядок розгляду клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Про надходження цього клопотання відповідний суд України у п’ятиденний термін письмово повідомляє боржника і пропонує йому протягом місяця подати можливі заперечення проти клопотання.

Після подання боржником заперечень у письмовій формі або у разі його відмови від подання заперечень, а також коли у місячний термін з часу повідомлення боржника про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя виносить ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що стягувач і

боржник повідомляються письмово не пізніше 10 днів до його розгляду. За заявою стягувача або боржника і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє сторони.

Розгляд клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду здійснюється суддею одноосібно на відкритому судовому засіданні. Якщо рішення іноземного суду вже виконувалося раніше, відповідний суд України визначає, в якій частині чи з якого часу воно підлягає виконанню. Неявка без поважних причин на судове засідання стягувача, боржника або їх представників не є перешкодою для розгляду клопотання.

Розглянувши подані документи, вислухавши пояснення сторін, суд виносить ухвалу про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання щодо цього. Копія ухвали надсилається судом стягувачеві та боржнику в триденний термін з дня винесення ухвали.

КОНВЕНЦІЇ З ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В РАДІ ЄВРОПИ

Першою конвенцією з питань міжнародного цивільного процесу, розробленою у межах Ради Європи, є *Європейська конвенція щодо уніфікованого закону про арбітраж № 56*, яка була підписана 1966 р. у Страсбурзі. Конвенція містить закон про арбітраж у цивільних та комерційних справах, який підлягає інкорпорації у внутрішнє право держав. Закон регулює такі питання:

- предмет і дійсність арбітражної угоди;
- порядок призначення арбітрів та передання справ на розгляд;
- процедура розгляду справи арбітрами;
- набуття чинності арбітражним рішенням та повідомлення про нього;
- укладення мирової угоди;
- опротестування, скасування та прийняття до виконання арбітражного рішення;
- нагляд за примусовим виконанням арбітражного рішення.

Виходячи з необхідності встановлення балансу між основоположним принципом договірної свободи сторін, з одного боку, та вимогами

оперативного і справедливого розгляду спору — з іншого, в Конвенції широко застосовується диспозитивний метод регулювання.

Імперативний характер мають положення щодо таких питань:

- автономність арбітражної угоди;
- рівноправність сторін під час призначення арбітрів;
- свобода призначення сторонами арбітрів;
- визначення порядку та місця арбітражного провадження;
- змагальність сторін, забезпечена правом кожної сторони обґрунтовувати свої претензії та надавати докази у справі;
- відсутність у судів компетенції здійснювати розгляд чи перегляд справ за наявності чинної арбітражної угоди;
- остаточна сила чинного арбітражного рішення.

1972 р. у Базелі було укладено *Європейську конвенцію про імунітет держав № 74*. У ст.1–14 Конвенції міститься вичерпний перелік випадків, коли держава не користується імунітетом від юрисдикції іноземних судів. Ці положення мають переважно диспозитивний характер і застосовуються, якщо сторони правовідносин не домовилися про інше.

Отже, не може посилатися на імунітет держава, яка зобов'язалася визнати юрисдикцію іноземного суду відповідно до міжнародної угоди, чітко висловленого положення, внесеного до письмової угоди, або чітко вираженої згоди, наданої після виникнення спору, а також держава, яка виступила позивачем/третьою стороною в суді іншої держави (в такому випадку вважається, що держава визнала юрисдикцію іноземного суду).

Держава не користується імунітетом, якщо:

- 1) вона посилається на імунітет після прийняття рішення по суті, якщо тільки не доведе, що факти, якими вона обґрунтовує імунітет, не виникли пізніше;
- 2) судовий процес пов'язаний із зобов'язанням держави, яке за угодою сторін має бути виконане на території країни суду;
- 3) держава бере участь поряд з однією або кількома приватними особами — в товаристві, асоціації або юридичній особі, яка має своє фактичне або офіційне місце знаходження на території країни суду;
- 4) держава має на території країни суду бюро, агентство або іншу установу, через яку здійснює, так само, як і приватна особа, промислову, комерційну чи фінансову діяльність, і судовий процес стосується цієї установи;

5) держава не може посилатися на імунітет, якщо судовий процес стосується таких питань:

- трудового договору, укладеного між державою та фізичною особою, який підлягає виконанню на території країни суду, за винятком випадків, коли особа є громадянином держави-відповідача або не має громадянства чи звичайного місця проживання в країні суду;
- патенту на винахід, промисловий зразок, товарний знак, фірмове найменування чи іншого аналогічного права, стосовно якого в державі суду було подано або зареєстровано заявку, або яке охороняється іншим чином і стосовно якого держава є заявником або власником; у разі недотримання державою такого права, яке належить третій особі, в країні суду, в якій воно охороняється;
- зобов'язань держави стосовно нерухомості, яка перебуває на території країни суду;
- прав держави на рухоме або нерухоме майно, які виникли на підставі спадкування, дарування;
- відшкодування у зв'язку із заподіянням тілесних ушкоджень або матеріальної шкоди, спричинених фактом, який мав місце на території країни суду, і особа, яка заподіяла шкоду, перебувала там на цей момент. Конвенція вимагає у таких випадках наявності тісної прив'язки як самого делікту, так і його наслідків до території країни суду.

В усіх інших випадках держава користується імунітетом від юрисдикції в судах інших держав — учасниць Конвенції.

Щодо імунітету від примусового виконання іноземних судових рішень, то Конвенція виходить з того, що відсутність судового імунітету не позбавляє державу імунітету від примусових виконавчих заходів. Це положення пройшло суперечливий шлях розвитку, але сьогодні вже є загальновизнаним у доктрині та практиці держав. Конвенція лише вимагає від договірних держав приводити у виконання судові рішення, винесені відповідно до положень ст. 1–14 Конвенції, якщо це не суперечить публічному порядку та правилам “*lis alibi pendes*”. Єдиною можливістю примусового забезпечення виконання рішення для сторони, на користь якої воно було винесене, залишається звернення до компетентного суду самої держави-відповідача.

З метою полегшення отримання судовими органами інформації щодо іноземного законодавства у сферах цивільного і торговельного права 1968 р. у Лондоні було укладено *Європейську конвенцію про інформацію щодо іноземного законодавства № 62 (Конвенція про інформацію щодо законодавства)*. Конвенція встановила вдале співвідношення між інтересами обох сторін правовідносин з приводу запиту щодо інформації. Інтереси надсилаючої сторони забезпечені :

- широким розумінням цивільного права, про що свідчить застосування терміна “сфера”, замість вужчого “галузь”;
- можливістю залучення до запиту питань з інших галузей права, якщо вони стосуються основних питань, зазначених у запиті;
- обов’язковістю та оперативністю відповіді на запит;
- вимогами об’єктивного, неупередженого викладу інформації із супроводженням її, в разі необхідності, юридичними текстами та судовими рішеннями, а також додатковою інформацією;
- безоплатністю задоволення запитів, за винятком консультацій приватних організацій та кваліфікованих юристів.

Інтереси сторони, що одержує, забезпечені:

- вимогою подання запиту тільки судовими органами і лише тоді, коли розгляд справи вже розпочався, що виключає можливість отримання іншими суб’єктами інформації, яка становить суто академічний інтерес;
- наданням державі, до якої звернено запит, права відмовитися вживати заходи із запиту, коли її інтереси зачіпаються справою, з якої виникає запит, або коли вона вважає, що відповідь може завдати шкоди її суверенітету чи безпеці;
- вимогами максимально можливої конкретизації запиту;
- поданням запиту офіційною чи однією з офіційних мов держави, до якої звернено запит, або доданням до запиту перекладу на ці мови.

Додатковий протокол № 97 до Конвенції про інформацію щодо законодавства, прийнятий 1979 р. у Страсбурзі, поширив дію Конвенції на кримінальну сферу, а також доповнив її у певних аспектах стосовно цивільної та комерційної сфер. Протокол передбачив можливість застосування положень Конвенції у випадках, коли розгляд справи лише передбачається (а не тільки тоді, коли він вже розпочався), а також коли запит щодо інформації виходить від інших органів та осіб, ніж ті, що діють у межах офіційної системи правової допомоги.

З метою зменшення економічних перешкод у цивільному судочинстві, сприяння здійсненню особами своїх прав в інших державах 1977 р. у Страсбурзі було підписано *Європейську угоду про передавання заяв про правову допомогу № 92*. Угода передбачає, що будь-яка особа, яка бажає звернутися із заявою про правову допомогу, може подати таку заяву в державі свого звичайного проживання, а та повинна передати її потім до запитуваної держави. На виконання цього положення Договірні сторони зобов'язалися призначити один або більше надсилаючих органів, а також центральний одержуючий орган.

У 2001 р. в Москві підписано *Додатковий протокол № 180 до Угоди про передавання заяв*, який доповнює і розвиває положення Угоди у двох основних аспектах:

1) спрощує та підвищує ефективність передбачених Конвенцією процедур, встановлюючи зобов'язання держав:

- підтверджувати одержання заяв;
- не допускати відхилення їх без розгляду по суті;
- розглядати питання відповідно до найефективніших процедур внутрішнього права та у розумні терміни, у тому числі вживати усі заходи для того, щоб рішення суду першої інстанції було винесене впродовж шести місяців від дати прийняття заяви. Такий самий термін встановлюється і щодо інформування надсилаючої сторони про прийняте рішення та складнощі, які перешкоджають його прийняттю;

2) забезпечення спілкування між юристами та заявниками. На запитувану сторону покладається обов'язок забезпечення можливості спілкування юристів, призначених представляти інтереси заявників, спілкуватися із заявниками зрозумілою для них мовою, а також покриття усіх необхідних витрат на переклад.

НОТАРІАЛЬНІ ДІЇ

У світі існує два типи нотаріату як соціальної функції — нотаріат латинського типу (вільний нотаріат) і нотаріат публічний, який має два підтипи: англо-американський та радянський (державний). Це відповідає поділу права на приватне та публічне, частково також поділу на систему континентального (*civil law* —

цивільного) та англо-американського (*common law* — прецедентного, загального) права.

Існують країни, де інституту нотаріату у звичній для нас формі немає, оскільки офіційний документ не є особливим засобом доказу в суді. Йдеться про англо-американську правову систему, в якій відсутній інститут нотаріату латинського типу — нотаріуси існують і там, але при цьому нотаріусом може бути не обов'язково юрист, частіше просто інша особа. Цій особі органами комунального управління, а не органами правосуддя (часто тимчасово і за певну плату) надається повноваження використовувати печатку з метою підтвердження простих подій, як правило, це дача показань свідків за межами суду, який розглядає справу, причому за таким документом не закріплюється привілейоване процесуальне значення.

Державний нотаріат існував у колишнього Радянському Союзі, в країнах соціалістичного табору та існує разом з латинським в окремих кантонах Швейцарії, у Португалії, в Росії, тощо. Є він і в Україні. Функції радянського державного нотаріату були досить широкими, і в цьому відношенні мало чим відрізнялися від нотаріату латинського типу. Латинський нотаріат відрізняється від публічного насамперед тим, що нотаріус латинського типу є представником вільної професії (це один із фундаментальних принципів латинського нотаріату), і його функції не обмежуються настільки, як в країнах прецедентного права.

Нотаріальний акт — ідея, яка в силу своєї двозначності (акт як дія і акт як документ) широко застосовується в контексті нотаріальної практики, оскільки потенційно охоплює такі поняття, як: нотаріальний документ, нотаріальна дія, зобов'язання, правочин, угода, воля, волевиявлення, суб'єктивне право, що дає змогу сконструювати за єдиним планом всю систему нотаріату як правового інституту, в тому числі його процесуальну сторону.

Нотаріальний акт має дві сторони — матеріальну і формальну. Матеріальна сторона — це нотаріальний документ, а формальна — відповідні нотаріальні дії (послуги), або визначена правом форма вчинення нотаріальних дій. В останньому випадку насправді йдеться про форму акта як дії, а не власне про зміст самої дії

2 жовтня 1948 р. у м. Буенос-Айресі (Аргентина) засновано Міжнародну спілку латинського нотаріату, яка є всесвітнім об'єднанням націо-нальних нотаріальних організацій. Це неурядова організація,

яка об'єднує нотаріати приблизно третини існуючих у світі країн. На національному рівні в Україні сформовано об'єднання нотаріусів із всеукраїнським статусом. З приєднанням українського нотаріату до Міжнародної спілки латинського нотаріату нотаріальна палата має набути нового значення.

Міжнародна спілка латинського нотаріату дає таке визначення *нотаріуса “латинського типу”*: це юрист, покликаний надати угодам сторін у межах свободи їх вчинення “привселюдної довіри” і привселюдної форми; він є неупередженим слугою учасників і виконує завдання “привселюдної влади”, будучи незалежним як від держави, так і від клієнтів. Крім посвідчення документів він консультує і наставляє тих, кому необхідний його захист. Він зобов'язаний не розголошувати службову таємницю та несе безпосередню відповідальність за помилки, допущені ним при виконанні обов'язків. Доступ до нотаріату можливий тільки по закінченні вищого навчального закладу, як це прийнято у відповідній державі щодо юристів (рішення постійної Ради Спілки від 13–15 березня 1986 р., м. Гаага). Суб'єктом нотаріальних відносин не завжди є нотаріус. Водночас суб'єктом обов'язково повинні бути одна чи кілька заінтересованих осіб. Об'єктом в нотаріальному праві є нотаріальний документ і нотаріальна дія чи послуга.

Нотаріальна діяльність є різновидом цивільно-правового процесу, але в межах безспірної юрисдикції. Нотаріальний процес є розглядом певної юридичної справи, в результаті якої права та обов'язки осіб, стосовно яких ці дії були вчинені, санкціонуються державою. Документам надається значення офіційних, що дає змогу вказаним особам набувати певного статусу і чинити певні дії [86].

Для вирішення конкретної юридичної справи нотаріус повинен попередньо з'ясувати фактичні обставини цієї справи на підставі доказів і здійснити певні операції, з урахуванням матеріальних та процесуальних норм права, безпосередньо застосовуючи їх до справи. Всі дії чиняться у заздалегідь визначеній послідовності й за чітко регламентованими правилами, а результати нотаріального процесу як різновиду юридичного процесу обов'язково оформляються у відповідних процесуальних актах — документах. Таким чином, поширення нотаріальної діяльності у кількісному та якісному аспектах сприяє піднесенню правової культури суспільства, підвищенню активності суб'єктів права у правовій сфері суспільства з метою захисту прав і законних інтересів.

Нині актуальною є гармонізація українського законодавства про нотаріат з європейським законодавством, а також з виробленими основними принципами латинського нотаріату, які загалом закріплені в законодавствах європейських країн. Україна затверджена на семінарі в Зальцбурзі спостерігачем у Міжнародній спілці латинського нотаріату до прийняття нового Закону “Про нотаріат”, після чого український нотаріат буде затверджений членом Спілки.

Головним недоліком зазначеного чинного закону України є те, що він багато в чому ґрунтується на традиціях, які виникли за радянських часів, у відриві від генерального розвитку нотаріату в країнах континентальної правової сім’ї, тобто тих країнах, де існує нотаріат латинського типу.

Нотаріус в Україні має право сам складати проекти будь-яких актів, але законодавець не встановлює жодного випадку, коли б складання документа належало до виключної компетенції нотаріуса. Йдеться, звичайно, не про те, що нотаріус не має виключної компетенції взагалі, а про те, що будь-який документ, який не є свідоцтвом чи іншим документом, що складається тільки нотаріусом внаслідок нормального розвитку процедури оформлення події, може в певних випадках бути запропонований для нотаріального оформлення стороною правочину. В силу рівноправності нотаріуса і клієнта важко визначитися, хто у разі суперечки матиме перевагу в оформленні приватного волевиявлення: нотаріус, для якого це волевиявлення є зовнішнім, чи клієнт, який має намір вільно виявити свою внутрішню волю.

Іноземні громадяни та представники юридичних осіб можуть звертатися за вчиненням нотаріальних дій. Такий висновок можна зробити, аналізуючи, ст. 99 Закону “Про нотаріат”, де йдеться про нотаріальне провадження щодо охорони майна, яке залишилося після смерті іноземного громадянина на території України, або майна яке належить одержати іноземному громадянину після смерті громадянина України.

Щодо обов’язку нотаріуса визначити норми міжнародного права при вчиненні дій з іноземним елементом, то Законом “Про нотаріат” це питання взагалі не конкретизується, а лише передбачається, що нотаріуси відповідно до законодавства України та міжнародних договорів застосовують норми міжнародного права. Але ці питання є дуже важливими для захисту як суб’єктів — іноземного елемента цих

процесів, так і суб'єктів України, оскільки, приєднавшись до міжнародних договорів, вона взяла на себе зобов'язання гарантувати права цих суб'єктів на власній території.

Судді та нотаріуси під час розгляду справ з охорони та захисту прав суб'єктів цивільних відносин з іноземним елементом (ст. 26 Конституції, ст. 423 ЦПК, ст. 2 Закону України “Про правовий статус іноземців” тощо) зобов'язані не лише знати норми міжнародного права, ратифіковані Україною, а й вміти правильно застосовувати норми іноземного права, оскільки від вирішення цих питань залежать реальний захист і охорона прав іноземних суб'єктів в Україні. Отже, якщо колізійна норма міжнародного права, яку ратифікувала Україна, зобов'язує суддю, або нотаріуса застосовувати норму іноземного права, то їх відмова від цього без законних підстав порушуватиме обов'язки, взяті Україною згідно з міжнародними угодами.

У ч. 4 ст. 10 ЦПК зазначено: якщо суд у розумні терміни не визначить зміст норми іноземного права, то застосовує відповідні норми законів та інших правових актів України. При цьому в ЦПК не надається тлумачення поняттю “розумний термін”. У пересічного громадянина може виникнути запитання — навіщо витратити час, кошти, якщо одразу можна застосовувати норми законодавства України. Потребує тлумачення й питання щодо випадків обов'язкового застосування судом та нотаріусами норм іноземного права, умов його застосування або незастосування. Перешкодами на шляху застосування таких норм є певні юридичні обставини, а саме: порушення публічного порядку, основних прав та свобод, основ конституційного ладу; загроза суверенітету, коли норми міжнародного права суперечать імперативним нормам законодавства України, коли сторони за допомогою колізійних норм хочуть обійти імперативні норми законодавства України. Зловживання колізійними нормами може мати місце при зміні правового режиму майна. Так, за ст. 103 Закону “Про нотаріат”, якщо міжнародним договором встановлено інші правила щодо нотаріальних дій, ніж ті, що їх містить законодавство України, то при вчиненні нотаріальних дій застосовуються правила міжнародного договору. Якщо міжнародний договір відносить до компетенції нотаріусів вчинення нотаріальної дії, не передбаченої законодавством України, нотаріуси здійснюють її в порядку, встановленому Міністерством юстиції України.

Підставою для звернення до іноземних органів є норми міжнародного права, відповідно до яких повноваженнями щодо цього наділяється Міністерство юстиції. Так, з аналізу ст. 4, 15 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, що розглядалася вище, правом звернення до договірної країни наділені органи юстиції, а у відповідь на таке звернення надаються відомості про чинний або такий, що діяв на їх території, внутрішній законодавчий акт і дані про практику їх застосування установами юстиції. У Конвенції зазначено, що договірні сторони несуть усі витрати, що виникають при наданні правової допомоги, а тому для її надання необхідно акумулювати певні кошти на рахунках Міністерства юстиції та встановлювати оплату за звернення по правову допомогу.

За чинним Законом “Про нотаріат” та проектом змін до нього нотаріуси мають застосовувати норми іноземного законодавства, але вони вправі також здійснювати експертизу застосування норм для конкретних правовідносин, зокрема пов’язаних з нотаріальними, сімейними (договірними), майновими та цивільними правочинами.

Нотаріальне оформлення документів від імені громадян, підприємств, установ і організацій України, призначених для дії за кордоном. Нотаріальне оформлення документів, призначених для дії за кордоном, здійснюється з урахуванням права тієї держави, до якої вони мають подаватися. Ця вимога ґрунтується на ст. 98 Закону України “Про нотаріат”, згідно з якою нотаріуси застосовують норми іноземного права, приймають документи, складені відповідно до вимог іноземного права, а також роблять посвідчувальні написи за формою, передбаченою іноземним законодавством, якщо це не суперечить законодавству України. На підставі п. 6 ст. 36 цього закону приватні нотаріуси не можуть засвідчувати справжність підпису на документах, призначених для дії за кордоном, та посвідчувати доручення для цієї мети. Водночас вони не обмежені в праві засвідчувати вірність копій документів, укладати інші, крім доручень, угоди, видавати свідоцтва тощо.

Дипломатичні представництва, консульські установи іноземних держав в Україні, відповідно до укладених нею договорів (конвенцій) і норм міжнародного права, мають певні привілеї та імунітети й перебувають під юрисдикцією (компетенцією) країни, яку вони представляють, тобто на них поширюються норми національного законодавства держави, що їх акредитувала (створила).

Як правило, документи, складені з додержанням вимог іноземного права, своєю незвичною юридичною термінологією і використанням юридичних формул суттєво відрізняються від документів, прийнятих у правовому обороті України. Зокрема, вони можуть мати незвичні заголовки: афідевіт (письмова урочиста заява), сертифікат (свідцтво, посвідчення, довідка), ретейнер (попередній договір про оплату), повноваження, дід (документ з печаткою — одностороння угода про відчуження нерухомості, передавання абсолютного права власності на нерухомість) тощо.

Статутна декларація — урочиста заява про те, що громадянин, який її робить, урочисто підтверджує правильність своїх тверджень, Форма та умови угод можуть не збігатися з вимогами українського права. Наприклад, призначене для вчинення дій за кордоном доручення, може містити невідомі українському праву повноваження на здійснення суб'єктивних прав: на продаж фірми з усіма її атрибутами, промислового підприємства тощо. Можливим є укладення спадкоємцем договору з майбутнім спадкодавцем про відмову від спадщини.

Вперше у цивільному законодавстві України передбачено захист цивільних прав нотаріусом. Зокрема, згідно зі ст. 18 ЦКУ нотаріус захищає цивільні права шляхом здійснення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, передбачених законом.

Дозволяється засвідчувати справжність підпису громадянина на будь-яких заявах, документах, необхідних для подання до суду або до іншої компетентної установи іноземної держави, для підтвердження обставин, право посвідчення яких за законодавством України належить лише державному органу (час народження, смерті, укладення шлюбу, факт родинних відносин тощо).

У разі звернення громадян, підприємств, установ та організацій щодо оформлення документів, призначених для дії за кордоном, нотаріус повинен сприяти здійсненню їх прав та захисту законних інтересів (ст. 5 Закону України “Про нотаріат” та роз'яснити, що вони вправі звернутися по правову допомогу до адвокатських об'єднань та адвокатів, які спеціалізуються з питань міжнародного права.

Найпоширенішими документами, призначеними для дії за кордоном, є різного роду довідки, зокрема:

- органів РАГС;
- про те, що особа не притягалась в Україні до кримінальної відповідальності, не перебувала під судом і слідством;
- з місця проживання (форма № 3 — неповна);
- медична довідка (форма № 082-у);
- про підтвердження громадянства;
- з місця роботи;
- з місця навчання тощо.

На вимогу акредитованих в Україні дипломатичних представництв, консульських установ іноземних держав нотаріусами в межах їх компетенції можуть оформлятися:

- дозволи батьків на укладення шлюбу їх сина (доньки) з іноземцем;
- дозволи на постійне місце проживання за кордоном;
- дозволи батьків на тимчасовий виїзд неповнолітніх дітей за кордон;
- дозволи (у вигляді заяви) батьків на усиновлення їх дітей і зміну прізвища, ім'я та по батькові тощо.

У тексті оформлюваних нотаріусом документів, наприклад доручення, заява, нотаріусом вказуються посольство або компетентні органи країни, до якої звертається заінтересована особа.

При підготовці документів організаціями, фондами, які займаються оформленням документів для виїзду на відпочинок за кордон неповнолітніх дітей, складаються та посвідчуються в нотаріальному порядку довідки-списки про групи дітей із особами, які їх супроводжують. Тобто нотаріус повинен засвідчити підпис директора організації, фонду. Відповідно до вимог законодавства окремих іноземних країн нотаріально оформлені документи (заяви, довідки, доручення) після нотаріального засвідчення мають пройти консульську легалізацію в оригіналі, після чого здійснюється їх переклад, який також підлягає консульській легалізації. Прізвища, імена та по батькові громадян повинні бути написані повністю із зазначенням місця їх проживання. При засвідченні угод за участю іноземних громадян обов'язковим є наявність їхнього громадянства.

Документи, видані органами РАГС після 1980 р., такі, як:

- свідоцтво про народження;
- свідоцтво про смерть;
- свідоцтво про реєстрацію шлюбу;

- свідоцтво про розлучення;
- свідоцтво про встановлення батьківства;
- свідоцтво про зміну прізвища, ім'я та по батькові;
- довідка про сімейний стан,

повинні пройти легалізацію через управління юстиції в областях і в Міністерстві закордонних справ в оригіналі, і вже після цього нотаріус може засвідчити вірність копії та перекладу цих документів.

Документ, призначений для дії за кордоном, складається українською мовою. На прохання громадян може бути оформлений його переклад на іноземну мову за правилами засвідчення вірності перекладу документа з однієї мови на іншу.

Переклад можна оформляти двома способами:

1) текст перекладу може бути викладений окремо від тексту документа. В такому випадку перекладається весь текст документа, у тому числі посвідчувальний напис нотаріуса. Під текстом перекладу ставиться посвідчувальний напис нотаріуса українською мовою про засвідчення вірності перекладу нотаріусом, якщо він володіє відповідною мовою, або про засвідчення справжності підпису перекладача. Переклад, зроблений на окремому аркуші, пришивається до документа і скріплюється підписом державного нотаріуса та його печаткою;

2) виклад текстів документа та перекладу на одному аркуші. В цьому разі текст документа українською мовою розміщується на лівому боці, а переклад — на правому. Під українським та іноземним текстами нотаріусом ставиться один посвідчувальний напис українською мовою про засвідчення вірності зробленого нотаріусом перекладу чи про засвідчення справжності підпису перекладача.

Якщо нотаріус засвідчує вірність перекладу документа з однієї мови на іншу, текст перекладу викладається на спеціальному бланку нотаріальних документів. Переклад документа, зроблений перекладачем, може бути викладений на папері встановленого формату.

При оформленні документів, призначених для дії за кордоном, нотаріус повинен роз'яснити заінтересованим особам необхідність їх наступної легалізації. Консульською легалізацією, відповідно до Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном, затвердженої Наказом МЗС України від 15 липня 1997 р. № 98-од, є процедура підтвердження дійсності оригіналів офіційних

документів або засвідчення справжності підписів посадових осіб, уповноважених засвідчувати підписи на документах, і встановлення їх відповідності законам України чи держави перебування дипломатичного представництва, консульської установи України.

Легалізація офіційного документа означає перевірку його відповідності чинному законодавству України або держави перебування, встановлення та засвідчення дійсності документа або справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи засвідчила попередній підпис, а також дійсності відтиску штампа, печатки, якими скріплено документ.

Для цього громадянину потрібно особисто або за дорученням звернутися до управління нотаріату та ліцензування юридичної практики Міністерства юстиції України для засвідчення справжності підпису нотаріуса та відтиску його печатки, а потім до Консульського управління Міністерства закордонних справ України.

Слід мати на увазі, що в порядку правонаступництва (Закон України “Про правонаступництво”)¹ на території України є чинними договори, укладені колишнім СРСР, зокрема: з Угорською Народною Республікою — про надання правової допомоги у цивільних, сімейних та кримінальних справах; із Фінляндською Республікою — про правовий захист та правову допомогу в цивільних, сімейних і кримінальних справах; з Алжирською Народною Демократичною Республікою — про взаємне надання правової допомоги; з Республікою Кіпр — про правову допомогу в цивільних та кримінальних справах.

Питання надання правової допомоги між державами — учасницями СНД врегульовано *Конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах*. Україна ратифікувала її з такими застереженнями:

- Україна бере на себе зобов’язання щодо надання правової допомоги в обсязі, передбаченому ст. 6 Конвенції, за винятком визнання і виконання виконавчих написів;
- Україна бере на себе зобов’язання визнавати і виконувати рішення, винесені на територіях держав — учасниць Конвенції, передбачені п. “а” ст. 51 Конвенції, за винятком нотаріальних актів щодо грошових зобов’язань.

¹ ВВР України. — 1991. — № 46. — Ст. 617.

У разі, коли це передбачено міжнародним договором України, кожна із договірних сторін приймає документи без легалізації. Як передбачено ст. 13 Конвенції, документи, які на території однієї з договірних сторін виготовлені або засвідчені установою чи спеціально на те уповноваженою особою в межах їх компетенції і за встановленою формою та скріплені гербовою печаткою, приймаються на території інших договірних сторін без будь-якого спеціального засвідчення. Виходячи з цього, оформлені приватними нотаріусами документи, призначені для дії за кордоном (копії, договори, свідоцтва тощо), через відсутність на них гербової печатки (ст. 26 Закону України “Про нотаріат”) у країнах-учасниках не матимуть юридичної сили. Колізія норм, що виникла в даному випадку, може бути врегульована на підставі ст. 103 Закону України “Про нотаріат”. Якщо міжнародним договором встановлено інші правила про нотаріальні дії, ніж у законодавстві України, то при вчиненні нотаріальних дій застосовуються правила міжнародного договору. Отже, документи, складені, посвідчені або засвідчені приватними нотаріусами в межах їх компетенції, матимуть юридичне значення і доказову силу, зокрема в державах – учасниках СНД, тільки за умови їх консульської легалізації.

Документи, які складено за кордоном за участю іноземних властей або які від них виходять, можуть бути прийняті нотаріусом до розгляду на території України лише у разі їх консульської легалізації в дипломатичних представництвах або консульських установах України в державі перебування, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України (ст. 100 Закону України “Про нотаріат”).

При оформленні документів, призначених для дії за кордоном, нотаріуси повинні враховувати деякі особливості їх складання та оформлення. Зокрема, в текстах доручень, афідевітах тощо, крім прізвища, ім'я та по батькові, які мають бути записані згідно з паспортом, може бути також зазначено, під яким прізвищем, ім'ям громадянин відомий в іноземній державі. Для деяких країн у дорученнях і свідоцтвах про посвідчення факту, що громадянин є живим, крім звичайних реквізитів іноді можуть зазначатися громадянство чи національність, рік і місце народження, сімейний стан, професія тощо.

Дату складання доручення зазначають на початку або в кінці його тексту. Нотаріус вправі посвідчувати доручення незалежно від

терміну його дії або якщо в ньому зазначено, що воно дійсне до його припинення. Документи (листи, фотокартки, квитанції та ін.), що додаються до афідевіту на підтвердження викладених у ньому фактів, підшиваються перед афідевітом. Згідно з вимогами деяких країн наявність цих додатків повинна бути зазначена в посвідчувальному написі.

Іноді вимагається подання двох і більше примірників документа, наприклад доручення. В цьому разі нотаріус вправі посвідчити два доручення однакового змісту. Кожне з них реєструється в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій під самостійним номером. У справах державної нотаріальної контори залишається один примірник доручення, на якому зазначаються відповідно реєстрові номери та сума державного мита.

Іноземним правом може бути передбачено і особливий порядок підписання документів. Так, на дорученнях, заявах та інших документах громадянину необхідно написати у рядок згідно з даними паспорта свої прізвище, ім'я та по батькові у тій послідовності, яка зазначена у тексті документа, а потім розписатися. Наприклад, якщо в тексті документа зазначено: “Мацко Василь Іванович”, то підпис має починатися з прізвища, а потім вказуються ім'я та по батькові. Якщо ж в тексті зазначено “Василь Іванович Мацко”, то підпис має починатися з імені та по батькові. Якщо документ складено двома мовами — українською та іноземною — підпис у зазначеному вище порядку має бути поставлений під обома текстами за шириною аркуша.

Слід мати на увазі, що на дорученні, афідевіті, заяві тощо, призначених для дії в США, Канаді та інших країнах, неписьменний громадянин проставляє під текстом документа три хрести. При цьому мають бути присутні два свідки, які підписуються із зазначенням повністю свого прізвища, ім'я та по батькові.

Законодавством канадської провінції Квебек вимагається, щоб доручення, яке видається на ведення спадкової справи (за умови, якщо воно передбачає реалізацію нерухомого майна), було підписано поряд з особою, яка його видає, також її чоловіком (дружиною). Проте останній в тексті доручення як особа, яку представляють, не згадується.

Нотаріус може вчинити в інтересах громадянина України, якщо це передбачено міжнародним договором за участю України, і таку нотаріальну дію, як розкриття та оголошення заповіту. Порядок вчинення цих дій детально регламентується в листі Міністерства

юстиції України від 29 березня 1994 р. (Законодавство України про нотаріат, Київ, 1994 р., с. 134).

Посвідчувальні написи на документах, складених з урахуванням вимог іноземного права, проставляються, як правило, за формами, передбаченими чинним законодавством (Форми реєстрів для реєстрації нотаріальних дій, нотаріальних свідоцтв, посвідчувальних написів на угодах і засвідчуваних документах, затверджених Наказом міністра юстиції України від 7 лютого 1994 р. № 7/5). Проте деякі документи оформляються без проставлення на них звичайних для українського права посвідчувальних написів. Прикладом є дід, що оформляється для ведення справ із відчуження нерухомості у США. Документ складається англійською мовою на спеціальному друкарському бланку. Особа, від імені якої він оформляється, розписується в певному місці діда. На підтвердження його оформлення розписується і нотаріус та проставляє на ньому відтиск своєї печатки. Посвідчувального напису на діді не проставляють, але до нього додається переклад на українську мову, який підписується особою. Нотаріус проставляє на перекладі посвідчувальний напис про посвідчення діда. Переклад у встановленому порядку скріплюється з дідом.

У такому самому порядку оформляються формуляри для пенсійного забезпечення розписок на отримання грошових сум та звільнених розписок. Якщо особа має намір виїхати за кордон на постійне місце проживання, зазначені документи здаються нею у відповідні організації чи установи за останнім місцем роботи (служби). На підставі даних, які містяться в трудових книжках, військових білетах та інших відповідних документах, на прохання заінтересованих осіб оформлюються довідки встановленого зразка про стаж трудової діяльності або проходження військової служби.

Нотаріус зобов'язаний забезпечити належну культуру оформлення документа. Переклади мають бути надруковані, не допускається написання тексту від руки. На нотаріально оформлюваних документах, призначених для дії за кордоном, прочерки не проставляються.

У разі виявлення порушень при оформленні документів з метою їх подальшої легалізації такі документи повертаються з одночасним вирішенням питання про відшкодування заподіяної з вини нотаріуса шкоди та притягнення його до відповідальності.

6.2. МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ

В одному із звернень Президента України до Верховної Ради можливості інтеграції України у світове співтовариство і суттєва динаміка розвитку її зовнішньоекономічних зв'язків ставляться значною мірою в залежність від того, наскільки правові та інституційні засади зовнішньоекономічної діяльності в Україні відповідатимуть загально визнаним принципам, сформульованим ООН та її спеціалізованими організаціями.

Закон України “Про міжнародний комерційний арбітраж” розроблено саме на підставі моделі Типового закону, прийнятого Комісією ООН з права міжнародної торгівлі та схваленого Генеральною Асамблеєю ООН для можливого використання державами світу.

Динамічно зростаюче значення арбітражних методів регулювання міжнародних комерційних спорів, з одного боку, та наявність значних розбіжностей у законодавстві різних країн, які регулюють діяльність міжнародних комерційних арбітражів, — з іншого зумовлює необхідність узгодження цієї діяльності та забезпечення однакового застосування міжнародно-правових норм на світовому рівні. Відповідно зростає роль найважливіших засобів такого погодження — міжнародного права, міжнародних договорів, угод та інших інструментів міжнародно-правового регулювання комерційного арбітражу.

Міжнародні конвенції, що регулюють комерційний арбітраж, різняться за обсягом їх територіальної дії (всесвітні та регіональні) та сферою застосування (загальні та спеціальні).

До всесвітніх належать Конвенція ООН з визнання та приведення у виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йоркська конвенція 1958 р.) та Конвенція про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (Вашингтонська конвенція 1965 р.).

Регіональними є:

- Європейська конвенція про зовнішньоторговий арбітраж 1961 р., в якій бере участь більшість європейських держав;
- Конвенція про вирішення арбітражним шляхом цивільно-правових спорів, які впливають із відносин економічного та науково-технічного співробітництва (Московська конвенція 1972 р.), що поширювалася на колишні країни — члени РЕВ;

- Міжамериканська конвенція про міжнародний комерційний арбітраж (Панамська конвенція 1975 р.), яку ратифікували 16 держав Північної та Південної Америки.

Міжнародні конвенції загального характеру покликані регулювати питання стосовно будь-яких арбітражних угод, арбітражних процесів та арбітражних рішень, які належать до категорії комерційних. Так, згадані Нью-Йоркська, Європейська, Панамська конвенції є саме такими. Прикладом спеціальної міжнародної конвенції може бути Вашингтонська конвенція 1965 р. про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, яка регулює тільки спеціалізований арбітраж, покликаний вирішувати лише інвестиційні спори.

МІЖНАРОДНІ ДОКУМЕНТИ НОРМАТИВНОГО ХАРАКТЕРУ

Конвенція ООН про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (Нью-Йоркська конвенція). Женевський протокол 1923 р. та Женевська конвенція 1927 р. заклали підвалини сучасного міжнародного регулювання комерційного арбітражу. Їх основні положення продовжено та розвинуто з урахуванням накопиченого досвіду в нових умовах у Конвенції про визнання та приведення у виконання іноземних арбітражних рішень — Нью-Йоркська конвенція 1958 р. (далі — Конвенція) — найбільш всеосяжній міжнародній угоді про міжнародний комерційний арбітраж.

У розробленні Конвенції суттєву роль відіграла Міжнародна торгова палата, виступивши її ініціатором та технічним організатором (разом з Економічною та Соціальною радами ООН). Ініціативи Міжнародної торгової палати в цьому плані є одним із найважливіших її досягнень, що підтвердило велике значення таких міжнародних організацій в розвитку та вдосконаленні арбітражної практики.

Конвенцію було укладено 10 червня 1958 р. Україна підписала її 29 грудня 1958 р. і ратифікувала 22 серпня 1960 р. В Указі Верховної Ради Української РСР з цього приводу зазначалося: “Затверджену Радою Міністрів Української РСР та подану на ратифікацію Конвенцію про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень,

підписану представниками Української РСР у Нью-Йорку 29 грудня 1958 року, ратифікувати.” При цьому Президія Верховної Ради Української РСР зробила таку заяву: “Українська Радянська Соціалістична Республіка прийматиме положення цієї Конвенції стосовно арбітражних рішень, винесених на території держав, які не є учасниками Конвенції, тільки на умовах взаємності”

Укладення Конвенції було значним кроком вперед порівняно з Женевськими документами 1923 і 1927 років. Вона передбачала простіший та ефективніший порядок визнання та виконання арбітражних рішень, винесених на території країн — учасниць Конвенції.

Розширилася і сфера дії Конвенції порівняно з Женевським протоколом 1923 р.: вона стосується визнання та приведення у виконання арбітражних рішень, “винесених на території держави, іншої, ніж та, де запитуються визнання та приведення у виконання таких рішень”, а також арбітражних рішень, “які не вважаються внутрішніми в тій державі, де запитуються їх визнання та приведення у виконання” (ст. 1). Таким чином, на відміну від Женевського протоколу 1923 р., у Конвенції не зазначено, що сторони арбітражної угоди повинні підпорядковуватися юрисдикції різних держав.

Відповідно до Конвенції держави, що домовляються, визнають письмові угоди про передання до арбітражу як існуючих спорів, так і тих, які можуть виникнути у майбутньому. Суд держави — учасниці Конвенції зобов’язаний у разі одержання позову зі спору, стосовно якого сторони уклали арбітражну угоду, направити їх в арбітраж, “якщо не виявить, що згадана угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана”. При цьому Конвенція дає визначення письмової угоди про арбітраж, під якою розуміють арбітражне застереження в договорі чи арбітражну угоду, підписану сторонами, або яка міситься в обміні листами чи телеграмами.

Статті 3–6 Конвенції присвячені безпосередньо визнанню та приведенню у виконання іноземних арбітражних рішень. У них передбачено, що ці рішення виконуються на основі процесуальних норм тієї держави, де запитуються визнання та приведення їх у виконання. Отже, цей порядок є неоднаковим у різних країнах. Проте єдиними для всіх учасників Конвенції є підстави, на яких у визнанні та приведенні у виконання рішення може бути відмовлено. Пункт 1 ст. 5 передбачає п’ять основних підстав, що на них може посылатися сто-

рона, проти якої спрямоване рішення. Вони стосуються переважно процесуальних порушень. Дві додаткові підстави (п. 2 ст. 5) надають право відмовляти у визнанні та приведенні рішення у виконання з ініціативи самого суду.

Конвенція допускає приєднання до неї з одним чи обома застереженнями, які містяться в п. 3 ст. 1. Перше застереження передбачає визнання та приведення у виконання тільки тих арбітражних рішень, які винесено на території іншої держави — учасниці Конвенції. Як зазначено вище, Україна ратифікувала Конвенцію із заявою про те, що застосовуватиме її щодо арбітражних рішень, винесених на території держав, які не є учасниками Конвенції, тільки на умовах взаємності. Фактично це означає приєднання до Конвенції із першим застереженням.

Друге застереження (так зване комерційне) поширюється на застосування Конвенції тільки до тих правовідносин, які вважаються комерційними (в офіційному російському тексті Конвенції — торговими) за законодавством тієї країни, яка робить таке застереження.

Єдиного загальноприйнятого визначення терміна “комерційний” не існує. Типовий закон ЮНСІТРАЛ дає в коментарі до п. 1 ст. 1 таке його тлумачення: “Термін “комерційний” слід тлумачити широко, з тим, щоб він охопив питання, які впливають з усіх відносин комерційного характеру, як договірних, так і позадоговірних”¹.

Відносини комерційного характеру передбачають, але не обмежуються ними, такі угоди:

- будь-які торговельні угоди про поставку товарів чи послуг або про обмін товарами чи послугами;
- угоди про дистрибуції, торговельне представництво або агентські відносини, факторинг, лізинг, будівництво об’єктів, надання консультаційних послуг, інжиніринг, ліцензування, інвестування, фінансування, банківські послуги, страхування;
- угоди з експлуатації або концесії, спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва;
- перевезення товарів або пасажирів у повітрі, морем, залізницею або автомобільними шляхами.

Нью-Йоркська конвенція замінила собою дію Женевського протоколу 1923 р. та Женевської Конвенції 1927 р. у відносинах між дер-

¹ Типовий закон ЮНСІТРАЛ (Нью-Йорк, 11–12 квітня 1998 р.).

жавами — учасницями обох конвенцій і Протоколу (п. 2 ст. 7). До Нью-Йоркської конвенції на цей час приєдналися фактично всі держави, які відіграють хоч більш-менш помітну роль у світовій торгівлі.

На підставі аналізу Конвенції можна дійти таких висновків:

1) у системі нормативних матеріалів стосовно арбітражного процесу Конвенція є найповнішою всеосяжною угодою щодо міжнародного комерційного арбітражу;

2) ініціатива та активна участь Міжнародної торгової палати в її розробленні та ухваленні свідчать про надзвичайно важливу роль недержавних міжнародних організацій у становленні та розвитку міжнародних і національних арбітражних закладів;

3) Конвенція не тільки регулює питання прийняття, визнання та виконання арбітражних рішень, як зазначено в її назві, а й розв'язує низку інших питань арбітражного процесу, наприклад дійсності арбітражних угод;

4) важливим є значення Конвенції як міжнародно-правового документа, який сприяв подальшому зростанню ролі та авторитету міжнародного комерційного арбітражу. Широке застосування Нью-Йоркської конвенції сприяло швидкому розвитку міжнародного арбітражу в наш час.

Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. Ця Конвенція належить до міжнародно-правових інструментів, які істотно сприяють підвищенню ефективності правового регулювання комерційного арбітражу. Конвенцію було розроблено під егідою та за організаційної участі Європейської економічної комісії ООН та підписано в Женеві 21 квітня 1961 р. (текст її див. у [126]).

З преамбули Конвенції випливає, що її метою є сприяння розвитку європейської торгівлі шляхом усунення, по можливості, деяких труднощів у функціонуванні зовнішньоторгового арбітражу, стосунках між фізичними та юридичними особами різних європейських країн. У даному разі важливими є два моменти:

1) Конвенція називається “Європейською” та належить, на думку дослідників, до категорії регіональних договорів, але учасниками її є держави неєвропейського регіону (Куба і Буркуна-Фасо);

2) у Конвенції йдеться про “фізичних та юридичних осіб”, але не згадуються держави. Таким чином, вона не передбачає можливості безпосереднього звернення фізичних або юридичних осіб з позовом

до держави як такої, тобто як до суб'єкта міжнародного публічного права. Це положення не слід плутати з формулюванням ст. 2, в якій передбачено можливість звернення юридичних осіб публічного права до арбітражу.

Багато положень Конвенції були сприйняті в національних арбітражних законах та регламентах. (Нижче розглядатиметься діяльність Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України та Міжнародного комерційного арбітражного суду Міжнародної торгової палати щодо принципів та правил міжнародних конвенцій.)

Конвенція має деякі недоліки та недоробки, наприклад наявність надмірних технічних подробиць, але вони суттєво не впливають на оцінку її в цілому. Тим більше, що вони були зазначені практично відразу ж, і 17 грудня 1962 р. у Парижі підписано угоду щодо застосування Європейської конвенції про зовнішньоторговий арбітраж. Вона замінила найбільш критиковану частину Конвенції (пункти 2–7 ст. 4, передбачаючи складну процедуру призначення арбітра (арбітрів), якого (яких) не вистачає, та вирішення низки інших процесуальних питань) вказівкою на передання будь-яких труднощів, що виникають у зв'язку зі створенням або функціонуванням арбітражу, на вирішення компетентного органу на прохання сторони, яка порушує провадження¹.

Як зазначалося, Конвенція передбачає для юридичних осіб публічного характеру можливість укладати арбітражні угоди (хоч країни, які домовляються, вправі заявляти про обмеження такої можливості). Проте у відносинах між державами — учасницями Конвенції вона усуває можливість відмови сторони від участі в арбітражному розгляді з мотивів заборони державним підприємствам та організаціям укладати арбітражні угоди.

Європейська конвенція вирішує також низку інших питань: порядок подання заяви про відсутність у складі арбітражу компетенції для розгляду спорів; взаємодії арбітражу та суду; вибору права, що застосовується; вимоги до арбітражного рішення, а також наслідки відміни його судом в місці винесення рішення. В останньому випадку Європейська конвенція обмежує застосування п/п b п. 1 ст. 5 Нью-

¹ Угода про застосування Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж. Публ. МТП. — Париж. — С. 8.

Йоркської конвенції тільки підставами, передбаченими в п. 1 ст. 9, які зводяться до процесуальних порушень і перевищення арбітрами своїх повноважень. Питання визнання та приведення у виконання іноземних арбітражних рішень Європейською конвенцією не розглядаються.

Конвенція про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (Вашингтонська конвенція 1965 р.). Залучення у світові економічні відносини колишніх колоніальних країн зумовило виникнення багатьох проблем, у тому числі пов'язаних з вирішенням спорів у тих випадках, коли інвестори із індустриально розвинутих держав вкладали свої капітали в економіку країн, що розвиваються, Азії, Африки та Латинської Америки. Останні, всупереч бажанням іноземних інвесторів, наполягали на розгляді всіх спорів у своїх національних судах, часто відмовляючись від внесення в договори умов про арбітраж у межах постійних арбітражних закладів, наприклад Міжнародної торгової палати. Згодом при виникненні спору уряди цих країн не визнавали юрисдикцію арбітражу, посилаючись на державний імунітет або на неприпустимість з позиції національного права участі держави або її органу в арбітражному розгляді.

Інтереси захисту іноземних інвестицій висунули на порядок денний питання про необхідність підготовки та підписання відповідного багатостороннього документа. Це завдання взяв на себе Міжнародний банк реконструкції та розвитку (нині Світовий банк). Конвенція про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними юридичними особами (Вашингтонська конвенція 1965 р.) була відкрита для підписання 18 березня 1965 р. і набула чинності 14 жовтня 1966 р.

Конвенція передбачала заснування у Вашингтоні Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (International Center for Settlement of Investment Disputes — ICSID), визначила його структуру, юрисдикцію, а також правила процедур, що застосовуються, та арбітражу, який здійснюється в його межах.

Ця Конвенція застосовується тільки для вирішення спорів, пов'язаних з інвестиційною діяльністю, за наявності відповідної арбітражної угоди і лише в тому разі, якщо однією із сторін є держава, державне утворення або державний орган, а другою — інвестор (фізична або юридична особа) з іншої держави. Хоч визначення поняття “інвестиції” у

Вашингтонській конвенції не дається, на практиці воно охоплює як прями капіталовкладення, так і надання послуг та технологій.

Конвенція виключає звернення для вирішення спорів в національні суди сторін та посилання на державний імунітет. Рішення, винесене в межах ICSID, є остаточним та зобов'язуючим і повинно бути визнане та приведене до виконання компетентним органом держави-учасниці без будь-яких додаткових перевірок так, якби воно було остаточним рішенням суду цієї країни (п. 1 ст. 54).

Регулюється питання створення та діяльності складу арбітражу в межах ICSID, встановлено межі його компетенції, порядок винесення рішень, а також його інтерпретації, перегляду та анулювання. ICSID — самодостатня система, що виключає будь-які звернення в суди або інші органи, крім вимог про виконання рішень. Саме тому Вашингтонська конвенція передбачила унікальну в практиці міжнародного комерційного арбітражу систему внутрішнього контролю: сторона, яка програла справу, має право звернутися до Генерального секретаря ICSID з клопотанням про анулювання рішення. Вимога ця може базуватися тільки на суворо визначених підставах (насамперед процесуальних порушеннях), і для її розгляду створюється спеціальний комітет, який вправі скасувати рішення повністю або частково (ст. 52).

Україна ратифікувала Конвенцію 16 березня 2000 р.¹ За кількістю учасників (до 140) Вашингтонська конвенція перевершує навіть Нью-Йоркську конвенцію. Спеціалісти пов'язують такий успіх передусім зі Світовим банком та його впливом на уряди багатьох країн.

Міжамериканська конвенція про міжнародний комерційний арбітраж (Панамська конвенція 1975 р.). Латиноамериканські країни найбільш обережно ставляться до міжнародного комерційного арбітражу. Протягом тривалого часу більшість із них відмовлялася брати участь у багатосторонніх міжнародних угодах, таких, як Женевські угоди 1923 та 1927 рр. і Нью-Йоркська конвенція 1958 р. Проте інтереси економічного розвитку та розширення економічних зв'язків вимагають від держав цього регіону зміни політики стосовно арбітражу. 30 січня 1975 р. у Панамі було підписано Міжамериканську конвенцію про міжнародний

¹ Закон України “Про ратифікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними громадянами” (ВВР України. — 2000. — № 21. — Ст. 161).

комерційний арбітраж, яку на сьогодні підписали 19 та ратифікували 16 держав.

Панамська конвенція передбачає дійсність угод про передання до арбітражу будь-яких розбіжностей, які можуть виникнути або виникли у зв'язку з будь-якою комерційною угодою, за умови що ця угода зафіксована у письмовій формі (ст. 1).

Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності. Укладена у Києві 20 березня 1992 р. Складається із преамбули та 13 статей¹.

У преамбулі показано важливе значення розвитку співробітництва країн СНД у галузі вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності між суб'єктами, які перебувають в різних державах — учасницях СНД. Найважливішою метою Угоди є забезпечення всім суб'єктам господарювання однакових можливостей для захисту їх прав та законних інтересів. Угода регулює вирішення спорів як із договірних, так і з інших цивільно-правових відносин між суб'єктами господарської діяльності, їх стосунків з державними та іншими органами (ст. 1). У цій статті також зазначено регулятивну роль Угоди у виконанні рішень за цими справами.

Важливим щодо забезпечення мети, яка ставиться в преамбулі Угоди, є положення ст. 3, яким встановлюються взаємні рівні права суб'єктів господарювання кожної із країн СНД, — користуватися на території іншої держави правовим і судовим захистом своїх майнових прав та законних інтересів на тих самих умовах, що і суб'єкти господарської діяльності цієї країни. Відповідно до ч. 2 ст. 3 Угоди суб'єкти кожної держави мають на території інших держав СНД право на безперешкодне звернення до суду, арбітражних і господарських судів, третейських судів та в інші органи, до компетенції яких належить вирішення справ відповідно до ст. 1 (в Угоді такі заклади називаються “компетентними судами”), можуть виступати в них, заявляти клопотання, подавати позови та чинити інші процесуальні дії.

В Угоді визначено умови повноважень компетентного суду держав СНД. Компетентний суд має право розглядати вказані в ст. 1 Угоди спори, якщо на території держави — учасниці СНД:

¹Текст угоди див. у [126].

- відповідач мав постійне місце проживання або місцезнаходження на день подання позову. Якщо у справі беруть участь кілька учасників, які перебувають на території різних держав — учасниць СНД, то справа може розглядатися за місцем перебування будь-кого із відповідачів за вибором позивача;
- здійснюються торговельна, промислова або інша господарська діяльність підприємства (філії) відповідача;
- виконано або повинно бути повністю чи частково виконано зобов'язання за договором, яке є предметом спору;
- мали місце дія або інша обставина, які стали підставою для вимоги про відшкодування збитків;
- має постійне місце проживання або місцезнаходження позивач у справі про захист ділової репутації;
- перебуває контрагент-постачальник або підрядник надає послуги (виконує роботу), і спір стосується укладення, зміни та скасування договорів.

Разом із визначенням конкретних умов повноважень компетентних судів в Угоді зазначено (і в цьому є її специфічна особливість), що вони можуть розглядати справи і в інших випадках, якщо про це є письмова згода сторін про передання спору на розгляд цьому суду. Саме в цьому положенні Угоди виявляється правовий простір для волевиявлення країн СНД.

У п. 3 цієї ж статті частково відображено колізійну прив'язку, характерну для національного законодавства країн СНД, — позови суб'єктів господарської діяльності про право власності на нерухоме майно розглядаються виключно судами держави — учасниці СНД, на території якої знаходиться майно.

Відповідно до п. 4 ст. 3 Угоди справи про визнання недійсними повністю або частково актів державних або інших органів, що не мають нормативного характеру, а також про стягнення збитків, нанесених суб'єктам господарської діяльності такими актами, чи зумовлених неналежним виконанням таким органом своїх зобов'язань стосовно суб'єкта господарської діяльності, розглядаються виключно судом за місцем розташування цього органу.

В Угоді передбачено положення про надання взаємної правової допомоги компетентними судами та іншими органами країн СНД (ст. 6). У цій статті регламентовано прийняття без будь-якого спеціального засвідчення країнами СНД документів, виданих та

засвідчених належним чином на території однієї із держав-учасниць. Це звільняє сторони від процедури легалізації документів і сприяє спрощенню системи доведення фактів, які мають істотне значення для розгляду справ при вирішенні спорів між суб'єктами господарської діяльності країн-учасниць.

Юристам-практикам відомо, що найголовнішим етапом у вирішенні спорів між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є визнання та виконання прийнятих судових рішень. Тому дуже важливими у практичній діяльності є положення ст. 7–8 Угоди про взаємне визнання та виконання державами — учасницями Співдружності рішень компетентних судів, які набули чинності. Рішення, винесені компетентним органом однієї держави — учасниці СНД в частині накладання стягнення на майно відповідача, підлягають виконанню на території іншої держави-учасниці органами, призначеними судом або зазначеними законодавством тієї держави. Норма ст. 11 Угоди визначила правила застосування цивільного законодавства однієї держави СНД на території іншої держави-учасниці.

Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності має велике значення:

- укладення Угоди є суттєвим позитивним моментом у поширенні правового поля країн СНД, що сприяє розвитку торгової взаємодії між ними, а також забезпечує однакове застосування судової практики та процедури вирішення спорів між суб'єктами господарської діяльності країн Співдружності;
- Угода — важливий міжнародно-правовий інструмент регулювання відносин держав у галузі арбітражної справи.

Водночас спроба об'єднати в одному правовому договорі принципи і правила різних правових систем є не зовсім вдалою. Угода містить положення, що базуються на принципах як волевиявлення держав, так і автономії волевиявлення сторін¹.

Наявні такі недоліки її застосування:

- Угода не заповнила прогалину в регулюванні міжнародних договорів країн-учасниць, специфічних питань арбітражного механізму;

¹ Угода виходить із можливості арбітражного розгляду без погодження сторін спору про передавання його до арбітражу та без вибору сторонами конкретного арбітражу.

- порядок приведення у виконання рішення, винесеного судом держави — учасниці Угоди, за відсутності заперечень з боку відповідача має спрощений характер. Це зумовлено тим, що судові рішення і видані на його основі документи не потребують будь-якої процедури визнання в державі — учасниці СНД [227];
- Угода не встановлює обов'язкового судового провадження із визнання іноземного судового рішення компетентним судом. Навпаки, ст. 9 передбачає судові провадження за відмову у виконанні рішення і закріплює перелік доказів, які повинні бути надані для такої відмови стороною, проти якої спрямоване рішення [139]. Проте цю точку зору не поділяють деякі правознавці (Н. Клейн, Н.Малишева [165]), а також правозастосовчі органи багатьох держав СНД [57].

МІЖНАРОДНІ ДОКУМЕНТИ НЕНОРМАТИВНОГО ХАРАКТЕРУ

Розглядаючи міжнародне регулювання комерційного арбітражу, крім наведених вище міжнародних конвенцій слід обов'язково згадати деякі документи ненормативного характеру, які значно впливають на міжнародний комерційний арбітраж у всьому світі. Вони пов'язані з діяльністю комісії ООН з права міжнародної торгівлі (далі в тексті роботи — UNCITRAL, ЮНСІТРАЛ) та інших міжнародних організацій та закладів.

Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ 1976 р¹. Нью-Йоркська конвенція 1958 р. не ставила за мету врегулювання у деталях усіх аспектів арбітражного розгляду. В інституційному арбітражі цю роль виконують регламенти відповідних арбітражних закладів. Що ж стосується арбітражу “ad hoc” (арбітражу, створюваного “на цей випадок”, для вирішення конкретного спору і не пов'язаного з будь-яким арбітражним закладом), то ніяких єдиних правил процедури в цій галузі до недавнього часу не існувало. Заповнити прогалину повинен був Арбітражний регламент, підготовлений Комісією ООН з права

¹ Схвалений Генеральною Асамблеєю ООН 15 липня 1976 р. Текст Регламенту див. : Документи ООН.— № Е 77.— С. 6.

міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ). Основною метою було розроблення такого регламенту, який був би прийнятний для сторін із держав, різних за соціальною орієнтацією та рівнем економічного розвитку, що належать до різних правових систем.

Комісія працювала протягом трьох років у контакті з провідними арбітражними закладами світу, і 28 квітня 1976 р. підготовлений нею проект було прийнято 9-ю сесією ЮНСІТРАЛ. 15 грудня 1976 р. Генеральна Асамблея ООН одногослосно ухвалила резолюцію № 31/98, в якій зазначила цінність арбітражу як методу регулювання спорів у світовій торгівлі та рекомендувала використання Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ для регулювання міжнародних економічних спорів.

У Резолюції 31/98, прийнятій Генеральною асамблеєю ООН 15 грудня 1976 р., зазначено, що, визнаючи цінність арбітражу як методу регулювання спорів, пов'язаних з міжнародними торговельними угодами, та доцільність розроблення регламенту для спеціального арбітражу, який був би прийнятний для країн з різними правовими, соціальними та економічними системами, з метою гармонізації міжнародних економічних відносин Генеральна Асамблея рекомендує використовувати Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (далі – Регламент) при регулюванні таких спорів шляхом посилань на Регламент у комерційних контрактах.

Регламент, на відміну від інших міжнародних регламентів, містить універсальні правила арбітражної процедури, які характеризують її як відносно завершене процесуальне провадження.

Відповідно до ст. 1 Регламенту, яка визначає сферу його застосування, якщо сторони в договорі погодили, що спори, які стосовно цього договору передаватимуться на розгляд в арбітраж згідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ, такі спори повинні вирішуватись відповідно до Регламенту з тими змінами, про які сторони можуть домовитися у письмовій формі¹. Регламент регулює арбітражний розгляд, за винятком випадку, коли будь-яке із його правил суперечить нормі застосованого права, від якого сторони не можуть відступати (тоді застосовується ця норма закону). Слід додати, що Регламент, як видно із зазначеної Резолюції та його змісту, розроблено для спеціального арбітражу, тобто арбітражу “ad hoc”, але він не стосується правил процедури в інституційних арбітражах.

¹ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 31/98. Документ ООН А/40/17.

Згідно зі ст. 15 Регламенту арбітраж може здійснити арбітражний розгляд справи так, як він вважає за потрібне, за умови рівного ставлення до сторін і надання кожній із них на будь-якій стадії процесу всіх можливостей для викладу своєї позиції. В цій статті, яка має загальний, але принциповий характер, закріплено найбільш значущий момент процесуальної форми, який виявляється в інших інститутах арбітражного провадження (повідомленнях, обчисленні термінів, представництві, відводах, позові, доказах та ін.). Суттєвим є те, що процесуальна рівність сторін в арбітражному провадженні забезпечує юридичну чинність арбітражного рішення, можливість його виконання. Відповідно до ст. 32 Регламенту арбітражне рішення викладається у письмовій формі і є остаточним та обов'язковим для обох сторін.

Водночас Регламент закріплює правила процедури, в основу яких покладено класичні елементи цивільної процесуальної форми позовного провадження. Універсальність Регламенту виявляється й у тому, що він передбачає механізм безумовного виконання арбітражної угоди. Окремі положення Регламенту передбачають порядок призначення арбітрів і дозволяють формувати склад арбітражу, коли сторони не визначили його при укладенні арбітражної угоди та після цього (ст. 6–8).

Механізм безумовного здійснення арбітражної угоди передбачає також визначення “компетентного органу” для призначення арбітрів. Якщо сторони не дійшли згоди щодо вибору арбітрів, то останні призначаються компетентним органом за узгодженням сторін. Якщо вибір компетентного органу не було погоджено або компетентний орган відмовляється діяти чи не призначає арбітра, будь-яка із сторін може просити Генерального секретаря Постійного третейського суду в Гаазі призначити компетентний орган для виконання передбачених регламентом функцій.

Визначений Регламентом механізм здійснення арбітражної угоди дає змогу використовувати його при узгодженні сторонами мінімальних умов про арбітраж. Регламент передбачає типові арбітражні застереження про те, що будь-який спір, розбіжність або вимога, які спричинені цим договором або стосуються його порушення, припинення чи недійсності, вирішуватимуться в арбітражі відповідно до чинного на цей час Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ.

Регламент визначає також інші функції “компетентного органу”: вирішення питань про відвід арбітра (ст. 12, 13), консультативні функції при визначенні розміру гонорару арбітражного суду (ст. 39) та авансів на покриття судових витрат (ст. 41).

Досвід створення модельного регламенту виявився досить успішним — вже через короткий час після його прийняття провідні арбітражні заклади заявили про свою готовність бути компетентним органом (як, наприклад, Міжнародна торгова палата) або навіть на вимогу сторін організовувати арбітражі відповідно до Регламенту (Лондонський міжнародний арбітражний суд, Американська арбітражна асоціація).

Регламент у досить короткий термін набув значного поширення у всьому світі, причому іноді його застосування відбувалося у непередбачених напрямках, наприклад використання його як регламенту постійно діючого арбітражного закладу з внесенням в текст низки змін і доповнень. Нагадаємо, що метою Регламенту було саме регулювання арбітражів “ad hoc”, але ніяк не інституційного арбітражу.

ЮНСІТРАЛ влітку 1982 р. прийняла на своїй 15-й сесії документ під назвою “Рекомендації Комісії ООН з права міжнародної торгівлі на допомогу арбітражним закладам та іншим заінтересованим організаціям щодо арбітражу, який здійснюється відповідно до Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ”. Зазначаючи, що істотне поширення Регламенту є позитивною тенденцією, комісія звернула увагу на помилки в його використанні та зумовлені цим проблеми і надала рекомендації щодо їх уникнення та підвищення ефективності Регламенту. В цілому рекомендації є цікавими як доказ швидкого розвитку міжнародного комерційного арбітражу після прийняття Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ¹.

Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985². Прийнятий Комісією ООН з права міжнародної торгівлі 21 червня 1985 р. під час закриття 18-ї щорічної сесії Комісії. Генеральна Асамблея ООН у своїй резолюції № 40/72 від 11 грудня 1985 р. рекомендувала всім державам взяти до уваги цей Закон, враховуючи доцільність однакового застосування закону про арбітражні

¹ UNCITRAL, doc, № 6/15. — 5.06.82.

² Типовий Закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж. Документ ООН А/40/17.

процедури та конкретні потреби практики міжнародного торгового арбітражу.

Необхідність розроблення та прийняття Типового закону була зумовлена відсутністю однакового застосування Нью-Йоркської конвенції, в тому числі в підходах національних судів до виконання арбітражних рішень. Арбітражне законодавство деяких країн безнадійно застаріло, інших — мало значні прогалини, треті орієнтувалися переважно на практику внутрішнього арбітражу і, відповідно, застосовували до міжнародного арбітражу місцеві критерії. Загалом національні закони про арбітраж навіть двох сусідніх країн значно різнилися і зумовлювали проблеми як для арбітрів, так і для сторін, що обмежувало права та інтереси останніх та позначалося на функціонуванні арбітражу.

Усунути недосконалість національних законів, зблизити їх, наскільки це можливо, та уніфікувати повинен Типовий закон ЮНСІТРАЛ (далі — Типовий закон). Метою його є гармонізація та уніфікація національних законодавств, що може бути з успіхом досягнуто шляхом прийняття модельного закону, який дає державам більшу свободу при підготовці їх власних законів про арбітраж. Сам по собі Типовий закон не має прямої дії в національній системі законодавства певної держави. Він може використовуватися тільки як зразок при розробленні арбітражного законодавства в конкретній країні.

Завданням Типового закону є вирішення проблем, пов'язаних із сучасним станом національних законів про арбітраж. Внутрішні закони часто не можуть застосовуватися в міжнародних справах внаслідок існування між ними значних розбіжностей. Типовий закон виконує такі функції:

- рекомендує правовий режим для міжнародного торгового арбітражу в межах відповідного національного законодавства і з цією метою чітко визначає поняття “міжнародний арбітраж”, дає інтерпретацію терміна “комерційний”, щоб допустити до розгляду в арбітражі максимально широке коло спорів;
- розмежовує функції судів із сприяння арбітражу та здійснення його контролю;
- розширює поняття “письмова угода”, закріплює принцип відокремленості арбітражного застереження від основного договору;

- законодавчо закріплює основний принцип арбітражного розгляду справи;
- розширює можливості сторін у виборі права для застосування у розв'язанні спору;
- зазначає ухвалення рішення більшістю голосів арбітрів;
- встановлює підстави для відміни арбітражного рішення у місці його винесення та заповнює таким чином прогалини в ст. 5 Нью-Йоркської конвенції.

Відповідно до ст. 1 Типового закону сферою його застосування є міжнародний комерційний арбітраж за умови дотримання будь-якої угоди між цими державами або якоюсь іншою державою (державами). Положення цього закону застосовуються тільки в разі розташування місця арбітражу в цій державі. Арбітраж є міжнародним, якщо комерційні підприємства сторін арбітражної угоди в момент її укладання розташовані в різних державах або одне із наведених нижче місць знаходиться за межами держави, в якій сторони мають свої комерційні підприємства: місце арбітражу, місце, де повинна бути виконана значна частина зобов'язань або з яким найбільше пов'язаний предмет спору.

Більшість норм Типового закону має диспозитивний характер, що дає можливість сторонам за своєю згодою встановлювати інші правила процедури (п. 1 ст. 19). Закон закріплює поняття і форму арбітражної угоди.

Станом на 2003 р., за даними ЮНСІТРАЛ, він був у незмінному вигляді або з незначними модифікаціями прийнятий в 30 державах, таких різних, як, наприклад, Австралія, Болгарія, Іран, Єгипет, Нігерія, та Росія. Крім суверенних держав його прийняли деякі штати США (Каліфорнія, Коннектикут, Техас), Британська Колумбія в Канаді, Шотландія в межах Великобританії, Макао та Гонконг в Китаї. Типовий закон суттєво вплинув на нове арбітражне законодавство Іспанії, Нідерландів, Швейцарії, а також англійський Арбітражний закон 1996 р.

У главі II Типового закону йдеться про арбітражну угоду, в тому числі про її визнання судами. Ці положення тісно пов'язані зі ст. 11 Конвенції про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йоркська конвенція 1958 р.). Важливе значення для з'ясування положень Типового закону має коментар ЮНСІТРАЛ щодо організації арбітражного розгляду спорів.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ НОРМИ І СТАНДАРТИ У МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ АРБІТРАЖАХ

Міжнародний комерційний арбітражний суд: поняття та термінологія. Термін “арбітраж” (арбітражний суд, арбітражний процес, арбітражні процедури) загальноновизнаний і повсюдно використовується, але однозначного його тлумачення немає. В Україні до останнього часу цей термін застосовувався для позначення судових органів різної правової природи: судів, які належать до державної судової системи, та приватних (недержавних) судів. І тільки нещодавно з перейменуванням так званих арбітражних судів України на “господарські” ця ситуація змінилася.

Деяка невизначеність виникає через позначення арбітражного суду терміном “третейський суд”. Річ у тім, що в міжнародному публічному праві під третейським судом часто розуміють відому людству з часів Давньої Греції та Давнього Риму форму мирного урегулювання міждержавних конфліктів як альтернативу їх військовому вирішенню. Іноді термін “третейський суд” вживається в значенні форми і засобу врегулювання між сторонами не правових, а “технічних” питань, пов’язаних з виконанням цивільно-правових угод. Такий суд характеризувався як “квазітретейський суд”, оскільки його рішення не підлягають виконанню в порядку, встановленому для виконання рішень з правових спорів. Це рішення спору на підставі експертної оцінки. Терміном “третейський” нині часто позначають також суд, який на підставі угоди сторін розглядає правові спори, підвідомчі, за відсутності такої угоди, державним судам. Саме тому третейський розгляд справ називають також “альтернативною” (стосовно державних судів) формою розгляду спорів.

Таким чином, у вітчизняному законодавстві та в науковій літературі терміни “арбітражний” та “третейський” в застосуванні до суду є синонімами, що можуть використовуватися як взаємозамінювані.

Визнання арбітражного суду національним або міжнародним залежить від того, чи належить йому право розгляду спорів з іноземним елементом (сторони, предмет позову, факти, з яких правовідносини виникли). Відповідно до ст. 1 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін можуть передаватися спори, пов’язані з договір-

ними та іншими цивільно-правовим відносинами, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін розташоване за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями та міжнародних об'єднань і організацій, створених на території України, між собою, між їх учасниками й з іншими суб'єктами права України.

Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. Взаємодія принципів міжнародного права та регламентованих у міжнародних документах уніфікованих правил процедури розглядається нами на прикладі Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України (далі — МКАС при ТПП України) та Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торгової палати (МАС МТП).

У законі України “Про міжнародний комерційний арбітраж” зазначено, що в ньому враховано положення про арбітраж, які містяться в міжнародних договорах України, а також в Типовому законі, прийнятому в 1985 р. Комісією ООН з права міжнародної торгівлі та схваленому Генеральною Асамблеєю ООН для можливого застосування державами у своєму законодавстві [126]. Ці положення відображено також в Регламенті МКАС при ТПП, який здебільшого урядковоє положення Типового закону ЮНСІТРАЛ.

В Україні існують два постійно діючі міжнародні арбітражні суди: МКАС при ТПП та Морська арбітражна комісія (МАК) при ТПП. Перший, відповідно до Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж”, є самостійною, постійно діючою арбітражною установою (третейським судом). Торгово-промислова палата України затверджує Регламент МКАС при ТПП, порядок обчислення арбітражного збору, ставки гонорарів арбітрів та інші витрати суду, сприяє його діяльності.

Згідно з частиною першою ст. 1 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” від 24 лютого 1994 р. № 4002-ХІІ (далі — Закон) цей Закон застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу розташоване на території України. Закон також передбачає, що положення про арбітражну угоду і пред'явлення позову за суттю спору в суді, про заходи забезпечення позову, про визнання і приведення у виконання арбітражного рішення, а також про підстави для відмови у визнанні або приве-

денні у виконання арбітражного рішення застосовується і в тих випадках, коли місце арбітражу розташоване за кордоном. Наведені положення також є типовими і застосовуються в міжнародній арбітражній практиці.

Слід враховувати, що не кожен цивільно-правовий спір за участю українського суб'єкта може бути направлений у МКАС при ТПП. Відповідно до регламенту МКАС сторони можуть вирішити, звернувшись до суду, такі категорії спорів:

1. Спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін розташоване за кордоном. При цьому під зовнішньоторговельними та іншими видами міжнародних економічних зв'язків мають на увазі:

- купівлю-продаж (поставку) товарів;
- виконання робіт, надання послуг;
- обмін товарами, обмін послугами;
- перевезення вантажів і пасажирів;
- відносини торгового представництва і посередництва, оренди, лізингу;
- науково-технічний обмін, обмін іншими результатами творчої діяльності;
- спорудження промислових та інших об'єктів, ліцензійних операцій, інвестицій, кредитно-розрахункових операцій;
- страхування, спільного підприємництва, інших форм промислової та підприємницької кооперації.

2. Спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, між їх учасниками та з іншими суб'єктами права України.

Порядок оформлення угоди сторін про передання спору на розгляд до МКАС при ТПП. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., як і чинне законодавство України, містить термін “арбітражна угода”, який означає “арбітражне застереження в письмовій угоді або окрему арбітражну угоду, що підписана сторонами або міститься в обміні листами, телеграмами чи в повідомленнях телеграфом”.¹ Крім того, в Законі зазначено можливість укладення

¹ Ст. 1 Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р.

арбітражної угоди за допомогою інших засобів електров'язку, які забезпечують фіксацію такої угоди.

Регламент МКАС при ТПП України містить зручніше для застосування формулювання: “Угода вважається укладеною, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або її укладено шляхом обміну листами, повідомленнями телетайпом, телеграфом чи з використанням інших засобів зв'язку, які забезпечують фіксацію такої угоди”.¹ Це визначення дає змогу використати інформаційну систему Інтернет для швидшого укладення арбітражних угод.

Крім того, наявність арбітражної угоди може бути встановлена шляхом аналізу позову та відповіді на нього. Так, якщо у зазначених вище документах міститься твердження однієї із сторін про наявність такої угоди, а інша сторона цього не заперечує, арбітражна угода розглядатиметься як така, що укладена в письмовій формі.

Під час укладання договорів купівлі-продажу товарів (надання послуг, виконання робіт) і товарообмінних договорів між українськими та іноземними суб'єктами підприємницької діяльності, незалежно від форм власності та видів діяльності, слід керуватися Положенням про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затвердженим Наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 6 вересня 2001 р. за № 201 (далі — Положення).

Положення містить перелік даних, які повинні бути відображені у зовнішньоекономічному договорі:

- назва, номер договору (контракту), дата і місце його укладення;
- преамбула;
- предмет договору (контракту);
- кількість та якість товару (обсяги виконання робіт, надання послуг);
- базисні умови поставки товару (приймання-передання виконаних робіт, послуг);
- ціна і загальна вартість договору (контракту);
- умови платежів;
- умови здавання (приймання) товару (робіт, послуг);

¹ Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины [126].

- пакування і маркування;
- форс-мажорні обставини;
- санкції та рекламації;
- арбітраж;
- юридичні адреси, поштові та платіжні реквізити сторін.

У розділі про арбітраж, згідно з вимогами Положення, мають зазначатися умови та порядок арбітражного вирішення спорів щодо тлумачення, невиконання та/або неналежного виконання договору, назва арбітражного суду або чіткі критерії його визначення будь-якою із сторін залежно від предмета та характеру спору, а також погоджений сторонами вибір матеріального і процесуального права, яке застосовуватиметься цим судом, та правила процедури арбітражу.

Отже, якщо підприємство уклало зовнішньоторговий договір і не погодило з іншою стороною порядок передання спору, що виник, на розгляд МКАС при ТПП України, воно ще має змогу вирішити такий спір там. По-перше, існує можливість укладення арбітражної угоди після укладення основного договору або після виникнення конкретного спору. По-друге, можна подати відповідний позов з посиленням на існуючу арбітражну угоду до МКАС при ТПП України, і, у разі отримання від контрагента відповіді на позов, МКАС при ТПП України без жодних заперечень прийме його до розгляду.

Крім того, арбітражне застереження, що міститься у тексті договору, завжди тлумачиться як окрема угода, що не залежить від основного договору. Таким чином, визнання договору недійсним не призведе до недійсності арбітражного застереження, і спір розглядатиметься МКАС при ТПП України.

Щодо вибору сторонами права, яке застосовуватиметься, то п. 1 ст. 7 Європейської конвенції містить положення, згідно з яким «сторони можуть на власний розсуд встановлювати за спільною згодою право, що підлягає застосуванню арбітрами під час вирішення спору по суті. Якщо немає вказівок сторін про право, що підлягає застосуванню, арбітри застосовуватимуть закон, встановлений відповідно до колізійної норми, яку арбітри визнають у цьому випадку такою, що можна застосувати. В обох випадках арбітри керуватимуться положеннями контракту і торговими звичаями»¹.

¹ Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже [126].

Крім двох зазначених вище умов сторони мають право врегулювати в арбітражній угоді питання стосовно кількості арбітрів, їх громадянства, процедури призначення і порядку відводу, вжиття заходів забезпечення щодо предмета спору. Сторони також можуть визначити процедуру розгляду справи МКАС при ТПП України, місце арбітражного розгляду, мову (мови), яка застосовуватиметься, порядок розподілу арбітражного збору, питання про остаточність арбітражного рішення, та інші важливі питання.

Під час укладення зовнішньоекономічного контракту сторони можуть сформулювати арбітражне застереження з урахуванням практики, що склалася у цій сфері. МКАС при ТПП України рекомендує таке формулювання цього застереження: “Будь-який спір, що виникає з цього договору або у зв’язку з ним, підлягає передачі на розгляд і остаточне вирішення до Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. Сторони згодні з тим, що у процесі розгляду і вирішення спору буде застосовуватися Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України”.

МКАС при ТПП звертає увагу на те, що уникнути труднощів і витрат сторони зможуть, якщо точно зазначать матеріальне право, яким регулюватиметься їх контракт. Якщо сторони не погодили між собою це питання, МКАС при ТПП застосуватиме колізійні норми, що містяться в ч. 10–14 ст. 6 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність”.

Подання позовної заяви та формування складу арбітражного суду. Сторона зовнішньоекономічного контракту, права якої порушено, вирішує питання про порушення арбітражного провадження у справі. Отже, для того щоб розпочати розгляд справи, необхідно подати до відповідного арбітражного суду належним чином оформлену позовну заяву. У цьому разі відповідним арбітражним судом буде той арбітражний інститут, який зазначено в арбітражній угоді. Якщо ж передбачено кілька таких арбітражних органів, позивач на власний розсуд може вибрати будь-який з них.

Згідно з ч. 1 ст. 1 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” закон застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу розташоване на території України. Закон також передбачає, що положення про арбітражну угоду і пред’явлення позову за суттю спору в суді, про заходи за-

безпечення суду, про визнання і приведення до виконання арбітражного рішення, а також про підстави для відмови у визнанні або приведенні до виконання арбітражного рішення застосовуються і в тих випадках, коли місце арбітражу знаходиться за кордоном. У цій частині положення закону узгоджуються з Європейською конвенцією, в якій зазначено, що сторони арбітражної угоди можуть на власний розсуд передбачати передання спорів на розгляд постійного арбітражного органу; в цьому випадку спори розглядатимуться відповідно до регламенту такого органу”.¹ Таким чином, подання позовної заяви до будь-якого інституційного арбітражу автоматично передбачає розгляд спору згідно з регламентом цього органу.

Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати².

Одним з найвідоміших і найавторитетніших центрів з розгляду міжнародних комерційних спорів є Міжнародний арбітражний суд, створений Міжнародною торговою палатою у 1923 р. Протягом понад 70 років він посідає провідне місце серед судових закладів, пов'язаних з діяльністю із вирішення комерційних спорів.

На структуру та організацію роботи МАС МТП суттєво впливає міжнародне право. Це пояснюється насамперед тим, що правову основу його становить не законодавство окремої держави, а волевиявлення міжнародного об'єднання — Міжнародної торгової палати. Саме особливий статус та визнання у всьому світі діяльності цієї організації значною мірою зумовлює специфіку МАС МТП.

Міжнародна торгова палата — міжнародна недержавна організація, членами якої є переважно національні торгові, торгово-промислові палати. МТП розташована в Парижі, тут знаходиться і штаб-квартира Міжнародного арбітражного суду.

МАС складається з Голови, восьми його заступників, генерального секретаря і одного або кількох технічних радників, які обираються Радою МТП із членів МАС або інших осіб, і членів, що призначаються по одному від кожного національного комітету. Члени МАС призначаються на три роки Радою згідно із Статутом МТП за пропозицією кожного національного комітету. Головування може забезпечуватися двома Головами. У такому випадку вони користую-

¹ Ст. 1 Європейської Конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р.

² Текст Арбітражного регламенту МАС МТП див.: Примирительный и Арбитражный регламент Международной торговой палаты. Буклет МТП, № 447.

ються рівними правами, і термін “голова”, що використовується в Арбітражному регламенті, застосовується до обох рівною мірою.

Порядок розгляду спорів у МАС визначається його Регламентом, затвердженим МТП. У міжнародно-правовому плані важливим є те, що можливість звернення до Міжнародного комерційного арбітражу МТП не обмежена умовою обов’язкової участі країни підприємця в самій МТП.

Для порушення і подальшого розгляду справи в МАС відповідно до його Регламенту необхідно, щоб сторони зазначили в арбітражному застереженні, яке міститься у зовнішньоекономічному контракті або в окремій арбітражній угоді, умову про передання спору до цього арбітражу. Якщо є посилання в арбітражному застереженні або арбітражній угоді на компетентність МАС вирішувати усі спори, сторони мають право звертатися до нього незалежно від того, чи представлені їхні країни в МТП¹.

Арбітражний регламент не встановлює будь-яких жорстких вимог до форми арбітражної угоди. Якщо немає документальних підтверджень існування такої угоди, важливо, щоб посилання на МТП було досить визначеним. Суд також прийме до розгляду спір без наявності арбітражного застереження або арбітражної угоди, розглядаючи звернення позивача і згоду відповідача як арбітражну угоду, якщо відповідач недвозначно дасть згоду на розгляд. Але якщо між сторонами не існує арбітражної угоди або існує угода, що не містить посилання на МАС, позивача, як правило, повідомляють про те, що арбітражного провадження бути не може.

У разі використання арбітражного застереження МТП бажано передбачити в ньому також право, яке застосовується до зовнішньоекономічного контракту, кількість арбітрів, місце і мову арбітражного розгляду. Свободу сторін у виборі права, яке застосовується до контракту, місця і мови арбітражного розгляду, арбітражним регламентом не обмежено.

Арбітражний процес починається з подання заінтересованою стороною позовної заяви до секретаріату МАС. Датою подання вважається день її вручення Арбітражному суду. Позовну заяву можна подати через національний комітет заявника або безпосередньо за місцем знаходження МАС. В останньому випадку Секретаріат МАС

¹ Арбітражний регламент МТП, ст. 3.

повідомляє відповідний національний комітет про подану позовну заяву.

За виняткових обставин відповідач може подати заяву до секретаріату МАС про продовження часу для подання письмового заперечення і документів до нього. За відсутності зазначених дій з боку відповідача Секретаріат повідомляє про це МАС, який розпочинає провадження у справі.

У Регламенті досить конкретно розроблено питання про склад арбітражу, що є важливим, оскільки арбітрами виступають представники різних національних комітетів МТП. Як і в будь-якому міжнародному комерційному арбітражі, склад арбітрів (одноосібний арбітр або колегія арбітрів) сформований для розгляду конкретної справи, має право прийняти рішення про свою компетенцію. Але якщо одна із сторін оскаржує існування або дійсність арбітражної угоди, то МАС передає цю угоду на розгляд арбітрів, якщо пересвідчиться в наявності достатніх підстав для визнання її такою, що існує. Остаточне рішення про компетенцію приймають арбітри¹. Усі необхідні документи і письмові заяви, що пред'являються сторонами до МАС, мають бути надані в достатній кількості, щоб вистачило по одному примірнику для кожної сторони, кожного арбітра і для Секретаріату.

Спори можуть бути вирішені одноосібним арбітром або трьома арбітрами. Арбітрів (одноосібного арбітра) призначають сторони, причому не існує ніяких списків арбітрів. Будь-який фахівець, якому сторона довіряє, може бути арбітром без будь-якого погодження з МАС. Якщо сторони домовилися про вирішення спору одноосібним арбітром, вони можуть за взаємною згодою висунути його кандидатуру для подальшого затвердження МАС. Якщо сторони не висувають одноосібного арбітра протягом 30 днів з дати, коли іншій стороні було повідомлено про подання позивачем заяви до арбітражу, одноосібний арбітр призначається МАС (п. 3 ст. 2 Арбітражного регламенту).

У разі розгляду спору трьома арбітрами кожна сторона у позовній заяві й у відповіді на неї висуває по одному арбітру для затвердження МАС. Якщо будь-яка сторона або обидві сторони не висувають своїх арбітрів, вони призначаються МАС. Стосовно третього арбітра

¹ Арбітражний регламент МАС МТП [85, п. 3, ст. 8].

(суперарбітра), який виконує функції голови арбітражу, сторони можуть домовитися, що його кандидатуру в установлений термін мають висунути призначені ними арбітри, і зафіксувати це в арбітражному застереженні або арбітражній угоді. Якщо обидва арбітри протягом терміну, визначеного сторонами, не досягають домовленості щодо третього арбітра, його призначає МАС. Одноосібний арбітр або голова арбітражу обираються з країни, до якої сторони не належать. Проте за певних обставин, якщо одна із сторін не висловить своїх заперечень проти цього протягом терміну, встановленого МАС, одноосібний арбітр або голова арбітражу можуть бути обрані з країни, до якої належить одна із сторін.

У разі призначення арбітрів МАС він зазвичай не призначає конкретних осіб, а лише вирішує, до якого національного комітету МТП потрібно звернутися, і запитує його рекомендацію. Суд має право самостійно призначити арбітрів (п. 6 ст. 2). Він може не погодитися з рекомендацією національного комітету, якщо вважає, що запропонована кандидатура не має необхідних професійних якостей і досвіду у сфері міжнародного комерційного арбітражу. У такому разі процедура повторюється доти, поки не буде запропоновано прийнятної кандидатури.

Арбітри, обрані сторонами, формально повинні бути схвалені МАС, який вимагає від кандидатів в арбітри повідомити про всі відомі їм обставини, які можуть вплинути на їхню незалежність (п. 7 ст. 2).

Для ефективного провадження арбітражного процесу має значення місце здійснення арбітражного розгляду. Ці питання вирішено в регламенті МАС МТП відповідно до загальноприйнятої міжнародної арбітражної практики. Місце арбітражу визначається сторонами, за відсутності такої домовленості — МАС. Арбітражний суд може зібратися в будь-якому місці, яке він вважає прийнятним для огляду товарів, іншого майна або документів. Незважаючи на те що штаб-квартира МАС розташована в Парижі, понад 80 % усіх засідань відбувається в інших державах. Рішення вважається винесеним у місці здійснення арбітражного розгляду.

Процедура арбітражного розгляду передбачає правила про мову розгляду. Якщо сторони не зазначили її в арбітражній угоді або в арбітражному застереженні арбітражного розгляду, арбітр має право визначити її, враховуючи усі обставини, що стосуються справи, особливо мову контракту (п. 3 ст. 15).

Проект рішення, підготовлений арбітрами (або одноосібним арбітром), до його остаточного підписання передається до МАС для його перевірки (п. 6 ст. 2). Метою такої перевірки є забезпечення можливості примусового виконання рішення у тій країні, де виконання буде затребуване. При цьому МАС не має права втручатися в рішення за суттю, він перевіряє лише його “процесуальну відповідність”. Після затвердження МАС рішення остаточно підписується арбітрами і видається сторонам.

Міжнародний арбітражний суд відіграє також вирішальну роль під час вирішення питань, пов’язаних з продовженням процесуальних термінів. Так, він встановлює остаточні терміни для надання сторонами своїх первинних доказів і зауважень щодо арбітражної угоди або позовних вимог, визначає остаточні терміни для подання до нього акта про компетенцію і проектів рішень, які можуть бути за необхідності подовжені МАС.

Крім авансового платежу, що сплачується сторонами до початку арбітражного розгляду у рівних частинах, сторони повинні оплатити роботу арбітрів. Остаточний розрахунок здійснюється після винесення рішення. Тобто арбітражне рішення разом з розглядом справи за суттю встановлює суму арбітражних витрат і вирішує, яка із сторін повинна нести витрати або як вони розподіляються між сторонами.

До арбітражних витрат належать: гонорари арбітрів та адміністративні витрати, визначені МАС; витрати арбітра, якщо такі є; гонорари та витрати будь-яких експертів, які залучаються арбітром; звичайні юридичні витрати, яких зазнали сторони.

Після прийняття арбітражного рішення секретаріат повідомляє про це сторони з переданням їм підписаного арбітром тексту за обов’язкової умови, щоб арбітражні витрати були повністю сплачені сторонами або однією з них. На запит будь-якої сторони їй може бути надано додаткову копію рішення МАС, засвідчену його генеральним секретарем.

Оригінал кожного рішення, винесеного відповідно до Регламенту МАС, зберігається в його Секретаріаті.

Порівняльний аналіз міжнародних арбітражних судів та судів державної системи. Перевагами розгляду спорів в порядку арбітражного провадження є:

- нетривалий порівняно із звичайними судами термін розгляду справи;

- відносна порівняно із судами дешевизна;
- компетентність арбітражних судів, оскільки арбітри вибираються із числа спеціалістів;
- негласність розгляду справ;
- відсутність можливості оскарження рішень;
- спрощеність виконання арбітражних рішень.

До суттєвих недоліків міжнародного комерційного арбітражу належать:

- відсутність можливості оскарження арбітражного рішення;
- обмежені повноваження арбітрів;
- неможливість поєднання позовних вимог;
- відсутність гарантії, що після розгляду спору в арбітражі не виникне розгляд справи в іншому суді.

Як свідчить наведений порівняльний аналіз переваг та недоліків арбітражних судів, вони мають умовний характер. Так, за різних обставин переваги можуть стати недоліками, а недоліки перевагами. Наприклад, для позивача відсутність можливості оскарження арбітражного рішення є недоліком, а для відповідача — перевагою.

ПОРЯДОК ПРИВЕДЕННЯ У ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ. ЕКЗЕКВАТУРА

У жодній державі іноземні арбітражні рішення не мають безпосередньої виконавчої сил. Для їх примусового виконання потрібне відповідне розпорядження компетентного органа цієї країни — як правило, суду. За загальним правилом для виконання арбітражні рішення повинні бути представлені в компетентний суд, який у певній формі приймає одне з двох рішень: визнати і привести арбітражне рішення у виконання або відмовити у визнанні та приведенні його у виконання.

У різних країнах діє різний порядок приведення у виконання іноземних арбітражних рішень, але всі вони можуть бути зведені, згідно із класифікацією Е. Брунцевої, до чотирьох основних моделей:

1) депонування чи реєстрація рішення в суді або іншому компетентному органі, після чого воно може бути виконане, як рішення місцевого суду;

2) виконання арбітражного рішення безпосередньо, без його депонування чи реєстрації (але для цього може бути потрібен дозвіл суду на виконання);

3) звернення до суду із проханням про визнання та виконання рішення (екзекватура);

4) пред'явлення в суд позову на підставі арбітражного рішення як свідчення наявності боргового зобов'язання, що підлягає судовому захисту. До цього способу вдаються тільки за відсутності можливості застосувати жоден інший спосіб [23].

Найчастіше на практиці застосовується третя модель. У широкому значенні термін “екзекватування” — це процедура, здебільшого судова, що полягає у наданні арбітражному рішенню виконавчої сили, тобто здатності бути приведеним у виконання із застосуванням, у разі потреби, примусових заходів з боку державних органів стосовно зобов'язаної особи чи її майна. За системи екзекватування компетентна інстанція після розгляду в спрощеному провадженні дійсності рішення і без судового розгляду за участю сторін, як правило, видає виконавчий документ — наказ про виконання на прохання заінтересованої сторони [23].

Т. Яблочков дає таке визначення екзекватуванню: “Ехекуатур є ухвалою суду, якою державна влада наділяє іноземне судове рішення виконавчою формулою, іншими словами, дає цьому рішенню на її території сприяння закону та допомогу місцевої влади” [240].

Екзекватування арбітражного рішення додає рішенню як виконавчої сили, так і визнання; відмова в ньому виключає і можливість визнання рішення. Постанова суду про визнання і виконання іноземного арбітражного рішення в різних країнах має різні форми. Так, в Україні та Росії суд виносить ухвалу, на підставі якої видається виконавчий лист, у США суд підтверджує арбітражне рішення, що потім підлягає виконанню як судове рішення.

Умови визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень. Ці умови та підстави, на яких у виконанні рішень може бути відмовлено, передбачено у ст. 3–6 Нью-Йоркської конвенції. Умовою визнання і виконання іноземного арбітражного рішення є надання в компетентний суд документів, передбачених у п. 1 ст. 4

цієї конвенції. Вони подаються стороною, яка просить виконання арбітражного рішення, і містять:

1) належним чином засвідчені справжнє арбітражне рішення або його копію;

2) справжню арбітражну угоду або належним чином засвідчену її копію.

Поданням цих документів вичерпуються обов'язки кредитора арбітражного рішення. Суд не вправі жадати від нього ніяких інших документів. Подання до суду стороною-стягувачем відповідного клопотання з необхідними документами та дотримання визнання і приведення у виконання арбітражного рішення є підставою для задоволення такого клопотання. Закон України “Про визнання і виконання в Україні рішень іноземних судів” у ст. 6 передбачає розширений перелік документів, що повинні бути представлені в суд, але такий перелік є вичерпним, якщо в міжнародному договорі України не визначено документи, що додаються до клопотання, а саме:

- засвідчена у встановленому порядку копія рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання;
- офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набуло чинності (якщо це не зазначено в самому рішенні);
- документ, який підтверджує що сторона, стосовно якої ухвалено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була вчасно і належним чином сповіщена про час і місце розгляду справи;
- документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше);
- документ, що підтверджує повноваження представника (якщо клопотання подається представником);
- засвідчений відповідно до законодавства переклад наведених документів українською мовою чи мовою, передбаченою міжнародним договором України.

Наведені вище документи надаються не самі по собі. Вони повинні супроводжувати письмове клопотання (“прохання”, за термінологією Нью-Йоркської конвенції) про визнання і виконання арбітражного рішення, хоча Конвенція про нього і не згадує. Замість цього вона вказує, що визнання і приведення у виконання арбітражних рішень здійснюються “відповідно до процесуальних

норм тієї території, де запитується визнання і приведення у виконання цих рішень”. Типовий закон ЮНСІТРАЛ (п. 1 ст. 35) прямо вимагає від заінтересованої сторони представлення в суд письмового клопотання.

Документи, складені іноземною мовою, повинні бути надані суду в перекладі на офіційну мову держави, де запитується визнання і виконання рішення. Згідно із п. 2 ст. 4 Конвенції переклад засвідчується офіційним чи присяжним перекладачем, дипломатичною чи консульською установою. Нью-Йоркська конвенція була підготовлена і набула чинності до підписання Гаазької конвенції 1961 р., що скасовує вимогу консульської легалізації іноземних офіційних документів. Нью-Йоркська конвенція зазначає необхідність представлення суду арбітражного рішення й арбітражної угоди “при поданні прохання про визнання і виконання арбітражного рішення”, тобто обох документів одночасно.

Терміни пред’явлення іноземного арбітражного рішення до виконання. Стаття 3 Нью-Йоркської конвенції передбачає, що прийнята у державі — учасниці Конвенції виконавча процедура для іноземних рішень може бути обтяжливішою, ніж для внутрішніх. Один з аспектів можливої процесуальної відмінності — термін давності для виконання арбітражних рішень. У підходах країн-учасниць наявні розбіжності. Так, в одних країнах арбітражне рішення “діє” безстроково і може бути пред’явлене до виконання в будь-який час, в інших законодавство встановлює для цього спеціальні терміни.

В Україні (як і в багатьох колишніх республіках СРСР), згідно зі ст. 3 Закону України “Про визнання і виконання в Україні рішень іноземних судів”, за винятком деяких випадків, “рішення іноземного суду, може бути пред’явлене до примусового виконання в Україні протягом трьох років з моменту вступу рішення в законну силу”. Іншими словами, кредитор рішення може звернутися до компетентного українського суду із клопотанням про визнання і виконання цього рішення протягом трьох років з моменту набуття ним чинності. У свою чергу, ст. 84 Закону України “Про виконавче провадження” передбачає, що, “виконавчий документ, виданий у встановленому порядку на підставі рішення іноземного суду чи арбітражу, може бути пред’явлений до примусового виконання протягом трьох років з моменту вступу рішення в законну силу”.

Терміни для пред'явлення іноземних арбітражних рішень до виконання, крім внутрішнього законодавства можуть встановлюватися багатосторонніми і двосторонніми міжнародними договорами. Прикладом може бути Московська конвенція 1972 р. Пункт. 5 ст. 4 передбачає, що арбітражні рішення, винесені на підставі цієї Конвенції і не виконані добровільно, можуть бути пред'явлені до примусового виконання протягом двох років. Цей термін обчислюється з дня вручення арбітражного рішення стороні, що вимагає виконання, а в разі надсилання рішення поштою — з дати штемпеля поштового відомства про прийняття рекомендованого листа до відправлення. Щодо мирової угоди зазначений термін обчислюється з дня ухвалення такої угоди.

Законодавство деяких держав передбачає різні терміни для пред'явлення до виконання іноземних і внутрішніх арбітражних рішень. До останніх можуть належати рішення міжнародних комерційних арбітражів, винесені на території даної країни. Так, наприклад, у США іноземні арбітражні рішення можуть бути пред'явлені до виконання протягом трьох років, внутрішні — протягом року.

Порядок виконання рішень відповідно до Угоди “Про порядок вирішення спорів, пов’язаних із здійсненням господарської діяльності” від 20 березня 1999 р. Угоду ратифіковано Постановою Верховної Ради України № 2889-12 від 19 грудня 1992 р. Цією міжурядовою угодою передбачається, що держави — учасниці СНД взаємно визнають і виконують рішення компетентних судів що набули чинності. Це означає, що рішення, винесені компетентними судами однієї держави-учасниці, підлягають негайному виконанню на території інших держав-учасниць.

Проте у приведенні до виконання рішення може бути відмовлено на прохання сторони, проти якої воно спрямоване, за умови, що ця сторона надасть компетентному суду за місцем, де запитується приведення у виконання, докази того, що:

- судом запитуваної держави — учасниці СНД раніше було винесено рішення, що набуло чинності, у справі між тими самими сторонами, щодо того самого предмета і на тій самій підставі;
- наявне визнане рішення компетентного суду третьої держави-учасниці або держави, що не є учасницею СНД, стосовно суперечки між тими самими сторонами, щодо того самого предмета і на тих самих підставах;

- суперечку відповідно до даної Угоди вирішено некомпетентним судом;
- іншу сторону не було сповіщено належним чином про процес;
- минув трирічний термін давнини пред'явлення рішення до примусового виконання.

За сформованою практикою приведення у виконання судових рішень на території держав — учасниць СНД здійснюється за клопотанням заінтересованої сторони, що разом з належним чином оформленими документами спрямовується на ім'я Міністерства юстиції запитованої держави через Міністерство юстиції держави-стягувача.

До клопотання додаються:

- 1) належним чином засвідчена копія рішення, про примусове виконання якого порушено клопотання;
- 2) офіційний документ про те, що рішення набуло чинності;
- 3) доказ повідомлення іншої сторони про процес;
- 4) виконавчий документ.

Відмова у визнанні та приведенні у виконання іноземних арбітражних рішень. У разі надання заявником усіх передбачених у ст. 4 Нью-Йоркської конвенції документів суд зобов'язаний визнати і виконати іноземне арбітражне рішення, якщо тільки сторона, проти якої воно спрямоване, не доведе наявності однієї чи кількох підстав для відмови у виконанні, наведених у п. 1 ст. 5 Нью-Йоркської конвенції, або якщо сам суд не визначить наявність однієї або двох підстав, передбачених п. 2 цієї статті.

Згідно з п. 1 ст. 5 Нью-Йоркської конвенції у визнанні та приведенні у виконання рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно винесене, якщо ця сторона доведе, що:

- одна зі сторін в арбітражній угоді була якоюсь мірою недієздатною чи ця угода недійсна за законом, якому сторони його підпорядкували;
- сторону не було належним чином сповіщено про призначення арбітра або про арбітражний розгляд чи з інших причин вона не могла надати свої пояснення;
- рішення винесено за суперечкою, не передбаченою арбітражною угодою, не підпадає під її умови або містить постанови з питань, що виходять за межі цієї угоди. Проте, якщо постанови з питань, які охоплюються і не охоплюються арбітражною угодою, можна розмежувати, то може бути скасована тільки та частина арбітраж-

ного рішення, що містить постанови з питань, які не охоплюються арбітражною угодою;

- склад третейського суду чи арбітражна процедура не відповідали умові сторін, якщо тільки така угода не суперечить будь-якому положенню чинного Закону, від якого сторони не можуть відступати, або за відсутності такої угоди не відповідали Закону про МКА;
- рішення ще не стало остаточним для сторін чи було скасоване виконанням компетентною владою країни, де його було винесено, або країни, закон якої застосовується.

Крім того, у визнанні та приведенні може бути відмовлено, якщо суд країни, де запитується виконання, визначить, що:

- 1) об'єкт суперечки не може бути предметом арбітражного розгляду за законом цієї країни;
- 2) арбітражне рішення суперечить публічному порядку цієї країни.

За тих самих підстав суд може відмовити у визнанні чи приведенні у виконання арбітражного рішення, незалежно від того, в якій країні його було винесено. Аналогічні положення містяться й у Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж (ст. 9), а також у ст. 36 Типового закону ЮНСІТРАЛ, у ст. 36 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” та в законодавствах багатьох держав.

При розгляді клопотання суд не може перевіряти рішення за суттю, а перелік підстав для відмови у визнанні та приведенні у виконання є вичерпним. Тягар доведення наявності певних обставин (які можуть існувати як окремо, так і в комбінації) покладено на сторону, що заперечує виконання, за винятком випадків, коли суд зі своєї ініціативи (навіть якщо сторона, що подала клопотання, не порушує таких питань) досліджує можливість розгляду даної суперечки арбітражем і наявність невідповідності публічному порядку.

Арбітражна угода — необхідність, зміст, дійсність. В основних багатосторонніх конвенціях з питань арбітражу, вироблених під егідою ООН (Нью-Йоркській конвенції про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. та Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р.) під арбітражною угодою розуміють як застереження в письмовому договорі, так і окрему угоду, підписану сторонами, що міститься в обміні листами, телеграмами тощо. Ці конвенції встановлюють незалежно від закону, що застосовується до основного контракту, спеціальні колізійні правила для визначення дійсності арбітражної угоди.

Особливістю укладеної арбітражної угоди є те, що вона обов'язкова для сторін, і ухилитися від передання суперечки до арбітражу вони не можуть. Звичайний суд, як правило, не вправі ні скасувати арбітражну угоду, ні переглянути за суттю рішення арбітражу.

Зважаючи на те, що арбітражна угода за своєю суттю є договором, вона повинна відповідати загальним вимогам до договорів. При розробленні будь-якої арбітражної угоди варто вирішити кілька основних питань, а саме:

- тип арбітражу;
- вибір арбітражної установи (у разі вибору інституційного арбітражу) і регламенту;
- види спорів, що передаватимуться на розгляд арбітражу;
- місце здійснення арбітражу;
- мова арбітражного розгляду;
- право, що застосовується;
- кількість арбітрів, порядок формування складу арбітражу і заповнення вакансій (для арбітражу “ad hoc”).

При виборі типу арбітражу варто мати на увазі, що інституційний арбітраж — один з постійно діючих арбітражних центрів. У разі його вибору сторони у певних межах будуть підпорядковані процесуальним правилам, що діють у ньому. Перевагами інституційного арбітражу є наявність типових застережень, регламент, забезпечення перебігу процесу, солідна репутація, що допомагає на стадії виконання рішення. Арбітраж “ad hoc” завжди вільний від яких-небудь правил, не передбачених сторонами. Йому притаманні гнучкість процедури, відносна швидкість розгляду суперечки, можливість управління перебігом майбутнього процесу відповідно до потреб сторін і обставин конкретної справи. Проте за явної привабливості цього виду арбітражу його повсюдне застосування навряд чи буде виправданим. Необхідність детального розроблення арбітражної угоди, складнощі при формуванні складу арбітражу, неповна довіра до рішень такого арбітражу — це традиційні його недоліки. При укладенні звичайних, щоденних угод сторонам бажано вибирати інституційний арбітраж, а в разі виняткових контрактів, за наявності у сторін достатнього часу і коштів, якщо вони бажають реалізувати свої творчі здібності, цілком виправданим буде вибір арбітражу “ad hoc”.

Вибір регламенту прямо залежить від вибору арбітражу, його місця розташування і чинної правової системи. Необхідно враховувати,

що інституційні арбітражі мають свої регламенти, яких може бути кілька. В арбітражному застереженні варто чітко визначити регламент, що буде застосовний, з урахуванням його можливої зміни протягом часу.

В арбітражній угоді повинні бути зазначені ті види спорів, що підпадають під її дію. Це може бути викладено, наприклад, так: “Усі суперечки, що виникають з даного контракту чи у зв’язку з ним...”. Сторони можуть також вказати винятки щодо окремих видів спорів: “Усі спори, за винятком тих, що стосуються укладення контракту...”. Іноді сторони прямо зазначають категорію спорів, які розглядаються: “Усі спори правового характеру...”. Арбітражна угода не може поширюватися на суперечки, що не підлягають переданню до арбітражу. Перелік таких категорій у різних країнах неоднаковий і може містити порушення антимонопольного законодавства, питання ринку цінних паперів, банкрутство, деякі суперечки з приводу інтелектуальної власності У деяких країнах Близького Сходу не можуть розглядатися в арбітражі спори, що стосуються природних ресурсів, зокрема пов’язані з розвідкою і видобутком нафти.

Крім категорій справ, передбачених національним законодавством різних країн, не підлягають вирішенню в арбітражному порядку спори, що порушують міжнародний публічний порядок. До них належать угоди, які сприяють піратству, геноциду, рабству, расовій дискримінації. Якщо арбітражна угода передбачає передання на розгляд арбітражу спорів, що не можуть бути предметом арбітражного розгляду відповідно до права, яке застосовується до контракту, чи права країни, де здійснюється розгляд, сторони не можуть бути примушені до виконання рішення, а якщо об’єкти правовідносин не можуть бути предметом арбітражу країни, де запитується виконання рішення, у визнанні та приведенні у виконання його буде відмовлено.

Вибір місця здійснення арбітражу також має велике значення. Від нього залежать перебіг процесу, процесуальне право, що застосовується, а у деяких випадках і матеріальне. Місце здійснення арбітражу може також позначатися на можливості примусового виконання арбітражного рішення. Це місце може бути однаково зручним чи незручним для сторін. При цьому до уваги беруть місце перебування сторін і географію їхньої діяльності. Багато хто воліє вибирати нейтральну, з погляду зв’язку із сторонами і місцем виконання, країну. Політична ситуація в країні арбітражного розгляду має значення в

плані її досяжності для сторін, обмежень для в'їзду. Не зайвим буде проаналізувати й економічні фактори вибору (вартість розгляду, використання місцевих фахівців для адміністративної підтримки).

Особливу увагу варто приділити правовим факторам, найважливішим з яких є участь держави в Нью-Йоркській конвенції 1958 р. З метою максимально безболісного приведення у виконання винесених рішень слід по можливості уникати здійснення арбітражного розгляду в країні, що не належить до Нью-Йоркської конвенції. Оскільки більшість країн приєдналися до Конвенції з першим застереженням (що передбачає визнання і виконання тільки тих арбітражних рішень, що винесені на території інших країн — учасниць Конвенції), то при виконанні рішень матиме значення тільки “національність” самого арбітражного рішення, але не національність сторін. Рішення, винесене в країні — учасниці Конвенції, виконуватиметься навіть тоді, коли одна чи обидві сторони походять з держав, що не беруть участь у цій Конвенції. У разі вибору країни, що не є учасницею Конвенції, з метою можливості приведення рішення у виконання варто аналізувати додаткові фактори: наявність регіональних конвенцій, двосторонніх умов про торгівлю, правову допомогу, про захист капіталовкладень, про принципи взаємності стосовно виконання судових чи арбітражних рішень на території сторін.

При виборі права сторонами контракту, як вважає Е. Брунцева, варто враховувати три фактори:

- право країни повинне бути розвинуте стосовно тих питань, що швидше за все можуть виникнути з даного контракту;
- бажано виключити застосування колізійних норм, що містяться в даному праві, звернувшись прямо до матеріального права;
- необхідно упевнитися, що дане право допускає можливість передавання в арбітраж спорів, що можуть виникнути із даного контракту.

Якщо право прямо не вибране сторонами контракту, то воно, після аналізу контракту і виключення вибору, що припускається, буде вибрано арбітрами. Крім наведених сторони можуть вносити й інші положення в арбітражну угоду [23].

Відповідність публічному порядку. Норми Нью-Йоркської конвенції 1958 р. “Про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень” (далі — Конвенція) стали відправним пунктом для розроблення Типового закону ЮНСІТРАЛ “Про міжнародний

комерційний арбітраж”, схваленого у 1985 р. Цей Закон покладено в основу законодавства про розгляд міжнародних комерційних суперечок багатьох країн. Конвенція містить вичерпний перелік підстав для прийняття державним судом рішення про відмову у визнанні та приведенні у виконання постанови міжнародного комерційного арбітражу. Загалом це підстави, пов’язані з юрисдикційними і процесуальними помилками, допущеними арбітражем. Досліджувати їх державні суди вправі тільки на прохання сторони, яка заперечує проти приведення у виконання відповідного рішення міжнародного арбітражу (п. 1 ст. 5 Конвенції та п/п 1 п. 2 ст. 34 Закону).

Проблема публічного порядку, згадана в Конвенції, пов’язана з найскладнішими правовими механізмами МПрП, що неминуче зачіпаються в практиці міжнародного комерційного арбітражу. Це питання співвідношення публічного і приватного інтересів, меж втручання держави та її судової системи у відносини між приватними особами, можливості поєднання принципу автономії волі сторін з імперативними нормами національних законів, допустимості застосування іноземного закону на території іншої держави

Спеціалісти з міжнародного права поділяють публічний порядок на внутрішній та міжнародний, позитивний і негативний, матеріально-правовий та процесуальний [60]. Законодавства багатьох країн, у тому числі й українське, як правило, містять посилання на публічний порядок як на підставу для відмовлення в застосуванні іноземного права на своїй території, але при цьому не дають чітких вказівок щодо того, які саме ситуації, пов’язані із застосуванням іноземного права, варто вважати такими, що суперечать публічному порядку.

У Німецькому Цивільному укладенні закріплено, що застосування іноземного закону виключається, якщо воно суперечить добрим правилам чи меті німецького закону (ст. 30 Вступного закону Укладення), а в ст. 6 Цивільного кодексу Франції є посилання на “суспільний порядок і добрі звичаї” [89]. Категорії “мораль” і “добрі звичаї” видаються не більш чіткими, ніж категорія “основи правопорядку”, використовувана вітчизняним законодавством.

“Складність і навіть безплідність спроб законодавця дати вичерпний перелік випадків, коли застосування іноземного права визнавалося б як таке, що суперечить публічному порядку, пов’язані з тим, що в законі неможливо заздалегідь передбачити усі варіанти по-

тенційних колізій між вітчизняним та іноземним правом” [131]. Тому доводиться вдаватися до допомоги дуже розпливчастих понять, що мають найчастіше не юридичний, а моральний чи філософський відтінок. Але тільки таким способом можна “обійняти неосяжне” і виключити виникнення ситуації, коли у великому переліку критеріїв публічного порядку не вживеться яка-небудь іноземна норма, не передбачена вітчизняним законодавством. Як зазначав Л. Лунц, “... невизначеність категорії публічного порядку ... нині зводиться в один із принципів міжнародного приватного права” [102].

Проте, незважаючи на відсутність у національному законодавстві чітких критеріїв, що визначають факт протиріччя публічному порядку, міжнародна судова практика із застосування Конвенції та Типового закону ЮНСІТРАЛ виробила однаковий підхід до вирішення цієї проблеми, якого дотримуються суди більшості розвинутих держав. Відповідно до цього підходу визнаються такими, що суперечать публічному порядку і не підлягають виконанню, рішення міжнародних арбітражів, при винесенні яких брали участь арбітри, щодо чесності й незалежності яких є сумніви; були порушені фундаментальні права відповідача, що перешкодило йому в захисті своїх прав, а також рішення, виконання яких може вступити в конфлікт з імперативними нормами національного публічного права чи нормами міжнародних договорів країни, де запитується виконання [89].

Для застосування посилання на публічний порядок необхідні реальні докази необ’єктивного поведження арбітрів, а не голослівні обвинувачення загального характеру [89]. Доказом корумпованості арбітрів може бути тільки обвинувальний вирок суду, що набув чинності, в іншому разі буде порушено конституційний принцип презумпції невинності. Якщо ж у сторони, яка вважає, що арбітри ставляться до неї упереджено, немає прямих доказів їхньої корумпованості, варто не посилатися на публічний порядок на етапі приведення у виконання арбітражного рішення, а скористатися правом на відвід арбітра (арбітрів), не чекаючи його винесення. Таке право закріплене в регламентах усіх інституційних арбітрів, застосовувати його можна також у процесі здійснення арбітражу “ad hoc”.

Посилання на публічний порядок можливі у разі, якщо під час арбітражного процесу були порушені фундаментальні права відповідача, що перешкодили йому в захисті своїх прав. Якщо жодна з підстав, віднесених до п. 1 ст. 5 Нью-Йоркської Конвенції, не може бути засто-

сована чи наявні порушення важко кваліфікувати як відповідні одній з цих підстав, тоді можна посилатися на публічний порядок у цілому [89]. Можливість такого посилання тим більше має значення, що суд не має права зі своєї ініціативи посилатися на підстави, перераховані в п. 1 ст. 5 Конвенції, але може сам застосувати п/п б п. 2 ст. 5 (про протиріччя виконання рішення публічному порядку), навіть якщо відповідач з якихось причин не бере участі у справі.

Найскладніші випадки застосування посилання на публічний порядок пов'язані з рішеннями іноземних арбітражів, виконання яких може вступити в конфлікт з імперативними нормами національного законодавства країни, де запитується виконання, або нормами міжнародних договорів такої країни. В деяких випадках у приведенні до виконання таких рішень може бути відмовлено з посиланням на те, що предмет суперечки не підлягає розгляду в арбітражі, але так відбувається далеко не завжди. Наприклад, в Україні не може бути виконане рішення іноземного арбітражу, що зобов'язує українського відповідача зберігати валютні надходження від експортної діяльності на валютному рахунку за кордоном, хоча предмет суперечки (договір купівлі-продажу) цілком підпадає під розгляд арбітражу. Виконання такого рішення призведе до порушення імперативних норм українського валютного законодавства про репатріацію і частковий продаж валютної виручки, що може бути розцінено як порушення українського публічного порядку.

Тут варто особливо зазначити, що не можна вважати порушенням публічного порядку будь-яку невідповідність арбітражного рішення (чи наслідків його виконання) національному законодавству. Тільки порушення норм публічного права, що становлять основи правопорядку, може дати привід посилатися на публічний порядок.¹

Зарубіжні суди неодноразово зазначали, що питання публічного порядку повинні тлумачитися дуже вузько, в іншому разі протиріччя між іноземним законом, що застосовувався в угоді, і законом країни, де

¹ Ю. Морозова вважає, що чітке закріплення в єдиному законі усіх ознак протиріччя публічному порядку можливе і необхідне, але не пропонує ніяких формулювань, а лише вказує п'ять умов, які повинні бути зазначені при підготовці такого закону [131]. Визначає публічний порядок як основні правила, вимоги, норми, що забезпечують цілісність соціальної спільності, мають моральну платформу і розглядаються як критерії балансу між приватними і публічними інтересами факторів соціальної спільності.

запитується приведення у виконання іноземного арбітражного рішення, можна буде тлумачити як порушення публічного порядку [89].

Уперше сформульоване майже 200 років тому, це застереження поступово поширює свою дію не тільки на випадки застосування іноземного приватного матеріального права, заснованого на моральних і правових концепціях, несумісних з національними (таких, як полігамний шлюб, допущення безоплатного вилучення приватної власності та ін.), а й охоплює також рішення міжнародних арбітражів, винесених з порушенням основних процесуальних принципів сумлінності, справедливості та змагальності.

Розглядаючи іноземне арбітражне рішення з погляду відповідності доктрині публічного порядку своєї держави, суд не повинен намагатися аналізувати його в цілому і перевіряти правильність правової аргументації арбітрів. Перевірка повинна полягати тільки в аналізі наслідків визнання і приведення у виконання іноземного арбітражного рішення для публічного порядку даної держави. Суд не вправі з власної ініціативи виявляти будь-які дефекти арбітражного рішення [140]. Відповідно до практики застосування Конвенції єдиною підставою відмови у виконанні арбітражного рішення з посиленням на публічний порядок може бути висновок про те, що приведення у виконання такого рішення на підвідомчій суду території суперечитиме фундаментальним основам правопорядку та моралі.

Відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції помилка в застосуванні закону, допущена арбітрами при винесенні рішення, сама по собі не є підставою для відмови в приведенні у виконання цього арбітражного рішення. Відмова можлива тільки у тому разі, якщо внаслідок такої помилки виконання рішення призведе до наслідків, несумісних з основами правопорядку держави, на території якої запитується виконання [89].

Узагальнюючи наведене вище, можна дійти таких висновків:

1. На публічний порядок не можна посилатися, коли матеріальним приватним правом (якому на вибір сторін чи арбітрів, якщо такий вибір не був здійснений сторонами, була підпорядкована угода) було приватне право тієї держави, в якій запитується визнання і виконання судового рішення. Це пов'язано з правовою природою застереження про публічний порядок, покликаною насамперед виключити можливість застосування іноземного приватного права, а не права країни, в суді якої розглядається клопо-

тання про дозвіл примусового виконання іноземного арбітражного рішення.

2. На публічний порядок не можна посилалися, якщо сторона, яка виступає проти приведення у виконання міжнародного арбітражного рішення, вважає, що арбітри припустилися помилки в застосуванні закону, застосували неправильний закон чи неправильно оцінили фактичні обставини справи. Суд, що розглядає питання про визнання і приведення у виконання міжнародного арбітражного рішення, не вправі вивчати такі доводи, тому що це означало б спробу перегляду арбітражного рішення за суттю, що не допускається Конвенцією. У відповідача з арбітражної справи є безліч можливостей заперечення доводам позивача, і ці заперечення повинні враховуватися в процесі арбітражного слухання, а не під час процедури приведення у виконання арбітражного рішення.

3. У контексті п/п б п. 2 ст. 5 Конвенції саме по собі іноземне арбітражне рішення ніяк не може суперечити публічному порядку; тільки його виконання може (теоретично) призвести до порушення публічного порядку. Тому оцінювати з погляду публічного порядку слід тільки виконання цього рішення, а не саме рішення.

4. Не можна посилалися на публічний порядок, якщо іноземне арбітражне рішення винесене у зв'язку з порушенням зобов'язань за угодою, що була визнана недійсною в державному суді (незалежно від оцінки її дійсності міжнародним арбітражем). Відповідачу варто зосередити зусилля на захисті своєї позиції в процесі арбітражного розгляду, а не на спробах передати суперечку на розгляд державного суду у супереч арбітражній угоді.

Посилання відповідно до Конвенції на публічний порядок повинне бути обмежене тільки тими випадками, коли виконання арбітражного рішення може зумовити правові наслідки, несумісні з основами правопорядку і моралі. Враховуючи досвід і професійну кваліфікацію юристів, які виступають як арбітри, імовірність прийняття ними таких рішень дуже невелика [89].

Наслідки відмови у визнанні та приведенні у виконання рішення іноземного арбітражу. У разі прийняття судом рішення про відмову у визнанні та приведенні у виконання рішення іноземного арбітражу в кредитора у розпорядженні залишається можливість подати клопотання про виконання цього рішення в іншій державі чи державах, в яких боржник має майно, оскільки відмова у виконанні не означає

скасування арбітражного рішення чи визнання його недійсним. На відміну від постанови про скасування арбітражного рішення в місці його винесення, що, за загальним правилом, є обов'язковим для судів усіх інших держав, рішення про відмову у виконанні арбітражного рішення, винесене в одній країні, не перешкоджає кредитору подати клопотання про його виконання в іншій.

Якщо ж у боржника немає майна в інших країнах, кредитор може бути змушений або почати новий арбітражний процес (якщо відмова у визнанні та приведенні рішення у виконання була пов'язана з наявністю процесуальних порушень у ході розгляду арбітражем суперечки), або звернутися з позовом до суду і просити його розглянути ту саму суперечку (якщо у виконанні відмовлено з причин відсутності дійсної арбітражної угоди, порушення арбітрами правил про компетенцію або якщо суперечка не підлягала вирішенню в арбітражі) [23].

Проблеми виконання арбітражних рішень. Одержання на руки виконавчого листа ще не гарантує виконання арбітражного рішення. Існує багато способів, які несумлінна сторона може застосувати для того, щоб уникнути виконання рішення. До них належать перерахування коштів з банківських рахунків, приховування майна, ліквідація підприємства-боржника, а також порушення справ про банкрутство.

Звертаючись до третейського суду, сторони сподіваються на винесення справедливого рішення і приведення його у виконання. Проте на практиці нерідко виникають ситуації, коли рішення суду не може бути приведенне у виконання через відсутність на цей час майна чи коштів, на які може бути звернене стягнення. Подібного можна уникнути, якщо передбачати складнощі до їх виникнення і вживати заходи для забезпечення позову. Вони можуть полягати у накладанні арешту на майно, кошти та інші активи відповідача, призупиненні робіт на об'єкті чи продовженні їх, наданні банківської гарантії, забороні відповідачу або іншим особам чинити зазначені дії стосовно предмета суперечки. Будь-яка сторона суперечки (як правило, це позивач) може звернутися до державного суду або арбітражу (за наявності дійсної арбітражної угоди і/чи навіть початого арбітражного процесу) із проханням вжити заходи для забезпечення позову.

Необхідність у застосуванні заходів для забезпечення позову виникає тоді, коли існує реальна загроза несумлінного поведіння

відповідача або коли неприйняття таких заходів унеможливило виконання судового рішення. Для їх застосування недостатньо суб'єктивного побоювання щодо майбутньої неможливості чи перешкоди у виконанні рішення: слід переконати суд в обґрунтованості подібних побоювань, причому питання в будь-якому випадку вирішує суд.

Під забезпеченням позову здебільшого розуміють діяльність судді чи суду із застосування передбачених законом заходів, що гарантують реальне виконання майбутнього рішення у справі в разі задоволення позову. Виділяють такі забезпечувальні заходи:

- які складаються з певних процесуальних дій, встановлених законом;
- застосовуються з метою гарантії виконання майбутнього судового рішення;
- вживаються відповідними органами;

Усі ці заходи допускаються законом стосовно як пред'явленого, так і можливого в майбутньому позову [171].

Метою забезпечувальних заходів є збереження прав сторін чи предмета суперечки до винесення остаточного рішення у справі. Крім того, сторона-позивач завжди повинна передбачати можливість вчинення відповідачем дій, що перешкоджають подальшому виконанню винесеного рішення, і повинна прагнути забезпечення реальної можливості такого виконання. Слід зазначити, що вжиття забезпечувальних заходів є ефективним на ранніх стадіях вирішення суперечки, тому що відповідач може використовувати цей час для переміщення активів або для ліквідації компанії, якої стосувалася угода, що стала предметом суперечки.

Рішення про вжиття заходів із забезпечення позову може виноситися і третейським судом. На підставі даного рішення суд загальної юрисдикції виносить ухвалу про надання виконавчого листа. Нижче показано законодавче регулювання цього питання.

Ст. 9 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” містить таке положення: “Звернення сторони в суд до чи під час арбітражного розгляду з проханням про вжиття заходів із забезпечення позову і винесення судом ухвали про прийняття таких заходів не є несумісним з арбітражною угодою”. Аналогічне положення міститься в ст. 9 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 р.

У ст. 17 Закону “Про комерційний арбітраж” 1994 р. зазначено: “Якщо сторони не домовилися про інше, третейський суд може на прохання будь-якої сторони розпорядитися про вжиття якою-небудь стороною таких забезпечувальних заходів стосовно предмета суперечки, які вона вважає необхідними. Третейський суд може зажадати від будь-якої сторони надати належне забезпечення у зв’язку з такими заходами”. Аналогічна норма міститься в ст. 17 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж.

Звертатися щодо забезпечувальних заходів сторони можуть у державні суди будь-якої держави, на території якої зареєстрований боржник чи перебуває його майно, а також держави, де майно, що належить відповідачеві, може з’явитися (наприклад, повітряні чи морські судна).

Проте існують певні проблеми із застосуванням на практиці даного положення в Україні. У чинному цивільно-процесуальному кодексі України, глава 19 “Забезпечення позову” регулює питання забезпечення тільки позовів, заявлених у цивільних судах України. Таке саме положення закріплено й у Господарському процесуальному кодексі України. Отже, вжиття забезпечувальних заходів допускається тільки в позовному провадженні в судах загальної юрисдикції чи господарських судах України, і практика свідчить, що в більшості випадків суди відмовляють у прийнятті та розгляді позовів із вжиття забезпечувальних заходів щодо вимог, заявлених у міжнародному комерційному арбітражі. Ці обставини знижують ефективність арбітражу стосовно відповідачів, активи яких знаходяться в Україні й не є “виїзними”.

Значення альтернативної форми захисту прав з боку міжнародного комерційного арбітражу повинно зрости з набуттям чинності нового процесуального законодавства. Тому важливим стає подальший розвиток судової практики. Стосовно міжнародного комерційного суду вона повинна враховувати і ті загальні тенденції, які існують в інших правових системах. Це сприятиме гармонізації публічних і правових засад у міжнародному приватному праві.

ЛІТЕРАТУРА

1. *Авер'янов В. Б.* Суспільне визначення адміністративного права: новий погляд // Державне управління в Україні: Навч. пос. — К., 1999. — 256 с.
2. *Акредитивна* форма розрахунків за експортно-імпортними операціями та перспективи її розвитку в Україні // Вісн. НБУ. — 1997. — № 20.
3. *Алаїс С. І.* Проблема праворозуміння в основних школах права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003.
4. *Алексеев С. С.* Философия права. История и современность: Проблемы. Тенденции. Перспективы. — М: Норма, 1999. — 336 с.
5. *Алексеев С. С.* Частное право: Науч.-публ. очерк. — М.: Статут, 1999. — С. 40–43; 85–86,
6. *Алексеев С. С.* Право: Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — 711 с.
7. *Антологія* Української юридичної думки. Т.1. Загальна теорія держави і права, філософія та енциклопедія права / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К.: Юрид. книга, 2002. — 568 с.
8. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право. Общая часть. — М., 2000. — 246 с.
9. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право. Особенная часть. — М., 2000. — 646 с.
10. *Ануфриева Л. П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. — М.: СПАРК, 2002. — 415 с.
11. *Анцилевич Г. А.* Международное морское право :Учебник. — К.: Слово, 2003. — 399 с.
12. *Бабаев М. Х.* Проблемы публичного порядка в международном частном праве // Международное частное право: Современные проблемы. — М., 1993. — Кн. 2. — 231с.
13. *Бабаев М. Х.* О месте международного частного права в юридической системе // Международное право и современность. — Тбилиси, 1984.
14. *Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И.* История международного права. — М.: Междунар. отношения, 1990. — С. 205.
15. *Белов А. П.* Публичный порядок: законодательство, доктрина, судебная практика // Право и экономика. — 1996. — № 19/20. — С. 85–91.

16. *Блага І.* Обмеження права власності (з історії проблеми) // Право України. — 2000. — № 1. — С. 121–124.

17. *Бозулавський М. М.* Правовое регулирование иностранных инвестиций. — М., 1993. — 362 с.

18. *Бозулавський М. М.* Иностранные инвестиции: правовое регулирование. — М.: БЕК, 1996. — 462 с.

19. *Бозулавський М. М.* Международное частное право. Элементарный курс. — М.: Юристъ, 2002. — 317 с.

20. *Бондаренко С. І.* Використання акредитива при розрахунках за зовнішньоекономічними операціями // Фінанси України. — 2000. — № 3. — С. 114–118.

21. *Борова А.* Анархізм. — М.: Революция и культура, 1918.

22. *Бошицкий Ю. Л.* Правовая реформа изобретательства: проблемы и решения — К.: Наук. думка, 1992. — 121 с.

23. *Брунцева Е В.* Международный коммерческий арбитраж. — СПб.: Юрид. лит., 2001, — 259 с.

24. *Буроменский М. В.* Обращение в Европейский Суд по правам человека: практика Суда и особенности украинского законодательства / Харьк. правозащит. группа. — Харьков: Фолио, 2000. — 32 с.

25. *Вершинин А. П.* Внешнеэкономическое право: Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. — М.: Норма, 2001. — 239 с.

26. *Власенко Н. А.* Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск: Изд-во иркут. ун-та, 1984. — 99 с.

27. *Внешнеторговые сделки / Сост. И. С. Гринько.* — Сумы: Реал, 1994. — 464 с.

28. *Внешнеэкономическая деятельность предприятия: Учебник.* — М.: Закон и право; ЮНИТИ, 1996. — 408 с.

29. *Вознесенская Н.* Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. — М.: Норма, 1975. — 271 с.

30. *Волинка К. Г.* Теорія держави і права. — К.: МАУП, 2003. — 240 с.

31. *Гаврилов В. В.* Международное частное право: Краткий учебный курс. — М.: Статут, 2000. — 304 с.

32. *Галантич М. К.* Адміністративно-правові питання захисту промислової власності в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1999. — 19 с.

33. *Гамбаров Ю. С.* Право собственности / Рус. высш. школа обществ. наук в Париже. — СПб., 1905. — С. 435.

34. *Герчикова И. Н.* Международное коммерческое дело: Учебник для вузов. — 2-е изд. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. — 671 с.
35. *Гладун Ю.* Оподаткування доходів від авторських прав: внутрішнє законодавство України і міжнародне право // Вісн. податк. служби України — 1999. — № 32. — С. 21–26.
36. *Гойхбарг А. Г.* Очередные вопросы в литературе гражданского права // Вестн. гражд. права. — 1916. — № 2.
37. *Гойхбарг А. Г.* Пролетарская революция и гражданское право // Пролетар. революция и право. — 1918. — № 1. — С. 9.
38. *Гражданское и торговое право капиталистических государств.* — 3-е изд. / Отв. ред. Е. А. Васильев — М.: Междунар. отношения, 1993. — 560 с.
39. *Гридин А. В.* Кодификация советского законодательства о международном частном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1986.
40. *Гримм Д.* Курс римского права. — СПб., 1904. — Вып. 1. — 284 с.
41. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. — М.: Междунар. отношения, 1996. — 399 с.
42. *Данилькевич Н. И., Федоров О. Н.* Международное частное право: Учеб. пос. — Днепропетровск: Арт-Пресс, 1999. — 208 с.
43. *Данилькевич Н. И., Федоров О. Н.* Международное частное право: Учеб.-метод. пос. — Днепропетровск: ДГУ, 1998. — 78 с.
44. *Дернберг Д.* Международное налогообложение. — М.: ЮНИТИ, 1997. — 375 с.
45. *Джергов А.* Вещное право. — София: Изд. на българската Академия на науките, 1993. — С. 190.
46. *Дзера О.В.* Розвиток права власності громадян в Україні. — К.: Вентурі, 1996. — 272 с.
47. *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 256 с.
48. *Довгерт А. С.* Гармонізація цивільного (приватного) права в Європі // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом: Матеріали науково-практ. конф. — К., 1998. — С. 237–240.
49. *Домашенко М. В.* Власність і право власності: Нариси з історії філософії, теорії і практики регулювання відносин власності в Україні. — Харків: Факт, 2002. — 550 с.
50. *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда. Метод социологии / Пер. с франц. А. Б. Гофмана. — М.: Наука, 1990. — 287 с.

51. *Евтихийев В.* К вопросу об обеспечении рабочих на случай болезни // *Вопр. админ. права.* — 1910. — Вып. 1.

52. *Експортно-імпортні операції. Міжнародні контракти. Форми розрахунків: У 2-х ч.* — К.: Міжнар. центр приватизації, інвестицій і менеджменту, 1994. — 326 с.

53. *Елисеєв И. В.* Проблемы международного частного права в основах гражданского законодательства // *Изв. вузов. Сер. Правоведение.* — 1992. — № 2. — С. 110–117.

54. *Ельцибахер П.* Сущность анархизма. — СПб., 1908.

55. *Ермолаев В. Г., Сиваков О. В.* Международное частное право: Учеб. пос. — М.: ФОРУМ-ИНФРА, 1998. — 264 с.

56. *Ертылаев Н. Ю.* Международное частное право. — М.: Юристъ, 1999. — 368 с.

57. *Ефремов Л. О.* О некоторых вопросах применения международных договоров о взаимном оказании правовой помощи в работе арбитражных судов // *Хозяйство и право.* — 1998. — № 3. — С. 99.

58. *Євдокимов В. О., Юлдашев О. Х.* Права людини на землю в Україні. — К.: Варта, 2002. — 243 с.

59. *Жильцов А. Н.* Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве. // *Законодательство и экономика.* — 1997. — № 23/24. — С. 37–48.

60. *Жильцов А. Н., Муранов А. И.* Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // *МЧП. Иностранное законодательство.* — М., 2001. — С. 37.

61. *Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченко, О. В. Петришина.* — Харків: Право, 2002. — 432 с.

62. *Законодавство України про залізничний транспорт // Бюл. законодавства і юрид. практики України.* — 1998. — № 12. — 320 с.

63. *Звеков В. П.* К вопросу о соотношении материально-правового и коллизионного способов регулирования в международном частном праве // *СЕМП.* — 1973 — С. 284–291.

64. *Звеков В. П.* Международное частное право: Курс лекций. — М.: Норма, 1999. — 686 с.

65. *Зыкин И. С.* Договор о внешнеэкономической деятельности. — М.: Норма, 1990. — 202 с.

66. *Інтелектуальна* власність як джерело якісного розвитку // Загальний огляд для малих і середніх підприємств / За ред. М. В. Паладія. — К.: Вікс, 2003. — 208 с.

67. *Інтелектуальна* собствениць в Україні: правові основи і практика: В 4-х т. / А. Д. Святоцький. — К.: ІнЮре, 1999. — 1086 с.

68. *Кабатова Е. В.* Изменение роли коллизийного метода в международном частном праве // Международное частное право: современная практика. — М., 2000. — С. 5–16.

69. *Кабатова Е. В.* К вопросу о современных проблемах международного частного права // Государство и право. — 2000. — № 8. — С. 54–60.

70. *Каменська Н. П.* Правові аспекти ратифікації угод про уникнення подвійного оподаткування // Податкова політика в Україні та її нормативно-правове забезпечення: Зб. наук. праць. — Ірпінь: Акад. ДПС України, 2000. — С. 163–165.

71. *Капиця Ю. М.* *Інтелектуальна* собствениць в Україні: Права автора, організацій, государства. — К.: Інновац. центр НАН України, 1995. — 57 с.

72. *Капиця Ю. М.* Питання організаційно-правового забезпечення передачі технологій в Україні. — К., 1995.

73. *Карпенко О. Д.* Державне управління в сфері промислової власності: організаційно-правові питання: Автореф. дис. ... канд юрид. наук. — К., 1997. — 25 с.

74. *Кашенцева О. Ю.* Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні. — К., 2000.

75. *Кейнс Д.* Общая теория занятости, процента и денег. — М.: Гелиос АРВ, 1999. — 352 с.

76. *Керимов Д. А.* Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. — М., 2000. — 456 с.

77. *Кисіль В. І.* Зворотнє відсилання в міжнародному приватному праві // Актуальні пробл. міжнар. відносин. — 1999. — Вип. 13, ч. 1. — С. 91–99.

78. *Кисіль В. І.* Деякі питання кодифікації та правовідносин у сфері інтерперсональних колізій в міжнародному приватному праві. — Там само. — 2000. — Вип. 14, ч. 2. — С. 61–79.

79. *Кисіль В. І.* Становлення та розвиток колізійного принципу *lex personalis* в міжнародному приватному праві // Там само. — 2000. — Вип. 22, ч. 2. — С. 102–114.

80. *Кичигина И. Л.* Коллизии в международном частном праве: метод регулирования // Вестн. МГУ. — 1987. — № 6. — С. 78–84.

81. *Ківалова Т.* Питання права власності в міжнародно-правових договорах України // Право України. — 2000. — № 7. — С. 111–113.

82. *Ковалевский М.* Учение о личных правах. — М., 1906. — 272 с.

83. *Козельский Я. П.* Обрані добутки російських мислителів другої половини XVIII в. — М., 1952. — Т.1. — 463 с.

84. *Комаров В. В.* О международной подсудности споров между субъектами внешнеэкономической деятельности // Бизнес-информ. — 1994. — № 4.

85. *Комаров В. В.* Международный коммерческий арбитраж. — Харьков: Основы, 1995. — 301 с.

86. *Комаров В. В., Баранкова В. В.* Нотариат и нотариальный процесс: Учебник. — Харьков: Консум, 1999. — 240 с.

87. *Комерційне право* // Правові основи підприємницької діяльності: Підручник / За ред. В. Ч Шакуна., П. В Мельника., В. М Поповича. — К.: Правові джерела, 1997. — 780 с.

88. *Коммерческий договор от заключения до исполнения* / Сост. Л. П. Дашков, А. В. Брызгалин. — М.: Маркетинг, 1995. — 323 с.

89. *Корабельников Б. Р.* Проблема публичного порядка при приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей — Журн. рос. права. — 2001. — № 8.

90. *Котляревский С.* Власть и право. Проблемы правового государства. — М.: Юристь, 1999 — 380 с.

91. *Крупчан О.* Реалізація прав та свобод громадян: публічні та приватні аспекти // Приватне право і підприємництво. — 2003. — Вип. 3. — С. 8.

92. *Крылов С. Б.* Международное частное право: Пособие к лекциям. — Л., 1930.

93. *Кузнецов О. П.* Правовые вопросы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве. — М.: Наука, 1977. — 287 с.

94. *Кузнецов М. Н.* Международное частное право. Общая часть — М.: БЕК, 1991. — 69 с.

95. *Кузнецова Н.* Подрядные договоры в инвестиционной деятельности и строительстве — К.: Наук. думка, 1993. — С. 6.

96. *Кулагин М. И.* Избранные труды. — М.: Статут, 1997. — С. 6.

97. *Ладыженский А. М.* Теории национальности юридических лиц в международном частном праве // СЕМП. — 1964. — С. 24–32.

98. *Лазебник Л., Андресюк Н., Корж М.* Застосування угод про уникнення подвійного оподаткування в Україні // Наук. вісн. Акад. держ. податк. служби України. — 2002. — № 4. — С. 277–279.
99. *Лазебник Л., Корж М.* Уникнення подвійного оподаткування як напрям удосконалення інституту зовнішньоекономічного співробітництва в Україні // Там само. — № 2. — С. 146–151.
100. *Лебедев С. Н.* О природе международного частного права // Советский ежегодник международного права 1979. — М.: Наука, 1980. — С. 64.
101. *Литкевич В.* Законодавство про іноземні інвестиції: світовий досвід і практика України // Суверенітет України і міжнародне право. — К: Манускрипт, 1995. — С. 178–180.
102. *Луц Л. А.* Курс международного частного права. Общая часть. — М.: Юрид. лит., 1973. — 268 с.
103. *Луц Л. А.* Курс международного частного права. Особенная часть. — М.: Юрид. лит., 1975. — 132 с.
104. *Луц Л. А.* Курс международного частного права: В 3-х т. — М.: Спарк, 2002. — 1007 с.
105. *Луц Л. А., Марышев Н. И., Садилов О. Н.* Международное частное право. — М.: Юрид. лит., 1984. — 230 с.
106. *Луц Л. А., Марышева Н. И.* Курс международного частного права. — М., 1976. — Т. 3. Международный гражданский процесс.
107. *Лысенков Ю. М., Педь И. В.* Расчеты во внешней торговле. — К.: Вестн. фонд. рынка, 2003. — 335 с.
108. *Ляликова Л. А.* Транснациональные корпорации и проблема определения их национальности // СЕМП. — 1981. — С. 256–269.
109. *Мамутов В. К.* До питання про поняття приватного права // Вісн. Акад. правових наук України. — 1999. — № 2. — С. 58–61.
110. *Маркс К., Энгельс Ф.* Твори. — Т.21. — С. 402.
111. *Матвеев Г. К.* Предмет, система и источники международного частного права // Международное частное право. — К., 1985.
112. *Мащенко В. В.* Правовой режим собственности в международном частном праве. — К., 1980. — 287 с.
113. *Медолиз М. М., Рибак В. В., Дзюбак І. М., Вороніна І. С.* Іноземні експортні кредити: Посібн. для укр. позичальника. — К., 1999. — 98 с.
114. *Международная* научно-техническая и производственная кооперация (правовые аспекты) / Под ред. М. М. Богуславского. — М., 1982. — 90 с.

115. *Міжнародне частне право* / Под ред. Г. К. Дмитриевой — М.: Юрид. лит., 1993.— 426 с.

116. *Міжнародне частне право: Учебник* / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: Проект, 1997.

117. *Міжнародне частне право* / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М., 2002. — С. 23; 27–31.

118. *Міжнародне частне право: Конспект лекцій.* — М.: ПРИОР, 2002. — 144 с

119. *Міжнародне частне право* / Под ред. Н. И. Марышевой. — М., 2000. — 532 с

120. *Міжнародне частне право (Діючі нормативні акти): Учеб. пос.* — М.: Ин-т междунар. права и экономики; Триада, Лтд, 1997. — 416 с.

121. *Міжнародне частне право: Сучасні проблеми* / Под. ред. М. М. Богуславского. — М., 1994. — 507 с.

122. *Міжнародне частне право: Учеб. пос.* / Сост. Д. В. Задыхайло. — Харьков: Консум, 1998. — 751 с.

123. *Міжнародні правила розрахунків: Сборник нормативних актів.* — К.: НБУ; Полиграфкнига, 1993. — 128 с.

124. *Міжнародні економічні відносини: Учебник для вузів*/ В. Е. Рыбалкин, Ю. А. Щербанин, Л. В. Балдин и др.; Под ред. В. Е. Рыбалкина. — 3-е изд. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 1999. — 503 с.

125. *Міжнародний комерційний арбітраж. Закони України. Міжнародні конвенції. Інкотермс 1990.* — К.: ТПП України, 1995. — 200 с. .

126. *Міжнародний комерційний арбітраж в Україні. Законодавство і практика: Науч.-практ. изд./* Под ред. И. Г. Побирченко. — М.: Ин Юре, 2000. — 973 с.

127. *Мельник О. М.* Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні. Цивільно-правовий аспект. — Ірпінь: Акад. ДПА, 2001. — 136 с.

128. *Мережко О. О.* Історія виникнення та розвитку міжнародного приватного права та його науки // Актуальні пробл. міжнар. відносин. — 1999. — Вип. 14, ч. 1. — С. 65–72.

128 а. *Мережко А. А.* Транснаціональне торговельне право (lex mercatoria). — К.: Таксон, 2002. — 464 с.

129. *Міжнародні валютно-кредитні відносини: Підручник* / А. С. Філіпенко, В. І. Мазуренко, В. Д. Сікора та ін.; За ред. А. С. Філіпенка. — К.: Либідь, 1997. — 206 с.

130. *Мозолин В. П., Франсворт Е. А.* Договорное право в США и в СССР. История и общие концепции. — М.: Наука, 1988. — 215 с.
131. *Морозова Ю. Г.* Оговорка о публичном порядке: причины возникновения // Законодательство. — 2000. — № 6.
132. *Мосс Д. К.* Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража — М.: БЕК, 1996. — 85 с.
133. *Мусин В. А.* Международные торговые контракты. — Л., 1986. — 72 с.
134. *Мухитдинов Н. Мороз С.* О правовой природе института концессий недр // Вестн. Казахстан. гос. ун-та. — Алма-Ата, 1993. — С. 82.
135. *Мюллерсон Р. А.* Соотношение международного и национального права. — М.: Наука, 1982. — 267 с.
136. *Мясникова Л.* Глобалізація економічного простору і мережна небозводу // Світова економіка. — 2000. — № 11. — С. 3–7.
137. *Налого* / В. В Буряковский, В. А. Кармазин, С. В Каламбет и др. — Днепропетровск: Пороги, 1998. — 646 с.
138. *Недбайло П. Е.* Введение в общую теорию государства и права: Предмет, структура, функции. — М.: Юрид. лит., 1971. — С. 57–59.
139. *Нешатаева Т. Н.* Общие замечания по вопросу о признании и исполнении решений судов и арбитражей иностранных государств по экономическим спорам. // Вестн. Высш. арбитраж. суда РФ. — 1999. — № 3, март. — С. 9 (Спец. Приложение. Признание и исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам).
140. *Нешатаева Т. Н.* Международный гражданский процесс. — М.: Норма, 2000. — 165 с.
141. *Новгородцев П. И.* Об общественном идеале. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 1991. — 287 с.
142. *Нольде А. Е.* Очередные вопросы в литературе гражданского права // Вестн. гражд. права. — 1916. — № 4.
143. *Омельченко А.* Державне управління іноземними інвестиціями в Україні (організаційно-правові питання): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1996. — 22 с.
144. *Онуфрієнко О. І.* Правове регулювання випуску та обігу емісійних цінних паперів в Україні. — К., 2000. — 18 с.
145. *Оподаткування зовнішньоекономічної діяльності в Україні* / М. Я. Азаров, Л. П. Гацька, Ю. В. Гладун та ін. — К.: Дія, 2000. — 320 с.
146. *Основы внешнеэкономических знаний. Учебник для вузов* / Под ред. И. П. Фаминского. — М.: Междунар. отношения, 1990. — 560 с.

147. *Панов В. П.* Международное частное право: Схемы. Документы: Учеб. пос. — М.: Право и Закон, 1996. — 208 с.

148. *Пахман С. В.* О значении личности в области гражданского права. — СПб, 1883. — С. 12; 32.

149. *Пацурківський Ю. П.* Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук — К., 2001. — 19 с.

150. *Петражицкий Л. И.* Введение в изучение права и нравственности. — М., 1907. — 257 с.

151. *Пилипенко А. Я., Щербина В. С.* Основы господарського права України: Навч. пос. — 3-тє вид. — К.: МАУП, 1998. — 317 с.

152. *Підопригора О. А.* Право інтелектуальної власності в Україні. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 334 с.

153. *Підопригора О. О.* Проблема правового регулювання інтелектуальної власності за законодавством України. — Харків, 1999. — 34 с.

154. *Подопригора А.А.* Основы римского гражданского права. — К.: Вентури, 1994. — 287 с.

155. *Покрещук О. О.* Правове регулювання міжнародної торгівлі у контексті норм і правил ГАТТ/СОТ. — К.: Зовнішня торгівля, 2003. — 511 с.

156. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М., 1917. — С. 61.

157. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — 353 с.

158. *Покровский И. А., Черепанов Б. Б.* К вопросу о частном публичном праве. — Иркутск, 1926. — С. 19–21.

159. *Попов А. А.* Международное частное право. — Харьков: РА, 1999 — 219 с.

160. *Попов А. А.* Правовые основы внешнеэкономической деятельности: Учеб. пос. — Харьков: Каравелла, 2001. — 358 с.

161. *Посполитак В. В.* Передача права власності на цінні папери та прав за цінними паперами. — К., 2001. — 187 с.

162. *Правові основи підприємницької діяльності / За ред. В. І. Шакуна, П. В. Мельника.* — К.: Правові джерела, 1997. — 780 с.

163. *Прокушев Е. Ф.* Внешнеэкономическая деятельность: Учеб.-практ. пос. — М.: Маркетинг, 1999. — 100 с.

164. *Рабінович П.* Трансформація методології вітчизняного праводержавознавства: досягнення і проблеми // Юрид. Україна. — 2003. — № 1. — С. 20.

165. *Разрешение* в странах СНГ споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности // Комментарий к соглашению стран СНГ “О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности”. — М., 1993. — С. 38–39.

166. *Расіна І.* Підвищення ефективності зовнішньоекономічної діяльності у регіоні (на прикладі підприємств та організацій Донбасу): Автореф. дис. ... канд. екон. наук. — Донецьк, 1996. — 20 с.

167. Рекомендації з оцінки вартості інтелектуальної власності. / Ю. М. Капіца, І. А. Мальчевский, Л. Ю. Федченко та ін. — К., 2001.

168. *Ренненкамф М.* О праве и нравственности в их взаимном отношении. — К., 1859. — 184 с.

169. *Решетников Ф. М.* Правовые системы стран мира: Справочник. — М., 1993. — 256 с.

170. *Римское частное право: Учебник* /Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. — М., 1999. — 509 с.

171. *Рожкова М. А.* Обеспечение иска // Арбитражная практика. — 2002. — № 1. — С. 18–23.

172. *Розенберг Дж. М.* Международная торговля: Терминологический словарь. — М.: ИНФРА-М, 1997. — 368 с.

173. *Розенберг Дж. М.* Международная купля-продажа товаров (Комментарий к законодательству и практика разрешения споров). — М.: Инфра-М, 2001.

174. *Рубанов А. А.* Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // Сов. ежегодник междунар. права. — 1986. — С. 227–241.

175. *Рубанов А. А.* Проблема теоретических основ международного взаимодействия национальных правовых систем в юридической доктрине // Там само. — 1982. — С. 221–239.

176. *Руденко Л. В.* Залучення зовнішніх кредитів як фактор формування інфраструктури промисловості та економічної стабілізації України // Економіка: проблеми теорії та практики: Міжвуз. зб. наук. праць. — Дніпропетровськ.: Наука і освіта, 2000. — Вип. 24.

177. *Руденко Л. В.* Організація міжнародних кредитно-розрахункових операцій в банках: Навч. пос. для студентів вищих закладів освіти. — К.: Академія, 2002. — 376 с

178. *Руденко Л. В.* Розрахункові та кредитні операції у зовнішньоекономічній діяльності підприємства: Підручник. — К.: Лібра, 2002. — 304 с.

179. *Руденко Л. В., Губанова О. М.* Бухгалтерська звітність як засіб комунікації українських підприємств. Технічний прогрес та ефективність виробництва // Вісн. Політехн. ун-ту: Зб. наук. праць — 2000. — Вип. 122 (в 4-х ч.). — 238 с.

180. *Руденко Л. В., Подольська В. О., Яріш О. В.* Аналіз фінансово-господарської діяльності підприємства. — К.: Укоопосвіта, 2000. — 422 с.

181. *Руководство* по составлению международных договоров о промышленном сотрудничестве. — М.: Юристь, 1996. — 90 с.

182. *Садьков О. Н.* Коллизионные нормы международного частного права // СЕМП. — 1982/1983.

183. *Семенов К. А.* Международные экономические отношения: Курс лекций. — М.: Гардарики, 1998. — 336 с.

184. *Сементюта В. В., Сементюта Л. О.* Норми міжнародного права в оподаткуванні юридичних осіб // Фінанси України. — 1999. — № 11. — С. 123–125.

185. *Синецкий Б. И.* Внешнеэкономические операции: организация и техника: Учебник для вузов. — М.: Междунар. отношения, 1989.

186. *Скакун О. Ф.* Теория государства и права. — Харьков: Консум, 2000. — 704 с.

187. *Скрипилев Е. А.* Основы римского права: Конспект лекций. — М., 1998.

188. *Смирнова Н. Н.* Международное торговое право: Конспект лекций. — СПб.: Альфа, 2001. — 128 с.

189. *Садиков О. И.* Императивные нормы в международном частном праве // Моск. журн. междунар. права. — 1992. — № 2. — С. 71–84.

190. *Садиков О. И.* Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права 1982. — М.: Наука, 1983. — С. 205–219.

191. *Соловьев В. С.* Оправдание добра. — СПб., 1996. — 479 с.

192. *Соловьев В.* Философское начало цельного знания. — Минск: Харвест, 1999. — 911 с.

193. *Спасибо-Фатеева Н. В.* Акционерные общества: корпоративные отношения. — Харьков: Право, 1998 — 252 с.

194. *Спекторский Е.* Государство. — Петроград, 1918. — С. 29.

195. *Справочник по Конвенции МДП.* — К.: Ассоциация международных автомобильных перевозчиков Украины, 1996. — 205 с.

196. *Степанюк А. А.* Колізії спадкування міжнародного приватного права в аспекті юридичного конфлікту // Конфлікти в суспільствах,

що трансформуються: Зб. наук. статей. — Харків.: Право, 2001. — С. 116.

197. *Стучка П. И.* Классовое государство и гражданское право. — М., 1924. — С. 34.

198. *Таможенное право Украины* (сборник нормативных актов). — Харьков: Правэкс, 1997. — 280 с.

199. *Терещенко С., Науменко В.* Основи митного законодавства в Україні: Теорія та практика: Навч. пос. для студентів вищих та середніх спец. навч. закладів. — К.: Август, 1999. — 295 с.

200. *Тихомиров Ю. А.* Коллизии юридических норм // Законодательство и экономика. — 1992. — № 24.

201. *Тускоз Ж.* Міжнародне право: Підручник: Пер. з франц. — К.: АртЕк, 1998. — 401 с.

202. *Тыньель А., Функ Я., Хвалец В.* Курс международного торгового права. — 2-е изд. — Минск: АМАЛФЕЯ, 2000. — 703 с.

203. *Уилсон Дж.* Международная торговля в малом бизнесе / Пер. с англ. под ред. Л. Е. Стровского. — М.: Аудит; ЮНИТИ, 1996. — 192 с. (Руководство Барклайз Банка по малому бизнесу).

204. *Управление внешнеэкономической деятельностью: Учеб. пос.* / Под ред. А. И. Кредисова. — К.: ВИРА-Р, 2001. — 640 с.

205. *Условия международных перевозок.* — К., 1993. — 80 с.

206. *Утегенова Г.* К вопросу о концессиях Республики Казахстан // Вестн. Казахстан. гос. ун-та. — Алма-Ата, 1993. — С. 96.

207. *Фалалеева Л. Г.* Угоди про уникнення подвійного оподаткування як один із правових засобів усунення проблеми подвійного оподаткування між Україною та державами Європейського Союзу // Податкова політика в Україні та її нормативно-правове забезпечення: Зб. наук. праць. — Ірпінь: Акад. ДПС України, 2000. — С. 319–322.

208. *Фединяк Г. С.* Порівняльний метод і порівняльне правознавство у сфері міжнародного приватного права // Право України. — 2002. — № 7. — С.107–110.

209. *Фединяк Л. С., Фединяк Г. С.* Міжнародне приватне право: Навч. пос. — 2-ге вид. — К.: Юрінком. Інтер, 2000. — 416 с.

210. *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С.* Міжнародне приватне право: Підручник. — 3-тє вид. — К.: Атіка., 2003. — 543 с.

211. *Федосеева Г. Ю.* Международное частное право: Учебник — М.: Остожье, 1999. — 296 с.

212. *Филиппов А. Г.* Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 422–461.

213. *Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. А.* Международные сделки. Краткий курс: Учеб. пос. / Пер. с англ. — М.: Логос, 1996. — 528 с.

214. *Фомичев В.И.* Международная торговля: Учебник. — М.: ИНФРА-М, 1998. — 496 с.

215. *Форми та методи міжнародних платіжно-розрахункових операцій* // Митна справа. — 2001. — № 2.

216. *Френклін Р., Філіпенко А.* Міжнародна торгівля та інвестиції : Пер. з англ. — К.: Основи, 1998. — 743 с.

217. *Халаїм Н. О.* Правова охорона промислових зразків в Україні. — К., 2000. — 17 с.

218. *Харитонов Є.* Традиція приватного права в Україні: між Сходом і Заходом (деякі питання методології розробки концепції приватного права в Україні) // Юрид. Україна. — 2003. — № 2. — С. 14–17.

219. *Хлебников Н.* Право и государство в их обоюдных отношениях.: Исследование о происхождении, сущности, основных началах и способах развития цивилизации вообще. — Варшава, 1874. — 483 с.

220. *Хэррис Дж. Мэнвилл.* Международные финансы: Пер с англ. — М.: Филинь, 1996. — 296 с.

221. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. — М., 1998. — Т. 1. — 480 с.

222. *Цивільне право: Підручник для студентів юрид. вузів та факультетів.* — К.: Вентурі, 1997. — 543 с.

223. *Чакін В. В.* Право приватної власності громадян в цивільному законодавстві України. — Харків, 1995.

224. *Черевик Е.* Инвестиционный процесс в развивающихся странах. — М.: Инфра-М, 1995. — С. 9.

225. *Черниловский З. М.* Всеобщая история государства и права. — М.: Юристъ, 1995. — 576 с.

226. *Чижов Н.* Источник и формы права. — Варшава, 1978. — С. 4.

227. *Чичерин Б.* Философия права. — М., 1900. — 237 с.

228. *Шебанова Н. А.* Признание и исполнение иностранных решений // Вестн. Высш. Арбитр. Суда РФ. — 1999. — № 3, март. — С. 15–16

229. *Шершеневич Г. Ф.* Экономическое обоснование авторского права. — Казань, 1890. — 254 с.

230. *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: В 2-х т. — М., 1995. — Т. 2. — 624 с.
231. *Шпек Р.* Іноземні інвестиції в Україні // Урядовий кур'єр. — 1994. — 2 квітня.
232. *Штефан О. О.* Позовне провадження у справах з авторських та суміжних правовідносин у цивільному судочинстві України. — К., 2000. — 241 с.
233. *Шумилов В. М.* Международное экономическое право: Учебник. — 3-е изд. — Ростов н/Д: Феникс, 2003. — 505 с.
234. *Эбзеев Б. С.* Диалектика индивидуального и коллективного в организации социума и ее отражение в конституции (к методологии исследования) // Государство и право. — 2004. — № 2. — С. 5–12.
235. *Эллинек Г.* Общее учение о государстве: Рус. пер., 1908. — 287 с.
236. *Эльзбахер.* Сущность анархизма. — СПб., 1908. — 184 с.
237. *Юлдашев А. Х.* Права человека в свете христианской доктрины и идей открытого духовного общества. — К.: Варта, 1999. — 331 с.
238. *Юлдашев О. Х., Євтуховський В. О.* Потребують поваги, але не несуть відповідальності // Голос України. — 2001. — 13 листопада.
239. *Юшкевич В. А.* Наполеон I на поприще гражданского правоведения и законодательства. — 2-ге вид. — М., 1905.
240. *Яблочков Т. М.* Курс международного гражданского процессуального права. — Ярославль, 1909. — С. 170–173.
241. *Austin J.* Lectures of jurisprudence. — 1885, — Vol. 11. — P. 744.
242. *Bramdwayn S., Diamont S.* Turning science into money in former Soviet Republics. Law in transition. EBRP. — London, 1994. — P. 24–25.
243. *Ihering R.* Geist des remischen rechis, 1865. — P. 339.
244. *International Encyclopedia of Comparative law paris.* — 1917. — Vol. 11, ch.2. — P. 15.
245. *Jellinek G.* Allgemeine Statslehre. — Berlin, 1921. — S. 384.
246. *Modele de Convention Fiscale concervant le revenu et la fortune.* — Paris: OCDE, 1996.
247. *Savigny F. K.* System des houtingen remischen rechis. — Berlin, 1840.
248. *Schwarzenberger G.* Foreign Investments and International Law. — L., 1969. — P. 17.

ЗМІСТ

<i>Передмова</i>	3
Розділ 1. Деякі положення теорії та методології приватного права	7
1.1. Приватне право як сталий термін у правознавстві	7
Сутність поняття “право”	11
Гносеологія приватного права та класифікації в ньому	15
1.2. Заперечення існування приватного права в колишньому СРСР	31
1.3. Реформування права в Україні	36
Проблеми приватного і публічного права та механізми їх розв’язання	43
Методологія приватного права	63
Розділ 2. Сутність, принципи та методи міжнародного приватного права	70
2.1. Предмет міжнародного приватного права	70
2.2. Принципи та методи міжнародного приватного права	77
2.3. Способи розв’язання колізій за міжнародним приватним правом	82
2.4. Кваліфікація норм міжнародного приватного права. Його система і джерела	88
Розділ 3. Суб’єкти міжнародного приватного права	93
3.1. Правовий статус іноземних фізичних осіб та осіб без громадянства в Україні	93

3.2.	Юридичні особи у міжнародному приватному праві	101
3.3.	Правовий статус юридичних осіб	113
<i>Розділ 4. Право власності у міжнародному приватному праві</i>		
4.1.	Сутність права власності та його правове регулювання	120
4.2.	Правове регулювання права власності в Україні	126
<i>Розділ 5. Приватно- та публічно-правові засади матеріальної частини міжнародного приватного права</i>		
5.1.	Міжнародні та національні правові засади у здійсненні інвестиційної діяльності	138
	Поняття інвестицій	138
	Види іноземних інвестицій	146
	Реєстрація іноземних інвестицій	153
	Іноземні інвестори	158
	Інвестування за межі України	162
	Захист іноземних інвестицій у міжнародному приватному праві	166
5.2.	Право інтелектуальної власності	170
	Сутність інтелектуальної власності	170
	Міжнародні правові документи у сфері інтелектуальної власності	184
	Форми правової охорони права інтелектуальної власності	200
	Процедура реєстрації прав на торговельні марки	212
	Захист права інтелектуальної власності	215
	Переміщення інтелектуальної власності через кордон	224
	Інтелектуальна власність у формуванні статутних фондів акціонерних товариств	228
5.3.	Міжнародно-правове регулювання ринку цінних паперів	232

	Поняття цінних паперів та їх основні види	232
	Регулятивна інфраструктура фондового ринку	239
	Міжнародна організація комісій з цінних паперів та організація міжнародного співробітництва	246
	Стандарти регулювання ринку цінних паперів у Європейському співтоваристві	253
	Адаптація українського законодавства до міжнародних стандартів регулювання фондового ринку	259
5.4.	Подвійне оподаткування	261
	Визначення проблеми подвійного оподаткування	261
	Зміст та термінологія договору про уникнення подвійного оподаткування	265
	Оподаткування прибутку в угодах про запобігання подвійному оподаткуванню	271
5.5.	Зовнішньоекономічні договори	278
	Джерела права у сфері регулювання зовнішньоекономічної діяльності	278
	Форма, зміст і порядок укладання зовнішньоекономічного договору (контракту)	281
	Правове регулювання договору (контракту) міжнародної торгівлі-продажу товарів. Віденська конвенція	289
	Бартерні договори	301
	Торгові звичаї	303
5.6.	Правові засади міжнародних розрахунків	314
	Загальні положення	314
	Акредитив у міжнародних розрахунках	320
	Інкасо в міжнародних розрахунках	338
	Банківська гарантія	345
	Векселі та чеки	359
5.7.	Приватноправове регулювання міжнародних перевезень	377
	Залізничний транспорт	379
	Автомобільний транспорт	392
	Морський транспорт	399
	Повітряний транспорт	409
	Транспорт внутрішніх водойм	416

Міжнародна пошта	424
Джерела внутрішнього транспортного права України	427
Договір міжнародної експедиції	438
5.8. Державні закупівлі. Міжнародні аспекти	442
<i>Розділ 6. Міжнародний цивільний процес і міжнародний комерційний арбітраж</i>	450
6.1. Міжнародний цивільний процес і нотаріальні дії	450
Цивільний процес. Загальні положення	450
Конвенції про правову допомогу між державами	466
Двосторонні договори про правову допомогу	475
Виконання в Україні рішень іноземних судів	481
Конвенції з цивільного процесу в Раді Європи.	490
Нотаріальні дії	494
6.2. Міжнародний комерційний арбітраж	507
Міжнародні документи нормативного характеру	508
Міжнародні документи ненормативного характеру	518
Міжнародно-правові норми і стандарти у міжнародних комерційних арбітражах	524
Порядок приведення у виконання іноземних арбітражних рішень. Екзекватура	535
<i>Література</i>	553

The scientific publication is one of the first attempts of theoretical interpretation of the phenomenon of private international law, in particular, of material regulation of relationships in the sphere of international trade, as well as of exposure and incorporation of its rules and standards. Accordingly, it is composed of two parts – theoretical and applied ones. In its theoretical part private international law is examined based on its nature. A new constructive (practical and effective) approach was developed to building an optimal model of private-legal regulation of international trading activities. The publication suggests methodological principles of such activities able to be used in the law-making process. The applied part considers incorporated objects of specific legal relationships on the basis of a systems approach.

It is meant for scientists and researchers, graduates and postgraduates of higher educational establishments, as well as for practitioners working in the legislative and law-enforcement areas.

Наукове видання
Юлдашев Олексій Хашимович
МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО:
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ АСПЕКТИ

Scientific Publication
Youldashev, Oleksiy H.
PRIVATE INTERNATIONAL LAW:
THEORETICAL AND APPLIED ASPECTS

Відповідальний редактор *В. Д. Бондар*
Редактор *Т. Д. Станішевська*
Коректор *С. М. Толкачова*
Комп'ютерне верстання *Ю. А. Станішевський*
Оформлення обкладинки *Д. В. Кругленко*

Підп. до друку 30.07.04. Формат 60×84/16. Папір офсетний. Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 33,48. Обл.-вид. арк. 35,42. Тираж 1000 пр. Зам. № 4-378

Міжрегіональна Академія управління персоналом (МАУП)
03039 Київ-39, вул. Фрометівська, 2, МАУП

*Свідоцтво про внесення до Державного реєстру
суб'єктів видавничої справи ДК № 8 від 23.02.2000*

ВАТ “Білоцерківська книжкова фабрика”
09117 Біла Церква-17, вул. Леся Курбаса, 4