

# ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

ISSN 2308-0361



Науково-практичний журнал

4 (72) ' 2013

УДК 347.(77+78)

Журнал засновано в лютому 2002 року,  
перейменовано у листопаді 2005 року,  
внесено до переліку фахових видань  
ВАК України з юридичних наук

## ЗАСНОВНИК

*Науково-дослідний інститут  
інтелектуальної власності  
Національної академії  
правових наук України*

Свідоцтво про державну реєстрацію  
КВ № 10573 від 07.11.2005 року.

Рекомендовано до друку Вченою  
радою НДІ інтелектуальної  
власності НАПрН України  
(протокол № 6 від 26.06.2013 року).

## Редакція:

**Орлюк О. П.** — головний редактор,  
**Петренко С. А.** — заступник головного  
редактора,  
**Мацкевич О. О.** — редактор,  
**Осіпова А. О.** — літературний  
редактор,  
**Петренко І. І.** — відповідальний  
секретар.

## Адреса редакції:

**03680, МСП, м. Київ-150,**  
**вул. Боженка, 11, корп. 4**  
**Тел.: 228-21-37, 228-22-16**  
**Тел./факс: 200-08-76**  
**www.ndiiv.org.ua**  
**e-mail: letter@i.kiev.ua**

Надруковано з оригінал-макета  
в ТОВ «Лазурит-Поліграф», 04080,  
м. Київ, вул. Костянтинівська, 73,  
тел./факс: (044) 417-21-70, свідоцт-  
во суб'єкта видавничої справи ДК  
№ 3133 від 17.03.2008 року.

Здано до набору 23.07.2013 року.  
Підписано до друку 09.08.2013 року.  
Формат 70x108/16. Папір офсетний.  
Друк офсетний.  
Наклад 300 примірників. Зам. 78

## ЗМІСТ

### До 20-річчя Національної академії правових наук України

**Бутнік-Сіверський О., Орлюк О.** Людський  
капітал в інтелектуальній економіці  
(економіко-правовий погляд  
і закордонний досвід) ..... 3

### Теорія інтелектуальної власності

**Кашинцева О., Іолкін Я.** Особливості  
реалізації майнових прав інтелектуальної  
власності в сфері охорони здоров'я ..... 11

### Захист прав

**Дорошенко О., Мінченко Н., Берестюк О.**  
Причини виникнення конфліктів  
торговельних марок і доменних імен  
та способи їх вирішення ..... 16

**Штефан А.** Визнання правочину недійсним  
як спосіб захисту авторського права ..... 22

### Європейський досвід

**Андрощук Г.** Європейська стратегія охорони  
промислової власності (частина 1) ..... 32

**Ямпольська О.** Територіальні аспекти  
використання товарних знаків  
Європейського Співтовариства ..... 43

## Наукова рада журналу:

Довгерт А. С., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н., проф; Кузнєцова Н. С., акад. НАПрНУ, д.ю.н., проф.; Майданик Р. А., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н., проф.; Малишева Н. Р., д.ю.н., проф.; Патон Б. Є., през. НАНУ, д.т.н.; Притика Д. М., акад. НАПрНУ, д.ю.н.; Редько В. В., д. с.-г. н.; Стефанчук Р. О., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н.; Тацій В. Я., през. НАПрНУ, д.ю.н.; Шемшученко Ю. С., акад. НАНУ, акад. НАПрНУ, д.ю.н.

## Редакційна колегія журналу:

Мироненко Н. М. (голова редакційної колегії), Дорошенко О. Ф. (заступник голови редакційної колегії), Андрощук Г. О., Бутнік-Сіверський О. Б., Васильєва В. А., Галиця І. О., Гетманцев Д. О., Дроб'язко В. С., Канзафарова І. С., Копиленко О. Л., Коссак В. М., Крупчан О. Д., Москаленко В. С., Нежиборець В. І., Панов М. І., Петришин О. В., Пічкур О. В., Семчик В. І., Сидоров І. Ф., Солощук М. М., Теплюк М. О., Тихий В. П., Юрченко О. М., Е. Х. Армаза-Армаза (Іспанія), Я. Пеліова (Словакія), Л. Цвікла (Польща)

## Договірні відносини

**Афанасьєва К.** Специфіка договірних відносин з художниками-ілюстраторами у видавничій діяльності ..... 52

**Пилоченко Д.** Ключові характеристики ліцензування копілефт ..... 59

## Погляд науковця

**Крупчан О.** Методологія досліджень діяльності органів виконавчої влади в науці адміністративного права ..... 68

**Майданик Л.** Право на використання імені відомої особи *post mortem*: поняття, природа, законодавче регулювання в Україні та за кордоном ..... 74

**Янчук А.** До питання про вплив громадського контролю на модернізацію економіки України: конституційно-правовий аспект ..... 80

**Ващенко Ю.** Право на доступ до енергетичних послуг: проблеми нормативно-правового регулювання ..... 87



## ЛЮДСЬКИЙ КАПІТАЛ В ІНТЕЛЕКТУАЛЬНІЙ ЕКОНОМІЦІ (ЕКОНОМІКО-ПРАВОВИЙ ПОГЛЯД І ЗАКОРДОННИЙ ДОСВІД)

**Олександр Бутнік-Сіверський,**  
*професор, член-кореспондент АТН України, завідувач  
економіко-правового відділу НДІ інтелектуальної  
власності НАПРН України, доктор економічних наук*

Динамічний економічний розвиток України можливий лише на основі інноваційної складової в умовах глобалізації економічних процесів. Саме з цим пов'язують модернізацію економіки, беручи до уваги економіку знань.

Сучасна економічна наука, що спирається на цивілізаційний підхід, зазначає Н. Краснокутська, збагатилася новим напрямом розвитку, йдеться зокрема, про науку інноватику, що вивчає закономірності процесів розвитку, формування новацій, нововведень, механізмів управління змінами, подолання опору нововведенням, адаптації до них людини, використання та поширення інноваційних потоків, інноваційної діяльності, їхнього впливу на сферу конкуренції, на розвиток суспільства загалом [1, 8]. Тут варто зазначити, що світова наукова думка сформувала принципово новий погляд на цивілізаційний прогрес, в основу якого покладено механізм інноваційного розвитку за участю людини-творця. Нова парадигма розвитку на передній план висуває не нагромадження матеріальних благ, а розвиток людського потенціалу при збереженні навколишнього середовища. Людина, її потреби та розвиток визнаються ос-

новними передумовами прогресу, нових цивілізаційних зрушень. Саме процеси глобалізації в економіці та розвитку інформаційних технологій (отримання, перетворення й передачі всіх форм інформації) стали каталізатором кардинальних зрушень і зміни парадигми мислення від індустріальної до постіндустріальної цивілізації.

Щодо теорії в науці інноватики сьогодні виокремлюють інтелектуальну власність (*intellectual property*), як право на результат інтелектуальної діяльності, та інтелектуальну економіку (*creative economy*), чи економіку інтелектуальної власності, що спирається на теорію і методологію інтелектуального капіталу (*intellectual capital*) [2], у який відповідне місце має посісти сучасна теорія людського капіталу, що трансформується під впливом глобалізації економічних процесів.

Зауважимо, що з подальшим розвитком інноватики відбуваються транс-

**Олена Орлюк,**  
*професор, член-кореспондент НАПРН України,  
директор НДІ інтелектуальної власності НАПРН  
України, головний редактор журналу  
«Теорія і практика інтелектуальної власності»,  
доктор юридичних наук*





## ДО 20-РІЧЧЯ НАПРН УКРАЇНИ

формаційні процеси в економіці, змінюються погляди на *людину економічну* (*homo economicus*) — сукупність економічних потреб, інтересів, цілей індивіда, органічне поєднання в ньому рис працівника та власника [3, 214], на *людський потенціал* — міра втілених у людині природних здібностей, таланту, рівня освіти, кваліфікації та їхню здатність приносити доход [3, 216], на *людський капітал* (*human capital*) — вартість запасу здібностей, досвіду, знань, які залучені до процесу господарювання, капіталізовані на основі найму та приносять додану вартість (прибуток) [4], на факт появи «нової економіки» (неоекономіки, *neoeconomica*) — економічної інфраструктури, що характеризує головним чином переваження невідчутних активів (послуг і технологій) та зниження ролі відчутних активів [5]. На думку науковців, означені погляди є дискусійними в умовах глобалізації економічних процесів.

Прикметна особливість «нової економіки» — розвиток інтелектуального капіталу та його приєднання до останніх трьох основних факторів виробництва, що революційно відрізняють цю економіку від усіх попередніх. На думку А. Григоряна, який визначає «нову економіку» як перший етап почавшогося нового постіндустріального устрою, а точніше як довгостроковий (за Н. Кондратьєвим — піввіковий, хоча й з тенденцією до поступового скорочення) економічний цикл, який відкриває над довгостроковий (сторіччя) цикл постіндустріалізму. Своєю чергою, «нова економіка» як прикінцевий ланцюг в ланцюгу інновації → високі технології → нова економіка (у абстракті: створення → впровадження → результат), стала безпосереднім результатом радикальних змін в інноваційній (з 1950–1960-х років) і технологічній (з 1970–1980-х років) сферах. «Нова економіка» є наслідком прямого п'ятого технологічного укладу в економіці, основа якої — електроніка,

комп'ютерні, космічні та біологічні технології, новітні джерела енергії, телекомунікаційні та ін. [6]. «Нова економіка» сьогодні — це галузі з високою часткою нематеріального, людського, капіталу, такі, як інформаційно-комунікаційні технології, освіта, наука, та інтелектуальні послуги (консалтинг) [7]. Інформаційна економіка, зазначає П. Левчаєв, як нова реальність визначає конфігурацію світової економічної та фінансової систем. У цій економіці людина розглядається частіше як носій інформації. Люди з творчим складом розуму та креативним мисленням створюють у неоекономіці нове знання, формуючи економіку знань. Вартісний приріст у такій економіці формується на основі інформаційних технологій, що визначають як окремі елементи, так і вищий рівень цілісності тієї чи тієї національної економіки, а також її конкурентоспроможність. Оскільки інформація та знання швидко старішають, а на такій базі нового, інноваційного продукту створити не можна, потрібний безперервний процес примноження знань. Перспективні знання й інструментарій (фінансові інновації) потребують масштабного тиражування [8].

Право на результат інтелектуальної діяльності та теорія інтелектуального капіталу вносять у *сучасну теорію людського капіталу* оновлену методологію його сприйняття, що потребує поглибленого дослідження.

Гене́за теорії людського капіталу — концепція західних економістів, яка поєднує різноманітні, нерідко суперечливі погляди, ідеї, положення стосовно формування, використання знань, навичок і здібностей людини як джерела майбутніх доходів та привласнення економічних благ. Її витоки — праці представників вульгарної (лат. *vulgaris* — простий) політичної економії Дж.-С. Мілля, Ж.-Б. Сея та інших, з одного боку, й ідеологів неокласичного напрямку, зокрема маржиналізму (Л. Вальраса, І. Фішера), — з



другого. Перші з них не розглядали власне людину як капітал, стверджуючи, що ним (капіталом) є лише набуті здібності, котрі реалізуються в процесі праці. Представники неокласичного напрямку вважали капіталом власне людину з набутими нею знаннями та здібностями до праці. Зокрема, І. Фішер наголошував, що людина може належати іншій людині лише за існування рабства чи сама собі, тому вченого індивіда вважав капіталом. А. Маршалл стверджував, що оскільки людина не є товаром, то науково не обґрунтованою є уся теорія людського капіталу. Зважаючи на великий авторитет цього вченого, висловлену ним ідею західні економісти тривалий час не заперечували. Представник історичної школи Т. Рошер називав капіталом набуту робітником кваліфікацію [9].

Узагальнюючи теоретичні дослідження, О. Грішнова зазначає, що прихильники теорії трьох факторів виробництва (В. Бейдджот, Ф. Ліст, А. Маршалл, Дж. Мілль, В. Рошер, Г. Сіджуйк) беззаперечно відкидають ідею включення людини з її природними особливостями до категорії капіталу. Та при цьому вони схильні розглядати як складову частину капіталу чи багатства людські знання і здібності до праці. За словами Дж. Мілля, «власне людська особа... не є капіталом. Людина є ціллю, заради якої існує багатство. Але її набуті здібності, що постають лише як засіб і реалізуються лише через працю, на всіх підставах можна віднести до категорії капіталу». На основі такого підходу до проблеми взаємозв'язку людини, її здібностей до праці і капіталу виникли традиційні визначення поняття «людський капітал», серед яких і визначення Г. Беккера.

Інший напрям в економічній науці утворюють праці вчених, що відносять саму людину з її природженими якостями до капіталу (Л. Вальрас, Дж. Маккулох, Г. Маклеод, І. Фішер та ін.). Вони оцінювали людину як еле-

мент капіталу, і як розвиток їхніх поглядів виникли так звані альтернативні, чи розширювальні теорії людського капіталу. Означення «розширювальні» доречніше в цьому контексті, оскільки ці теорії переважно не заперечують традиційні, але й не обмежуються лише ними, розширюючи таким чином зміст поняття «людський капітал».

Поява та розвиток альтернативних концепцій людського капіталу значною мірою пов'язана з роботами відомого американського економіста першої половини ХХ століття І. Фішера, зокрема з його теорією всеосяжного капіталу. Ця теорія виникла в період тотального панування в духовному та суспільному житті американського суспільства ідей прагматизму. З позицій названих ідей, стверджувалося: істиною в цьому світі є лише те, що відповідає практичним цілям і завданням життя. Стосовно економіки робився висновок, що діяльність людей повинна бути спрямована винятково на досягнення практичного результату та життєвого успіху. Д. Д'юї, один з найвідоміших провідників ідей прагматизму, навіть оголосив успіх критерієм моральності.

Теорія капіталу І. Фішера стала основою для виникнення різноманітних альтернативних концепцій людського капіталу. Їхні автори включають у поняття людського капіталу не лише знання та вміння людей, не лише їхню здатність до праці, але й фізичні, психологічні, світоглядні, суспільні, культурні якості та здібності людей. Для них людським капіталом є, наприклад, фізична сила та зовнішня привабливість, вміння встановлювати й підтримувати необхідні знайомства, дотримуватися законів і традицій, організувати свою діяльність, підтримувати дисципліну праці, правильно поводитися тощо. При цьому зазначені якості та здібності людей у структурі людського капіталу для прихильників альтернативного підходу мають якщо не більше, то принаймні





## ДО 20-РІЧЧЯ НАПРН УКРАЇНИ

не менше значення, ніж рівень освіти чи здоров'я людини. В альтернативних теоріях, як і в традиційних, немає одностайності щодо визначення змісту поняття «людський капітал». Автори відомого підручника з економіки [10] С. Фішер, Р. Дорнбуш, К. Шмалензі вбачають у людському капіталі передусім природжені здібності і талант людини, а потім уже її освіту і набуту кваліфікацію. Професор Массачусетського технологічного інституту Л. Туроу включає в поняття людського капіталу «виробничі здібності, обдарування і знання» людини, а також таку специфічну характеристику як «повага до політичної і соціальної стабільності». Ф. Махлуп, професор Принстонського університету, відносить до людського капіталу будь-які «вдосконалення», що «збільшують фізичні або розумові здібності людини» [11].

Наприкінці 50-х – на початку 60-х років ХХ століття було зроблено спроби обґрунтувати теорію людського капіталу. Найбільший внесок у цю справу зробили американські економісти Г. Беккер, Й. Вейс, Б. Вейсброд, І. Шульц, Ф. Велч та ін. Нині теорія людського капіталу є загальноприйнятою в західній економічній літературі й набула певного поширення в Росії та Україні [10].

Дослідження з теорії та практичного використання знань про людський капітал заохочувались у США та інших розвинених країнах. Троє американських учених за дослідження у сфері людського капіталу одержали Нобелівські премії: в 1971 році першим удостоївся премії С. Кузнець, який довів, що високий рівень і якість людського капіталу народу — необхідна умова розвитку країни; в 1979 році премія вручена Т. Шульцу, який розробив теоретичні основи науки про людський капітал; в 1992 році премію одержав Г. Беккер, який показав, що інвестиції в здоров'я, освіту, культуру народу є найефективнішими вкладеннями з високою та довгостроковою

віддачею [12]. У результаті обліку людського капіталу при управлінні США стали світовим лідером, зосередивши 29 % світового людського капіталу (95 трлн дол.). За підрахунками Світового банку, у складі національного багатства США основні виробничі фонди становлять 19 %, природні ресурси — 5 %, а людський капітал — 76 % [13]. Людський капітал країн СНД становить лише 11 % світового і був оцінений в 40 трлн дол. [14]. В Україні ж за період 2000–2005 років у структурі національного багатства людський капітал становив лише 47 % і за ці роки його частка скоротилася приблизно на 8 %. Потрібно зазначити, що частка людського капіталу у структурі світового багатства становить понад 66 %, а в країнах «великої сімки» та ЄС — понад 75 % [15]. Наведена статистика людського капіталу свідчить про облік інвестиції на підтримку і розвиток охорони здоров'я, освіти, на забезпечення мобільності (міграції) робочої сили, на інформацію та культуру народу за різними підходами до розрахунку. Та при цьому дані свідчать про високу частку людського капіталу в структурі національного багатства.

У своїй монографії «Розвиток людського капіталу в умовах глобалізації» Я. Ларіна та О. Брацлавська зазначають, що розвиток людського капіталу є переважно економічною категорією, що виражає сукупність соціально-економічних відносин з приводу його формування, збереження, розвитку й удосконалення, тобто знань, умінь, навичок, здатності людини до праці, а також її фізичного стану, інтелектуальних і творчих здібностей [16]. Як видно, в монографії превалює економіко-правовий підхід до характеристики людського потенціалу.

Суб'єктів відносин стосовно розвитку людського капіталу названі вчені пропонують класифікувати за такими критеріями: 1) за інституційним рівнем (домогосподарство, підприємство,



регіон, держава, міждержавні утворення (дослідження передбачає розгляд людського капіталу на рівні держави (США), а також частково на рівні транснаціональних корпорацій); 2) за економічною роллю у виробничому процесі (власники людського капіталу, суб'єкти економічної діяльності, що є орендарями (користувачами) складових людського капіталу); 3) за обсягами і якістю людського капіталу (суб'єкти, що мають дефіцит людського капіталу; суб'єкти, що мають перевагу в характеристиках людського капіталу; суб'єкти, що володіють суспільно-нормальним обсягом та якістю людського капіталу) [16].

Теорія людського капіталу в більшості країн, зазначають у своєму дослідженні Я. Ларіна й О. Брацлавська, стала поворотним пунктом у мотивації людського розвитку, тенденціях ставлення до галузей соціальної сфери, що його забезпечують, — освіти, охорони здоров'я, культури та ін. Соціально-економічне зростання та конкурентоспроможність країн, яким бракує природних ресурсів (Гонконг, Південна Корея, Тайвань, Сингапур, Індія, Китай), а також країн зі зруйнованою внаслідок Другої світової війни економікою (Німеччина, Японія, Австрія), що вкладали значні інвестиції в розвиток освіти, охорони здоров'я, яскраво підтверджують дієвість концепції людського капіталу. Деякі країни, багаті природним капіталом (США, Канада, Австралія), позбавилися залежності від них. Відбуваються зміни в уявленнях про структуру, сумарний об'єм та роль елементів сукупного капіталу. Так, у світі нагромаджено: виробничого капіталу — 95 трлн дол. (17 %); природного капіталу — 90 трлн дол. (16 %); людського капіталу — 365 трлн дол. (понад 65 %). У складі національного багатства в Західній Європі відповідно — 23, 2 і 47 %. У Росії та Китаї частка людського капіталу становить 50 та 77 % відповідно; у Люксембурзі — 83 %, Швейцарії —

78 %, Франції — 76 %, Німеччині — 79 %; Австрії та Канаді, що щедро наділені природними ресурсами, частка — 20 %. Щодо України, то її частка людського капіталу на кінець ХХ століття становила 55 %, а на 2010 рік — 39,7 % від усього національного багатства. Лідерство США в сучасному світі забезпечується насамперед високою якістю людського капіталу та постійною увагою до нього з боку уряду і стейкхолдерів. За даними Світового банку, який дослідив 192 країни, тільки 16 % економічного зростання в країнах з перехідною економікою забезпечено виробничим потенціалом, 20 % — природними ресурсами, а 64 % — людським капіталом. Нині останній показник збільшується, тому що людський капітал — один з найпотужніших елементів, які допомагають економіці планомірно рухатися до становлення інформаційного суспільства. Крім цього, у сучасних економіках до 90 % їх зростання забезпечується за рахунок інтелектуального ресурсу. Корейський учений Дж. Парк дослідив 94 країни і дійшов висновку, що саме людський капітал став причиною економічного прогресу у них. Отже, цілком зрозуміло, зазначають у своєму дослідженні Я. Ларіна та О. Брацлавська, є увага науковців до людського капіталу, створення передумов для його нарощування та відтворення [16].

Зазначимо, якщо в доіндустріальній та індустріальній економіці переважала фізична праця, то тепер (в постіндустріальному суспільстві) вирішальною є високоінтелектуальна праця освічених людей. Якщо в ХІХ столітті в загальній сумі капіталу питома вага людського капіталу не перевищувала 23 %, то через півстоліття цей показник досяг 50 %. Але й ці пропорції різко змінилися наприкінці другої половини ХХ століття: частка накопичених інвестицій у людський капітал у загальній їх сумі дорівнювала 67–69 % (у США — до 74–76 %) [17]. З переходом до постіндустріального суспільства зменшу-



## ДО 20-РІЧЧЯ НАПРН УКРАЇНИ

ється частка фізичної компоненти капіталу (матеріальних активів: землі, устаткування, машин), одночасно зростає значення людського капіталу в суспільних відносинах.

Зростання людського капіталу, зазначає Н. Голікова, привело до формування нової економіки — економіки знань [5]. Цей напрям наукових досліджень у західній зарубіжній літературі пов'язаний з іменами Д. Белла, Г. Боуена, Л. Туроу, Й. Бен-Поретта, М. Блауга, Дж. Кендріка та інші. У Росії в актуалізацію цієї проблематики й її дослідження помітний внесок зроблений Л. Абалкіним, В. Макаровим, Ю. Яковцем; в Україні — В. Антонюком, В. Андріановою, Ю. Бажалом, Д. Богиней, Н. Борецькою, В. Гейцем, В. Голіковим, О. Грішнвою, Я. Дуткевичем, М. Зверяковим, М. Згуровським, Г. Євтушенко, С. Кіреєвим, А. Колотом, В. Кременем, А. Кудлай, В. Куценко, І. Куревіною, І. Лащенко, Е. Лібановою, Ю. Скажеником, Л. Тертичною, Н. Ущенко, Т. Шпарагою, А. Чухном та ін. Незважаючи на численні роботи, присвячені людському капіталу в Україні, це питання залишається і сьогодні доволі актуальним.

*Сучасна теорія людського капіталу з позиції права на результат інтелектуальної діяльності та теорії інтелектуального капіталу потребує поглиблення змісту людського капіталу з позиції потреби розподілу на теорії людського потенціалу, людських ресурсів та людського капіталу в інтелектуальній економіці. Можна погодитися з критикою ідеологічної мети теорії людського капіталу — довести, що наймані працівники, котрі мають певний обсяг знань, досвід тощо, перетворюються на капіталістів. Основними недоліками такої теорії є, по-перше, аморфне тлумачення сутності капіталу, до якого відносять не лише все, що оточує людину, а й певні риси людини, а також відсутність суб'єктно-об'єктних відносин (якщо такий капітал невіддільний від людини). По-*

*друге, ігнорування того факту, що витрати на розвиток освіти, здобуття кваліфікації тощо формують лише здатність до праці, робочу силу відповідної якості, а не власне капітал. Це означає, що робоча сила (а отже, її кваліфікація, творчі здібності тощо) стає капіталом, точніше змінним капіталом, лише в руках капіталіста, у процесі її використання з метою виробництва та привласнення прибутку. По-третє, помилковою є думка прихильників теорії людського капіталу, що такий капітал — невіддільний від самої людини. Ця проблема аналогічна проблемі купівлі-продажу робочої сили. Так, заперечуючи можливість продажу робочої сили, більшість західних економістів водночас твердять про продаж найманим працівником своєї праці чи послуг праці. По-четверте, не виваженими є низка положень прихильників теорії людського капіталу про структуру людського капіталу. Зокрема, некоректно відносити до елементів цієї категорії пошук необхідної інформації про ціни та доходи, адже такий пошук не завжди є успішним, про що свідчить значна кількість безробітних у більшості країн. Те саме стосується міграції робочої сили. Науково некоректно відносити до структурних елементів «людського капіталу» й моральні цінності компанії, культуру праці, філософію фірми тощо, які формуються у співпраці в межах трудового колективу, а тому не належать конкретному працівникові. По-п'яте, потребує істотного корегування думка тих авторів, які вважають, що компанія не може розпоряджатися на власний розсуд людським капіталом, оскільки після укладання контракту найманий працівник має дотримуватися трудової дисципліни, інших правил компанії упродовж періоду дії контракту, а це свідчить про те, що компанії розпоряджаються такою робочою силою. Водночас слушною є думка про неможливість придбання людей у власність, що свід-*





чить про хибність ідеї представників неокласичного напрямку, котрі розглядали людину із здобутими нею знаннями капіталом. Слушним у цьому сенсі є твердження А. Маршалла про наукову необґрунтованість теорії людського капіталу через неможливість перетворення людини на товар в капіталістичному суспільстві. *Пошосте*, надмірно спрощеною є теза прихильників цієї концепції про відмінність людського капіталу від фізичного лише за ступенем ліквідності і ризику. Найбільш вразливою теорії «людського капіталу» є в ідеологічному аспекті. Так, на думку І. Шульца, працівники стали капіталістами в тому сенсі, що здобули значний обсяг знань і досвіду, який має економічну цінність. Однак практика довела, що більшість таких працівників у розвинених країнах світу за останні десятиріччя ХХ – початок ХХІ століть капіталістами не стали. Зокрема, в США лише близько 30 % найманих працівників, зайнятих на виробництві з використанням новітніх технологій, в останні три десятиріччя ХХ століття поліпшили своє матеріальне становище, майже в третини таких працівників воно за цей час погіршилось, а решта проживає на межі бідності, хоча має відповідні знання, досвід і

кваліфікацію. Загалом, соціальна диференціація у США та багатьох інших країнах за цей період посилилася. Дрібними капіталістами стала лише незначна частка найкваліфікованіших спеціалістів, які працюють у галузі інформаційних технологій [10].

#### Висновки

Світова наукова думка сформувала принципово новий погляд на цивілізаційний прогрес, в основу якого покладено механізм інноваційного розвитку за участю людини-творця. Нова парадигма розвитку на перший план висуває не нагромадження матеріальних благ, а розвиток людського потенціалу при збереженні навколишнього середовища. Інтелектуальна економіка спирається на теорію та методологію інтелектуального капіталу, в якій відповідне місце має посісти сучасна теорія людського капіталу, що трансформується під впливом глобалізації економічних процесів\*. ♦

#### Список використаних джерел

1. Краснокутська Н. В. *Інноваційний менеджмент : навч. посібник* / Н. В. Краснокутська. — К. : КНЕУ, 2003. — 504 с.
2. Бутнік-Сіверський О. *Інноватика та інтелектуальна економіка (теоретико-методичний аспект)* / О. Бутнік-Сіверський // *Теорія і практика інтелектуальної власності*. — № 6. — 2007. — С. 68–81; 2008. — № 1. — С. 63–77.
3. *Економічна енциклопедія : у трьох томах : Т. 2* / редкол.: С. В. Мочерний (відп. ред.) та ін.— К. : Академія, 2001. — С. 848.
4. Голікова Н. В. *Людський капітал як фактор зростання і розвитку економіки: автореф. дис... канд. екон. наук : спец. 08.01.01* / Н. В. Голікова; Нац. акад. наук України, Ін-т екон. прогнозування. — К., 2004.— С. 3.

\* Закінчення в наступному номері



5. Новая экономика // Википедия — свободная энциклопедия [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : [http://ru.wikipedia.org/wiki/%CD%E%E2%E0%FF\\_%FD%EA%EE%ED%EE%EC%E8%EA%E0](http://ru.wikipedia.org/wiki/%CD%E%E2%E0%FF_%FD%EA%EE%ED%EE%EC%E8%EA%E0).
6. Григорян А. Л. На пути к «новой экономике»: концепции инновационного развития России / А. Л. Григорян // Государство и общество. — М., 2005. — С. 82–85.
7. Шаталова Н. Добрый взгляд на капитал / Н. Шаталова // Поиск. — Январь. — 2003.
8. Левчаев П. О. Фінансові аспекти розвитку постіндустріальної економіки [Електронний ресурс] / П. О. Левчаєв. — Режим доступу до ресурсу : [http://ufin.com.ua/analit\\_mat/drn/112.htm](http://ufin.com.ua/analit_mat/drn/112.htm).
9. Економічний енциклопедичний словник // [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://subject.com.ua/economic/slovník/7611.html>.
10. Фишер С. Економіка / С. Фишер, Р. Дорнбуш, Р. Шмалензи ; пер. со 2-го англ. изд. — М. : Дело ЛТД, 1995. — 864 с.
11. Економіка праці та соціально-трудова відносина // Грішнова О. А. (Глава 4. Людський капітал) [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу : [http://pidruchniki.ws/17251009-/ekonomika/lyudskiy\\_kapital](http://pidruchniki.ws/17251009-/ekonomika/lyudskiy_kapital).
12. Людський капітал як чинник економічного зростання (стримуючі соціально-економічні фактори в Україні) [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://do.gendocs.ru/docs/index-115981.html>.
13. Майбуров И. Эффективность инвестирования и человеческий капитал в США и России [Текст] / И. Майбуров // МЕ и МО. — 2004. — № 4. — С. 3–13.
14. Корчагин Ю. Широкое понятие человеческого капитала [Электронный ресурс] / Ю. Корчагин // ЦИРЕ. — Режим доступа к ресурсу: <http://www.lerc.ru>.
15. Квак М. Національне багатство України: стан та перспективи [Текст] / М. Квак // Вісник ТНЕУ. — 2008. — № 1. — С. 29–36.
16. Ларіна Я. С. Розвиток людського капіталу в умовах глобалізації [Електронний ресурс] / Ларіна Я. С., Брацлавська О. С. — Режим доступу до ресурсу : <http://academia-pc.com.ua/product/319>.
17. Сутність людського капіталу [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [http://www.osvita-plaza.in.ua/publ-/sutnist\\_ljudskogo\\_kapitalu/394-1-0-39056](http://www.osvita-plaza.in.ua/publ-/sutnist_ljudskogo_kapitalu/394-1-0-39056).

Надійшла до редакції 26.06.2013 року.

## ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

**Оксана Кашинцева,**

*старший науковий співробітник, завідувач Центру гармонізації прав людини та прав інтелектуальної власності НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, кандидат юридичних наук*

**Ярослав Іолкін,**

*старший науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, кандидат юридичних наук*

Сфера охорони здоров'я зумовлює специфіку правового статусу суб'єктів інтелектуальної власності, зокрема, авторського права в сфері медицини. Відповідно до загальних положень Цивільного кодексу України [1] ст. 421 (далі — ЦК України) суб'єктами права інтелектуальної власності є творці (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності.

За Н. Мироненко це визначення не є дефінітивною нормою, а формулюється через вказівку окремих груп суб'єктів права інтелектуальної власності та у зв'язку із закріпленнями за ними правами інтелектуальної власності. Законодавець узагальнив і визначив дві групи суб'єктів права інтелектуальної власності: «творець та інші особи, яким належать особисті немайнові та майнові права інтелектуальної власності» [2].

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про авторське право та суміжні права» [3] (далі — Закон про авторське право), суб'єктами авторського права автори об'єктів інтелектуальної власності, які віднесені до інституту авторського права. Первинним суб'єктом авторського права є фізична особа, творчою працею якої створено об'єкт.

Оскільки Конституцією України (ст. 54) [4] проголошується свобода інтелектуальної та творчої діяльності й право кожного громадянина на результати своєї інтелектуальної творчої

діяльності, суб'єктом авторського права на науковий твір у сфері охорони здоров'я може бути будь-яка фізична особа, творчою працею якої створено відповідний об'єкт.

Згадана ст. 421 ЦК України передбачає два види суб'єктів інтелектуальної власності: автора — творця та інші суб'єкти інтелектуальної власності, яким належать майнові та немайнові права інтелектуальної власності. В основу такого поділу законодавець поклав критерій підстави виникнення права інтелектуальної власності, за яким коло суб'єктів поділяється на первинних та вторинних суб'єктів. Особливості набуття права інтелектуальної власності, тобто визначення моменту (юридичного факту), з якого особа набуває статусу суб'єкта права інтелектуальної власності, залежить від особливостей об'єкта. Набуття статусу суб'єкта авторського права не вимагає вчинення формальних дій щодо реєстрації відповідних прав у державних органах [2].

Проте постає питання, чи у сфері охорони здоров'я будь-який первинний або вторинний суб'єкт інтелектуальної власності зможе реалізувати право, закріплене у ст. 41 Конституції України — право володіти, використовувати і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної та творчої діяльності — у повному обсязі?

Проаналізувавши законодавство у сфері охорони здоров'я, ми дійшли висновку, що без набуття спеціального статусу суб'єкта медичної діяльності



(медичної практики) реалізувати права інтелектуальної власності в зазначеній сфері у повному обсязі неможливо.

Аргументацію цього положення почнімо з наведення загальновідомого змісту прав інтелектуальної власності, проте з особливостями їх прочитання в сфері охорони здоров'я. Особистими немайновими правами інтелектуальної власності є:

- 1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) право перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності.

Майновими правами інтелектуальної власності є:

- 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в т. ч. забороняти таке використання.

Очевидним є те, що немайнові права інтелектуальної власності набувають специфіки у сфері охорони здоров'я. Зокрема, це особливості щодо юридичного змісту права перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця — медичного працівника, це й особливості характерних ознак честі та гідності медичного працівника відповідно до норм медичної деонтології тощо. Проте зазначене коло проблем лежить поза предметом цього дослідження, ми викладемо їх аналіз у відповідних наукових публікаціях. Наразі зосередимося на майнових правах інтелектуальної власності, що визначають зміст відповідного авторського договору. Серед майнових прав інтелектуальної власності положення щодо використання від-

повідного об'єкта в сфері охорони здоров'я є предметом нашого особливого наукового інтересу.

Підтримуючи позицію В. Дозорцева, зазначимо, що виключні права на результат творчої (інтелектуальної) діяльності виникають лише на підставі прямої вказівки закону. Як специфічну властивість виключних прав В. Дозорцев визначає нівеляцію їх абсолютизації через необхідність збалансування інтересів авторів, правоводільців і суспільства в цілому. Необхідність дотримання такого балансу суттєво впливатиме на переосмислення поняття недобросовісного використання цих прав у сфері охорони здоров'я [5]. Спираючись на концепцію виключних прав В. Дозорцева, ми розглянемо зміст виключного права крізь призму двох його правомочностей: права використання та права розпорядження з розумінням квазі-абсолютності цих прав.

Доктрина права інтелектуальної власності під використанням визнає дії із практичного застосування продукту інтелектуальної діяльності й інформації, яку несе такий продукт і яка об'єктивізована у відповідному матеріальному носіїві [5].

Керуючись особливостями правової природи об'єктів інтелектуальної власності у сфері медицини зазначимо, що реалізація виключних прав відбувається через особливу форму їх використання, а саме: застосування відповідного об'єкта в медичній практиці.

Під медичною практикою, відповідно до законодавства, розуміємо діяльність, пов'язану з комплексом спеціальних заходів, спрямованих на сприяння поліпшенню здоров'я, підвищення санітарної культури, запобігання захворюванням та інвалідності, на діагностику, допомогу особам з гострими і хронічними захворюваннями й реабілітацію хворих й інвалідів, що здійснюється особами, які мають спеціальну освіту [6].

Специфікою використання об'єкта інтелектуальної власності в сфері охо-



рони здоров'я, зокрема об'єкта авторського права, зумовлено обмеження як правомочностей його творця із застосування в медичній практиці, так і безпосередньо законодавчо визначеною (у клінічному протоколі Міністерства охорони здоров'я України (далі — МОЗ України)) сферою застосування.

Згідно з медичним законодавством у медичній практиці застосування об'єкта інтелектуальної власності має дві рівноцінні за значенням складові: терапевтична практика і наукова діяльність, яка має в своїй основі медико-біологічний експеримент (ст. 45 Закону України «Основ законодавства про охорону здоров'я» [7] — далі «Основи законодавства»).

Стаття 42 Основ законодавства дає підстави дійти висновку, що застосування об'єкта інтелектуальної власності в терапевтичній сфері зводиться до поняття медичного втручання, під яким розуміють застосування методів діагностики, профілактики чи лікування, пов'язаних із впливом на організм людини. Загальні вимоги такого застосування визначено у ст. 44 відповідного закону: у медичній практиці застосовуються методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарські засоби, дозволені до застосування центральним органом виконавчої влади. Нові методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарські засоби, які знаходяться на розгляді в установленому порядку, але ще не допущені до застосування, тобто перебувають в режимі медико-біологічного наукового експерименту, можуть використовуватися в інтересахвилікування особи лише після отримання її письмової згоди.

Основи законодавства визначають такі особливі сфери застосування об'єктів інтелектуальної власності:

- застосування виробів медичного призначення (ст. 19);
- застосування лікарських засобів (ст. 44) та імунобіологічних препаратів (ст. 45);

- застосування методу пересадки від донора до реципієнта органів та інших анатомічних матеріалів людини (ст. 47);
- застосування допоміжних репродуктивних технологій (ст. 48);
- застосування методів стерилізації (ст. 49);
- застосування методів медико-соціальної реабілітації у військовій медицині (ст. 70);
- застосування методів гіпнозу та навіювання (ст. 32).

Важко відстежити логіку законодавця, чому саме наведені вище сфери застосування відповідних методів були виділені на рівні Основ законодавства в сфері охорони здоров'я. Щодо інших сфер медичної практики, то застосування медичного втручання регулюється законодавством через висування відповідних вимог до суб'єкта такого застосування — медичного працівника. Використати об'єкт інтелектуальної власності за його безпосереднім призначенням (застосуванням у медичній практиці) є правомірним для його автора лише за умови, що останній набуває спеціального правового статусу суб'єкта медичної практики.

Відповідно до Основ законодавства про охорону здоров'я (ст. 74) медичною і фармацевтичною діяльністю можуть займатися особи, котрі мають відповідну спеціальну освіту та відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам. Медичні і фармацевтичні працівники мають право на заняття медичною та фармацевтичною діяльністю, а отже, мають право застосовувати відповідний об'єкт інтелектуальної власності, зокрема, об'єкт авторського права відповідно до спеціальності та кваліфікації (ст. 77 Основ законодавства про охорону здоров'я). Критерії визначення відповідності кваліфікації працівника у сфері охорони здоров'я містяться у затвердженому Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2002 року № 117 Довіднику кваліфікаційних характе-





ристик професій працівників охорони здоров'я.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», ліцензуванню підлягають: виробництво лікарських засобів, оптова, роздрібна торгівля лікарськими засобами (п. 9), медична практика (п. 26), переробка донорської крові та її компонентів, виготовлення з них препаратів (п. 27).

Відповідно до Наказу Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва і МОЗ України від 16.02.2001 року № 38/63 «Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з медичної практики» дія зазначених ліцензійних умов поширюється на всіх суб'єктів господарювання, що зареєстровані в установленому законодавством порядку як юридичні особи, незалежно від їх організаційно-правової форми та форми власності і які проводять господарську діяльність з медичної практики, а також на фізичних осіб — суб'єктів господарської діяльності, що здійснюють діяльність у зазначеній галузі.

До суб'єктів заняття медичною практикою висуваються такі кваліфікаційні вимоги: вища медична освіта із відповідною спеціалізацією, підтвердженою сертифікатом державного зразка лікаря-спеціаліста, наявність посвідчення про присвоєння (підтвердження) відповідної кваліфікаційної категорії за спеціальністю, виданого відповідно до Положення про порядок проведення атестації лікарів, затвердженого наказом МОЗ України від 19.12.1997 року № 359 та зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 14.01.1998 року № 14/2454; наявність свідоцтва про проходження підвищення кваліфікації та перепідготовки молодших медичних і фармацевтичних працівників, виданим вищими медичними навчальними закладами (зкладами післядипломної освіти) I–III рівнів акредитації відповідно до Положення про Свідоцтво

про проходження підвищення кваліфікації та перепідготовки молодших медичних та фармацевтичних спеціалістів, затвердженого Наказом МОЗ України від 07.09.1993 року № 198 та зареєстрованого в Міністерстві юстиції 31.12.1993 року за № 208; наявність відповідного стажу роботи.

Варто наголосити, що лікар, який не працює понад 3 роки за конкретною лікарською спеціальністю, допускається до медичної практики лише після проходження стажування відповідно до наказу МОЗ України від 17.03.1993 року за № 48 «Про порядок направлення на стажування лікарів і їх наступного допуску до лікарської діяльності», зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 01.04.1993 року № 19, а отже, також є обмеженим щодо застосування відповідного об'єкта інтелектуальної власності, автором якого він є, чи право на який він набув на підставі авторського договору на використання відповідного наукового твору в медичній практиці.

Отже, підсумовуючи вище викладене ми доходимо висновку, що суб'єкт інтелектуальної власності, якому належить право використання такого об'єкта, відповідно до законодавства в сфері інтелектуальної власності, може реалізувати це право через його застосування в медичній практиці лише за умови набуття спеціального статусу суб'єкта медичної практики. Тож саме такий спеціальний суб'єкт перебуватиме у легальному правовому полі, якщо набуде майнових прав за авторським договором використання відповідного наукового твору.

Щодо права розпоряджання — це право надати дозвіл використовувати відповідний об'єкт іншій особі. Така правомочність у сфері охорони здоров'я не має прямих нормативних обмежень. Питання доцільності набуття такого права, зазвичай, також визначається можливістю застосування набувачем відповідного об'єкта в медичній практиці.



Проте неправильно оминати увагою обов'язок медичного працівника поширювати наукові та медичні знання серед населення (п. «в» ст. 78 Основ законодавства в сфері охорони здоров'я) та обов'язок надавати консультативну допомогу своїм колегам та іншим працівникам охорони здоров'я (п. «е» ст. 78 Основ законодавства в сфері охорони здоров'я). Виникає питання: якщо така консультативна допомога базується на необхідності передати відповідний терапевтичний метод, що є об'єктом авторського права, чи лікар-автор зобов'язаний це робити?

Одразу наголосимо, що ми не розглядаємо ургентні складні стани, коли мова йде про порятунок життя пацієнта. Безперечно, тут законодавець однозначно захищає право пацієнта на медичну допомогу. Розглянемо приклад, коли за відповідною консультацією звертається колега чи медичний заклад (суб'єкт медичної діяльності) не в ургентному випадку, а задля підвищення рівня надання відповідної медичної допомоги чи медичної послуги?

Вирішуючи питання розпорядження відповідним об'єктом авторського права на платній або безоплатній ос-

нові та питання обов'язку лікаря надавати таку інформацію, за основу варто брати вид договору, на підставі якого такі відносини між лікарем та іншим суб'єктом медичної діяльності виникають.

У випадку, коли відносини між лікарем та іншим суб'єктом медичної діяльності регулюються договором про надання консультативної допомоги чи медичних послуг, адресатом отримання відповідної консультації чи допомоги (послуги) є конкретний пацієнт. У випадку, коли відносини між лікарем та іншим суб'єктом медичної діяльності регулюються авторським договором на використання відповідного твору науки (наприклад, методу лікування відповідного захворювання), адресатом є невизначене коло потенційних пацієнтів з відповідною нозологією, стосовно яких суб'єктом медичної діяльності (набувачем права) буде застосовуватися відповідний метод. У другому випадку автор відповідного методу повинен також контролювати і не допускати недобросовісного використання свого імені, як автора, кваліфікації, порад і висловлювань (п. 5 ст. 7 Етичного кодексу лікаря). ♦

### Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
2. Мироненко Н. М. *Поняття суб'єктів права інтелектуальної власності та критерії їх класифікації* / Н. М. Мироненко // *Теорія і практика інтелектуальної власності*. — 2009. — № 1.
3. Закон України «Про авторське право і суміжні права» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
4. Конституція України від 28.06.2013 року.
5. Дозорцев В. А. *Интеллектуальные права : Понятие ; Система ; Задачи кодификации ; сб. статей* / В. А. Дозорцев ; Исследовательский центр частного права. — М. : Статут, 2003. — 416 с.
6. Наказ Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва та Міністерства охорони здоров'я України 16.02.2001 року № 38/63 «Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з медичної практики» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [www.moz.gov.ua](http://www.moz.gov.ua).
7. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).

Надійшла до редакції 04.06.2013 року

## ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ КОНФЛІКТІВ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК І ДОМЕННИХ ІМЕН ТА СПОСОБИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

**Олександр Дорошенко,**

*заступник директора НДІ інтелектуальної власності НАПрН України  
з експертної роботи, кандидат юридичних наук*

**Наталія Мінченко,**

*науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України*

**Олена Берестюк,**

*студентка кафедри Інформатики та інтелектуальної власності НТУ «ХПІ»*

Розвиток інформаційних технологій, підвищення ролі інформації в усіх сферах життєдіяльності, легкий та швидкий доступ до мережі Інтернет за допомогою різноманітних технологій та пристроїв, а також такі переваги мережі, як швидкість обміну інформацією, можливість за короткий час знайти потрібну інформацію чи розмістити оголошення, привели до появи нового виду ідентифікуючих позначень, які використовуються для визначення інформаційних ресурсів у межах глобальних інформаційних систем — доменних імен.

Найчастіше доменне ім'я визначають як унікальне буквене, цифрове, символічне позначення чи комбінацію таких позначень, яке зареєстроване в реєстрі доменних імен відповідно до Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена<sup>1</sup> (далі — Правила), встановлених Організацією з привласнення імен і адрес в Інтернеті (*Internet Corporation For Assigned Names and Numbers — ICANN*<sup>2</sup>), та при-

значене для ідентифікації певного інформаційного ресурсу, пристрою чи групи пристроїв в Інтернеті [1].

Відповідно до положень Правил розглядаються спори у доменних зонах .com, .org, .net тощо. Закладена в Правилах процедура розгляду спорів була рекомендована національним реєстраторам як основний документ для вирішення доменних конфліктів. Правила спрямовані на захист прав власників торгових марок. Відповідно до їх умов для повернення захопленого домену позивачу необхідно довести, що спірна назва домену є тотожною чи схожою настільки, що її можна сплутати з належним йому товарним знаком [2].

Загальний простір імен Інтернету функціонує завдяки системі доменних імен DNS<sup>3</sup>. Доменні імена дають можливість адресувати Інтернет-вузли і розміщені на них мережеві ресурси у зручній для людини формі.

У чинному законодавстві України відсутнє єдине визначення доменного імені, натомість у різних законодав-

<sup>1</sup> Правила (*Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*) до Політики (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP*), що є обов'язковою та невід'ємною частиною договорів реєстраторів з клієнтами в доменах COM, NET, ORG й інших. Єдина політика вирішення спорів була схвалена ICANN 26.08.1999 року на нараді в м. Сантьяго (Іспанія).

<sup>2</sup> Інтернет корпорація з присвоєння імен та номерів (англ. *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, або *ICANN*) — міжнародна некомерційна організація, створена восени 1998 року за участю уряду США для регулювання питань, пов'язаних з доменними іменами, IP-адресами і іншими аспектами функціонування Інтернету.

<sup>3</sup> Доменна система імен (англ. *Domain Name System, DNS*) — розподілена система перетворення імені хоста (комп'ютера чи іншого мережевого пристрою) в IP-адресу.

чих актах містяться такі варіанти визначення:

- ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті [3];
- буквено-цифровий вираз, що ідентифікує будь-який комп'ютер абонента в мережі Інтернет [4];
- частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється [5].

Доменне ім'я є унікальним і структурно складається з таких частин:

- доменного імені верхнього рівня — національного (наприклад, .ua — для України, .ru — для Російської Федерації) або міжнародного (родового) характеру (наприклад, доменні імена «.com» — для комерційних організацій, «.org» — для некомерційних структур, «.edu» — для освітніх установ, «.int» — для міжнародних організацій), що локалізує відповідну інформаційну зону;
- доменного імені другого чи більш низьких рівнів, яке забезпечує ідентифікацію інформаційного ресурсу в межах зазначеної доменної зони.

Тож, повне доменне ім'я складається власне з імені домену та далі імен всіх доменів, у які він входить, розділених крапками. Наприклад:

«test.narod.org» — домен третього рівня *test*, що входить у домен другого рівня *narod*, який входить в домен верхнього рівня *org* [6].

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» (далі — Закон) об'єктом знака може бути будь-яке позначення, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори, а

також будь-яка комбінація таких позначень [3]. Отож, торговельні марки можуть бути словесні, зображувальні чи комбіновані. А доменне ім'я в силу своєї технічної особливості може складатися лише з букв латинського алфавіту (a–z), цифр (0–9) та символу «-» (дефіс).

До речі, 19.03.2013 року закінчено процедуру делегування національного кириличного домену верхнього рівня .УКР — новий домен України з'явився в кореневій системі доменних імен Інтернету. Нині УМІЦ<sup>4</sup> здійснює розробку документації, що буде визначати правила реєстрації та принципи розвитку доменів .УКР, правила акредитації реєстраторів у домені .УКР, правила реєстрації доменних імен. Отже, уже з'явилася можливість реєструвати доменні імена також і літерами кириличного алфавіту.

Саме словесні позначення, що є об'єктами торговельних марок, і доменні імена другого та нижчих рівнів можуть збігатися, що й призводить до виникнення конфліктів. Отож предметом пропонованого дослідження є домени другого та нижчих рівнів.

На сьогодні відсутня єдина позиція щодо того, чи є доменне ім'я за своєю суттю об'єктом права інтелектуальної власності, тому що воно не міститься серед об'єктів права інтелектуальної власності, визначених у ст. 420 Цивільного кодексу України [7], та не згадується як самостійний об'єкт права інтелектуальної власності в інших законах і міжнародних конвенціях, учасником яких є Україна.

Однак доменні імена можуть відображати той або той об'єкт права інтелектуальної власності. Сьогодні в найменуванні домену найчастіше використовують коротке словесне позначення, що може бути частиною фірмо-

<sup>4</sup> Об'єднання підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (UANIC) — уповноважена організація з адміністрування адресного простору українського сегменту мережі Інтернет, створення якої було підтримане Кабінетом Міністрів України на пропозицію Держкомзв'язку, Служби безпеки України та учасників ринку Інтернет в Україні.



## ЗАХИСТ ПРАВ

вого найменування чи торговельною маркою або їх фрагментом, найменуванням місця походження товару, іменами або прізвищами людей або їхніми псевдонімами.

Варто зазначити, що доменне ім'я і торговельна марка чи фірмове найменування дійсно мають частково спільне функціональне призначення — забезпечувати ідентифікацію товарів/послуг або суб'єктів господарювання чи інформацію про них.

Проте, оскільки основним завданням товарного знака є ідентифікація виробника конкретного товару чи послуги, знак для споживача є орієнтиром, який дозволяє йому розглядати альтернативи й робити вибір серед конкуруючих виробників товарів і послуг на ринку. Доменне ж ім'я не призначене для орієнтування споживача на ринку товарів і послуг, хоча, безумовно, полегшує орієнтацію користувачів у колосальному інформаційному масиві Всесвітньої мережі. До того ж, виробляти товари та надавати послуги можна без реєстрації знака, але розмістити в Інтернеті інформацію на сайті, у якого немає імені — технічно неможливо.

Існує низка відмінностей і у правовому режимі зазначених засобів індивідуалізації (об'єктів). Правова охорона торговельних марок, окрім добре відомих, визначається зображенням і базується на принципах територіальності та спеціалізації, тобто поширюється лише на обумовлену реєстрацією територію, стосується лише певних товарів і послуг та засвідчується виданим свідоцтвом. Правовий режим доменних імен базується на інших принципах. Позначення, що заявляється як доменне ім'я, має бути неповторним у відповідній доменній зоні, незалежно від характеру та спеціалізації інформаційного ресурсу, для ідентифікації якого його мають намір використовувати.

Аналіз сучасних тенденцій у сфері присвоєння доменних імен свідчить

про те, що товарні знаки широко використовуються в доменних іменах для створення у споживачів асоціативного зв'язку між діяльністю фірми та її сайтом в Інтернеті. Питання про те, чи належить доменне ім'я до засобів індивідуалізації, залишається відкритим, хоча загалом воно також фактично стає засобом індивідуалізації. Однак для того, щоб поняття доменного імені можна було віднести до засобів індивідуалізації як об'єктів виключних прав, потрібно дати йому визначення у відповідному законі чи міжнародній конвенції, учасником якої є Україна. Поки що можна розглядати доменне ім'я лише як аналогію засобу індивідуалізації [9].

Трапляється, що недобросовісні власники сайтів використовують у доменному імені торговельну марку, права на яку належать іншій особі, бажаючи отримати переваги від репутації цієї торговельної марки та привернути увагу користувачів. Отож права на словесні позначення, що використовуються в доменному імені, стають об'єктами спорів між власниками традиційної системи засобів індивідуалізації та їхніх аналогів у віртуальному просторі.

Основними діями, що призводять до виникнення конфліктів між власниками торговельних марок і особами, котрі навмисно їх використовують під час реєстрації свого доменного імені, є:

- реєстрація доменного імені, тождного чи схожого настільки, що його можна сплутати з торговельною маркою іншої особи, з метою його подальшого перепродажу законному власнику торговельної марки чи його конкуренту;
- використання назви відомої торговельної марки іншої особи для ідентифікації конкретного інформаційного ресурсу з метою привернення до нього уваги;
- реєстрація доменного імені, в якому використано зареєстровану торговельну марку, з метою дис-





кредитації конкурента шляхом розміщення негативних відомостей на відповідній інформаційній сторінці, тощо [2].

Популярністю відомих товарних знаків і легкістю реєстрації доменного імені найчастіше користуються кіберсквоттери (загарбники доменних імен). Такого захоплення переважно зазнають доменні імена другого рівня, що пов'язано зі зручністю їх запам'ятовування.

Розрізняють такі види кіберсквоттингу:

- галузевий (назви товарів, послуг, галузей економіки — metallur-gi.ua, mebel.ua);
- брендовий (назви фірм і товарних знаків);
- географічний (назви географічних об'єктів, міст — ukraine.com, astana.ru);
- іменний (назви, співзвучні з іменами відомих людей);
- захисний (коли легальний володілець популярного сайту (товарного знака) реєструє всі доменні імена, що близькі, співзвучні, схожі, пов'язані за змістом з його власним доменним іменем);
- тайпсквоттинг (реєстрація доменних імен, близьких за написанням з адресами популярних сайтів у розрахунок на помилку частини користувачів — vc.com, vcontacte.ru, gogle.ru, googl.com).

Наприклад, такі відомі домени, як youtube.ua, Forbes.UA, google.ua спочатку були створені кіберсквоттерами.

Першим кроком України в напрямі боротьби з цим явищем стала розробка умов реєстрації доменних імен. Порядок реєстрації доменних імен в домені .UA регламентують Правила домена .UA [8]. У цих Правилах відбувається прив'язка доменного імені до знака для товарів і послуг.

Відповідно до Правил домену .UA, приватні доменні імена другого рівня в домені .ua делегуються винятково в разі, якщо відповідне доменне ім'я

повністю чи його компонент другого рівня (до знака «.», але не включаючи цей знак), за написанням тотожний знаку, права на використання якого на території України належать відповідному реєстранту. Таким рішенням було створено необхідні механізми, спрямовані на попередження кіберсквоттингу в національній частині Всесвітньої мережі. Правила зони .UA одержали схвалення VOIB та ICAAN.

Проте ці Правила не поширюються на реєстрацію доменних імен третього й нижчих підрівнів у зоні національного домену .ua та доменних імен другого і нижчих підрівнів у зоні міжнародних (родових) доменів, у межах яких можливі порушення прав на торговельні марки, позаяк для їх реєстрації заявник доменного імені не повинен бути правоволодільцем відповідної торговельної марки. Тож, наприклад, не маючи прав на знак «gold», заявник не може зареєструвати доменне ім'я «gold.ua» за цими Правилами, проте він може зареєструвати такі доменні імена, як «gold.com.ua», «gold.kiev.ua», «gold.com» тощо.

До того ж, виникає питання: чому в Правилах обійшли увагою такий об'єкт інтелектуальної власності, як фірмове найменування? Відповідно до їхніх положень, склалася ситуація, коли юридична особа, що має зареєстроване фірмове найменування, не може одержати доменне ім'я другого рівня в національному домені лише тому, що не має зареєстрованого знака для товарів і послуг. Отже, на нашу думку, доцільно було б внести до Правил домена .UA можливість надання доменного імені організаціям, які мають зареєстроване фірмове найменування.

Незважаючи на переваги вищезазначених Правил, вони не є нормативним актом. Сьогодні Україна не має спеціального законодавства щодо врегулювання питань реєстрації та використання доменних імен. Отож на практиці, коли справа доходить до суду, використовуються суміжні зако-



## ЗАХИСТ ПРАВ

нодавчі акти, наприклад, Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг».

Відповідно п. 1 ст. 20 та п. 5 ст. 16 Закону [3], порушенням прав власника свідоцтва вважається використання без його згоди в доменних іменах зареєстрованого знака або позначення, схожого із зареєстрованим знаком настільки, що їх можна сплутати. Проте в контексті цього Закону мова йде про наведені у свідоцтві чи споріднені з наведеними у свідоцтві товарами та послугами. До того ж, п. 6 ст. 16 Закону передбачено виняток щодо некомерційності використання зареєстрованого знака, що дає можливість власникам доменних імен, які неправомірно використовують чужий зареєстрований знак, апелювати до цієї норми, стверджуючи, що не отримують від цього прибутку. При цьому в деяких випадках досить складно довести, що використання доменного імені здійснюється з комерційною метою, крім випадків, коли на цьому сайті безпосередньо пропонуються до продажу товари та послуги.

Кожне доменне ім'я в Інтернеті унікальне, натомість, можливе існування декількох словесних знаків для товарів і послуг, подібних за написанням, але заявлених у різних класах МКТП. Отже, можливе виникнення ситуації, коли на доменне ім'я претендуватимуть власники подібних словесних товарних знаків, заявлених у різних класах. Як чинити у таких випадках ні в Правилах домена .UA, ні в Законі не вказується.

Крім цього, власник торговельної марки може заборонити реєстрацію та використання схожих настільки, що їх можна сплутати, торговельних марок, у той час як володілець доменного імені позбавлений такого права, що також викликає певні труднощі при виникненні конфліктів між доменними іменами й торговельними марками. Виникає питання: чи поширюється права володільца доменно-

го імені якою-небудь мірою і на інші домени, наприклад, чи зможе володілець доменного імені «*domen.ua*» перешкоджати реєстрації таких доменних імен, як «*domen.com*» або «*domen.kiev.ua*» тощо?

Незважаючи на те, що така ситуація склалася історично, вона має і раціональне підґрунтя: обмеженість адресного простору змушує уникати дій, які б додатково звужували сферу доменних імен.

Зважаючи на викладені проблемні питання та ще на багато інших, які виникають при зіткненні прав на торговельні марки та доменні імена, вважаємо, що для ефективного захисту прав володільців як торговельних марок, так і доменних імен, на сьогодні постала необхідність прийняття спеціального нормативно-правового акта, а саме Закону України «Про доменні імена», в якому були б відображені поняття доменного імені, його основні ознаки, порядок набуття, використання та припинення права на нього, порядок співвідношення доменних імен з іншими об'єктами права інтелектуальної власності, порядок взаємовідносин адміністратора та користувача доменного імені, територіальні межі права на використання доменного імені, юрисдикцію, під яку підпадає те чи те доменне ім'я, зокрема й угоди про реєстрацію доменних імен, особливості їх реєстрації, використання та захисту тощо.

Також вважаємо за доцільне розробити та прийняти зміни до Цивільного кодексу України, зокрема до ст. 420, включивши до переліку об'єктів права інтелектуальної власності доменні імена. Пропонуємо також доповнити Книгу четверту Цивільного кодексу України главою «Доменні імена», де доцільно врегулювати правові аспекти виникнення права на доменні імена, зміст прав володільців доменних імен та ін. ♦



**Список використаних джерел**

1. Вацковський Ю. Конфликт права на доменное имя и прав на средства индивидуализации / Ю. Вацковський // Правовая поддержка рекламы и защита интеллектуальной собственности : сборник / сост. И. Г. Шаблинский ; под ред. А. А. Гольцבלата. — М. : Альпина Бизнес Букс, 2007. — С. 42–47.
2. Цивільне право України [Електронний ресурс] / за ред. Дзери О. В. — Режим доступу до ресурсу : [http://pidruchniki.ws/1499031247148/pravo/pravova\\_ohorona\\_domennih\\_imen](http://pidruchniki.ws/1499031247148/pravo/pravova_ohorona_domennih_imen).
3. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 року № 3689-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7.
4. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних» від 12.04.2002 року // Офіційний вісник України. — 2002. — № 16. — Ст. 864.
5. Закон України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 року № 1280-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 12. — Ст. 155.
6. Вікіпедія [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://ru.wikipedia.org>
7. Цивільний кодекс України : станом на 14.10.2008 року / Голос України. — 2008. — № 195.
8. Правила домена .UA, які набрали чинності 27.07.2001 року і змінені 15.09.2002 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [https://hostmaster.ua/policy/Policy\\_of\\_.UA.pdf](https://hostmaster.ua/policy/Policy_of_.UA.pdf).
9. Жуванов Д. Проблема доменних імен в Україні [Електронний ресурс] / Д. Жуванов, Є. Стогній. — Режим доступу до ресурсу : [http://www.romanenko.ua/ua/library/article\\_domains\\_in\\_ua.html](http://www.romanenko.ua/ua/library/article_domains_in_ua.html).

Надійшла до редакції 04.06.2013 року



## ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ НЕДІЙСНИМ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКОГО ПРАВА\*

**Анна Штефан,**

*завідувач сектора авторського права відділу  
авторського права і суміжних прав НДІ  
інтелектуальної власності НАПрН України,  
кандидат юридичних наук*

**Постановка проблеми.** ЦК у п. 2 ч. 2 ст. 16 до способів захисту цивільних прав відносить визнання правочину недійсним, яке може застосовуватися і до правовідносин в сфері захисту авторського права, коли порушення особистих немайнових чи майнових авторських прав або загроза такого порушення є наслідком правочину. Слід зазначити, що в юридичній літературі визнання правочину недійсним як спосіб авторського права майже не досліджений, хоча правовідносини у сфері авторського права тісно пов'язані з укладенням договорів про створення та (або) використання творів. І, як справедливо відзначив російський цивіліст В. А. Белов, правочин як один з найважливіших інститутів цивільного правопорядку та одна з класичних тем цивільно-правової науки, на жаль, не існує без свого антиподу, а недійсні правочини надзвичайно поширені у правозастосовній практиці [1, с. 22], що стосується як цивільних правовідносин в цілому, так і правовідносин у сфері авторського права.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Способи захисту авторського права неодноразово ставали об'єктом дослідження, але увага науковців в основному була зосереджена на з'ясуванні правової природи та особливостей застосування таких способів захисту авторського права, як відшкодування майнової шкоди, компенсація

немайнової шкоди. Визнання правочину недійсним як спосіб захисту цивільних прав було і є досить поширеним напрямком наукових пошуків у науці цивільного права як в Україні, так і в Російській Федерації, проте визнання правочину недійсним як спосіб захисту авторського права на сьогодні залишається не дослідженим. При роботі над цією статтею взято до уваги загальні здобутки теорії цивільного права і права інтелектуальної власності, розробки українських та російських учених Бородовського С. О., Жекова В. І., Заїки Ю. О., Кучера В. О., Холоденка Ю. В. та інших дослідників окремих аспектів визнання правочину недійсним як способу захисту цивільних прав.

**Метою дослідження** у цій статті є з'ясування характерних рис недійсного правочину та підстав його недійсності, дослідження вимог ЦК, недотримання яких є підставою недійсності правочину, аналіз окремих матеріалів судової практики у справах про захист авторського права, у яких пред'явлена позовна вимога про визнання правочину недійсним.

### **Виклад основного матеріалу.**

Правочини є дозволені правомірні дії, яка направлена на досягнення позитивного правового результату, що визнається і охороняється державою. Це юридичний акт особи, спрямований на встановлення, зміну або

\* Стаття друкується в авторській редакції

припинення цивільних прав та обов'язків [2].

На сьогодні правочини є головним інструментом у регулюванні цивільного обороту в цілому та у сфері авторського права зокрема, тому інститут недійсності правочинів покликаний слугувати нормальному функціонуванню ринкової економіки та захищати цінності приватного права шляхом встановлення законодавчих меж вчиненні цивільно-правових правочинів, а при їх недотриманні – забезпечувати можливість захисту своїх прав та інтересів добросовісними учасниками [3, с. 3].

Статтею 204 ЦК закріплена презумпція правомірності правочину: правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. В юридичній літературі відмічається, що хоча безпосередньо правовою нормою недійсність правочинів не передбачена, проте у заінтересованої особи є можливість звернутися до суду з позовом про визнання правочину недійсним, а його оспорювання полягає у доказуванні якого-небудь факту, який має значення для дійсності правочину [4, с. 288].

Закон розрізняє недійсний і нікчемний правочини. Нікчемним є правочин, недійсність якого встановлена законом, нікчемність правочину вказує на відповідний правовий наслідок: відсутність юридичної сили у зв'язку із його недійсністю, що встановлена законом. Нікчемним правочином є дія суб'єктів цивільного права, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, або вчинена без наміру створення правових наслідків, яка у зв'язку з порушенням умов чинності правочину не породжує правових наслідків з моменту вчинення [5, с. 5]. Визнання нікчемного правочину судом не вимагається, він є недійсним з моменту його вчинення (ч. 2 ст. 215 ЦК).

Недійсний правочин – це правочин, у складі якого присутній певний де-

фект [6, с. 10], недійсність означає, що закон не визнає юридичної сили за деякими діями чи актами у випадках, якщо вони мають певні недоліки з точки зору права [7, с. 21]. Визнання правочину недійсним можна порівняти із встановленням факту, що має юридичне значення: оскільки до моменту визнання правочину недійсним існує юридичний факт, з яким пов'язується виникнення, зміна або припинення цивільних прав та обов'язків, з визнанням правочину недійсним виникає зобов'язання щодо повернення отриманого за цим правочином [8]. Отже, недійсним є правочин, юридична сила якого може бути оскаржена в судовому порядку в силу недотримання при вчиненні такого правочину вимог, передбачених нормами ЦК

Недійсним може бути визнаний як правочин в цілому, так і його окрема частина або частини: недійсність окремої частини правочину не має наслідком недійсності інших його частин і правочину в цілому, якщо можна припустити, що правочин був би вчинений і без включення до нього недійсної частини (ст. 217 ЦК). Щоб дії особи могли спричинити певні правові наслідки у вигляді набуття зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, необхідним є не тільки дійсне волевиявлення цієї особи, а й відповідність таких дій вимогам актів цивільного законодавства та моральним засадам суспільства [9]. У ч. 1 ст. 215 ЦК сформульовані загальні положення про недійсність правочину: підставою недійсності правочину є недодержання в момент його вчинення стороною або сторонами вимог, які встановлені частинами 1–3, 5, 6 ст. 203 ЦК.

Перш за все, зміст правочину не може суперечити вимогам ЦК, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам (ч. 1 ст. 203 ЦК). Стосовно відповідності змісту правочину актам законодавства зазначимо наступне. Закон України





## ЗАХИСТ ПРАВ

«Про авторське право і суміжні права» у п. 5, 7 ст. 33 прямо передбачає два випадки недійсності правочинів у сфері авторського права: умови договору, що погіршують становище автора (його правонаступників) порівняно із становищем, встановленим чинним законодавством, або умови, що обмежують право автора на створення майбутніх творів на зазначену у договорі тему чи у зазначеній галузі, є недійсними. Інші умови недійсності правочинів у сфері авторського права випливають з положень ЦК та Закону України «Про авторське право і суміжні права»: так, наприклад, оскільки предметом договору про передачу прав на використання твору не можуть бути права, яких не було на момент укладання договору (ч. 3 ст. 33 Закону), недотримання цього правила може мати своїм наслідком визнання правочину недійсним. Якщо договір про передачу права на використання твору містить положення, згідно з яким до особи, яка набуває за договором права на використання твору, переходить право на використання псевдоніму автора, така умова договору буде недійсною, оскільки особисті немайнові права, до яких належить право автора на псевдонім, не можуть бути передані або відчужені іншій особі (ч. 2 ст. 14 Закону).

Щодо відповідності змісту правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам, в юридичній літературі визначається, що правочин можна визначити таким, який порушує публічний порядок, якщо він спрямований на порушення публічно-правових нормативних актів держави, які визначають основи державного ладу, політичної системи та економічної безпеки держави, і кваліфікований як злочин чи адміністративне правопорушення у встановленому законом порядку [6, с. 13]. Для віднесення правочину до тих, що порушують публічний порядок, достатньо встановлення в особи, яка його здійснила, мети

щодо настання неправомірних наслідків вже на стадії укладення договору, а не його виконання [10]. Якщо правочин був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, незаконне заволодіння ним, цей правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, і є нікчемним (ч. 1, 2 ст. 228 ЦК).

Вимога щодо відповідності змісту правочину моральним засадам суспільства означає, що зміст правочину повинен не тільки узгоджуватися із законодавчими актами, але й відповідати ustalеним у суспільстві поглядам про добро, людяність, гідність, совість, справедливість. Розглядувана вимога не встановлює конкретного правила, але формує тип поведінки; є принципом, за допомогою якого законодавець конкретизує моральні ідеї в категоріях прав та обов'язків, а суб'єкти цивільного права координують свої вчинки з уявленнями про найвищі людські чесноти і цінності [11, с. 29].

У разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам, такий правочин може бути визнаний недійсним (ч. 3 ст. 228 ЦК). Так, наприклад, якщо у договорі замовлення про створення твору замовник вимагає від автора включити у твір певні фрагменти, які за своїм змістом чи формою вираження пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, закликають до вчинення терористичного акту, жорстокого поводження з людьми або тваринами тощо, такі умови договору можуть бути визнані недійсними з причин невідповідності їх інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

По-друге, особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг

цивільної дієздатності (ч. 2 ст. 203 ЦК). Для сфери авторського права питання цивільної дієздатності має вагомe значення, адже ніхто не обмежений у творчій діяльності і можливості створювати об'єкти авторського права: автором твору може бути як повнолітня особа, так і дитина, як особа, яка здатна усвідомлювати наслідки своїх дій, так і особа, яка через психічні розлади не здатна керувати своїми діями та усвідомлювати їх наслідки, тому визнання правочину недійсним є важливим способом захисту в цивільному праві в цілому та в галузі авторського права зокрема.

Відповідно до ч. 2 ст. 30 ЦК, цивільною дієздатністю фізичної особи є її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Дієздатність пов'язана із здійсненням громадянином вольових дій, що припускає досягнення певного рівня психічної зрілості, критеріями дієздатності є вік та стан психічного здоров'я [12, с. 37]. За загальним правилом, повну цивільну дієздатність має особа, яка досягла вісімнадцяти років (ч. 1 ст. 34), проте можливе набуття повної цивільної дієздатності особою, яка не досягла повноліття, у разі реєстрації шлюбу (ч. 2 ст. 34 ЦК) та надання повної цивільної дієздатності фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором (ч. 1 ст. 35 ЦК) або досягла шістнадцяти років і бажає займатися підприємницькою діяльністю (ч. 3 ст. 35 ЦК), а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК). Особи, які мають повну цивільну дієздатність, мають право укладати будь-які договори, в тому числі, договори у сфері авторського права.

Водночас, законом передбачена неповна цивільна дієздатність фізичної

особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, що означає, зокрема, право такої особи самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом, та самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами (п. 1, 2 ч. 1 ст. 32 ЦК). Відтак, особа у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років має право самостійно та на власний розсуд розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, укладати договори про передачу прав на використання створених такою особою творів чи інші договори у сфері авторського права, отримувати винагороду за використання її творів і самостійно розпоряджатися отриманою винагородою.

Статтею 31 ЦК передбачена часткова цивільна дієздатність фізичної особи, яка не досягла чотирнадцяти років: такій особі надане право самостійно вчиняти дрібні побутові правочини та здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом. У п. 1 ч. 1 зазначеної статті роз'яснюється, що дрібним побутовим правочином є правочин, який задовольняє побутові потреби особи, відповідає її фізичному, духовному чи соціальному розвитку та стосується предмета, який має невисоку вартість; тобто, особа у віці до чотирнадцяти років має право придбавати речі, призначені для задоволення її побутових потреб з урахуванням наведених вище умов. Самостійно розпоряджатися майновими правами на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності така особа не має права. Проте ЦК встановлене правило, що правочин, який вчинено малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, може бути згодом схвалений її батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном. Якщо ці особи, дізнавшись про вчинення правочину,



## ЗАХИСТ ПРАВ

протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні правочину, він вважається схваленим; якщо ж претензії з приводу вчинення правочину в межах зазначеного строку заявлені, правочин є нікчемним. На вимогу заінтересованої особи суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь малолітньої особи (ч. 1, 2 ст. 221 ЦК).

Законом встановлена можливість обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, або зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище (ч. 1, 2 ст. 36 ЦК). Над фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, встановлюється піклування, і така особа має право самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини, а ті, що виходять за межі дрібних побутових, – за згодою піклувальника (ч. 1–3 ст. 37 ЦК). Відтак, укладення такою особою договору у сфері авторського права без згоди піклувальника є підставою для визнання такого договору недійсним: якщо піклувальник протягом одного місяця з дня, коли він дізнався про вчинення правочину, не схвалить вчинення цього правочину, за позовом піклувальника цей правочин може бути визнаний недійсним в судовому порядку, якщо буде встановлено, що він суперечить інтересам самого підопічного, членів його сім'ї або осіб, яких він відповідно до закону зобов'язаний утримувати (ст. 223 ЦК).

Фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними

(ч. 1 ст. 39 ЦК). Над недієздатною особою встановлюється опіка, така особа не має права вчиняти будь-якого правочину, правочини від її імені та в її інтересах вчиняє опікун (ч. 1–3 ст. 41 ЦК). Отже, якщо автор визнаний судом недієздатним, проте самостійно уклав договір про передачу права на використання твору чи здійснив інший правочин у сфері авторського права, такий правочин є нікчемним, але на вимогу опікуна може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь недієздатної особи (ч. 1, 2 ст. 226 ЦК).

Третьою вимогою, додержання якої необхідно для чинності правочину, є те, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі (ч. 3 ст. 203 ЦК). В юридичній літературі волею при вчиненні правочину називають свідому цілеспрямованість особи вчинити яку-небудь дію чи утриматися від її вчинення, що сформована під впливом певного мотиву, обумовленого строго визначеним бажанням, яке виникло без будь-якого зовнішнього впливу, та заснована на вільному (самостійному і незалежному) виборі особою того чи іншого варіанту своєї поведінки, необхідної для задоволення особою своїх потреб досягненням наміченого результату доцільними з точки зору особи засобами і шляхами [3, с. 6].

Відтак, якщо особа, яка вчинила правочин у сфері авторського права, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення (ст. 229 ЦК), або була навмисне введена другою стороною правочину в оману щодо обставин, які мають істотне значення (ст. 230 ЦК), або вчинила правочин внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи (ст. 231 ЦК), або внаслідок зловмисної домовленості свого представника з другою стороною (ст. 232 ЦК), або під впливом тяжкої для неї обставини і на вскрай не вигідних умовах (ст. 233

ЦК), такий правочин може бути визнаний судом недійсним в силу відсутності волі самої особи на вчинення правочину, оскільки наявне волевиявлення відображає волю не учасника правочину, а іншої особи, яка здійснює вплив на учасника правочину. Характерною рисою насильства є його незаконність, а також те, що воно є результатом активної поведінки винного. Найчастіше акт насильства являє собою кримінально каране діяння, однак цивільне законодавство не вимагає обов'язкового встановлення факту насильства судом за матеріалами кримінальної справи [12, с. 180].

Судовій практиці відомі випадки пред'явлення позовів про визнання правочину у сфері авторського права недійсним в силу укладення договору під впливом насильства: так, Першотравневий районний суд м. Чернівці розглянув справу А. до С., третя особа на стороні відповідача – комунальне підприємство видавництва «Прут», про визнання правомірною угоди від 03 червня 2006 р., укладеної між А. і С. про написання та видання художньо-документального роману «Засекречений об'єкт», визнання співавтором, визнання права інтелектуальної власності на книгу «Засекречений об'єкт», зобов'язання відповідача внести зміни до роману «Засекречений об'єкт» і погодити текст книги, заборону опублікування роману до внесення до нього змін і оформлення співавторства, відкликання обов'язкових примірників роману і знищення оригінал-макету та інших поліграфічних матеріалів, відшкодування моральної шкоди. С. пред'явив до А. зустрічний позов про визнання недійсною угоди від 03 червня 2006 р., укладеної між А. і С. про написання та видання художньо-документального роману «Засекречений об'єкт», як такої, що укладена під впливом насильства, та відшкодування майнової і моральної шкоди.

Позивач за зустрічним позовом С. посилався на те, що угода була підпи-

сана С. під психологічним тиском та із застосуванням насильства та обману з боку А. Угода була підписана в робочому кабінеті А., який, наполягаючи на підписанні в грубій формі, забарикадував стільцями вихід з кабінету та сказав, що С. не вийде з нього, поки не підпише угоду. Переживаючи сором та неймовірний відчай, щоб якось вийти із ситуації, С. підписав угоду як проект, взявши слово з А., що наступного дня до тексту угоди будуть внесені корективи і сторони засвідчать свою домовленість у нотаріуса.

Доводи С. про вчинення правочину під впливом насильства не знайшли свого підтвердження при судовому розгляді справи. Насильство розуміється як заподіяння учасникові правочину фізичних або душевних страждань з метою примусити укласти правочин. Воно повинно виражатися в незаконних діях, викликати страх настання невігідних наслідків. Суд відхилив доводи позивача за зустрічним позовом С. про те, що доказом психічного насильства над ним є підписання угоди в робочому кабінеті А.: як видно з пояснень самого С., робочий кабінет А. не був для нього незвичною обстановкою, він неодноразово бував у ньому, опрацьовуючи з А. текст роману. За висновком судової почеркознавчої експертизи, С. при підписанні угоди не піддавався якому-небудь значному впливу факторів, спричинених застосуванням фізичного та психічного насильства, що викликають порушення письмово-рухової навички С. як виконавця підпису на угоді. Рішенням суду першої інстанції у задоволенні зустрічного позову відмовлено. Розглянувши апеляційну скаргу С., колегія суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Чернівецької області дійшла висновку про обґрунтованість відмови в задоволенні позовних вимог С. про визнання угоди недійсною з підстав укладення її під впливом насильства, відповідність рішення суду першої інстанції



## ЗАХИСТ ПРАВ

встановленим обставинам справи, вимогам матеріального та процесуального права [13], тому апеляційна скарга С. була відхилена, а рішення Першотравневого районного суду м. Чернівці — залишене без змін.

На відміну від правочину, вчиненого внаслідок застосування до особи фізичного чи психічного тиску, правочин, вчинений під впливом помилки, не є результатом умисних дій іншого учасника правочину. Помилкове уявлення про певні обставини, що мають значення для правовідносин, які виникають в результаті вчинення правочину, формується самою особою, її світоглядом, власними уявленнями та оцінками; помилці може сприяти відсутність належної обачності, переоцінка учасником правочину свого досвіду чи можливостей [14, с. 36].

Виходячи з того, що уявлення про справжню волю може існувати тільки в самої особи, яка помилилася при вчиненні правочину, в силу неможливості будь-якого зовнішнього сприйняття волі цієї особи, тільки сама особа, яка помилилася при вчиненні правочину, може ставити під сумнів правильність формування власної волі та оспорювати вчинений нею правочин [14, с. 40].

По-четверте, правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним (ч. 5 ст. 203 ЦК). Правочином є не будь-яка дія, а лише та, що спеціально спрямована на досягнення певного правового результату: набуття, зміну або припинення цивільних правовідносин [15, с. 216]. Серед правочинів, вчинених із порушенням розглядуваної вимоги, закон розрізняє фіктивні та удавані.

Фіктивним, відповідно до ч. 1 ст. 234 ЦК, є правочин, який вчинено без наміру створення правових наслідків, які обумовлювалися цим правочином. Удаваним — правочин, який вчинено сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчи-

нили (ч. 1 ст. 235 ЦК). Фіктивний правочин визнається судом недійсним, оскільки одна або всі сторони цього правочину від самого початку його вчинення не прагнули до настання передбачених правочином правових наслідків. Удаваний правочин не може породити цивільні права та обов'язки, оскільки виражена у ньому воля не відповідає волевиявленню сторін, лише при єдності яких можна стверджувати про те, що насправді вчинений правочин [16, с. 190–191]. Але якщо насправді вчинений правочин є правомірним, удаваний правочин визнається нікчемним, а відносно сторін регулюються правилами щодо правочину, який вони насправді вчинили (ч. 2 ст. 235 ЦК).

П'ятою вимогою, додержання якої необхідно для чинності правочину, є те, що правочин, який вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ч. 6 ст. 203 ЦК). Як зазначалося вище, неповнолітні особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років мають право самостійно розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, але якщо автором є малолітня особа чи непрацездатна особа, договір у сфері авторського права, укладений батьками або усиновлювачами такої особи, не повинен суперечити її правам та інтересам, не повинен призводити до настання несприятливих для автора правових наслідків, інакше це стане підставою для визнання його недійсним.

Слід звернути увагу на те, що цивільне право не регулює відносини недійсності правочину, а лише встановлює правові наслідки останнього та передбачає правовий механізм повернення сторін в юридичний стан, в якому вони знаходилися до вчинення сторонами поведінки, яка не визнається законом [8].

В судовій практиці зустрічаються випадки пред'явлення позовів не про



визнання правочину недійсним, а про визнання договору неукладеним: так, троє авторів звернулися з позовом до Товариства з обмеженою відповідальністю «Творче об'єднання «Гімназія» про визнання авторського договору неукладеним, заборону порушення авторських прав та стягнення доходу, отриманого внаслідок порушення авторських прав. Позовні вимоги були обґрунтовані тим, що у 2007 році позивачі спільною працею створили літературний твір «Біологія. Підручник для 8 класу загальноосвітніх навчальних закладів», що є об'єктом авторського права. 15 травня 2007 року між позивачами та відповідачем був укладений авторський договір, відповідно до умов якого позивачі зобов'язувалися передати відповідачу рукопис твору і всі права на його використання українською та російською мовами на території України; зазначена умова договору авторами виконана.

У договорі не було визначено розмір і порядок виплати авторської винагороди, а зазначено лише, що вартість авторського гонорару буде визначатися додатковими узгодженнями, тобто, не визначені обов'язкові істотні умови договору. Проте відповідач протягом останніх років систематично використовував твір шляхом його опублікування, відтворення та розповсюдження. Весь цей час позивачі неодноразово зверталися до відповідача з пропозиціями укласти відповідний договір, але відповідач ігнорував цю вимогу, продовжував використовувати твір, не сплачуючи авторам авторської винагороди. В силу відсутності у договорі такої істотної умови, як розмір і порядок виплати авторської винагороди, він вважається неукладеним, внаслідок чого договірних відносин з приводу використання твору між позивачами та відповідачем не виникло.

Представники відповідача під час судового розгляду справи позов не визнали в повному обсязі, в обґрунту-

вання своїх заперечень зазначили, що згідно з п. 4.1. укладеного між позивачами і відповідачем договору, вартість авторського гонорару буде визначатися додатковими узгодженнями, таким чином при укладенні договору було досягнуто згоди щодо всіх істотних умов договору. Ніякого листування з приводу укладення додаткових узгоджень та виплати гонорару між сторонами не відбувалося, оскільки між ними склалися дружні стосунки та всі домовленості мали усний характер. Сума авторського гонорару зазначена в договорах на випуск навчальної літератури, укладених між ТОВ ТО «Гімназія» та Міністерством освіти і науки, та складає 55 424 гривні. Зазначену суму авторського гонорару відповідач не заперечує виплатити позивачам. Відповідач вважає, що авторський договір між сторонами був укладений, підстави визнання його недійсним, зазначені в цивільному законодавстві, відсутні, Цивільний кодекс не передбачений такий спосіб захисту, як визнання договору неукладеним. Крім того, укладений між сторонами авторський договір є типовим, визначити в ньому розмір авторської винагороди на момент підписання не видавалось можливим, оскільки не було відомо про те, чи буде друк, не було даних про тираж, ціну видання.

Дослідивши матеріали справи, суд дійшов таких висновків: згідно з п. 4.1. авторського договору, укладеного між позивачами і відповідачем, вартість авторського гонорару буде визначатися додатковими узгодженнями, проте до цього часу таких додаткових узгодження між сторонами не укладено, що не заперечується відповідачем. 17 вересня 2009 року позивачами на адресу відповідача було направлено лист з пропозицією укласти додаткове узгодження щодо розміру і порядку виплати авторської винагороди та проект узгодження, що підтверджується поштовим повідомлен-



ням про направлення цінного листа. Відповідач не надав суду доказів про намір укласти з позивачами додаткове узгодження на виконання умов п. 4.1. авторського договору, судом не встановлено ухилення або перешкод з боку позивачів щодо укладення такого узгодження. Тому суд вважає авторський договір між сторонами від 15 травня 2007 року неукладеним та визнає факт порушення прав позивачів як співавторів. Позовні вимоги про заборону порушення авторських прав та стягнення доходу, отриманого внаслідок порушення авторських прав, судом були задоволені, вимога про визнання договору неукладеним — відхилена як така, що не відповідає можливим способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених законом [17]. Отже, на наш погляд, суд правильно вирішив цю справу та обґрунтовано відмовив у задоволенні позовної вимоги про визнання договору неукладеним, оскільки ні нормами ЦК України, ні нормами Закону України «Про авторське право і суміжні права» такий спосіб захисту прав не передбачений.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що нами, виходячи з мети дослідження, розглянуті лише основні положення, які стосуються визнання правочину недійсним як способу захисту авторського права. Але це питання потребує подальших наукових пошуків, що сприятиме з'ясуванню всіх особливостей цього способу захисту та практики його застосування.

### Висновки.

Недійсним є правочин, юридична сила якого може бути оскаржена в судовому порядку в силу недотримання при вчиненні такого правочину вимог, передбачених нормами ЦК.

Дії особи призводять до правових наслідків у вигляді набуття зміни або припинення цивільних прав та обов'язків за умови дійсного волевиявлення цієї особи та відповідності її дій вимогам актів цивільного законодавства та моральним засадам суспільства.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» прямо передбачає два випадки недійсності правочинів у сфері авторського права: умови договору, що погіршують становище автора (його правонаступників) порівняно із становищем, встановленим чинним законодавством, або умови, що обмежують право автора на створення майбутніх творів на зазначену у договорі тему чи у зазначеній галузі, є недійсними. Інші умови недійсності правочинів у сфері авторського права випливають з положень названого Закону і ЦК.

В судовій практиці зустрічаються випадки пред'явлення позовів не про визнання правочину недійсним, а про визнання договору неукладеним, але пред'явлення такої вимоги не відповідає можливим способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених законом. ♦

### Список використаних джерел

1. Белов В. А. *Сделки и недействительные сделки: проблемы понятий и их соотношения // Законодательство. – 2006. – № 10. – С. 20-32.*
2. Бородовський С. О. *Поняття правочину в цивільному праві України // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2008. – № 3. – Електронний ресурс, режим доступу: <http://www.journal.yurpayintel.com.ua/2008/3/article01>.*

3. Холоденко Ю. В. Недействительность сделок с пороками воли: Автореф. дисс... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ю. В. Холоденко ; Рос. акад. гос. службы при Президенте РФ. – М., 2008. – 21 с.
4. Давидова І. В. Види недійсних правочинів // Актуальні проблеми держави і права: збірник наук. праць. Вип. 51 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. – Одеса: Юридична література, 2009. – С. 283-290.
5. Кучер В. О. Нікчемні правочини: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В.О. Кучер ; Львів. нац. ун-т ім. І.Франка. – Л., 2004. – 16 с.
6. Жеков В. І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В.І. Жеков ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2006. – 20 с.
7. Данилов И. Понятие недействительности сделок, обоснование различий в правовой природе действительных и недействительных сделок // Арбитражный и гражданский процесс. – 2009. – № 8. – С. 21-25.
8. Бородовський С. О. Правові наслідки недійсності правочину // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2010. – № 5. – Електронний ресурс, режим доступу: <http://www.journal.yurpayintel.com.ua/2010/5/article03/>
9. Томчишен С. В. Визнання правочинів (договорів) недійсними та дійсними як спосіб захисту: проблеми теорії та практики // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2009. – № 4. – Електронний ресурс, режим доступу: <http://www.journal.yurpayintel.com.ua/2009/4/article08/>
10. Бородовський С. О., Томчишен С. В. Коментар статті 228 ЦК України: «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок» // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2009. – № 5. – Електронний ресурс, режим доступу: <http://www.journal.yurpayintel.com.ua/2009/5/article09/>
11. Шимон С. І. Відповідність змісту правочину моральним засадам суспільства як умова його дійсності // Юриспруденція: теорія і практика. – 2009. – № 7. – С. 24-30.
12. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар // За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2004. – 928 с.
13. Ухвала апеляційного суду Чернівецької області від 15 липня 2009 р. – Справа № 22ц-637/2009.
14. Крат В. І. Недійсність правочинів, учинених під впливом помилки // Юрист України. – 2012. – № 1-2 (18-19). – С. 35-40.
15. Цивільне право України: Підручник. У 2 т. / Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – Т. 1. – 480 с.
16. Бірюков І. А., Заїка Ю. О. Цивільне право України. Загальна частина: Навч. посібник. – К.: КНТ, 2006. – 480 с.
17. Рішення Фрунзенського районного суду м. Харкова від 31 травня 2011 року. – Справа № 2-321/11.

Надійшла до редакції 17.06.2013 року



## ЄВРОПЕЙСЬКА СТРАТЕГІЯ ОХОРОНИ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ

### Частина 1. Виклики та якість прав промислової власності

**Геннадій Андрощук,**

*завідувач лабораторії правового забезпечення розвитку  
науки і технологій НДІ інтелектуальної власності  
НАПрН України, кандидат економічних наук*

**Вступ.** Концепція стратегії інтелектуальної власності останніми роками набуває все більшого поширення, потрапляє до кола інтересів міжнародних організацій [1], науковців [2], парламентів [3] та урядів [4] багатьох країн: Японії (2003 рік), Німеччини (2006 рік), Польщі (2007 рік), Китаю (2008 рік), Фінляндії (2009 рік), Киргизстану (2011 рік), Азербайджану, Білорусі, Молдови (2012 рік). Так, постановою Уряду Фінляндії щодо стратегії з права інтелектуальної власності від 26.03.2009 року була підготовлена Міністерством зайнятості та економіки спільно з Міністерством освіти. Рішення про розробку стратегії щодо права інтелектуальної власності включено до Урядової програми другого скликання Кабінету міністрів прем'єр-міністра М. Ванхенена. Стратегія розроблялась як частина процесу інтенсифікації національної інноваційної політики. Більш детально досвід Фінляндії та інших країн з розробки й реалізації інноваційної стратегії та стратегії охорони інтелектуальної власності викладено автором у роботах [5; 6]. Сутність стратегії полягає в тому, щоб забезпечити такі умови, в яких спілки творчих працівників, новаторів і бізнесменів могли б конкурувати і процвітати, створюючи матеріальні цінності та робочі місця, а громадяни розуміли б роль інтелектуальної власності у створенні суспільних благ.

Розвиток інституційних умов для розширення трансферу знань і техно-

логій, їх капіталізації на рівні організацій, забезпечення ефективної правової охорони результатів досліджень і розробок та забезпечення обліку наукових і науково-технічних результатів, отриманих за рахунок бюджетних коштів, контролю за їх використанням та стимулювання використання новітніх вітчизняних розробок є одними з основних завдань розроблюваних стратегій інтелектуальної власності.

Хоча стратегія інтелектуальної власності визначається значною мірою міжнародними та регіональними нормами, що можуть покладати певні зобов'язання на відповідні країни, вона не може бути повністю нав'язана чи впроваджена ззовні. Тільки власне країна може розробити детальну стратегію, що відповідає її конкретним умовам, виділити необхідні ресурси на досягнення реальних результатів, а потім зробити практичні кроки з реалізації цієї стратегії.

Законодавство про інтелектуальну власність забезпечує охорону нематеріальних активів (далі — НМА). Наприклад, коли виготовлений продукт продається, власне продукт переходить у власність покупця. Проте, право інтелектуальної власності дозволяє виробникові чи винахіднику продукту зберегти НМА продукту у своїй власності. Ці НМА охоплюють ідею або розробку, втілену в продукт, назві або торговій марці, що вирізняє його з-поміж інших. Зазвичай, інтелектуальну власність поділяють на дві основні



сфери: промислова власність і авторське право. У цій публікації акцентується увага вже на правах промислової власності (далі — ППВ)<sup>1</sup>.

Патенти на винаходи й торговельні марки є найвідомішими прикладами ППВ. Патент є обмеженим у часі виключним правом, наданим винахіднику в обмін на розкриття технічної інформації про винахід. Водночас права, пов'язані з торговельними марками, що вказують на походження товарів і послуг, не мають максимальної тривалості за умови, що вони продовжують використовуватися в торгівлі. Проте, обидва ці права можуть мати юридичну силу лише за умови сплати зборів за підтримання чинності охоронних документів. Права промислової власності є достатньо різноманітними й охоплюють менш пізнавані права на такі об'єкти, як промислові зразки, географічні позначення та права на сорти рослин. Однак для всіх цих прав спільним є те, що вони забезпечують своїм власникам захист від несанкціонованого використання їхніх НМА, що мають потенційну комерційну цінність, незалежно від того, чи це ідея інноваційного продукту, чи процес, чи спосіб донесення продукту до споживача.

Європейські країни потребують надійного забезпечення ППВ, аби захистити свої інновації та залишатися конкурентоспроможними в умовах глобальної наукомісткої економіки. У ЄС гарантії на рівні Співтовариства існують для більшості зареєстрованих ППВ. Однак, поки не підписана угода про патентування на рівні Співтовариства, такі гарантії не поширюються на патенти. З метою вирішення цього питання у квітні 2007 року Комісія опублікувала Повідомлення<sup>2</sup>, щоб активізувати дискусію про патентну си-

стему в Європі, зробити наступний крок до підписання угоди про патентування на рівні Співтовариства та поліпшити патентне судочинство в ЄС. Комісія вважає, що прогрес у цій справі є життєво важливим і підтверджує свій намір домагатися першочергового розгляду зазначених питань. Повідомлення, випущене тоді Комісією, дало новий поштовх до просування щодо невирішених питань патентного законодавства ЄС.

Тепер, коли процес регулювання патентного права отримав новий імпульс, згадане Повідомлення від Європейської Комісії Європейському Парламенту, Європейській Раді та Європейському соціально-економічному комітету (далі — Повідомлення) спрямоване на розробку комплексної горизонтальної стратегії для всього спектру ППВ. Повідомлення не концентрує увагу на обґрунтуванні відносних переваг формальних ППВ і альтернативних бізнес-моделей, таких як програмне забезпечення з відкритим кодом або комерційна таємниця, але фокусується на власне ППВ. Воно містить аналіз наявних ініціатив та пропонує ряд заходів із забезпечення оптимального функціонування системи задля вирішення проблем, з якими Європі доведеться зіткнутися в найближчі роки. Проаналізуємо його основний зміст з відповідними коментарями.

**1. Виклики.** У Стратегічному звіті про відновлену Лісабонську стратегію зростання та підвищення рівня зайнятості Європейська Комісія визначила інвестиції в науку та інновації як одну з чотирьох пріоритетних сфер для цілеспрямованих дій впродовж 2008–2010 років<sup>3</sup>. Охорона інтелектуальної власності є запорукою для інноваційної діяльності, стимулювання інвестицій у R&D і передачі знань від

<sup>1</sup> On copyright, the Commission has published a Green Paper «Copyright in the Knowledge Economy» COM(2008) 466 final — тут і далі прим. в авторській редакції.

<sup>2</sup> «Enhancing the patent system in Europe» COM(2007) 165 final.

<sup>3</sup> «Strategic report on the renewed Lisbon strategy for growth and jobs: launching the new cycle (2008-2010) Keeping up the pace of change» COM(2007) 803 final PART I.





## ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

лабораторій до ринку. Чітке регулювання прав інтелектуальної власності є важливою умовою функціонування єдиного ринку, а також досягнення «п'ятої свободи» — вільного пересування знань (тут і далі виділено автором). Вирішення цього питання потенційно може стати частиною більш широкої політики пошуку рішень, які могли б дати відповідь на глобальні питання підвищеного значення, такі як зміна клімату, старіння населення світу та ймовірність енергетичної кризи.

**1.1. Економічні та соціальні вигоди від забезпечення ППВ.** Будь-яка власність, матеріальна чи нематеріальна, має вирішальне значення для функціонування ринкової економіки. Права промислової власності, такі як патенти на винаходи, промислові зразки і права на сорти рослин, забезпечують стимул для створення нових винаходів й інших інновацій шляхом надання виключного права виробництва на обмежений період часу. ППВ сприяють виходу нових гравців на ринок, адже допомагають залучати венчурний капітал і забезпечують ліцензійний захист від посягань з боку інших гравців. Права на торгові марки мають важливе значення для системи неспотвореної конкуренції, тому що дають клієнтам змогу розрізнати продукцію і послуги підприємств. Торгові марки є дуже ефективним засобом комунікації. З одного боку, вони є джерелом інформації та реклами, а з другого — символом, який втілює і представляє підприємницький потенціал та імідж підприємства. За відсутності конкурентних підробок виробник може збільшувати свою частку на ринку, підвищувати рентабельність і розвивати лояльність клієнтів.

Переваги патентних прав також виходять за межі прав власника поширення знань. У той час як компанії-

конкуренти можуть втратити частку ринку через патенти конкурента, вони отримують вигоду від нових технологічних можливостей опублікованих винаходів, зменшуючи необхідність здійснення реінжинірингу. Це може створити чесне коло інновацій, що в довгостроковій перспективі збалансує первісний ефект високих цін у період ринкової ексклюзивності. Тож, промислова власність має позитивний вплив на конкуренцію за умови суворого дотримання правил конкуренції, котрі запобігають зловживанню правами інтелектуальної власності.

Прикладом про-конкурентних наслідків застосування ППВ є формування резерву<sup>4</sup> технологічних патентів через зниження транзакційних витрат і встановлення обмежень на сукупний обсяг роялті. Створення резерву дозволить компаніям лише раз сплачувати за ліцензування технологій, що увійдуть до резерву. У випадках, коли ліцензіати отримують поточні послуги, пов'язані із застосуванням ліцензованої технології, спільне ліцензування й обслуговування може сприяти скороченню витрат.

Незважаючи на ці переваги, забезпечення ППВ не є самоціллю. Політика повинна враховувати компроміс між забезпеченням виключного права на виробництво та поширенням нових продуктів і процесів для того, щоб ППВ продовжувати генерувати економічні та соціальні вигоди в майбутньому.

**1.2. Мінливість інноваційного середовища.** В умовах наукомісткої глобальної економіки зростає важливість інновацій як рушійної сили у процесі створення конкурентної переваги. Європейський бізнес більше не може цілковито покладатися на ціни, як на фактор підтримання конкурентоспроможності. У такому середовищі малі та середні підприємства (далі — МСП), а також науково-дослідницькі

<sup>4</sup> Commission Notice «Guidelines on the application of article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements» OJ C 101. — 27.04.2004. — P. 2.



організації (далі — НДО), зокрема й університети, відіграють все більш важливу роль у ліцензуванні ППВ. Європейська комісія привернула додаткову увагу до МСП в Лісабонському циклі 2008–2010 років, запропонувавши низку реформ у законі Про мале підприємництво в Європі<sup>5</sup>. Крім цього, важливість передачі знань від НДО до приватного підприємництва в процесі підвищення конкурентоспроможності Європи була нещодавно підтверджена Рекомендацією Комісії до держав-членів ЄС. Ця Рекомендація містить Кодекс практики НДО в області управління інтелектуальною власністю<sup>6</sup> та закликає Співтовариство до створення єдиної мережі обміну знаннями<sup>7</sup>. Рекомендація допоможе створити більш рівні умови та сприятиме транснаціональному обміну знаннями. Обмін знаннями також може бути поліпшений завдяки узгодженому визначенню та впровадженню виключного дозволу на порушення патентних прав при наукових дослідженнях<sup>8</sup>. До того ж, оскільки багато НДО стають все більш підприємливими, наприклад, за рахунок ліцензування діяльності чи створення дочірніх підрозділів, їхні потреби значною мірою подібні до потреб МСП. Більшість заходів, спрямованих на МСП, викладених в аналізованому Повідомленні, можуть також бути корисними для НДО.

Як невід’ємна частина управління інтелектуальними активами, ППВ відіграють все більш важливу роль в за-

гальній стратегії бізнесу компанії. Останніми роками спостерігається різке зростання попиту на патенти на винаходи, торгові марки й інші зареєстровані права. Проте й, інші способи захисту інформації лишаються такими ж важливими, як і фактор отримання переваги перед конкурентами. Однак у секторі інформаційних технологій бізнес-моделі, засновані на програмному забезпеченні з відкритим вихідним кодом, співіснують в однакових умовах з традиційними патентованими. Під час опитування керівників європейських компаній 53 % респондентів повідомили, що використання прав інтелектуальної власності буде дуже важливим або критичним для їхньої бізнес-моделі впродовж 2 років, а 35% — вважали так вже на момент проведення дослідження<sup>9</sup>. Однак зростання значення інтелектуальних активів у створенні цінності контрастує з відсутністю загально визнаного підходу до відображення цих активів у корпоративній звітності, що може ускладнити доступ до фінансування для бізнесу. Ситуація може бути покращена за рахунок здійснення міжнародних заходів, покликаних сприяти відображенню НМА в звітності компаній.

За останніми оцінками в розвинених країнах на НМА припадає 80 % від ринкової вартості компанії, і лише 20 % займають матеріальні активи. Частка НМА в собівартості продукції в Україні не перевищує 0,5–1,5 %, що в 10–15 разів менше, ніж у розвинених цивілізованих країнах. Саме

<sup>5</sup> «Think small first — A ‘Small Business Act’ for Europe» COM(2008) 394 final.

<sup>6</sup> «Commission Recommendation on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and Code of Practice for universities and other public research organizations» C(2008) 1329.

<sup>7</sup> «Improving knowledge transfer between research institutions and industry across Europe: embracing open innovation» COM(2007) 182 final.

<sup>8</sup> The research exemption to patent infringement allows a patented technique to be used by researchers for experimental or private and non-commercial purposes. Its application in EU Member States is currently being evaluated in a broad-based study, See: [http://www.eutechnologytransfer.eu/deliverables/experimental\\_use\\_exemption.pdf](http://www.eutechnologytransfer.eu/deliverables/experimental_use_exemption.pdf).

<sup>9</sup> «The value of knowledge: European firms and the intellectual property challenge», Economist Intelligence Unit white paper 2007 published by the Economist.



тому НМА й інтелектуальна власність можуть стати реальним двигуном сучасної економіки, ключовим фактором фінансового та економічного успіху компанії.

**1.3. Стратегія захисту прав промислової власності для Європи.** Принципи охорони ППВ були узгоджені на міжнародному рівні ще у XIX столітті<sup>10</sup>. Мінімальні стандарти охорони ППВ наприкінці минулого століття були запроваджені Угодою ТРІПС<sup>11</sup>. У XXI-му столітті стратегія охорони ППВ мусить гарантувати, що Європа має відповідь на виклики глобальної наукомісткої економіки. Система інтелектуальної власності повинна продовжувати діяти як каталізатор для інновацій і сприяти реалізації Лісабонської стратегії. Європейська комісія визначила критерії для досягнення цієї мети: така система повинна мати високу якість, демонструючи суворі стандарти оцінки; бути доступною, балануючи вартість з якістю і правовою визначеністю; послідовною, маючи загальновизнане тлумачення законів і єдину судову практику; а також збалансованою, гарантуючи достойну винагороду за інтелектуальні надбання та забезпечуючи вільне поширення ідей та інновацій<sup>12</sup>.

У той час, як на рівні ЄС уже існує нормативно-правова база щодо деяких ППВ, у галузі патентів ситуація зовсім інша. Очевидно, що доступність, послідовність і баланс між винагородою винахідникам та поширенням ідей могли би бути значно поліпшені шляхом впровадження патентування на рівні Співтовариства та єдиного патентного законодавства.

Загадане Повідомлення окреслює план дій щодо встановлення високоякісної системи промислової власності,

що дозволить Європі максимально реалізувати свій потенціал у вирішенні проблем економічної глобалізації. Стратегія доповнює Повідомлення про патентну систему в Європі<sup>13</sup>, але розглядає це питання більш широко, звертаючись до ППВ у горизонтальному порядку. Висока якість гарантування прав є найважливішою вимогою для всіх аспектів системи: підтримки бізнесу, зокрема й МСП, сприяння передачі знань і ефективному здійсненню прав у боротьбі з контрафакцією та піратством. Тільки з якісною системою ППВ Європа зможе отримати вигоду від нових можливостей у глобальній економіці та виконувати свої зобов'язання. Ця теза повною мірою стосується й України.

Елементи цієї комплексної стратегії є взаємозалежними та взаємодоповнюваними, але не вичерпними. Співтовариство є компетентним у питаннях розробки важливих політик, тому для Комісії особливо важливим є надання допомоги в пошуку шляхів просування ідей. Однак, відповідальність за успіх спільної справи несуть усі. У контексті Лісабонської угоди державам-членам варто брати до уваги цю стратегію при розробці своєї власної стратегії, розглядаючи, зокрема, можливості для спрощення і, відповідно, кращого регулювання. Аналогічним чином інші зацікавлені сторони, такі як винахідники, університети, підприємства та кінцеві користувачі, також відіграють важливу роль, а тому повинні здійснювати свідоме управління ППВ.

**2. Якість прав промислової власності.** Високоякісні системи ППВ мають досягати визначених цілей стимулювання інновацій і поширення

<sup>10</sup> Paris Convention for the Protection of Industrial Property (done in Paris 1883, last revised Stockholm 1967).

<sup>11</sup> Trade-related aspects of intellectual property rights, see: [http://www.wto.int/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](http://www.wto.int/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm).

<sup>12</sup> «An innovation-friendly, modern Europe» COM(2006) 589 final.

<sup>13</sup> «Enhancing the patent system in Europe» COM(2007) 165 final.



нових технологій і знань. Це розуміння виходить за межі технічної та юридичної оцінки впливу певних прав на економіку. Висока якість ППВ означає не лише винагороду за винаходи, що відповідають вимогам законодавства й мають важливе значення для гарного функціонування системи, а й гарантію зручного доступу до інформації про ці права для бізнесу та суспільства.

**2.1. Патенти.** Якість патентів у Європі вважається достатньо високою. Проте, зацікавлені сторони стурбовані підтримкою та поліпшенням якості патентів у Європі, а також уникненням недоліків інших патентних відомств<sup>14</sup>. Подібну заклопотаність виявляє і Європейський Парламент<sup>15</sup>. Наприклад, велика кількість патентних прав, які перетинаються, може створити додаткові бар'єри на шляху комерціалізації нових технологій, що вже існують у «патентних заростях»<sup>16</sup>. Низька якість ППВ також може спричинити появу «патентних тролів»<sup>17</sup>, які виникли в судовій системі США [7]. Зазначене явище набуває поширення і в Україні.

Європа не є винятком зі світової тенденції постійного зростання кількості патентних заявок. У 2006 році

кількість патентних заявок, поданих до Європейського патентного відомства (ЄПВ) за рік, уперше досягла позначки 200 000 і зросла на 5,6 %<sup>18</sup>. Заявки також стають все більш об'ємними: за останні 20 років кількість претензій і сторінок, які містить кожна заявка, подвоїлася<sup>19</sup>. Збільшення кількості та складності патентних заявок у всьому світі призвело до зростання резервів відкладених заявок<sup>20</sup> і збільшення ринкової невизначеності, викликаной, серед інших факторів, також і наявністю невикористаних патентів. Крім цього, велика кількість патентів оприлюднена на умовах прайор-арт<sup>21</sup> різними неєвропейськими мовами, такими як китайська й корейська. Разом із збільшенням числа патентних заявок у нових галузях технологій, ці тенденції створюють нові виклики для патентних відомств. До того ж, існує необхідність розширення доступу до патентної інформації для компаній та інноваторів.

Дуже важливо, щоб патенти видавалися лише на ті винаходи, що роблять справжній внесок у розвиток технологій. Надання патентних прав незграбним винаходам матиме яскраво негативний вплив, призводитиме до економічної та правової невизначеності.

<sup>14</sup> Consultation and public hearing on future patent policy in Europe in 2006.

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/docs/patent/hearing/preliminary\\_findings\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/hearing/preliminary_findings_en.pdf)

<sup>15</sup> «Policy options for the improvement of the European patent system» — a study requested by the Science Technology Options Assessment (STOA) group in the European Parliament at [http://www.europarl.europa.eu/stoa/publications/stoa16\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/stoa/publications/stoa16_en.pdf).

<sup>16</sup> A patent thicket refers to the potential problem that due to the high number of patents associated with a particular product or technology, innovation in the sector is slowed down because of fear of hold-up and patent infringement litigation.

<sup>17</sup> «Patent trolls» are patent owners whose main business is to use patent rights to threaten companies with infringement actions to obtain an interlocutory injunction and extract license fees from third parties.

<sup>18</sup> EPO Annual Report 2006 at <http://www.epo.org/about-us/office/annual-reports/2006.htm>.

<sup>19</sup> «When small is beautiful: measuring the evolution and consequences of the voluminosity of patent applications at the EPO», Eugenio Archontopoulos et al. Information Economics and Policy, Vol. 19, No. 2 (June 2007).

<sup>20</sup> There are as many as 10 million unexamined patents in the world, and at the EPO, the number of pending examination procedures reached 304100 in 2006, a rising from 285400 in 2005.

<sup>21</sup> Prior art is the information made available to the public before a given date that is relevant to the originality of a patent application, and therefore the scope of the patent rights that should be granted.



## ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

ності. ЄПВ «підіймає планку» з огляду на рівень своєї майбутньої завантаженості, а тому патентні відомства в Європі повинні працювати спільно, наприклад, у напрямі підтримки високої якості ППВ, та уникати видачі патентів у галузях, де патентування не є можливим, таких як програмне забезпечення та методи ведення бізнесу. Експерти також повинні бути в курсі останніх подій у своїй галузі завдяки безперервному професійному розвитку. Крім цього, патентні відомства мають рішуче відхилити ті заявки, котрі не піддаються обліку й користь від яких важко оцінити. Зацікавлені сторони також мають брати участь у процесі добору достойних патентних заявок і перешкоджати надходженню до патентних відомств заявок, які не містять наукової новизни. Такі ініціативи, як схеми експертної оцінки патентів незалежними фахівцями та запровадження кодексів найкращої практики для підвищення рівня якості заявок на винаходи, є прямими шляхами до покращення якості патентних прав на тлі зростання попиту.

Корисні моделі, що існують у 12 державах-членах ЄС (Австрії, Бельгії, Німеччині, Греції, Данії, Ірландії, Іспанії, Італії, Нідерландах, Португалії, Фінляндії та Франції), подібно до патентів, надають власникові виключне право на технічні винаходи, але вони мають коротшу тривалість життя, ніж патенти. Винахід, який претендує на захист правом корисної моделі, повинен бути новаторським, але, загалом, вимоги до рівня наукової новизни є більш ліберальними, ніж для патентів. Корисні моделі та національні патенти, що видаються у державах-членах ЄС, не потребують ретельної оцінки наукової новизни, а тому є досить швидким шляхом набуття захисту прав промислової власності. Водночас,

вони забезпечують нижчу якість охорони, ніж патенти, і тому їх використання може збільшити правову невизначеність. Останнім часом ці проблеми стали особливо гострими й в Україні.

*Як результат, Комісія бере на себе зобов'язання:*

- *розпочати всебічне дослідження якості патентів для аналізу ризиків низької якості прав промислової власності та розробити шляхи їх уникнення в Європі;*
- *дослідити можливі ризики, пов'язані з невикористаними патентами, зокрема й оцінку причин їх появи, та запропонувати засоби правового захисту.*

*Держави-члени, що практикують використання корисних моделей і патентів, які не потребують оцінки винахідницького рівня, заохочуються до оцінки їх внеску у розвиток інновацій.*

**2.2. Торговельні марки.** Європа перебуває в залежності від потужних брендів<sup>22</sup>. Це вимагає сильного захисту торгової марки, що буде ефективним у боротьбі проти неправильного ліцензування, нечесного чи неправомірного використання або інших погроз.

Процедури реєстрації, й експертиза торгових марок також, мають відповідати високим стандартам якості, зокрема, для того, щоб у результаті реєстрації торгова марка отримала охорону, що відповідає очікуванням клієнтів. Вони повинні бути прозорими, надійними, послідовними та доступними для бізнесу. На рівні ЄС Управління гармонізації внутрішнього ринку (УГВР) проводить обстеження задоволеності користувачів. Аналіз показує зростання загальної задоволеності агентів і власників, зменшення кількості скарг та підвищення ефективності їх вирішення. Однак існують можливості для поліпшення процеду-

<sup>22</sup> Paris Convention for the Protection of Industrial Property (done in Paris 1883, last revised Stockholm 1967).





ри розгляду скарг, зокрема, в напрямі забезпечення їх своєчасності. Крім цього, незважаючи на широке використання електронних бізнес-інструментів, їхні швидкість і надійність також могли б бути вищими. У відповідь УГВР вже розробило систему менеджменту якості, запровадило Статут сервісу, у якому визначені аспекти діяльності організації, на які можуть розраховувати користувачі, і має амбіції стати повноцінною «електронною організацією»<sup>23</sup>.

Держави-члени ЄС вже понад 15 років мають уніфіковану практику реєстрації торгових марок. Водночас, національні і міжнародні права захисту торгових марок співіснують на рівні спільноти більше ніж 10 років [8]. Хоча система охорони торгових марок демонструє явні успіхи, настав час для її загальної оцінки.

*Як результат, Комісія оцінюватиме загальний функціонал систем захисту торгових марок як національних, так і на рівні ЄС. Оцінка передбачає аналіз впливу систем захисту торгових марок в ЄС на всі зацікавлені сторони та може слугувати основою для майбутнього дослідження загальноєвропейської системи захисту торгових марок і розширення співробітництва між УГВР і національними відомствами.*

**2.3. Інші права промислової власності.** Крім торгових марок, існують ще й інші системи охорони ППВ на рівні Співтовариства. Загальноєвропейська система промислових зразків

була створена ще в 2003 році<sup>24</sup> і сьогодні пропонує охорону в третій країнах після приєднання в 2008 році ЄС до Женевського акта Гаазької угоди про міжнародну реєстрацію промислових зразків. Хоча національне законодавство з питань промислових зразків значною мірою узгоджене з Директивою про промислові зразки<sup>25</sup>, прийняття пропозиції щодо лібералізації вторинного ринку запасних частин<sup>26</sup> забезпечило б більш послідовну систему в умовах єдиного ринку. Беручи до уваги покращення та відносну новизну системи охорони промислових зразків у ЄС, Комісія наразі не має наміру досліджувати систему охорони промислових зразків.

Серед європейських систем охорони, що були створені раніше, варто згадати систему географічних зазначень і систему охорони прав на сорти рослин. ЄС пропонує системи реєстрації географічних зазначень для вина, сільськогосподарської продукції та продовольства шляхом гарантування захищених позначень походження, а також захищеного географічного зазначення, що також поширюються на спиртні напої<sup>27</sup>. Ці системи гарантують споживачам, що вони купують оригінальний продукт, якому притаманні особливості та репутація регіону походження. Системи захисту географічних зазначень мають різні функції та завдання із системами захисту торгових марок. Однак, обидві системи спрямовані на захист назви продукту від неправомірного викори-

<sup>23</sup> Eurobrand2007 Study at <http://study.eurobrand.cc/valueranking2007>.

<sup>24</sup> See for details the OHIM website: <http://oami.europa.eu/en/userscorner/default.htm>.

<sup>25</sup> Council Regulation (EC) No 6/2002 of 21 December 2001 on Community designs OJ L 3. — 5.1.2002. — P. 1.

<sup>26</sup> Directive 98/71/EC of 13 October 1998 on the legal protection of designs OJ L 289, 28.10.1998. — P. 2.

<sup>27</sup> «Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 98/71/EC on the legal protection of designs» COM (2004) 582 final.

<sup>28</sup> Protection is available by three Regulations covering wines (Council Regulation (EC) № 1493/1999 OJ L 179 14.7.1999, p.1), spirits (Council Regulation (EC) № 110/2008 OJ L 39, 13.2.2008, p.16) and agricultural and food stuff products (Council Regulation (EC) № 510/2006 OJ L 93 31.3.2006. — P. 12).



## ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

стання та наслідування. Наразі Комісія проводить пост-фактум оцінку застосування системи для сільськогосподарської продукції з 1992 року, відносно з торговельними марками є частиною дослідження. У 2008 році була опублікована Зелена книга політики з якості продукції аграрного сектора, покликана консультувати зацікавлені сторони з питань стандартів продукції, вимог до виробництва і схем гарантування якості, сприяти подальшому розвитку системи географічних зазначень. Крім цього, Комісія розмірковує над тим, як забезпечити захист географічних зазначень для не-сільськогосподарської продукції, щоб принести користь виробникам з європейських і третіх країн.

Для системи прав на сорти рослин Європейське відомство з питань охорони прав на сорти рослин, яке надає захист прав на сорти рослин, проводить оцінку її ролі та рівня імплементації. Потреба в загальній оцінці законодавства ЄС щодо прав на сорти рослин може потребувати оцінки законодавства про збут насіння та рослин, насінневого матеріалу, яке також пов'язане з правами на сорти рослин.

*Як результат, Комісія бере на себе зобов'язання:*

- опублікувати Зелена книгу політики з якості продукції аграрного сектора, що міститиме положення про географічні зазначення;
- провести оцінку, включаючи громадські консультації, рівня захисту географічних зазначень для не-сільськогосподарської продукції.

**2.4. Захист прав промислової власності та конкуренція.** Сприяння інноваціям та забезпечення економічного зростання є спільними цілями ППВ та конкурентного права. Сильний за-

хист ППВ повинен супроводжуватися суворим застосуванням правил конкуренції.

Існування та втілення ППВ не є несумісними із законодавством про конкуренцію. Тільки у виняткових випадках реалізація права на промислову власність є порушенням правил ЄС про конкуренцію, зокрема, якщо компанія має домінуюче становище на ринку і її поведінка може призвести до знищення конкуренції на відповідному ринку. Суд першої інстанції затвердив обставини, за яких, наприклад, відмова в наданні ліцензії може мати обтяжливі наслідки, а саме: коли ліцензія, на яку отримано відмова, необхідна, щоб конкурувати на вторинному ринку; коли конкуренція на вторинному ринку, ймовірно, буде усунена; коли нові продукти, на які є споживчий попит, позбавлені можливості вийти на ринок<sup>28</sup>.

Сфери перетину конкурентного права з правом промислової власності мають вирішальне значення в питаннях формування стандартів. Однак, практика формування стандартів робить позитивний внесок в інновації та економічний розвиток. Тим не менш, для того, щоб уникнути можливого спотворення конкуренції, встановлення стандартів має здійснюватися відкрито та прозоро<sup>29</sup>. Прикладом такого спотворення можуть бути «патентні засідки», коли власник запатентованої технології, що має важливе значення, штучно роздуває вартість свого патенту, умисно приховуючи його впродовж усього процесу встановлення стандартів.

Організації, котрі встановлюють стандарти, можуть зобов'язати винахідників заявити про свої патентні заявки й отримані патенти до впровадження стандарту або ж розкрити суть вина-

<sup>28</sup> Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 17 September 2007, Microsoft v Commission, Case T-201/04.

<sup>29</sup> Commission Notice — Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal co-operation agreements, OJ C 3, 6.1.2003. — P. 2.



ходу на справедливих, розумних і недискримінаційних умовах (FRAND)<sup>30</sup>. Деякі відомства також запровадили правила, відповідно до яких власники потенційно важливих для стандарту технологій мають оголосити максимальні ставки роялті, що їх вони будуть стягувати, якщо їхні технології стануть частиною стандарту [9]. Комісія закликає європейські організації зі стандартизації докласти максимум зусиль, аби зробити цю політику ефективною.

Правила, що вимагають попереднього оприлюднення максимальних ставок роялті, не повинні злочинним чином занижувати вартість відкриттів. Однак, власне вони не є антиконкурентними. Насправді, за відповідних обставин, вони можуть мати потенціал, щоби бути проконкурентними, зумовивши попереднє змагання, засноване на технічних особливостях і вартості технологій. У такому випадку кінцевим бенефіціаром буде споживач, оскільки попередня конкуренція знизить ризик пост-фактного підвищення ціни. Незважаючи на це, зазвичай, конкурентне законодавство має другорядну роль у формуванні

стандартів, і радше дає вказівки щодо того які елементи можуть бути чи не бути антиконкурентними. Кожна галузь промисловості має самостійно обрати схему, що найкраще задовольняє її потреби в межах описаних параметрів<sup>31</sup>.

*Як результат, Комісія бере на себе зобов'язання:*

- *провести фактичне дослідження, щоб проаналізувати взаємозв'язок між правами інтелектуальної власності та стандартами у просуванні інновацій<sup>32</sup>;*
- *ухвалити консультативний документ з питань стандартизації в сфері інформаційних і комунікаційних технологій в першому кварталі 2009 року, що міститиме роз'яснення того, як стандарти пов'язані з правами промислової власності в цьому секторі.\* ♦*

### Список використаних джерел

1. *Guidance for the development of an intellectual property (IP) strategy in countries in transition : Version One. Prepared by the Division for Certain Countries in Europe and Asia World Intellectual Property Organization.*
2. *Крехівський О. В. Сучасні національні інноваційні стратегії: методологія і практика розробки: наукова доповідь / О. В. Крехівський, О. Б. Саліхова. — К. : Фенікс 2009. — 56 с.*

<sup>30</sup> General Guidelines for the Cooperation between CEN, Cenelec and ETSI and the European Commission and the European Free Trade Association, signed on 28 March 2003, OJ C 91, 16.04.2003, p.7.

<sup>31</sup> For example, in some circumstances, royalty-free licenses can be effective in promoting wide take-up of standards in areas where strong network effects apply.

<sup>32</sup> «Towards an increased contribution from standardization to innovation in Europe» COM(2008) 133 final.

\* Закінчення статті у наступному номері.



3. *Стратегія інноваційного розвитку України на 2010–2020 роки в умовах глобалізаційних викликів / авт.-упоряд. : Г. О. Андрощук, І. Б. Жилияєв, Б. Г. Чижевський, М. М. Шевченко. — К. : Парламентське вид-во, 2009. — 632 с.*
4. *Законодавче регулювання інноваційної діяльності в Європейському Союзі та державах-членах ЄС / за ред. Г. Авігдора, Ю. Капіци. — К. : Фенікс, 2011. — 704 с.*
5. *Див. результат окремого дослідження : Андрощук Г. О. Національні стратегії інтелектуальної власності: досвід Фінляндії / Г. О. Андрощук // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2012. — № 1. — С. 13–23.*
6. *Федулова Л. І. Інноваційна політика : підручник // Л. І. Федулова, А. А. Мазаракі, Г. О. Андрощук. — К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2012. — 604 с.*
7. *Див. результат окремого дослідження: Андрощук Г. Патентный троллинг против инноваций: практика США / Г. Андрощук // ИС. Промышленная собственность. — 2013. — № 4. — С. 66–74.*
8. *Див. результат окремого дослідження: Андрощук Г. О. Правова охорона торговельних марок в країнах Європейського Союзу: основні засади / Г. Андрощук // Юридичний журнал. — 2012. — № 10(124). — С. 106–112.*
9. *Див. результат окремого дослідження: Андрощук Г. О. Концепція FRAND-ліцензування як баланс інтересів патентовласників та користувачів / Г. О. Андрощук // IV Міжнародна науково-практична конференція «Роль і значення інтелектуальної власності в інноваційному розвитку економіки», (м. Київ, 12–14.11.2012 року).*
10. *Див. результат окремого дослідження: Андрощук Г. О. Правова охорона комерційної таємниці у країнах Європейського Союзу / Г. О. Андрощук // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2012. — № 5. — С. 27–37; № 6. — С. 49–58.*
11. *В Стамбуле открылся седьмой Глобальный конгресс по борьбе с контрафакцией и пиратством [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : [http://www.wipo.int/pressroom/ru/articles/2013/article\\_0010.html](http://www.wipo.int/pressroom/ru/articles/2013/article_0010.html).*
12. *Див. результат окремого дослідження: Андрощук Г. О. Реформа права інтелектуальної власності в Європейському Союзі: стратегічні напрями / Г. О. Андрощук // Проблеми та перспективи розвитку інноваційної діяльності в Україні : VI Міжнародний бізнес-форум (Київ, 22.03.2013 року) / відп. ред. А. А. Мазаракі. — К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2013. — С. 15–21.*
13. *Локтєв В. ...I про науку в Україні можна забути [Електронний ресурс] / Вадим Локтєв. — Режим доступу до ресурсу : [http://dt.ua/SCIENCE/i\\_pro\\_nauku\\_v\\_ukrayini\\_mozhna\\_zabuti\\_\\_97443.html](http://dt.ua/SCIENCE/i_pro_nauku_v_ukrayini_mozhna_zabuti__97443.html).*
14. *Україна — у ТОП-50 найінноваційніших країн світу [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [http://www.ukrinform.ua/ukr/news/ukrainna\\_potrapila\\_do\\_spisku\\_naybilsh\\_innovatsiynih\\_kraiin\\_1793373](http://www.ukrinform.ua/ukr/news/ukrainna_potrapila_do_spisku_naybilsh_innovatsiynih_kraiin_1793373).*

Надійшла до редакції 11.06.2013 року



## ТЕРИТОРІАЛЬНІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ТОВАРНИХ ЗНАКІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА

Ольга Ямпольська,  
юрист відділу товарних знаків патентно-правової  
фірми KATZAROV (м. Женева, Швейцарія),  
аспірантка (PhD) Женевського університету

**Постановка проблеми.** Використання зареєстрованого товарного знака є стандартною вимогою законодавств більшості країн світу. Стаття 15(1) Регламенту Ради ЄС № 207/2009 від 26.02.2009 року щодо товарного знака Співтовариства (далі — Регламент) передбачає, що *справжнє використання* (англ.: *genuine use*) у Співтоваристві товарних знаків Співтовариства (далі — ТЗС) має бути розпочато протягом 5 років від дати реєстрації та не повинно призупинятися на неперервний строк у 5 або більше років без поважних причин [1].

Насамперед зауважимо, що ТЗС має використовуватися *на території Співтовариства*, а не за його межами [2, п. 38]. Водночас, продаж товару на території ЄС не є обов'язковою умовою, оскільки нанесення ТЗС на товари чи їхню упаковку в ЄС виключно для цілей експорту визнається справжнім використанням (ст. 15(1)(б) Регламенту).

Зазначена стаття Регламенту не містить конкретних вказівок щодо території справжнього використання ТЗС у Співтоваристві. Тож географічне охоплення справжнього використання ТЗС є одним з найскладніших питань, які постають при тлумаченні положень цієї статті Регламенту. Необхідно з'ясувати, що саме означає вираз «ви-

користання в Співтоваристві»: використання в усіх державах-членах, більшості з них або тільки в одній.

**Актуальність проблеми.** Особливої актуальності питання територіального аспекту використання ТЗС набуло у 2010–2012 роках після того, як Відомство країн Бенілюксу з інтелектуальної власності (BOIP) (далі — Відомство Бенілюксу)<sup>1</sup> та пізніше Суд Європейського Союзу (далі — Суд ЄС) прийняли рішення у справі ONEL/OMEL всупереч поширеному на той час тлумаченню положень ст. 15(1) Регламенту.

**Метою** цієї статті є пошук альтернативних підходів, які забезпечили б найоптимальніше вирішення проблеми суперечливого тлумачення ст. 15(1) Регламенту, на основі аналізу підготовчих матеріалів, пов'язаних з розробкою Регламенту (I), аналізу рішення Суду ЄС у справі ONEL/OMEL (II) та останніх досліджень і публікацій на цю тему (III).

**(I)** Звернімося до історичного способу тлумачення норм права. Підготовчі матеріали, пов'язані з розробкою Регламенту, демонструють гостру дискусію щодо територіального аспекту справжнього використання, а також наявність різних критеріїв на різних стадіях розробки документу.

Так, відповідно до Попереднього проекту Конвенції щодо європейсько-

<sup>1</sup> Відомство Бенілюксу, яке відповідає за реєстрацію товарних знаків та дизайнів у Бенілюксі [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <https://www.boip.int>.





го товарного знака (1964 рік), використання товарного знака принаймні у 3 країнах ЄС визнавалося достатнім (ст. 110 (1)) [3, 527]. Важливо зазначити, що на той час ЄС налічував лише 6 держав-членів. Подальші робочі документи відкинули ідею обов'язкового використання ТЗС у конкретній мінімальній кількості країн. Меморандум про створення знака ЄЕС (1976 року) [4] зазначив, що вимога використання у встановленій кількості держав-членів, по-перше, суперечить концепції єдності загального ринку ЄС і вільному обігу маркованих товарів на цьому ринку; по-друге, ускладнює придбання та підтримання в силі ТЗС малими й середніми підприємствами; по-третє, може призвести в деяких випадках до занадто різних результатів оцінювання використання через дуже різний розмір держав-членів ЄС. Тож, замість кількісного критерія, Меморандум запропонував враховувати гнучкіші фактори та розглянув два альтернативних положення: «справжнє використання в рамках спільного ринку» та «використання в значній частині спільного ринку». Також Меморандум містив пропозицію надати судам можливість визначати ступінь і характер необхідного використання в кожному випадку.

У Робочому документі Регламенту (1978 року) було вибрано формулювання «справжнє використання в рамках спільного ринку» [3, 528]. Пропозиція 1980 року змінила його на «серйозне використання на спільному ринку», але ухилилася від встановлення мінімальної кількості країн для використання ТЗС [3, 528]. У цій Пропозиції підкреслено, що парадоксально встановлювати національні межі як критерій при застосуванні положень Рег-

ламенту, мета якого полягає саме в подоланні перешкод, створюваних такими межами для вільного пересування товарів (п. 61) [5, 373]. Пізніше Пропозиція (з поправками) 1984 року змінила термін на «справжнє використання у Співтоваристві», який зрештою і був вжитий у тексті ст. 15(1) чинного Регламенту [3, 528].

На сумніви щодо тлумачення територіального аспекту справжнього використання вказує і той факт, що Рада та Комісія ЄС визнали за необхідне, зробити Спільну заяву при прийнятті Регламенту в 1993 році [3, 528]: «Рада і Комісія вважають, що використання, яке є справжнім за умовами ст. 15 в одній країні, є справжнім використанням в Співтоваристві» [6]. Зазначимо, що на той час ЄС налічував лише 12 держав-членів.

Відомство з гармонізації внутрішнього ринку (ОНІМ) (далі — Відомство ЄС)<sup>2</sup> до недавня, дотримувалося вищезазначеної Спільної заяви. На думку Відомства ЄС, використання в усіх або декількох державах-членах не було необхідною вимогою. Навпаки, достатнім вважалось використання в частині Співтовариства, яка може складатися з однієї держави-члена або навіть її частини [7, 13–14, версія на 01.06.2012 року].

Отже, навіть якщо підготовчі матеріали певною мірою роз'яснюють зміст ст. 15(1) Регламенту, протягом тривалого часу не існувало ясної вказівки щодо географічного масштабу справжнього використання, крім Спільної заяви, застосування якої не є юридично обов'язковим<sup>3</sup>.

(II) Питання територіального аспекту використання ТЗС викликало поживлення загальноєвропейської дискусії після того, як 15.01.2010 року

<sup>2</sup> Відомство ЄС, яке відповідає за реєстрацію товарних знаків та дизайнів Співтовариства [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.en.do>.

<sup>3</sup> Преамбула Спільної заяви: «Оскільки нижченаведені ствердження Ради та Комісії не є частиною юридичного тексту, вони не перешкоджають тлумаченню цього тексту Судом ЄС».



Відомство Бенілюксу під час розгляду заперечення (опозиції), поданого компанією Leno Merken BV на підставі ТЗС «ONEL» з ранішим пріоритетом проти заявки на знак Бенілюксу «OMEL» компанії Hagelkruis Beheer BV, постановило, що використання ТЗС «ONEL» тільки в одній державі-члені (у цьому випадку — Нідерландах) не є достатнім для визнання справжнього використання на території ЄС, і тому відхилило заперечення [8]. Своє рішення Відомство Бенілюксу пояснило тим, що Спільна заява була зроблена за часів, коли ЄС налічував набагато менше держав-членів, але тепер використання в одній країні має вважатися лише локальним [8, п. 34]. Крім цього, якщо монополія, надана ТЗС, є значно ширшою за територію його використання, вона може створювати невинуваті бар'єри для вільного обігу товарів і послуг на внутрішньому ринку [8, п. 36].

Далі в цій справі компанія Leno Merken BV подала апеляцію проти рішення Відомства Бенілюксу до Регіонального апеляційного суду Гааги, який 01.02.2011 року звернувся з такими запитаннями до Суду ЄС для попереднього рішення щодо тлумачення ст. 15(1) Регламенту<sup>4</sup>:

1. Чи є використання ТЗС в одній державі-члені достатнім для визнання справжнього використання у Співтоваристві, за умови що таке використання було б достатнім для національного товарного знака (далі — НТЗ) і кваліфікувалося б як справжнє в цій державі?
2. Якщо ні, чи є використання ТЗС в одній державі-члені завжди недостатнім для визнання справжнього використання в Співтоваристві?

3. Якщо відповіддю на запитання 2 є «так», які саме критерії повинні застосовуватися при оцінюванні територіального аспекту справжнього використання в Співтоваристві?

4. Чи є доречним вважати, що оцінювання справжнього використання має залежати не від кордонів держав-членів, а від альтернативних факторів, таких як, наприклад, частка ринку? [2, pp. 23-24].

У довгоочікуваному рішенні, винесеному 19.12.2012 року, Суд ЄС постановив, що територіальні кордони держав-членів не мають значення для оцінювання справжнього використання в Співтоваристві [2, п. 44], адже протилежне рішення суперечило б, зокрема, унітарному характеру ТЗС [2, п. 42]. Зазначимо, що Генеральний адвокат Суду ЄС<sup>5</sup> резонно підкреслив у своєму висновку, зробленому до прийняття Судом рішення у справі ONEL/OMEL, що терміни «справжнє використання» та «використання в Співтоваристві» є не сукупними умовами, які оцінюються незалежно одна від одної, а складовими нероздільного цілого: «справжнє використання у Співтоваристві» [9, pp. 37–38]. Суд ЄС, поділяючи цю думку, постановив, що територіальна сфера використання є тільки одним з факторів серед інших, які повинні бути враховані в загальному аналізі справжності використання [2, п. 36]. Навіть якщо й резонно очікувати, що ТЗС має використовуватися на більшій території, ніж НТЗ, використання ТЗС на значних географічних просторах не є необхідним для визнання справжності використання [2, п. 54].

<sup>4</sup> Звернення за попереднім рішенням до Суду ЄС — процедура, що дозволяє суддям держав-членів ЄС звертатися до суду ЄС щодо тлумачення чи законності норм європейського права [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/l14-552\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14-552_en.htm).

<sup>5</sup> Генеральні адвокати Суду ЄС готують попередні юридично не зобов'язуючі висновки по справах, які розглядаються Судом ЄС і у яких судді пізніше виносять рішення.



## ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

Провідною ідеєю цього рішення є запровадження тесту на визначення справжності використання. А саме: ТЗС повинен використовуватися, поперше, відповідно до своєї основної функції, тобто для ідентифікації товарів/послуг, та, по-друге, з метою створення чи підтримки частки ринку в Співтоваристві. Суд ЄС підкреслив, що для оцінювання дотримання вищезазначених умов національні суди повинні враховувати всі факти й обставини, зокрема, характеристики відповідного ринку, характеристики товарів/послуг, територіальні межі та обсяг використання, а також частоту й регулярність використання [2, п. 58]. Отож, Суд ЄС утримався від запровадження абстрактного *de minimis* правила, котре б не дозволило національним судам оцінювати всі обставини конкретної справи [2, п. 55].

Нарешті, Суд ЄС нагадав, що ні Спільна заява, ні Посібник Відомства ЄС з практики ТЗС не є обов'язковими при тлумаченні Регламенту [2, пп. 45–48].

Наразі Відомство ЄС уже внесло це рішення Суду ЄС до Посібника з практики ТЗС [7, 20, версія на 02.05.2013 року] та застосовує його у своїх рішеннях [10].

Не дивно, що Суд ЄС визнав неможливим пов'язати концепцію справжності використання ТЗС з кордонами держав-членів, адже це є делікатне політичне питання у ЄС зі значно різними за розміром державами-членами [11]. Однак, навіть якщо рішення Суду ЄС не визначає чіткого набору вимог щодо географічного охоплення справжнього використання, воно все ж таки дає деякі рекомендації власникам ТЗС.

Зокрема, позитивним практичним наслідком цього рішення для власників ТЗС, активних тільки в одній державі-члені, є той факт, що після 5 років з дати реєстрації дія їхніх ТЗС не обов'язково може бути зупинена [11]. Так, згідно з рішенням Суду ЄС, за

певних обставин, ринок відповідних товарів або послуг може фактично обмежуватися територією однієї країни, та використання ТЗС на цій території може задовольняти умови справжнього використання в Співтоваристві [2, п. 50]. Водночас власникам ТЗС відтепер не варто автоматично розраховувати на використання їхніх ТЗС в одній країні, позаяк справжній характер такого використання буде оцінюватися в кожному конкретному випадку окремо. На додаток, навіть якщо відповідно до рішення Суду ЄС територіальні кордони держав-членів ЄС не є вирішальними при оцінюванні справжнього використання в Співтоваристві, територіальні межі й обсяг використання входять до списку критеріїв, які повинні враховуватися національними судами. Отже, зрозуміло, що власникам ТЗС варто їх використовувати на значних територіях [12].

(III) Як зазначалося вище, питання про територіальну сферу справжнього використання широко обговорювалось у юридичній літературі на території ЄС до та після справи ONEL/OMEL. Загалом, усі висловлені думки можна розділити на дві групи: перша група вчених стверджує, що використання ТЗС в одній державі-члені ЄС є достатнім (1), у той час як друга група дотримується думки, що справжнє використання має обов'язково охоплювати декілька або навіть усі держави-члени (2). Також висловлювалися погляди, які можна назвати «золотою серединою» (3).

(1) Використання ТЗС в одній державі-члені ЄС є достатнім. Прибічники цього підходу [13, 221–222; 14, 117; 15, 166; 16, 44; 17, 20; 18, 66; 19, 152] спираються на текст Спільної заяви [13, 221–222; 14, 117], а також вважають, що вимога використання в одній країні є доступною як для великих міжнародних компаній, так і для малих та середніх підприємств [14, 116–117; 20, 362]. Також, реєстрація НТЗ у різних державах-

членах вимагає використання в кожній з них. ТЗС же охоплює всю територію ЄС, і якщо вважати його використання в одній країні достатнім, отримання реєстрації ТЗС виглядає привабливішим, аніж пакет НТЗ [13, 221–222; 14, 120; 19, 152; 20, 362; 21, 311–312].

Таке тлумачення можливо обґрунтувати й унітарним характером ТЗС (ст. 1(2) Регламенту) та внутрішнього ринку [16, 44; 19, 20; 20, 362; 22, 33; 23, 69]. Висловлювалася думка, що навіть використання, обмежене тільки частиною країни ЄС, є достатнім [14, 120]. Однак такий підхід видається не виправданим, оскільки він залишає без уваги широке охоплення прав, які надаються ТЗС.

Зрештою, вчені зверталися до внутрішньої логіки ст. 15(1) Регламенту, п. (б) якої визначає, що навіть нанесення знака на товари чи їхню упаковку в Співтоваристві виключно для цілей експорту є справжнім використанням. З огляду на це, здається нелогічним вимагати використання ТЗС в декількох державах-членах [14, 118; 24, 139].

*(2) Використання ТЗС в одній державі-члені ЄС є недостатнім.* Друга група науковців дотримується думки, що використання ТЗС тільки в одній державі-члені є недостатнім для підтримки чинності його реєстрації [5, 374; 25, 54; 26, 29; 27, 550; 28, 339]. На їх погляд, за своїм визначенням ТЗС повинен «проходити через торговельні канали між країнами-членами ЄС», що дозволить розмежовувати принцип обов'язкового використання ТЗС та принцип обов'язкового використання НТЗ [5, 374].

Такого ж висновку можна дійти, аналізуючи Преамбулу Регламенту та застосовуючи систематичне й телеологічне тлумачення норм права. У пп. 2 і 4 Преамбули цілями запровадження ТЗС визначено, зокрема, створення правових умов, які дозволили б підприємствам адаптувати свою діяльність до масштабів Співтовариства, а

також сприяння необмеженій економічній діяльності на внутрішньому ринку. У п. 6 Преамбули зазначено, що НТЗ залишаються, як і раніше, необхідними для підприємств, які не мають наміру захищати свої знаки на рівні ЄС. Також варто зауважити, що система ТЗС визначається трьома принципами, а саме: автономії, унітарного характеру і співіснування ТЗС з НТЗ. Отже, всі три принципи повинні братися до уваги при тлумаченні положень Регламенту (зокрема, принцип співіснування, а не тільки принцип унітарного характеру, до якого часто звертаються при тлумаченні територіальності використання ТЗС) [29]. Як бачимо, ідеєю запровадження ТЗС було створення системи для підприємців, які ведуть свій бізнес не тільки на рівні національних ринків, а й за межами національних кордонів [25, 51–53]. Власники, що не мають наміру працювати в масштабі ЄС, мають реєструвати НТЗ.

Крім цього, ТЗС, що використовується тільки в одній країні, створює перешкоди при поданні заявок на ідентичні/схожі ТЗС у межах ЄС та на ідентичні/схожі НТЗ в державах-членах, де власник ТЗС може не мати комерційного інтересу (наразі чи в майбутньому). Своєю чергою, це може призвести до зловживання механізмом захисту, наданого системою ТЗС, особливо якщо брати до уваги розширення ЄС і зростання популярності ТЗС [25, 52–53; 26, 29; 27, 548–549; 28, 339]. Звісно, можна спробувати просто підібрати товарний знак, не схожий на такий ТЗС [25, 52–53]. Однак, зважаючи на величезну кількість уже зареєстрованих ТЗС, все важче знайти новий, абсолютно несхожий на них, товарний знак.

Також, якщо вважати використання в одній країні ЄС достатнім, територіальні вимоги для використання ТЗС стають менш суворими, ніж для НТЗ. Наприклад, власник НТЗ у п'яти державах-членах повинен використо-



## ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

увати їх у кожній державі, тоді як ТЗС, що охоплює ті ж п'ять країн (і решту території ЄС), може використовуватися тільки в одній з них [29].

Чи належить встановлювати мінімальну кількість країн для використання ТЗС? Ученими пропонувалося число від 2 до 4 держав-членів [5, 374; 27, 551]. Проте такий підхід не дає національним судам і відомствам з інтелектуальної власності достатнього простору для врахування особливостей конкретної справи й тому повинен бути відхилений [25, 54].

Висловлювалася навіть думка, що ТЗС має використовуватися одразу в усіх державах-членах ЄС [28, 340], що, на наш погляд, є доступним лише великим транснаціональним компаніям. Також така вимога суперечить цілям внутрішнього ринку ЄС. Однак, використання ТЗС має охоплювати значну частину території ЄС [30, 38].

(3) «Золота середина». Цікаву пропозицію було представлено в дослідженні Інституту ім. Макса Планка з права інтелектуальної власності та конкуренції [31, 131–139]. По-перше, запропоновано зберегти правило, що використання ТЗС в одній країні ЄС є достатнім. Оскільки ця країна може становити лише невелику частину ЄС, здається невинуватим правом власника ТЗС протистояти пізнішим реєстраціям НТЗ на тій території ЄС, де ТЗС ніколи не використовувався, або використовувався лише мінімально навіть протягом тривалого часу після закінчення пільгового 5-річного періоду та де конфлікт є тільки «гіпотетичним». Отож у дослідженні запропоновано дозволити після 15 років з моменту реєстрації ТЗС реєстрацію та використання пізніших НТЗ у державі-члені, віддаленій від частини ЄС, в якій конфліктний ТЗС використовується тільки мінімально. Автори дослідження передбачили й умови такого співіснування: заявка на пізніший НТЗ повинна бути поданою добросовісно, а раніший ТЗС продов-

жує бути дійсним і може використовуватися у цій державі-члені.

Підсумовуючи все вищевикладене, можна дійти таких **висновків**. Вимога щодо використання ТЗС в усіх державах-членах ЄС нам здається необґрунтованою. Звісно, таке рішення мало б певні переваги, забезпечуючи, зокрема, чіткий критерій для розрізнення між використанням ТЗС і НТЗ [32, 310–311]. Однак надання доказів використання на території всього Співтовариства є занадто дорогим і складно досяжним особливо для малих і середніх підприємств, які не мають реальної можливості охопити своєю діяльністю весь ЄС.

Однак, невинуватим створювати монополії на ринку на основі використання ТЗС тільки в одній державі-члені [32, 313–314]. Також це суперечить ідеям, висловленим у Преамбулі Регламенту, зокрема, що ТЗС було створено для підприємств, які ведуть бізнес у масштабі Співтовариства. Крім цього, на нашу думку, сам текст ст. 15(1) Регламенту все ж вказує на те, що використання ТЗС має поширюватися на більш ніж одну державу-члена.

Отже, на наш погляд, зважаючи на розмір ЄС, докази використання, що стосуються тільки однієї країни, не є достатніми. Доречною вимогою є використання ТЗС на території «значної частини Співтовариства», але не однієї держави-члена. Така умова забезпечила б необхідний баланс між правами власників ТЗС і третіх осіб, оскільки невинуватим блокувати інших користувачів на основі географічно обмеженого використання.

Водночас, 5-річний пільговий період для невикористання ТЗС після реєстрації видається нам занадто коротким. Так, за певних обставин, нереалістично очікувати масштабного використання незабаром після закінчення цього терміну [31, 135]. Тож вважаємо, що після 5 років використання ТЗС тільки в одній країні ЄС слід вва-





жати достатнім для підтримання у чинності його реєстрації. Проте, після десяти років з дати реєстрації використання повинно поширюватися на значну частину території ЄС, але зовсім необов'язково охоплювати всі держави-члени. Таке рішення дало б власникам ТЗС достатній час для розширення своєї діяльності без ризику припинення дії їхніх ТЗС вже через п'ять років. Водночас ТЗС, який використовується на обмеженій території у ЄС, не перешкоджав би реєстрації схожих товарних знаків третіх осіб протягом занадто тривалого часу.

Складність цього підходу полягає у визначенні терміна «значна частина території ЄС». Відповідно до чинної практики Відомства ЄС щодо справжнього використання ТЗС, низькі показники обороту та продажу можуть бути достатніми для доказу справжнього використання дорогих або нішевих товарів, але цього може не вистачати для недорогих товарів чи товарів із середньою ціною [7, 28, версія на 02.05.2013 року]. На наш погляд, за аналогією, для споживчих товарів повсякденного попиту доцільно вимагати більшої території використання, ніж для нішевих

або дуже складних товарів, орієнтованих тільки на конкретне коло споживачів. Проте складність товарів не має бути єдиним критерієм оцінювання факту використання конкретного ТЗС на значній частині території ЄС, а навпаки, бути тісно взаємопов'язаною з іншими факторами, такими як характеристики відповідного ринку, характеристики товарів/послуг, обсяг, частота й регулярність використання.

Будемо сподіватися, що досить розпливчате рішення Суду ЄС у справі ONEL/OMEL щодо територіальної сфери справжнього використання ТЗС буде надалі уточнене в європейській судовій практиці. Однак нині на це рішення варто зважати українськими компаніями, що використовують свої ТЗС у ЄС. ♦

### Список використаних джерел

1. Council Regulation (EC) № 207/2009 of 26.02.2009 on the Community trade mark [Electronic resource]. — Access mode : [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/intellectual\\_property/mi0025\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/mi0025_en.htm).
2. CJEU Judgement of 19.12.2012 in Case C 149/11 (Leno Marken BV v. Hagelkruis Beheer BV) [Electronic resource]. — Access mode : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-149/11>.
3. Parkes A. *The Evolution of Key Points of Community Trade Mark Law from the Preliminary Draft Convention of 1964 Onwards* / Andrew Parkes // *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual* (Alberto de Elzaburu Márquez ed.) — Grupo español de la AIPPI, 2009. — p. 509.
4. Memorandum of 6 July 1976 on the creation of an EEC trade mark [Electronic resource]. — Access mode : <http://aei.pitt.edu/5363/>.
5. Fernández-Novoa C. *El sistema comunitario de marcas* / Carlos Fernández-Novoa. — Montecorvo, 1995.
6. Joint statements № 10 by the Council and the Commission of the European Communities entered into the minutes of the Council meeting at which the Re-



## ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

- gulation on the Community Trade Mark was adopted on 20.12.1993 [Electronic resource]. — Access mode : <http://eu.vlex.com/vid/statements-entered-minutes-meeting-was-455053>.
7. OHIM Manual on Trade Mark Practice, Part C(6) [Electronic resource]. — Access mode: <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/CTM/legalReferences/guidelines/OHIMManual.en.do>.
  8. Decision of the Benelux Office for Intellectual Property of 15.01.2010 (Leno Merken BV v Hagelkruis Beheer BV) [Electronic resource]. — Access mode : searchable at: <https://www.boip.int/wps/portal/site/juridical/opposition/decisions>.
  9. Opinion of the Advocate General in Case C-149/11 delivered on 05.07.2012 [Electronic resource]. — Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-149/11>.
  10. Decision of the Cancellation Division of 15.05.2013, № 5053C; Decision of the Cancellation Division of 18.06.2013, № 6325C; Decision of the Cancellation Division of 18.06.2013, № 6818C; Decision of the Cancellation Division of 27.05.2013, № 6339C [Electronic resource]. — Access mode: searchable at: [http://oami.europa.eu/search/legaldocs/la/EN\\_cancellation\\_index.cfm](http://oami.europa.eu/search/legaldocs/la/EN_cancellation_index.cfm).
  11. Wilks J. «Genuine use» of a trademark — does OMEL/ONEL make it any clearer? [Electronic resource]. / John Wilks, Claire Bailey. — 2012. — Access mode : <http://www.dlapiper.com/genuine-use-of-a-trademark-does-omelonel-make-it-any-clearer-12-21-2012>.
  12. Ribbefors H. Is use in only one single member state in EU enough for a Community Trademark? / Helena Ribbefors. — 2013 [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.awapatentipblog.com/author/helenaribbefors>.
  13. Casado Cervico A. Uso de la marca comunitaria / Alberto Casado Cervico // Comentarios a los reglamentos sobre la marca comunitaria (Alberto Casado Cervico, Maria Luisa Llobregat Hurtado eds., 2nd ed.). — La Ley, 2000. — P. 211.
  14. Ubertazzi L. C. Apuntes sobre la carga de uso de la marca comunitaria / Luigi Carlo Ubertazzi (Alberto Bercovitz Rodriguez-Cano trans.) // Marca y diseco comunitarios (Alberto Bercovitz Rodriguez-Cano ed.). — Aranzadi, 1996. — P. 109.
  15. Gastinel E. La marque communautaire / Eric Gastinel. — L.G.D.J., 1998.
  16. Sweet & Maxwell's European Trade Mark Litigation Handbook / Davies Isabel M. ed. — Sweet & Maxwell, 1998.
  17. De las Heras Lorenzo T. Adquisición del derecho sobre la marca comunitaria / Tomas de las Heras Lorenzo // La marca comunitaria (Miguel A. Baz et al. eds.). — Grupo español de la AIPPI, 1996. — P. 9.
  18. Von Mühlendahl A. Community Trade Mark Riddles: Territoriality and Unitary Character / Alexander von Mühlendahl // European Intellectual Property Review. — 2008. — № 2. — P. 66.
  19. Marque communautaire / [Andreas Ebert-Weidenfeller et al.] — Wipla, 2000.
  20. Morcom C. Hagelkruis Beheer BV v Leno Merken BV: «Genuine use in the Community» — what does the CTMR require? / Christopher Morcom // European Intellectual Property Review. — 2010. — №. 32(7). — P. 359.
  21. Casado Cervico A. El sistema comunitario de marcas: normas, jurisprudencia y práctica / Alberto Casado Cervico. — Lex Nova, 2000.
  22. Ruzek V. L'appréciation de l'usage dans l'acquisition et la conservation de la marque communautaire / Vincent Ruzek // Propriété industrielle. — 2006. — № 3. — P. 29.



23. Von Mühlendahl A. *Die Gemeinschaftsmarke* / Alexander von Mühlendahl, Dietrich Conrad Ohlgart, Verena von Bomhard. — Stämpfli, 1998.
24. Annand R. *Guide to the Community Trade Mark* / Ruth E. Annand, Helen E. Norman. — Blackstone Press, 1998.
25. Gielen C. *Genuine Use of Community trade mark: Where?* / Charles Gielen // *European Intellectual Property Review*. — 2011. — № 33(1) — P. 48.
26. Mills G. *Reputation Requirements* / Garry Mills // *Trademark World*. — 2010. — № 225. — P. 27.
27. Pereira da Cruz J. *Geographical Extent of Use as a Requisite in Order to Prevent the Lapse of the Registration of a Community Trademark* / João Pereira da Cruz // *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual* (Alberto de Elzaburu Márquez ed.). — Grupo español de la AIPPI, 2009. — p. 545.
28. Durán L.-A. *Geographical Scope of the Use Requirement for Community Trade Marks* / Luis-Alfonso Durán // *Harmonisierung des Markenrechts* (Verena von Bomhard, Jochen Pagenberg, Detlef Schennen eds.). — Heymann, 2005. — p. 333.
29. *Decision of the Hungarian Patent Office of 11.02.2010, Case № M0900377 «C City Hotel»* [Electronic resource]. — Access mode: [http://www.hipo.gov.hu/English/hirek/kapcsolodo/C\\_City\\_case\\_summary\\_ENfinal.pdf](http://www.hipo.gov.hu/English/hirek/kapcsolodo/C_City_case_summary_ENfinal.pdf).
30. Griesmar F. *Réflexions sur l'usage géographiquement suffisant des marques communautaires* / François Griesmar, Alliana Heymann — 2006 [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.aropi.ch/index.php/articles-chroniques/liste-des-articles-et-chroniques/110-usus-sed-non-abusus>.
31. *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law «Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System»* [Electronic resource]. — 2011 — Access mode : [http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/mpi\\_final\\_report.pdf](http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/mpi_final_report.pdf).
32. Angelini F. *The Community Trademark Geographical Dilemma* / Fabio Angelini // *Harmonisierung des Markenrechts* (Verena von Bomhard, Jochen Pagenberg, Detlef Schennen eds.). — Heymann, 2005. — P. 303.

Надійшла до редакції 13.06.2013 року



## СПЕЦИФІКА ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН З ХУДОЖНИКАМИ- ІЛЮСТРАТОРАМИ У ВИДАВНИЧІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

**Катерина Афанасьева,**

*старший науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, кандидат юридичних наук, доцент*

Договір у видавничій діяльності налічує не одне століття й на всіх етапах його еволюції змінювалися вимоги до змістового наповнення договору, порядку його укладання, проте ніколи не ставилося під сумнів значення договору як важливого елементу правових відносин у цій сфері. Договірні форми широко використовуються у відносинах між усіма учасниками редакційно-видавничого процесу, втім далі зупинимось на особливостях договірних відносин, що виникають у зв'язку з ілюструванням видання.

Під час ілюстрування та випуску видання конфлікти можуть виникати у взаємовідносинах як між видавцем та автором, так і у взаєминах видавця з ілюстратором. Саме тому закріплення домовленостей між цими учасниками видавничого процесу в договорі стає чи не єдиним засобом уникнути у майбутньому непорозумінь і юридичним оформленням власне факту самого існування відносин між учасниками процесу ілюстрування. Розглянемо правові проблеми щодо ілюстрування видань, які виникають у відносинах між видавцем та автором. Поширеною є практика укладення з автором видавничого договору. Предметом такого договору є виконання додрукарської підготовки й тиражування видання видавництвом. За умовами договору саме на етапі додрукарської підготовки видавництво бере на себе зобов'язання підготувати оригінал-макет майбутнього видання, запропонувати дизайн обкладинки

й ілюстративного оформлення. Фахівці з теорії редагування вважають, що ілюстрацію слід розглядати як підпорядковану тексту твору, як його частину, що спрямована на візуальну демонстрацію змісту авторської праці [1]. Зазвичай, завдання ілюстрування твору покладається на художника та редактора, що фактично інтерпретують зміст твору засобами книговидавання і книжкової графіки. І саме ця інтерпретація, втручання в прочитання тексту твору, на основі його суб'єктивного сприйняття, розуміння й оцінки нерідко дають підстави для конфліктів між автором та видавництвом. Добираючи ілюстрації до видання, видавцеві слід пам'ятати, що за автором літературного твору відповідно до статті 439 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), закріплено право на недоторканність його твору, що полягає в можливості «*протидіяти супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо*» [2]. Іншими словами, згадане право забезпечує можливість активно впливати на процес ілюстрування. Втім серед науковців відсутній єдиний підхід щодо розуміння змісту права на недоторканність твору. На думку О. Сергеева, право на недоторканність, зокрема, полягає в «забороні при виданні... вносити без згоди автора будь-які зміни у твір і його назву, в позначення імені автора, супроводжувати твір коментарями, поясненнями, ілюстра-



ціями, післямовама, передмовама» [3]. Натомість Е. Гаврилов вважає право на недоторканність твору активною правомочністю автора, а не заборною [4]. Адже й сам автор може доповнювати свій твір ілюстраціями та коментарями. На думку В. Луця, «якщо автор використав епіграф, написав коментарі до тексту, передмову тощо, ці частини твору не можуть бути вилучені без відповідної його згоди. Не допускається також добірка видавниками ілюстрацій до авторських робіт без згоди останніх» [5]. Нерідко задум щодо ілюстрування видання виникає у автора в процесі роботи над рукописом. Як зауважує І. Жарков особливо в наукових, науково-популярних та навчальних виданнях автор сам складає план ілюстрування, перелік сюжетів із вказівкою місць у тексті для ілюстрування та джерел отримання ілюстрацій. Видавництво ж знайомиться із побажаннями автора, оцінює можливість та доцільність їх реалізації та здійснює підготовку оригінал-макету з врахуванням авторських пропозицій [6]. У зв'язку з цим видавництву необхідно провести ретельний аналіз ілюстрацій, що пропонуються автором на предмет можливості їх вільного використання. Адже у процесі перевірки джерел ілюстрацій видавництво нерідко стикається із неможливістю їх використання та, як наслідок, призупиненням процесу видання книги. В інших випадках редактори, навпаки, демонструють халатне ставлення до цього процесу. Так, приміром видавництво «Правова єдність» схвально прийняло пропозицію автора книги «Українське цивільне право. Спадкове право» щодо використання в дизайні обкладинки видання зображення твору мистецтва — Скіфської пекторалі. Втім видавництво не приділило належної уваги перевірці джерела ілюстрації, результатом чого став позов автора фотографії стародавньої прикраси, що був використаний на обкладинці видання.

Загалом більшість письменників дуже прискіпливо ставляться до процесу обрання художника-ілюстратора, піддають сумніву доцільність того чи того ескізу. Втім, оскільки право на недоторканність твору, що передбачає і можливість заборонити ілюстрування твору, є немайновим правом автора (ст. 438 ЦК України), заборонити авторові втручатись у процес ілюстрування видання не можливо. На думку Є. Харитонова, «законодавець при визначенні змісту права на недоторканність виходить із концептуального положення, що автор несе повну відповідальність за зміст, художній рівень та інші якісні характеристики твору. В першу чергу він заінтересований в тому, щоб при використанні його твору не були допущені будь-які хоча б найменші зміни твору, які на думку автора могли б йому зашкодити» [7]. Аби пришвидшити процес погодження ілюстрацій з автором та уникнути у майбутньому спорів між автором і видавництвом, у видавничому договорі варто визначити умови та порядок затвердження автором ескізів, а згодом й ілюстрацій у виданні. У цьому випадку доречним було б додання до договору як його невід'ємної частини акта, що засвідчував би згоду автора на ілюстрування видання творами конкретного художника.

Питання узгодження ілюстрацій з письменниками було актуальним у всі часи. Приміром, М. Гоголь свого часу дуже гостро висловлювався щодо можливого ілюстрування його видання художником «Мертвих душ» П. Плетньовим. «Товар повинен продаватись обличчям, і не потрібно підсолонджувати його цим кондитерством... художників-геніїв для такої справи не знайдеш», — підсумовував геніальний письменник свої думки щодо художників-ілюстраторів. Відвертим супротивником ілюстрацій був і Г. Флорбер: «...доки я живий, їх [ілюстрацій] не буде... Не варто було так важко подавати туманні образи для того, аби





## ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

з'явився який-небудь чоботар та зруйнував мою мрію безглуздою точністю», — обурювався письменник [8].

Зрозуміло, що недовіра письменників здебільшого ґрунтується на занепокоєнні можливістю спотворення змісту й ідеї твору в результаті його ілюстрування. Втім такі твердження авторів не безпідставні. Можливість навмисного привнесення додаткового змісту й асоціацій у твір залежить від того, чи дозволяє стиль книги такі експерименти та чи може художник органічно вписати їх у книжку. Українська художниця-ілюстратор Р. Романишин зізнається, що завжди намагається проробляти в ілюстраціях додатковий зміст. «Моїм найбільшим експериментом у цьому плані були ілюстрації до казки «Маша і ведмеді». В них я дещо викривила образи героїв, зобразивши розбійницею Машу та сім'ю ведмедів — інтелігентами», наводить приклад художниці [9]. Сьогодні неординарні підходи до ілюстрування видатних творів також не завжди знаходять підтримку не лише авторів, а й видавців. Так, харківське видавництво «Фоліо» спочатку не прийняло ілюстрації Є. Гапчинської до видання Л. Керрола «Аліса у країні мрій», вочевидь не сприйнявши усталений образ Аліси, колись змальований Дж. Теннісом в оригінальній трактовці художниці. Втім згодом читачі круглолицю Алісу оцінили та полюбили [10].

Укладення угоди між видавництвом і спадкоємцями автора також не змінює ситуації щодо необхідності узгодження з ними ілюстрування твору. Адже за п. 2 ст. 439 ЦК України «у разі смерті автора недоторканність твору охороняється особою, уповноваженою на це автором. За відсутності такого уповноваження недоторканність твору охороняється спадкоємцями автора, а також іншими заінтересованими особами». Закон не містить будь-яких вказівок, кого потрібно розуміти під «зацікавленими особами», що дає підстави для звер-

нення з претензіями щодо ілюстрування невизначеному колу осіб.

Вибір художника для видавничого проекту — дуже відповідальне рішення видавництва. Адже популярність книги забезпечить, зокрема, й ім'я відомого художника. Не простими з правового погляду є правовідносини між видавництвом і художником. Процес їхньої співпраці можна поділити на кілька етапів: ознайомлення художника з текстом видання, узгодження візуального оформлення матеріалу, розробка композиційних рішень ілюстрацій, узгодження ескізів з видавництвом та, можливо, автором твору та, нарешті, затвердження виправлених ескізів. На кожному із зазначених етапів виникають певні правомочності як у видавництва, так і в художника, що повинні знайти своє закріплення у відповідних положеннях договору між ними. Особливості змісту кожного договору зумовлюються як предметом договору, інтересами художника, так і потребами видавництва. Для правового оформлення відносин між художниками та видавництвами останні нерідко віддають перевагу укладенню з ілюстраторами договору замовлення. Розподіл прав інтелектуальної власності за договором замовлення між сторонами визначений у ст. 430 ЦК України, згідно з якою *«особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта. Майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно, якщо інше не встановлено договором»*. Отож, законодавець надав сторонам можливість самостійно вирішити питання, чи будуть майнові права належати сторонам спільно, чи лише одній зі сторін. Від прийнятого рішення залежить зміст договору. У випадку, коли майнові права будуть передані видавництву, договір має містити відповідні положення про відчу-

ження майнових прав. Якщо ж сторони приймуть рішення про спільне володіння, користування та розпоряджання майновими правами на створений об'єкт, у договорі необхідно визначити термін та порядок спільного розпорядження майновими правами на відповідний об'єкт авторського права. Як свідчить аналіз практики найбільш оптимальним є договір замовлення з елементами авторського договору, за яким художник зобов'язується зробити ілюстрації та дозволяє відтворювати, розповсюджувати, тиражувати, демонструвати та в інший спосіб використовувати його твори. За договором замовлення художник зобов'язується в певний термін підготувати зазначену кількість ілюстрацій. Для уникнення непорозумінь щодо творів, які замовляються, в договорі варто узгодити: сюжетні моменти, що будуть ілюструватися; характер ілюстрацій, розмір, жанр, манеру та матеріал, яким виконуються ілюстрації.

Не можна ігнорувати той факт, що багато сучасних художників-ілюстраторів уже не використовують у своїй роботі традиційні матеріали. Інструментами майстрів стають графічні комп'ютерні програми, а їхні роботи — це не альбоми з ескізами, а цифрові файли на диску або іншому носіїві. З метою захисту свого доробку від подальшого незаконного використання чи спотворення художники, зазвичай, надають видавництву файли в таких форматах, що не дають можливостей для значного їх редагування. Власне ж оригінальний файл, приміром, у виконанні у програмі Photoshop, залишається в художника. Втім не можна ігнорувати й випадки технічної необхідності видавця у вихідному файлі, зокрема в разі створення складеного твору. Тож в угоді з художником необхідно чітко узгодити формат, у якому будуть виконані та передані видавництву ілюстрації.

Розробка ілюстрацій — тривалий процес, на різних етапах якого вини-

кає питання узгодження задуму, поточних ескізів і готових «промальованих» ілюстрацій із замовником. Найбільша кількість конфліктів під час співпраці ілюстраторів і замовника виникає саме на етапі, коли видавець повинен затвердити ескізи ілюстрацій та дати згоду на підготовку остаточного варіанту робіт. Аби захистити автора від процесу безкінечного перемальовування та внесення змін у роботи та з огляду на те, що такі правки значно простіше робити на етапі створення ескізів, варто в договорі передбачити положення, згідно з яким створення остаточних ілюстрацій відбувається тільки після засвідченого у акті факту прийняття погодженого рішення, що є невід'ємною частиною договору. Відповідно до такого рішення редакційна колегія видавництва чи уповноважена на це особа робить відповідний напис (наприклад «погоджено») на ескізі. Також за умовами договору можна обмежити обсяги правок лише межами технічного завдання. У договорі варто передбачити, що додаткові зміни можливі лише за умови додаткової оплати роботи художника.

Що ж до питання приналежності оригіналів малюнків-ескізів, виконаних на папері чи полотні, вони, залежно від умов договору, можуть переходити у власність до видавництва або ж віддаватися йому в тимчасове користування. У такому разі, видавництво не лише повинне за наявності відповідних умов у договорі вчасно повернути оригінали авторів, а й зберегти їх у належному стані, запобігати будь-якому псуванню робіт художника. До того ж, ілюстрації автора, крім художньої цінності, мають і матеріальну цінність, яка з роками може лише збільшуватись, особливо коли мова йде про роботи відомих художників. Так, оригінали ілюстрацій Е. Шепарда до книги А. Мілна про Вінні-Пуха, що на довгі роки створили усталені образи героїв улюбленої дитячої історії згодом були продані на



## ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

аукціоні «Сотбіс» (Sotheby's) за безпрецедентну суму в 2 млн дол. Якщо між художником і видавництвом договору укладено не було за усталеною практикою, оригінали належать художникові. Він також може скористатися правом на захист своєї власності та на витребування свого майна від особи, що незаконно ним заволоділа (передбачено ст. 387 ЦК України). Адже художник передав оригінали малюнків видавництву лише на певний період для їх відтворення у виданні. Тож видавництво після використання їх у виданні має повернути оригінали авторів. Важливість повернення оригіналів для автора, особливо паперових, зумовлюється тим, що наявність оригіналу є фактично єдиним підтвердження авторства художника в разі конфліктних ситуацій.

Під час додрукарської підготовки видання художні ілюстрації, особливо це стосується робіт, виконаних на паперовому носії, неодмінно піддаватимуться обробці у графічних редакторах, кольорокорекції, кадруванню тощо. Деякі з цих дій можуть суттєво змінити первинний варіант ілюстрацій. У контексті цього необхідно брати до уваги право художника захищати твір від змін, які можуть статися під час додрукарської підготовки, що передбачені Законом України «Про авторське право та суміжні права» (далі — Закон) — *«вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора»* (п. 4 ст. 14 Закону) [11]. Якщо будь-яке втручання в авторський оригінал малюнка є для художника неприйнятним, в угоді із ним необхідно передбачити можливість контролю з боку художника за підготовкою ілюстрації до друку та внесення змін лише з письмового дозволу автора. Отож, художник зможе захистити себе від неякісного відтворення його

робіт, яке може завдати шкоди честі та його репутації.

Окремої уваги вимагає питання мистецького плагіату та відповідальності за нього. Навіть запрошуючи до роботи над виданням визнаного художника, не можна бути певним в оригінальності образів запропонованих митцем, неповторності манери ілюстрування. Нерідко ілюстратори, подекуди інстинктивно, керуючись усталеними стереотипами, використовують образи, вже створені колись іншими художниками. Д. Ліпчик зазначає, що «у випадку, коли копія просто відображає твір, що існував раніше, її необхідно розглядати як похідний твір» [12]. Не варто нагадувати що використання видавництвом похідного твору вимагатиме від автора похідного твору додаткових гарантій щодо правомірності його створення, які мають бути визначені в договорі.

Взагалі питання художнього «запозичення» в книжковій ілюстрації дуже складне. Багато ілюстраторів просто вдаються до ілюстрування одних і тих самих яскравих моментів сюжету видання. В результаті, одні й ті ж герої постають в однаковому вбранні та навіть позах. Водночас предмети інтер'єру, образ літературного персонажа й навіть його емоції здебільшого детально прописані самим письменником. Отож художнику залишається тільки відтворити словесний портрет на папері. Звісно, талановиті художники саме тим і вирізняються, що можуть «читати поміж рядків», вловити ті риси характеру героя чи особливості обстановки, котрі й виокремлять їхні роботи з-поміж інших. Утім інших художників, які йдуть шляхом найменшого опору, також не можна однозначно звинувачувати у плагіаті. Існує і таке поняття, як стереотип. Образ, який створює художник-ілюстратор, не зовсім відповідає героєві, описаному автором, однак саме він знаходить схвалення в читачів, «приживається» в нашій свідомо-

сті. Приміром, О. Толстой у своїй версії італійської казки «Буратіно» описує дерев'яного хлопчика в білій шапочці. Однак художник-ілюстратор Л. Владимирський ще в 1956 році зображає Буратіно в яскравій шапочці в червону смужку. І саме цей образ настільки вкоренився в нашій свідомості, що не лише у наступних виданнях книги, а й навіть у художньому фільмі «Пригоди Буратіно», котрий вийшов на екрани в 1975 році, герой постає неодмінно у смугастому капелюсі.

Межа, що проходить між плагіатом і художнім запозиченням, дуже тонка. Насамперед, це стосується випадків, коли запозичення відбувається в різних сферах літератури чи мистецтва. В історії живопису існує багато прикладів, коли картини створювалися художниками за мотивами літературних творів як то живопис В. Васнецова або «Портрет Гонгори» П. Пікасо за мотивами твору Ель Греко. Або ж фотографія та картина художника: власне підходи до відтворення дійсності цими засобами мистецтва кардинально різняться. Тож говорити про плагіат у разі запозичення контурів силуету чи кольорової гама малюнка не завжди доречно. Крім цього, до об'єктів, які охороняються авторським правом, належать елементи форми, а не змісту. Далеко не кожне

запозичення може бути визнане порушенням. Прикладом може слугувати судовий конфлікт між художником Г. Пузенковим і відомим фотографом Г. Ньютоном. Останній здобув популярність, зокрема, завдяки серії художніх знімків оголених натурниць. Г. Пузенков же у своїй картині імітував силует оголеної дівчини, що позою та світлопередачею копіювала модуль однієї з робіт фотографа. Суд став на сторону художника, погодившись із тим, що застосування елементів змісту, як то художній образ дівчини, для реалізації його зовсім в іншій сфері діяльності не вважається плагіатом.

Отож у договорі між художником і видавцем необхідно передбачити обов'язок художника зробити ілюстрації до видання в авторському виконанні, котрі б вирізнялися оригінальністю та не містили в собі елементів інших творів. В іншому випадку тягар відповідальності та задоволення претензій з боку третіх осіб щодо авторства на зображення покладатиметься за умовами договору на художника.

Як бачимо, договірні відносини є важливою складовою видавничого процесу, а їх грамотна побудова сприяє уникненню багатьох конфліктних ситуацій у видавничій діяльності. ♦

#### Список використаних джерел

1. Антонова С. Г. *Редакторская подготовка зданий : учебник / под ред. С. Г. Антоновой.* — М. : Логос, 2004. — С. 240.
2. *Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] // Портал Верховної ради України.* — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page7>.
3. Сергеев А. П. *Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник / А. П. Сергеев.* — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, 2004. — С. 207.
4. Гаврилов Э. П. *Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития / Э. П. Гаврилов.* — М. : Наука, 1984. — С. 143.
5. *Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців : монографія / за заг. ред. В. В. Луця .* — Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. — С. 132.
6. Жарков И. А. *Технология редакционно-издательского дела: конспект лекций / И. А. Жарков.* — М. : Изд-во МГУП, 2002. — 138 с.
7. Харитонов С. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / С. Харитонов.* — 2-ге видання. — Правова Єдність, 2009. — 742 с.



## ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

8. Флобер Г. Собрание сочинений: [в 10-ти т.] / Г. Флобер. — М., 1938. — Т. 8. — С. 495.
9. Денисенко А. Художник як співавтор [Електронний ресурс] / Анастасія Денисенко // Літакцент. — 13.09.2011 року. — Режим доступу до ресурсу : <http://litakcent.com/2011/09/13/hudozhnyk-jak-spivavtor>.
10. Алиса в стране чудес. В картинках Гапчинской [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : [http://www.odessapassage.com/passage/magazine\\_details.aspx?id=31349](http://www.odessapassage.com/passage/magazine_details.aspx?id=31349).
11. Закон України «Про авторське право та суміжні права» № 3792-XII від 23.12.1993 року (зі змінами) [Електронний ресурс] // Портал Верховної ради України. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.
12. Липцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Липцик ; пер. с фр.; предисловие М. Федотова. — М. : Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. — 788 с.

Надійшла до редакції 20.06.2013 року

### **ОГОЛОШЕННЯ**

**Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Національної академії правових наук України оголошує конкурсний прийом до аспірантури в 2013 році з відривом від виробництва за спеціальністю:**

- 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право.

Прийом документів до аспірантури відбувається до 02.09.2013 року. Вступники в аспірантуру складають конкурсні іспити зі спеціальності, філософії та іноземної мови, які проводяться з 03.09.2013 року до 30.09.2013 року.

Заяви та документи про прийом до аспірантури подаються за адресою: 03680, МСП, м. Київ-150, вул. Боженка, 11, к. 1304 (тел.: 228-21-37).

Контактна особа: Ленго Юлія Євгенівна.

**До заяви на ім'я директора Інституту про прийом до аспірантури додаються такі документи:**

- копію диплома про закінчення вищого навчального закладу із зазначенням одержаної кваліфікації спеціаліста чи магістра (особи, що здобули відповідну освіту за кордоном, — копію нострифікованого диплома) та копію додатку до диплома;
- список опублікованих наукових праць і винаходів. Особи, які не мають опублікованих наукових праць і винаходів, подають наукові доповіді (реферати) з наукової спеціальності;
- посвідчення про складання кандидатських іспитів (за наявності складених кандидатських іспитів);
- особовий листок з обліку кадрів;
- 4 фотокартки розміром 3 x 4;
- медичну довідку про стан здоров'я за формою № 286-у;

Паспорт і диплом про вищу освіту подаються вступником особисто.

**Форми навчання в денній аспірантурі:**

- за рахунок коштів державного бюджету України;
- на контрактній основі.

Термін навчання в аспірантурі — 3 роки.



## КЛЮЧОВІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЛІЦЕНЗУВАННЯ КОПІЛЕФТ

Дар'я Пилученко,

провідний фахівець НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

**Постановка проблеми.** Розвиток сучасних науки та технологій не стоїть на місці. Рівень розвитку цифрових технологій і програмного забезпечення зумовлює необхідність вільного доступу до вдосконалення програм і є одним з основних засобів на шляху до ідеалу.

На протипагу копірайту (авторському праву) з'являється поняття копілефт. Авторський матеріал можна безкоштовно копіювати, публікувати й навіть видозмінювати. Однак необхідно дотримуватись умов розповсюдження — вказувати першоджерело та не приписувати собі авторства зміненої копії. Програмісти стали активно використовувати ліцензію відкритого коду GNU GPL, на базі якої з'явилося багато веб-сервісів вільної розробки, браузерів, сайтів та енциклопедій [1].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Науково-теоретичну базу дослідження становлять наукові праці вчених у сфері права інтелектуальної власності та ін. В них висвітлюються питання загальної характеристики копілефту та відкритого коду, обґрунтовується їх необхідність і доцільність, проблеми правового режиму: А. Гаудамус Гонзалез, А. Капчинський, С. Чайфець, З. Кац, І. Бенклер, Л. Лесіг, М. Дж Радін, Н. Елкін-Корен, Р. П. Мергес, С. Бьотігер, Д. Бурк, С. Дюсолє, М. Брауде-Золотарьов, Г. Гребнев, П. Протасов, А. Ралько, О. Сербіна, а також низка авторів інтернет-публікацій.

В Україні питання копілефт комплексно не досліджувалися, наявні напрацювання мають фрагментарно-кон-

сультативний характер. У наукових виданнях останніх років опубліковано дослідження, присвячені комерційному та некомерційному розповсюдженню програмного забезпечення в мережі Інтернет.

**Невирішені раніше частини загальної проблеми.** Створення та розвиток вмісту (інформаційного наповнення, контенту) є чи не найважливішою частиною багатьох освітніх проектів.

Значна частина вмісту чи контенту (навчальні матеріали, інтерактивні уроки, освітні комп'ютерні програми тощо) може бути створена самими споживачами вмісту — вчителями, методистами й навіть учнями. Дуже часто, якщо не в більшості випадків, люди, що створюють такий вміст, керуються нематеріальними мотивами.

У таких випадках автори можуть використовувати різні, так звані, «вільні ліцензії» зокрема й ліцензії Creative Commons.

**Метою статті** є довести доцільність скорішої адаптації ліцензій Creative Commons до законодавства України як альтернативи копірайту.

Оскільки копілефт з'явився як метод ліцензування для вільного програмного забезпечення, але може бути застосованим і до інших об'єктів авторського права, вважається за доцільне пояснити етимологію поняття та розповісти про організацію, що активно пропагує такий вид ліцензування.

Creative Commons (читається /kri'eitiv 'kɔmənz/, скорочено CC — /si: si:/; англ. *creative* — творчий, автор-



## ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

ський; англ. *commons* — прості люди (люд) та їхнє майно, юридичне право спільного володіння) — некомерційна організація, чия робота присвячена розширенню спектру творів, доступних іншим для легального поширення та взяття за основу [2] — по суті реформу авторських прав у межах чинного законодавства. Організація безкоштовно випустила для громадськості кілька копірайт-ліцензій відомих як ліцензії Creative Commons. Ці ліцензії дозволяють авторам-творцям повідомити, які права вони залишають за собою, а від яких прав вони хотіли б відмовитися на користь отримувачів або інших авторів-творців. Легке для розуміння роз'яснення прав на одну сторінку з наочними символами пояснює специфіку кожної ліцензії Creative Commons. Ця простота відрізняє Creative Commons від копірайту «всі права збережено». Creative Commons були винайдені, щоби дати авторам творів більш гнучку копірайт-модель, яка б замінила «всі права збережено» на «деякі права збережені». Вікіпедія є одним з найпомітніших веб-проектів, які використовують ці ліцензії.

Організація була заснована в 2001 році Л. Лессигом, Г. Абельсоном й Е. Елдредом [3] за підтримки Центру суспільного надбання. Перший набір копірайт-ліцензій був випущений в грудні 2002 року. У 2008 році налічувалося понад 130 мільйонів творів, ліцензованих Creative Commons [4]. Creative Commons управляється радою директорів і технічним консультативною радою. Е. Воджискі (*Esther Wojcicki*) зараз є головою ради. Creative Commons була підтримана багатьма як спосіб, за допомогою якого творці контенту отримують контроль над тим як вони хочуть поділитися своїми інтелектуальними правами. Creative Commons піддається критиці за те, що йде не досить далеко.

Мета Creative Commons: дозволити власникам авторських прав передати

деякі з прав на свої твори громадськості, та водночас зберегти за собою інші права. Річ в тому, що відповідно до чинних в більшості країн світу законів про авторські права всі права, як майнові, так і немайнові, належать авторам автоматично. Creative Commons роблять можливим передати деякі права громадськості за допомогою сімейства готових ліцензій, визнаних юридичними законодавствами багатьох країн.

Отож, мета Creative Commons — сприяти вільному поширенню інформації, хоча не всі ліцензії Creative Commons є власне вільні ліцензії.

Попередниками Creative Commons були ліцензії GNU Free Documentation License (GFDL) [5] і Open Publication License (OPL). GFDL створювалась як ліцензія для документації до вільного, але її застосовують і в інших сферах, наприклад на умовах цієї ліцензії поширювалося вміст Вікіпедії. І GFDL, і OPL містили умови, що, на думку деяких критиків, робили їх менш вільними. Також, на відміну від Creative Commons, GFDL при масовому поширенні контенту вимагає надання копій у «прозорому» форматі, тобто, наприклад, не закритому чи пропрієтарному.

Creative Commons офіційно розпочали діяльність у 2001 році. Штаб організації розміщений у Сан-Франциско (США). Засновник Creative Commons, Л. Лессиг, повідомив, що ця організація мала стати одним з способів досягнення цілей судового процесу, в якому він оскаржив законність продовження терміну захисту авторського права в США [6].

Як зазначалося вище, значна частина вмісту будь-яких матеріалів може бути створена самими споживачами. Дуже часто, якщо не в більшості випадків, люди, що створюють такий вміст, керуються нематеріальними мотивами.

Найпростіший спосіб зробити матеріал вільним — це оголосити його суспільним надбанням (згідно з визначен-

ням, закріпленим у ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (1993 року), суспільне надбання — твори й об'єкти суміжних прав, строк дії авторського права і (або) суміжних прав на які закінчився [7]), тобто зробити сукупністю знань, стосовно яких жодна юридична чи фізична особа не має та не може мати виключних майнових прав [8], і відмовитися від майнових авторських прав. Це дозволяє іншим поширювати матеріал і поліпшувати його, якщо вони того бажають. Але це також дозволяє асоціальним особам зробити матеріал невірним. Вони можуть внести зміни, великі чи малі, та поширювати результат як невірний продукт. У таких випадках автори можуть використовувати різні, так звані, «вільні ліцензії», зокрема й ліцензії Creative Commons.

Незважаючи на свою різноманітність, як за цілями, так і за формою, ініціативи, копілефт і відкритий доступ мають деякі спільні характеристики.

Мета відкритого доступу полягає не в тому, щоб відмовитися від твору на користь суспільного надбання чи позбавити його охорони з боку закону. Навпаки, ліцензії з відкритим вихідним кодом, зазвичай, закріплюють авторське право за об'єктом, яким вони управляють.

Всі ліцензії копілефт, від програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом до Creative Commons, підтверджують авторське право на твір. Наприклад, у преамбулі до загальнодоступної ліцензії (GPL) говориться, що «розробники, що використовують систему GNU GPL захищають ваші права на двох стадіях: 1) застерігають авторські права на програмне забезпечення; і 2) пропонують вам ліцензію, що дає юридичне право копіювати, поширювати й/або змінювати його» [9]. Ліцензії Creative Commons аналогічним чином наполягають на тому, щоб «твір охоронявся авторським правом й/чи іншими чинними законами і щоб будь-яке використання цього твору,

крім дозволеного за цією ліцензією або за законом про авторське право, заборонено». Користувач не має права використовувати твори в інших, окрім передбачених ліцензією, цілях, а також усупереч тим правам, якими користується відповідно до внутрішнього законодавства (наприклад, добросовісне використання чи інші обмеження щодо авторського права).

Ліцензії у сфері авторських прав та інструменти Creative Commons відновлюють баланс усередині традиційного підходу «всі права збережені», який утворюють закони про авторське право. Ці інструменти дають кожному — від індивідуальних авторів до величезних компаній і установ — простий, стандартизований спосіб видати дозвіл у сфері авторських прав на їхній творчий витвір. Поєднання інструментів і користувачів є численною і зростаючою цифровою спільнотою, чия сукупність контенту може копіюватися, поширюватися, редагуватися, реміксуватися та братися за основу, все в межах закону про авторські права.

Усі ліцензії Creative Commons мають багато спільних рис. Кожна ліцензія дозволяє творцям (які формально є ліцензіарам) зберігати авторські права, водночас дозволяючи іншим копіювати, поширювати та переробляти певним чином їхні твори, навіть комерційно. Кожна ліцензія Creative Commons також гарантує ліцензіарам зазначення авторства творів, яке вони заслуговують. Кожна ліцензія Creative Commons працює по усьому світі й триває так довго як триває авторське право (бо вони засновуються на авторському праві). Ці загальні риси є базовими, більше того ліцензіари можуть вирішити надати додаткові дозволи, коли вирішують, як вони хочуть, аби використовувався їхній твір.

Ліцензіар Creative Commons відповідає на кілька простих запитань, обираючи ліцензії: по-перше, чи хоче він дозволити комерційне використання



## ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

чи ні та, по-друге, чи хоче він дозволити похідні твори, чи ні? Якщо ліцензіар вирішує дозволити створювати похідні твори, він може також вирішити вимагати, щоб будь-який, хто використовує його твір (формально — ліцензіати), робив такий новий твір доступним на таких же умовах ліцензії. Розробники ліцензій CC зуть цю ідею «ShareAlike» («поширення на тих же умовах») і це один з механізмів, який (якщо він обраний) допомагає цифровим співтовариствам рости з плином часу. «ShareAlike» був нахненний ліцензією GNU General Public License, використовуваною багатьма проектами вільного та відкритого програмного забезпечення.

За деякими визначеннями [10] ліцензії CC розділили на необмежені (у деяких джерелах — вільні) й обмежені (невільні).

### Необмежені ліцензії

1. *Attribution (CC BY)*: ліцензія із зазначенням авторства.

Ця ліцензія дозволяє іншим поширювати, переробляти, виправляти і розвивати твір навіть у комерційних цілях, за умови зазначення автора твору. Це найбільш вільна ліцензія, з точки зору того, що можуть робити з твором користувачі.

2. *Attribution ShareAlike (CC BY-SA)*: ліцензія із зазначенням авторства — Копілефт.

Ця ліцензія дозволяє іншим переробляти, виправляти та розвивати твір навіть у комерційних цілях за умови зазначення авторства та ліцензування похідних робіт на аналогічних умовах. Ця ліцензія є копілефт-ліцензією. Усі нові твори, засновані на цій ліцензії, будуть мати аналогічну ліцензію, тому всі похідні буде дозволено змінювати й використовувати в комерційних цілях.

Саме ця ліцензія використовується у Вікіпедії та рекомендована для матеріалів, щодо яких автор передбачає можливість їх доповнення з матеріалів з Вікіпедії чи можливість їх прямого перенесення до Вікіпедії.

### Обмежені ліцензії

1. *Attribution NonCommercial (CC BY-NC)*: ліцензія із зазначенням авторства — некомерційна.

Ця ліцензія дозволяє іншим переробляти, виправляти та розвивати твір на некомерційній основі, хоча для похідних робіт зберігаються вимоги зазначення авторів і некомерційного використання, не потрібно надання третім особам отриманих за умовами цієї ліцензії на таку роботу прав на похідні від неї.

2. *Attribution Non-commercial ShareAlike (CC BY-NC-SA)*: ліцензія із зазначенням авторства — некомерційна — зі збереженням умов.

Ця ліцензія дозволяє іншим переробляти, виправляти та розвивати твір на некомерційній основі, доти поки вони зазначають авторство та ліцензують похідні роботи на аналогічних ліцензійних умовах. Користувачі можуть не тільки завантажувати твір і надалі поширювати його на умовах, ідентичних ліцензії «CC BY-NC-SA», але й перекладати, створювати інші похідні роботи, засновані на вихідному творі. Всі нові твори, засновані на ньому, матимуть одні й ті ж ліцензії, тому всі похідні роботи також будуть носити некомерційний характер.

3. *Attribution No Derivs (CC BY-ND)*: ліцензія із зазначенням авторства — без похідних.

Ця ліцензія дозволяє вільно поширювати твір, як на комерційній, так некомерційній основі, при цьому робота повинна залишатися незмінною і обов'язкове зазначення авторства.

4. *Attribution Non-commercial No Derivatives (CC BY-NC-ND)*: ліцензія із зазначенням авторства — некомерційна — без похідних»

Ця ліцензія має найбільші обмеження серед 6 основних ліцензій, що дозволяють вільне поширення твору. Її часто називають ліцензією безкоштовної реклами, оскільки вона дозволяє іншим завантажувати такі роботи і ділитися ними з іншими, доти, доки

вони згадують автора і посилаються на нього, але вони не можуть жодним чином змінювати ваш твір і використувати його з комерційною метою.

Це найсуворіша (обмежувальна) ліцензія.

Отже, принцип ліцензування цілком визначається авторським правом і лише деякі види використання спеціально гарантовані автором. Часто відкритий доступ або ліцензії копілефт зображають як альтернативу варіанту «деякі права застережені», тоді як традиційне здійснення авторського права належить до варіанту «сору-*right*» — «усі права захищені». Це твердження авторського права вважалося незаперечною умовою у проекті з відкритим вихідним кодом, адже воно може зобов'язати користувачів дотримуватися логіки свободи користування поширюючи змінену версію програмного забезпечення на аналогічних умовах і надаючи вихідний код. Такими були необхідні умови для отримання привілеїв вільного використання та копіювання, що надаються передусім власником авторських прав. І навпаки, передача програмного забезпечення в суспільне надбання дозволила б послідовникам або продавати копії без надання вихідного коду чи широкої свободи користування, або повернути певну монополію на програмне забезпечення в трохи зміненому вигляді. Поширення гарантованих таким чином свобод або, радше, для такого забезпечення громадського та спільного використання твору полягає в самому авторському праві. Виключні права продовжують існувати на твір з ліцензією копілефт, однак права на доступ і використання контенту породжуються в межах виняткової монополії та надаються широкому загалу.

Вважалося, що передача творів у суспільне надбання або необмежений доступ до них поставити під загрозу стійкість системи суспільної доступності. Будь-яка зміна твору може спричинити за собою появу нового авторсько-

го права — яке, можливо, згодом буде ліцензоване в пропріетарному (власницькому) сенсі — або навіть копій неохоронюваного твору, що надаються за обмежувальним контрактами або із застосуванням технічних заходів.

Таким чином, стратегія, що її обрав рух копілефт, полягає у використанні виключних авторських прав для гарантії та збереження публічної доступності творів і похідних творів. Висловлюючись інакше, ініціативи, в основу яких покладено ідею спільноти, «створюють обумовлене зобов'язаннями спільне надбання, а не безмежне суспільне надбання» [11].

Проте мета деяких ліцензій полягає в тому, щоби передати твори в суспільне надбання, запропонувавши їхнім авторам можливість відмовитися від своїх авторських прав. Наприклад, Creative Commons видає ліцензії «CC0 License» [12], які передбачають передачу твору в суспільне надбання з відмовою від усіх авторських прав у максимально допустимій законом мірі. Така відмова від авторських прав на користь суспільного надбання може спричинити юридичні труднощі.

Виключні права, надані авторським правом, по суті є правом дозволяти або забороняти відтворення чи оприлюднення твору. Відкритий доступ полягає у здійсненні права дозволяти використання твору й це використання може залежати від дотримання деяких умов, передбачених ліцензією відкритого доступу. Автор чи винахідник, який віддає перевагу режиму відкритого доступу, здійснює своє право не виключати, а надавати свободу використання — свободу, що іноді обмежується кількома цілями або тим, що стосується зобов'язання надати згодом аналогічну свободу.

Виключність наданого інтелектуальною власністю права, таким чином, задумане не як виключні повноваження, а як свобода чи монополія на рішення не вдаватися до винятків. Немає парадоксу в тому, що хтось вважає, що ін-





## ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

телектуальна власність передбачає винятковість, а не винятки, тому що ці терміни не є синонімами. Виключність означає можливість не допускати, але по суті не веде до виключення.

У цьому одночасно проявляється і схожість із суспільним надбанням, і відмінність від нього, особливістю якого є відсутність винятковості, коли жоден користувач не позбавлений права на користування неохоронюваним твором. Ліцензування з відкритим доступом призводить до того ж результату, але за підтримки режиму винятковості, що гарантує охорона авторських прав.

Ще однією особливістю більшості ініціатив відкритого доступу є однакове ставлення до усіх користувачів, які бажають скористатись активами копілефт. Надана свобода має бути вигідна для всіх користувачів і застосовуватися незалежно від використовуваного контексту, незалежно від того, має чи не має користувач комерційні цілі. Більше того, відсутність дискримінації навіть є однією з обов'язкових вимог ліцензійного програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом.

Принцип однакового ставлення до користувачів або характеру використання зазнав змін у деяких схемах відкритого доступу. Ліцензії Creative Commons слугують гарним прикладом такого видозміненого режиму. Однією з основних альтернатив, якій може віддати перевагу автор, є дозвіл на свободу використання та копіювання в некомерційних цілях, який допускає дискримінацію не щодо типу користувача, а щодо цілі використання. Це відхід від принципу суспільного надбання, котрий полягає в тому, що свобода використання не дискримінує визначені групи користувачів або за контекстом використання.

Відсутність визначення поняття «некомерційне» в ліцензіях Creative Commons ускладнює питання, тому що немає визначеності щодо допустимих типів використання [13]. У дій-

сності, «некомерційний» критерій рідко використовується в законодавстві про авторське право та його сфера дії не повною мірою визначена.

Важливою особливістю деяких ліцензій відкритого доступу є вимога до ліцензіатів розподіляти твори чи похідні від них твори відповідно до тієї ж системи копілефт, яка забороняє повернення до пропріетарної системи. Ця особливість одержала назву вірусного ефекту, чи ефекту копілефт в тому сенсі, що «вільний» розподіл робіт здійснюється в епідемічній формі по всьому ланцюжку поширення та модифікації основного твору. Вона вимагає поєднання свобод, наданих ліцензіату, із зобов'язанням надання аналогічних гарантій наступним користувачам твору. Тож така ліцензія застосовується автоматично в ланцюжку розподілу для кожного нового екземпляру твору, а також для його кожного похідного чи адаптованого варіанту. Особа, відповідальна за зміну охоронюваного авторським правом твору, розробленого та поширеного у вільному варіанті, вже не може ввести обмеження, крім тих, які були передбачені первісною ліцензією. Вважається, що ліцензування копілефт «інфікує» кожний заснований на ньому похідний твір. Простіше кажучи, цей механізм схожий на «заборону на заборону» та його мета полягає в тому, щоби зберегти свободу ліцензованого таким чином твору, навіть якщо він зазнає зміни й поліпшення.

Положення копілефт не є необхідною рисою всіх ліцензій відкритого доступу, навіть у програмному забезпеченні з відкритим вихідним кодом. У Creative Commons тільки, так звані ліцензії зі збереженням умов передбачають таке «зараження».

Цей вірусний механізм сприяє поширенню ідеї спільного користування на сам твір, статус якого тепер визначається в режимі копілефт, тобто в середньому режимі між охороною виключних авторських прав і вільним

суспільним надбанням. Він також дозволяє ліцензії, зазвичай обмеженої сторонами договору<sup>1</sup>, зобов'язати будь-якого користувача твору. З цією метою ліцензування копілефт часто розглядають як інструмент приватного впорядкування, в тому сенсі, що «законотворчий процес щодо використання інформації є приватизованим, і повноваження визначати межі вільного доступу до інформації покладено на приватних сторін» [14].

Для отримання вірусного ефекту в системі відкритого вихідного коду чи відкритого доступу необхідно, щоб необхідною рисою таких договорів стало зобов'язання з боку користувачів прикріплювати ліцензію до таких копій. Потім користувач поширює копії твору чи його поліпшень і змін. Як наслідок, будь-який наступний користувач виявить ліцензію, коли побажає скористатися ліцензованим матеріалом. М. Радін визначила цей процес як «спробу змусити зобов'язання працювати разом з цифровим об'єктом» [15]. Умови вірусних договорів супроводжують поширюваний твір або програмне забезпечення (це особливо слушно стосовно Creative Commons, де процес створення ліцензії, основні умови якої були обрані автором, має цілком автоматичний характер і твір ідентифікується цифровим кодом з зазначенням варіанту ліцензії. Ліцензований виріб пропонується разом з результатом роботи), договір працює з цифровими активами, а ліцензія введена в об'єкт, який вона призначена регулювати. Ліцензія охоплює також змінені чи вдосконалені версії твору або програмного забезпечення, регулювати котрі вона насамперед покликана. Тож, ліцензія копілефт трансформує вплив простого приватного

впорядкування — зазвичай, застосовується лише до елементів механізму приватного впорядкування (наприклад, договором) — у функцію, застосовну власне до інтелектуального ресурсу, та будь-якого його користувача. Охорона видозмінюється від договору до того, що дуже нагадує право власності (або, радше, своєрідного статусу суспільного надбання), що діє в світовому масштабі. Як і у випадку з матеріалом суспільного надбання, свобода використання доступна для кожного і по суті додається власне до твору.

Однак регламентування охороняється авторським правом твору, здійснюване за договором копілефт, не є настільки повним порівняно з можливостями суспільного надбання в тому, що стосується свободи використання та доступу. Хоча воно і створює враження про намір здійснювати поширення через дистрибуцію та зміну охоплених нею об'єктів, самозбереження ліцензії копілефт залежить від багатьох умов, а саме: забезпеченості ліцензії правовою санкцією; належного визначення похідних творів, які вона може включати в сферу своєї дії; сумісності різних ліцензій, застосовуються до багатьох частин твору, і можливості застосування в усьому світі [16]. Навпаки, до твору суспільного надбання є вільний доступ і його можна використовувати без будь-яких умов та застережень (окрім можливих порушень).

Тож, не дивлячись на зовнішню схожість і аналогічні цілі, ліцензування з відкритим доступом має менш «суспільний» характер, аніж суспільне надбання, та інший масштаб. Однак визнання та заохочення моделей відкритого доступу за згодою авторів розширить свободу використан-

<sup>1</sup> Варто зазначити, що кваліфікація ліцензії є спірним питанням. У США, наприклад, ліцензія не розглядається як належний договір — як це поширено в країнах з цивільним правом — і жодна інша правова кваліфікація не може застосовуватися для набрання чинності. З визнанням ліцензії як договору, застосовуються всі загальні принципи договірного права, зокрема й правило відносності, котре означає, які тільки сторони, які погодилися з договором, будуть обмежені у своїх правах і зобов'язаннях.



## ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

ня й доступу до творчого контенту, сприяючи таким чином суспільному надбанню.

Ліцензії Creative Commons пропонують перевіреним часом гнучкий і справедливий підхід до використання об'єктів авторського права в цифровому середовищі. Вони дозволяють авторам та іншим суб'єктам авторських прав самим визначати засади подальшого використання їхніх творів, захищають їх від несанкціонованого використання і створюють легальне середовище для вільного обміну контентом. Користувачі ж здобувають можливість вільно використовувати цифровий контент за згодою авторів та інших суб'єктів авторського права [17].

**Висновки.** Перші спроби адаптувати ліцензії Creative Commons до українського законодавства почалися незабаром після презентації цих ліцензій на Заході — ще в 2002 році. І з того часу цей процес так і не зайшов далі створення перших приблизних чернеток адаптованого тексту. Головним чином, це зумовлено неготовністю українського законодавства сприймати електронні тексти ліцензій і посилання на такі тексти на веб-сторінках, де автори розміщують свої твори, як підтвердження факту надання автором користувачам певного обсягу прав. Частина 2 ст. 1107 Цивільного кодексу України [18] встановлює обов'язкову письмову форму для договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, неподержання якої робить договір нікчемним.

Форма, в якій існують ліцензії Creative Commons, не відповідає вимогам, які наше законодавство висуває до письмової форми. Хоча ч. 1 ст. 207 Цивільного кодексу України і визнає укладеним у письмовій формі правочин, якщо воля сторін виражена за допомогою електронного зв'язку, ст. 6 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» [19] визначає обов'язковим реквізитом електронного документа електронний

підпис. Ліцензії Creative Commons такого підпису не містять, адже не в кожного користувача мережі Інтернет є власний електронний підпис, а отже, не можуть бути визнаними електронними документами відповідно до вітчизняного законодавства.

Ця обставина є основною перешкодою для використання ліцензій Creative Commons в Україні. Як результат, абсолютно незрозуміло на якій правовій підставі український користувач може використовувати, наприклад, матеріали Вікіпедії, котрі в переважній більшості надаються саме на умовах ліцензії Creative Commons Attribution-Share Alike 3.0 [20] або найбільшого в світі архіву цифрових зображень Flickr, на якому міститься понад 146,5 млн зображень, наданих авторами на умовах ліцензій Creative Commons [21].

Для забезпечення можливості використання в Україні вільних ліцензій (зокрема й СС) необхідно:

1. Закріпити в законодавстві поняття «вільних ліцензій» як виду ліцензій, котрі є безвідплатними договорами приєднання. Також доцільно встановити презумпцію, що територією дії такої ліцензії є територія всього світу, якщо інше не зазначено в договорі.
2. Передбачити можливість для правовласників здійснювати волевиявлення шляхом певних дій (включення до тексту літературного твору посилання на текст ліцензії, на умовах якої правовласник бажає надати свій твір; включення такого посилання до тегів звукового файлу; розміщення такого посилання на веб-сторінці, з якої користувач може здійснити доступ до файлів, у яких зафіксовано твір) які означали б пропозицію правовласника надати ліцензію на використання твору на обраних ним при здійсненні таких дій умовах. ♦

## Список використаних джерел

1. Что такое «копилефт»? [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://useunix.ru/что-такое-kopileft>.
2. Creative Commons FAQ [Electronic resource]. — Access mode : <http://wiki.creativecommons.org/FAQ>.
3. Boyle J. The Public Domain / James Boyle [Electronic resource]. — Access mode : <http://yupnet.org/boyle/archives/169#4>.
4. History of Creative Commons Boyle [Electronic resource]. — Access mode : <http://creativecommons.org/about/history/>.
5. GNU FDL [Electronic resource]. — Access mode : [http://ru.wikipedia.org/wiki/GNU\\_Free\\_Documentation\\_License](http://ru.wikipedia.org/wiki/GNU_Free_Documentation_License).
6. Лицензия Creative Commons [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://morozko.hiblogger.net/895326.html>.
7. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 року // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
8. Суспільне надбання [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [http://uk.wikipedia.org/wiki/Суспільне\\_надбання](http://uk.wikipedia.org/wiki/Суспільне_надбання).
9. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [http://www.businessweek.com/print/technology/content/aug2004/tc20040818\\_1593.htm?t](http://www.businessweek.com/print/technology/content/aug2004/tc20040818_1593.htm?t)
10. Approved for Free Cultural Works — Creative Commons [Electronic resource]. — Access mode : <http://creativecommons.org/weblog/entry/8051>.
11. GPL, version 3.0 [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>.
12. Karczynski S. Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations / Karczynski S., Chaifetz Z., Katz & Y. Benkler // Berkeley Tech. L. J. — 2005. — Vol. 20. — P. 1072.
13. Creative Commons Public Domain Tools [Electronic resource]. — Access mode : <http://creativecommons.org/publicdomain>.
14. Defining Noncommercial — CC Wiki [Electronic resource]. — Access mode : [http://wiki.creativecommons.org/Defining\\_Noncommercial](http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial).
15. Elkin-Koren N. A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights / N. Elkin-Koren, R. Cooper Dreyfuss, H. First & D. Leenheer Zimmerman (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. — 2001. — P. 192.
16. Radin M. J. Human, Computers, and Binding Commitment / M. J. Radin // *Ind. L. J.* — 2000. — Vol. 75. — P. 1132.
17. Що таке Creative Commons [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://creativecommons.org.ua/%D1%89%D0%BE-%D1%82%D0%B0%D0%BA%D0%B5-creative-commons>.
18. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.
19. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 36. — Ст. 275.
20. Умови використання Wikimedia Foundation [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [http://wikimediafoundation.org/wiki/Умови\\_використання](http://wikimediafoundation.org/wiki/Умови_використання).
21. Flickr: Search [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.flickr.com/search/?q=&l=cc&ct=6&mt=all&adv=1>.
22. Dusollier S. Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering / S. Dusollier // *Chicago-Kent Law Review*. — 2007. — Vol. 82. — P. 1391–1435.

Надійшла до редакції 25.06.2013 року

## МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕНЬ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ В НАУЦІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

**Олександр Крупчан,**

*академік НАПрН України, директор Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук, доцент*

Методологічний арсенал досліджень такого явища, як державне управління, за своїм змістом охоплює використання гносеологічних, тобто теоретико-пізнавальних, знань різного рівня. Як відомо, методологічні знання (на відміну від, так званих, онтологічних) — це знання щодо принципів, методів, шляхів та інших засобів вивчення, пізнання досліджуваних об'єктів. Розмежування методологічних (гносеологічних) і онтологічних знань має умовний характер, оскільки не може бути онтології, тобто пізнання, безпосередньо реальних явищ і процесів поза гносеології, рівно як і навпаки. Водночас, кожен з цих різновидів знань набуває відносної самостійності.

Розробка методологічних основ має надзвичайно важливе значення для кожної науки, тому що не тільки знання, а й шляхи їх набуття, мають бути істинними, обґрунтованими та раціональними. Така розробка є досить складною й охоплює величезне коло проблем, вимагає значної наукової ерудиції, понятійно-термінологічної культури, здатності до широких узагальнень, дисципліни мислення. Суттєвим також є те, який власне тлумачення методологічного аспекту не є однозначним. Оскільки теоретико-пізнавальний арсенал, що використовується суспільними науками в дослідженнях державного управління, має різноманітний характер, доцільно виділяти різні рівні (інакше

кажучи, «поверхи») методологічних знань щодо пізнання управлінських відносин.

Насамперед, потрібно виділити найбільш високий рівень, тобто систему філософських знань, які є теоретичною базою, методологічним орієнтиром для всіх суспільних наук стосовно державно-управлінських досліджень. Це — рівень загально-методологічних основ таких досліджень. До зазначеного рівня наближається також використання універсальних наукових принципів і понять нефілософського значення (наприклад, пізнавальних методів кібернетики, загальної теорії систем тощо). Методологічна цінність цих засобів майже така, як і філософських категорій, що в такому разі має переважно загальносоціологічний характер.

Наступний рівень методологічних знань пов'язаний з теоретичними положеннями, так званої, науки управління. Нагадаємо, що за змістом цей термін є узагальнювальне поняття та позначає певну систему конкретних управлінських наук, кожна з яких вивчає управління в межах свого предмета дослідження. Предмет науки управління може бути розглянуто як складову частину предмета ще більш загальної науки — так званої, організаційної науки. Теоретичні положення науки управління виконують значну методологічну роль у дослідженнях державного управління як окремо-наукові методи пізнання [1, 28]. До-





цільно визначити ці знання як окремо-методологічні основи відповідних досліджень.

Ще один рівень методологічних знань можна характеризувати як спеціально-методологічні основи досліджень державного управління. Йдеться про такі розробки у межах теорії (науки) державного управління, котрі відіграють роль спеціальної методології в межах цієї науки. Важливість цього рівня зумовлюється, насамперед, тим, що в силу специфіки формування вказаної науки в її змісті досить суттєве місце посідають пізнавально значущі, але, на жаль, не досить досконалі теоретичні результати деяких суміжних наукових дисциплін, зокрема, загальної теорії соціального управління, теорії держави та теорії права, науки адміністративного права, теорії соціальної інформації тощо. Тож при розробці проблематики спеціально-методологічного рівня гостро відчувається потреба у використанні полідисциплінарного (міжгалузевого) підходу.

Зазначимо, що на будь-якому рівні методологічних знань обов'язковою є достатня визначеність у пізнавальному об'єкті, тобто в нашому випадку, яке саме суспільне явище розуміють як державне управління. Акцент на цьому слід робити тому, що у вітчизняній юридичній літературі тривалий час дискутувалося питання про співвідношення, так званих, широкого та вузького тлумачень поняття «державне управління». При цьому, в останні роки переважала тенденція широкого його трактування. Проте кожен із цих варіантів є виправданим лише на чітко визначеному теоретико-пізнавальному рівні використання цього поняття. Іншими словами, в кожному випадку те чи те тлумачення державного управління повинно мати відповідне методологічне обґрунтування.

Так, широке тлумачення державного управління як сукупності всіх видів діяльності держави (тобто всіх форм реалізації державної влади, загалом)

правомірне лише на рівні аналізу, системи соціального (суспільного) управління в цілому, виділення її порівняно самостійних підсистем. У такому випадку, категорія державного управління дає змогу відокремити державні інститути управлінського впливу на суспільство від інших, недержавних.

На другому рівні аналізу загальний суб'єкт управління — держава — уявляється вже диференційовано, тобто як сукупність державно-владних органів, які здійснюють різні види державної діяльності. Тут категорія державного управління має використовуватись у вузькому, більш спеціалізованому значенні: як особливий і самостійний різновид діяльності держави, що його здійснює окрема система спеціальних державних органів — органів виконавчої влади.

Стосовно фактичної наявності у змисті діяльності, не лише внутрішньої, а й зовнішньої, всіх інших державних органів певних функцій, елементів або виявів управлінської діяльності, варто зазначити, що головне призначення цих інших органів зводиться не до здійснення управління [2, 32–35]. Управління якісно відмінне за своєю суттю від того, що мають здійснювати різні державні органи, належні до інших форм реалізації державної влади, наприклад, законодавчої та судової. Тож державне управління — це діяльність особливого роду, зміст якої полягає у виконанні законів та інших нормативно-правових актів шляхом здійснення організаційного впливу на учасників суспільних явищ і процесів.

На нашу думку, діяльність державних органів, не пов'язаних із суто державним управлінням, але яка впливає на суспільні процеси, потрібно розглядати як державне регулювання суспільних процесів, яка має значення для визначення всієї сукупності напрямів реалізації державної влади з боку держави загалом, в інтересах організаційного впливу на життєдіяльність суспільства.



## ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

Вузьке значення державного управління є більш прийнятним для пояснення державно-управлінських процесів, які відбуваються в сфері діяльності органів виконавчої влади. Саме діяльність органів виконавчої влади з державного управління суспільними справами досліджують як наука адміністративного права, так і теорія державного управління. Тобто діяльність органів виконавчої влади із державного управління є, зокрема й предметом теорії державного управління.

Остання, своєю чергою, використовує значну кількість юридичних знань, набутих юридичними науками, що є загальнонавчаними. Теорія державного управління, при своєму формуванні як науки, завжди використовувала надбання юридичних наук, але фактично, під інтенсивним впливом науки управління, що складається, як вже зазначалось, із сукупності управлінських наук [3, 83–84]. Серед них найбільший вплив на формування теорії державного управління спостерігався з боку, так званої, загальної теорії соціального управління, що відображає саме той рівень наукового узагальнення, на якому доцільним є застосування широкого тлумачення державного управління.

Уже власне вузьке та широке тлумачення державного управління мають важливе методологічне значення для дослідження будь-яких процесів, які відбуваються при здійсненні виконавчою владою державного управління, що є складовою соціального управління взагалі; яке досліджують різні науки (наприклад, кібернетика — найбільш універсальна наука про системи управління). А це, зі свого боку, створює відповідну можливість використовувати в дослідженнях процесів, пов'язаних із діяльністю виконавчої влади, багатьох пізнавальних засобів системного підходу, котрий є одним із провідних шляхів наукового пізнання суспільних явищ.

Засоби системного підходу є важливою складовою загальнометодологічної

основи будь-якого дослідження та сприяють глибокому усвідомленню структурно-функціонального змісту явищ, притаманних діяльності органів виконавчої влади з державного управління, їх багатогранних взаємозв'язків між собою та із довколишнім середовищем, дій різноманітних системотворюючих факторів при організації виконавчої влади, її вдосконаленні та розвитку [4, 19–20]. Для юридичних досліджень виконавчої влади застосування засобів системного підходу має бути обов'язковим, оскільки юридична наука, порівняно з іншими суспільними науками, найбільш формалізована, схильна до наукової абстракції та теоретичних узагальнень.

Застосування системного підходу в дослідженнях особливостей і закономірностей становлення та розвитку виконавчої влади як суспільної сили, яка має яскраво виражений державотворчий характер, сприяє підвищенню рівня наукового узагальнення, достовірності й істинності наукових висновків.

Проте в державознавчих дослідженнях, інколи «застосування» системного підходу зводиться лише до проголошення системних принципів і термінів. При цьому, недостатній поки що «коефіцієнт корисної дії» системного підходу в державознавчих дослідженнях зумовлений зовсім не слабкою загальнонауковою його робочістю. Створився певний розрив між досить розвинутою методологією системного підходу як складовою частиною загально-методологічних основ досліджень державного управління, з одного боку, та рівнем використання його можливостей у вирішенні спеціально-наукових дослідницьких завдань, — з другого. Він поглиблюється, зокрема тим, що трапляються випадки механічного застосування системних категорій до досліджуваних державно-правових явищ і процесів. Так, як зазначав В. Авер'янов, маючи на увазі специфіку системного



підходу, потрібно повною мірою зважати на те, що адекватне застосування системного підходу обов'язково передбачає побудову спеціального понятійного апарату, що забезпечує перехід від загальних методологічних принципів до конкретних проблем відповідної галузі знань [5, 42–45].

Слід погодитися також з тим, що головне призначення системного підходу полягає не лише в аналізі систем і системних явищ, а в системному розгляді сукупностей елементів та зв'язків цих елементів, а також і з тим, що на підставі одного й того досліджуваного об'єкта можуть бути змодельовані різноманітні системи, визначені, так звані, системоутворювальні фактори. Застосування системного підходу в юридичних дослідженнях не може бути самоціллю кожної розробки. Цей підхід має застосовуватися тоді, коли є необхідність розгляду юридичного явища саме з позицій як диференціації, так й інтеграції. Оскільки для остаточного наукового висновку (результату) й не так важливо, як розглядається система та зв'язки в ній: з погляду «роз'єднання» чи «поєднання».

Отож системний підхід тісно пов'язаний із застосуванням діалектичного методу єдності та боротьби протилежностей (в певному контексті можна вживати термін «суперечностей»). Адже роз'єднання та поєднання можна уявити як знаки «мінус» і «плюс», а систему, що досліджується, як взаємодію внутрішніх її елементів, та у взаємодії із зовнішніми елементами системи вищого рівня. Як відомо, позитивне й негативне взаємно притягуються, а однополюсові об'єкти відштовхуються. Застосування методу єдності та боротьби суперечностей, на нашу думку, має для юридичних досліджень значний потенціал і перспективу. При застосуванні системного підходу при дослідженнях системи виконавчої влади потрібно з'ясувати позитивний і негативний «заряд» її елементів; особливо при дослідженні

організації та діяльності таких її елементів, як органи виконавчої влади, апарат державного управління, державної служби, державного контролю, функцій і компетенції органів державної влади.

Будь-яке застосування системного підходу до вивчення певного об'єкта вимагає всебічного уявлення про його систему чи пов'язану з ним систему. У цьому зв'язку слід відзначити правомірність вживання термінів «система виконавчої влади» та «система органів виконавчої влади», про що йтиметься нижче.

Очевидно, що це різні явища, у першому випадку філософський та юридичний зміст цієї системи значно ширший, адже вміщує в собі і другу систему. До певної міри структуру системи виконавчої влади можна порівняти із змістовим навантаженням поняття правової системи. Тож, система виконавчої влади може охоплювати державно-правові уявлення про виконавчу владу, систему певних юридичних норм, нормативно-правових актів, які регулюють організацію, функціонування та розвиток виконавчої влади як державно-правового явища, визначають місце й роль виконавчої влади в суспільстві, її вплив на суспільні процеси.

Звісно, до систем виконавчої влади належна й система органів виконавчої влади із усім розмаїттям зв'язків між елементами останньої. До системи виконавчої влади потрібно також віднести її зовнішні зв'язки із системами інших гілок державної влади. У такому приблизно обсязі система виконавчої влади логічно може бути включена до правової системи [6, 29–31]. Не претендуючи на виключність, пропонуємо коротке визначення системи виконавчої влади як сукупності державно-правових уявлень, поглядів, юридичних норм, які стосуються виконавчої гілки державної влади, а також державних органів, які здійснюють виконавчу



владу, та їхньої правозастосовчої практики.

Ще однією суттєвою ознакою будь-якої системи є її властивість до врівноваження елементів, які в іншій інтерпретації може розглядатись як здатність до самовдосконалення. На це особливо важливо зважати при конструюванні систем у сфері державного управління. Тож, можна вести мову про те, що система органів виконавчої влади повинна мати здатність до самовдосконалення, що має виражатись у накресленні та реалізації заходів з підвищення ефективності та якості її діяльності з державного управління, кожного елемента цієї системи як і системи в цілому.

Отож, застосування системного підходу в дослідженнях виконавчої влади має забезпечити повноту уявлень про всю систему і всі її елементи. Залежно від поставлених дослідницьких завдань, необхідно визначитися стосовно вибору певних пізнавальних засобів системного підходу та відповідного обмеження використання його понятійного апарату.

Сукупність уявлень і знань про складний зміст будь-якої реальної системи слід розподіляти на певні групи, кожна з яких характеризує порівняно самостійні складові системного підходу. Основними такими складовими вважаються дослідження: а) структурної побудови системи; б) процесів функціонування системи; в) розвитку й удосконалення системи. Кожну з цих складових можна розкрити більш диференційовано, що залежить від рівня деталізації властивостей і проявів конкретної системи.

Застосування системного підходу далеко не вичерпує зміст методологічних знань стосовно вивчення державного управління як продукту діяльності системи органів виконавчої влади. У цьому контексті надзвичайно актуальною та практично важливою є потреба вивчення діалектичних суперечностей у державному управлінні,

про що вже йшла мова вище. Адже, вчення про суперечності, як відомо, становить основу діалектичного методу наукового пізнання й одного із основних законів діалектики — закону єдності та боротьби протилежностей.

Розгляд можливих варіантів суперечностей має вирішальне значення для адекватного тлумачення сутності управлінських явищ і процесів, врахування суперечностей при вивченні процесів, пов'язаних із діяльністю виконавчої влади поглиблює розуміння об'єктивних закономірностей її функціонування, організації, розвитку та вдосконалення. Аналіз суперечностей необхідний у кожному дослідженні, спрямованому на виявлення суттєвих ознак виконавчої влади, зовнішньої та внутрішньої зумовленості її місця й ролі в механізмі державно-правового забезпечення життєдіяльності суспільства [7, 42–44].

Вирішенню актуальних проблем суперечностей у державному управлінні у вітчизняній управлінській літературі ще не достатньо приділяється уваги. Однією з причин цього є слабка розробленість проблеми соціальних суперечностей у суспільствознавстві взагалі. Найчастіше такий аналіз зводився до наведення життєвих прикладів, а теоретичні питання про виникнення та розв'язання суперечностей, не розглядалися.

Доцільно звернути увагу на необхідність наукової розробки проблеми суперечностей, виходячи з діалектичних позицій, як специфічного явища [8, 67–69]. Важливо виявити й ідентифікувати об'єктивно наявні суперечності в державному управлінні за типами, видами й формами прояву з метою обґрунтованого їх врахування в ході цілеспрямованого його вдосконалення. Важливо також розкрити динаміку розвитку цих суперечностей, поліпшити наукове прогнозування їхнього розвитку, розробити методи та засоби розв'язання суперечностей.



З огляду на викладене, існує гостра потреба в розробленні практичних висновків і рекомендацій щодо ефективного впливу на суперечності, беручи до уваги характер, гостроту прояву та прогностичні оцінки їх подальшого розвитку. Необхідне створення наукових засад урахування та розв'язання діалектичних суперечностей у державному управлінні як скла-

дової частини перманентних державо-творчих процесів. ♦

### Список використаних джерел

1. Авер'янов В. Б. Питання методології сучасної адміністративно-правової доктрини України (аналітичний огляд цікавого і корисного дослідження) [Текст] / В. Б. Авер'янов // *Право України*. — 2005. — № 1. — С. 26–29.
2. *Адміністративне право України. Загальна частина* [Текст] : навч. посібник / за. заг. ред. О. І. Остапенка. — Львів: Львівський інститут внутрішніх справ, 1999. — 332 с.
3. Курінний Є. Державне управління: оновлений погляд на визначення категорії [Текст] / Є. Курінний // *Підприємництво, господарство і право*. — 2003. — № 12. — С. 82–85.
4. Кустовська О. В. *Методологія системного підходу та наукових досліджень* [Текст] / О. В. Кустовська. — Тернопіль, 2005. — 124 с.
5. Авер'янов В. *Функции и организационная структура органа государственного управления* [Текст] / В. Авер'янов. — К., 1979. — 149 с.
6. Дерезь В. А. *Органи виконавчої влади України та управлінські відносини* [Текст] : монографія / В. А. Дерезь. — К. : Юридична думка, 2007. — 180 с.
7. Алфьоров С. М. *Адміністративне право. Загальна частина*. [Текст] : навч. посіб. / С. М. Алфьоров, С. В. Ващенко, М. М. Долгополова, А. П. Купін. — К. : Центр учбової літератури, 2011. — 216 с.
8. Битяк Ю. П. *Адміністративне право України* [Текст] : підручник / Ю. П. Битяк. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 544 с.

Надійшла до редакції 20.06.2013 року





## ПРАВО НА ВИКОРИСТАННЯ ІМЕНІ ВІДОМОЇ ОСОБИ *POST* *MORTEM*: ПОНЯТТЯ, ПРИРОДА, ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ

**Любов Майданик,**

*викладач кафедри цивільного права та правового  
забезпечення туризму юридичного факультету  
Київського університету туризму, економіки і права,  
кандидат юридичних наук*

Стан і тенденції законодавчого регулювання права на ім'я. Право на ім'я є правом особи, що індивідуалізує та виділяє її з-поміж інших у соціумі, посідає чільне місце в системі особистих немайнових прав у цивільному праві.

Традиційно, право на ім'я особи розглядають як особисте немайнове право особи, що нерозривно пов'язане з нею. Однак інтенсивний розвиток суспільних відносин зумовлює появу нових правових відносин, які раніше не були відомі правовій спільноті, а також трансформацію наявних у нову правову форму. Традиційно, ім'я є нематеріальним благом, однак воно набуло не притаманних йому раніше характеристик, а саме, грошову оцінку, тобто здатність бути оборотоздатним об'єктом особистих немайнових правовідносин<sup>1</sup>.

Відносна новизна інституту та відсутність правових традицій у цій сфері зумовлює низку проблемних аспектів у

сфері охорони особистих немайнових прав щодо використання власного імені особи.

Серед таких роду актуальних питань варто виокремити право на використання імені відомої особи *post mortem* (від лат. — «після смерті»). Сучасний стан наукової розробленості права на використання імені відомої особи *post mortem* зумовлений відсутністю у вітчизняній цивілістичній доктрині наукових досліджень з цих питань. У окремих монографіях і наукових публікаціях вітчизняних авторів міститься переважно згадка щодо права на використання імені особи після її смерті. Деякі аспекти права на використання імені особи після її смерті досліджувалися такими цивілістами, як О. Красавчиков, Р. Майданик, М. Малєїна, Р. Молчанов, Р. Стефанчук, С. Сліпченко, Е. Флейшиц<sup>2</sup>.

Наведене зумовлює актуальність проведення наукового дослідження за-

<sup>1</sup> Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо охороноздатних об'єктів: монографія / С. О. Сліпченко. — Х. : Діса плюс, 2013. — С. 265.

<sup>2</sup> Див.: Красавчиков О. А. Охрана интересов личности и Свод законов Советского государства // Межвузовский сборник научных трудов. — Вып. 53: Гражданско-правовая охрана интересов личности в СССР. — Свердловск : Изд-во СЮИ, 1977; Майданик Р. А. Неимущественные оборотоспособные правоотношения как предмет гражданского права Украины [Текст] / Р. А. Майданик // Альманах цивилистики. Вып. 1. / под ред. Р. А. Майданик. — К. : Всеукр. асоц. видавців «Правова єдність», 2008. — С. 32–59; Малєїна М. Н. Право на имя / М. Н. Малєїна // Государство и право. — 1998. — № 5; Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо охороноздатних об'єктів : монографія / С. О. Сліпченко. — Х. : Діса плюс, 2013. — 552 с.; Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2007. — 626 с.



значених питань в цивільному праві України.

Отже **мета** цієї наукової публікації полягає у висвітленні поняття та юридичної природи права на використання імені відомої особи після її смерті за законодавством України та законодавством іноземних країн.

**Поняття і юридична природа права на використання імені відомої особи *post mortem*.** Поняття і юридичну природу права на використання імені відомої особи *post mortem* потрібно розглядати через зміст права на ім'я як особистого немайнового права фізичної особи.

У цивілістичній доктрині не існує єдиного підходу до тлумачення цього права. Так, на думку О. Красавчикова, право на ім'я складається з: а) права вимагати від інших осіб, щоб до володільця цього блага звертались і його називали у всіх формальних відносинах відповідно до імені, яке є об'єктом права, що аналізується; б) права змінювати прізвище, ім'я та по батькові<sup>3</sup>.

Іншу позицію займає М. Малєїна, котра вважає, що право на ім'я складається з повноважень щодо володіння, користування та розпоряджання іменем<sup>4</sup>.

Більш широко підходить до вирішення питання щодо правової природи права на ім'я Р. Стефанчук, який стверджує, що право на ім'я як особисте немайнове право фізичних осіб за своїм змістом включає в себе: 1) повноваження на власні дії, до яких слід віднести повноваження на

володіння іменем, його користування та зміну; 2) повноваження на власні дії інших осіб, які полягають у можливості вимагати від інших не порушувати право на ім'я фізичної особи; 3) право вимагати захисту порушеного, оспореного чи невизнаного права на ім'я<sup>5</sup>.

У цьому контексті варто підтримати позицію Р. Стефанчука щодо доцільності законодавчого закріплення права на використання імені особи після її смерті лише за письмовою згодою її дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає, — батьків, братів і сестер. Якщо фізична особа померла давно чи немає вказаних осіб, які після смерті можуть дати згоду, але ця особа є видатною історичною постаттю, то присвоєння імені можливо за поданням відповідних органів, зважаючи на думку громадськості<sup>6</sup>.

Водночас виявлення поняття і юридичної природи права на ім'я відомої особи передбачає виявлення обов'язкових ознак виду особистих немайнових прав.

За своїм змістом право на використання імені відомої особи полягає в можливості здійснення прав на ім'я відомої особи іншою особою (родичами), що свідчить про наявність ознак оборотоздатності цього особистого немайнового блага (тобто, права на ім'я особи).

У вітчизняній юридичній науці вважається, що одна з обов'язкових ознак для визнання об'єкта особистих немайнових відносин оборотоздатними — віддільність від особистості. Незважаючи на усталене правило, за яким право на ім'я особи є невідділь-

<sup>3</sup> Красавчиков О. А. Охрана интересов личности и Свод законов Советского государства / О. А. Красавчиков // Межвузовский сборник научных трудов. — Вып. 53: Гражданско-правовая охрана интересов личности в СССР. — Свердловск : Изд-во СЮИ, 1977. — С. 27.

<sup>4</sup> Див.: Малєїна М. Н. Право на имя // Государство и право. — 1998. — № 5. — С. 100; Малєїна М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита / М. Н. Малєїна. — М. : МЗ Пресс, 2000. — С. 114.

<sup>5</sup> Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — Хмельницький : Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2007. — (626 с.). — С. 415.

<sup>6</sup> Там само, С. 431.



## ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

ним від особи й таке, що припиняється з фізичною смертю, вважаємо, що саме це матеріальне благо «переживає» свого носія. Так, після смерті відомої особи її ім'я продовжує бути об'єктом правовідносин у сфері особистих немайнових відносин (наприклад, при організації виставок присвячених життю та діяльності, проведенні аукціонів з реалізації майна, при реєстрації торговельної марки з використанням імені такої особи), хоча вітчизняне законодавство й не передбачає можливості успадкування такого немайнового блага. Ім'я особи викликає в інших людей асоціації з певними подіями, вчинками, речами, що, своєю чергою, може бути використано учасниками цивільного обороту для збільшення інтересу до певної категорії товарів або послуг.

Погоджуючись із твердженням С. Слипченко про те, що ім'я — це не лише якийсь розпізнавальний знак (набір звуків, літер або слів), мовна форма позначення людини, тобто зовнішній прояв (зовнішня сторона) даного блага, але й позначення певної сукупності відомостей про носія, що дають змогу його індивідуалізувати, персоніфікувати, тобто внутрішній прояв (внутрішня сторона), прояв функціонального призначення. Саме внутрішня сторона імені, що через зовнішній прояв стає доступною для сприйняття, використання, та становить цінність для суб'єктів правовідносин<sup>7</sup>.

Державна реєстрація позначення як торговельної марки з використанням імені особи є одним із прикладів набуття правового режиму оборотоздатності особистим немайновим благом, визнаним законодавцем, оскільки носій отримує дохід за надання дозволу на використання свого імені

в такому позначенні, а не за використання торговельної марки.

Однак використання імені особи іншими особами допускається за згодою носія права на ім'я чи за згодою інших осіб у випадку смерті носія імені з урахуванням обмежень, встановлених законом.

Наведене дає підстави для висновку про те, що ім'я особи підлягає грошовій оцінці та є оборотоздатним об'єктом особистих немайнових відносин для цілей його використання іншими особами в порядку й на підставах, встановлених законом.

Ефективній охороні та захисту здійснення права особи на ім'я сприятимуть норми закону, покликані не допустити зловживання суміжними з правом на ім'я правами інтелектуальної власності на знаки як позначення (зокрема, право інтелектуальної власності на торговельну марку, комерційне найменування).

У цьому контексті варто зазначити, що не кожному знаку із використанням імені може бути надана правова охорона у спосіб державної реєстрації торговельної марки, позаяк спеціальним законодавством у сфері права інтелектуальної власності, зокрема, Законом України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (далі — Закон) передбачено перелік обмежень, який унеможливорює реєстрацію таких позначень.

Так, абз. 3 ч. 4 ст. 6 Закону передбачає, що не реєструються як знаки ті, що відтворюють прізвища, імена, псевдоніми та похідні від них, портрети й факсиміле відомих в Україні осіб без їхньої згоди.

Тож слід звернути увагу на неоднозначність цієї законодавчої норми, тому що її застосування фактично унеможливорює реєстрацію торговельної

<sup>3</sup> Слипченко С. А. Имя как объект личных неимущественных прав / С. А. Слипченко // Проблемы гражданского права та процесу (пам'яті проф. О. А. Пушкіна) : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., 26.05.2007 року / під ред. В. А. Кройтора, Р. Б. Шиски, Є. О. Мічуріна. — Х. : Харк. нац. ун-т внутр. справ, 2007. — С. 60.



марки, що містить прізвище, ім'я, псевдонім та похідні від них, портрети й факсиміле відомих в Україні осіб, які вже померли на день подачі заявки на реєстрацію до державного підприємства «Український інститут промислової власності» (надалі — Укрпатент). Таке нормативне положення узгоджується зі ст. 1219 ЦК України щодо неможливості спадкування особистих немайнових прав, зокрема права на розпорядження іменем померлої особи.

Однак твердження про нетоварність і неможливість грошової оцінки нематеріальних благ, які розглядаються як об'єкти особистих немайнових правовідносин, спростовують і відносини, що реально складаються та існують у суспільстві<sup>8</sup>.

Вітчизняній правозастосовній практиці відомі поодинокі випадки реєстрації торговельних марок, які містять імена померлих відомих осіб, згода котрих з очевидних причин не могла бути надана: ПушкинЪ (свідоцтво на знак для товарів та послуг № 134944), Вівальді (свідоцтво на знак для товарів та послуг № 108526), Кафка (свідоцтво на знак для товарів та послуг № 64973)<sup>9</sup>.

З огляду на потреби вітчизняної практики, вбачається необхідним формулювання наукового обґрунтованих положень щодо охорони та захисту особистих немайнових прав відомих осіб *post mortem* з урахуванням позитивного досвіду регулювання цих правовідносин за законодавством іноземних країн.

Вітчизняне законодавство характеризується обмежувальним підходом щодо сфери можливого застосування права на використання імені відомої особи після її смерті. Відповідно до ч. 2 ст. 296 Цивільного кодексу

України (надалі — ЦК України) передбачено право на використання імені особи після її смерті її спадкоємцями допускається лише у випадку використання в літературних та інших творах, крім творів документального характеру, як персонажа (дійової особи) (ч. 2 ст. 296 ЦК України).

Вбачається доцільним законодавче розширення випадків використання імені відомих осіб після їх смерті шляхом надання права на використання імені померлої особи її законними спадкоємцями шляхом внесення відповідних змін до ч. 2 ст. 296 ЦК України та абз. 3 ч. 4 ст. 6 Закону.

Визнання права законних представників на використання імені померлої відомої особи надасть можливість більш ефективно здійснювати охорону та захист особистих немайнових прав відомих осіб і після їхньої смерті, тому що законні представники (близькі родичі) такої померлої особи матимуть можливість використовувати загальні та спеціальні способи захисту, передбачені для особистих немайнових прав фізичної особи.

Законодавчий досвід іноземних країн свідчить про єдиний підхід до вирішення цього питання: надання права спадкоємцям відомої особи розпоряджатися її іменем після її смерті. Звертаючись до правових систем континентального права, заслуговує на увагу законодавство та правозастосовна практика Російської Федерації, оскільки схожість основних принципів українського та російського права зумовлені багатьма спільними історичними й економічними чинниками.

У Цивільному кодексі Російської Федерації (далі — ЦК РФ), зокрема, в п. 2 ч. 9 ст. 1483, міститься норма, яка передбачає, що не можуть бути

<sup>8</sup> Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо охороноздатних об'єктів : монографія / С. О. Сліпченко. — Х. : Діса плюс, 2013. — С. 265.

<sup>9</sup> ВД «Зареєстровані в Україні знаки для товарів і послуг» [Електронний ресурс]. — 2013. — 28 травня. — Режим доступу до ресурсу : <http://base.uipv.org/searchBUL/search.php?dbname=certtm>.



## ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

зареєстровані як товарні знаки позначення, тотожні імені, псевдоніму чи похідному від них позначенню, портрету чи факсиміле відомої в Російській Федерації на дату подачі заявки особи, без згоди цієї особи чи її спадкоємця. Незважаючи на певну суперечність з положеннями ст. 1112 ЦК РФ, яка виключає зі складу спадщини особисті немайнові права померлої особи (право особи на ім'я та право особи на використання свого імені традиційно належить до особистих немайнових прав), вищезгадане положення фактично закріплює додатковий (спеціальний) спосіб захисту прав та інтересів спадкоємців померлої відомої особи.

Зважаючи на обмеженість сфери дії положень російського законодавства щодо захисту честі та гідності померлої особи, в 2011 році спадкоємці всевітньо відомого космонавта Ю. Гагаріна зареєстрували в Роспатенті відповідний товарний знак (торговельну марку) «Юрий Алексеевич Гагарин» (свідоцтво № 278939)<sup>10</sup> з метою захисту своїх прав та інтересів від постійних зловживань з боку недобросовісних осіб (відомий випадок використання імені Ю. Гагаріна без згоди спадкоємців у британсько-моу графічному романі (коміксі)<sup>11</sup>.

У країнах англо-американської системи права, зокрема у Сполучених Штатах Америки, це питання регулюється спеціальними нормативними актами та судовими прецедентами, відповідно до адміністративного устрою держави.

Право на використання імені особи, голосу, підпису, зображення та

її подоби з комерційною метою після її смерті лише зі згоди її спадкоємців, отримало нормативне закріплення через право на гласність у Цивільному кодексі штату Каліфорнія<sup>12</sup>, а також у спеціальному нормативному акті — Законі штату Каліфорнія «Про права знаменитостей» від 1985 року (Celebrities Rights Act).

Стаття 3344.1 Цивільного кодексу штату Каліфорнія до 2007 року регулювала відносини, що виникали щодо прав *post mortem* відомих осіб, однак згодом законодавець вніс зміни, встановивши, що така норма регулює відносини щодо будь-якої померлої особи. Строк, протягом якого спадкоємці мають право на вищезгадані права, становить 70 років.

Згодом подібні норми було прийнято на законодавчому рівні ще 12 штатами США. Прийняттю цих нормативних актів передувала судова справа Бела Лугоші проти «Юніверсал Пікчерз» (Bela Lugosi vs. Universal Pictures)<sup>13</sup>.

Спадкоємці відомого актора Б. Лугоші, який зіграв головну роль у фільмі «Дракула» 1931 року, позивалися до кінокомпанії «Юніверсал Пікчерз» про незаконне використання особистих немайнових прав актора. Судовий розгляд справи тривав з 1966 року до 1979 року до тих пір, доки Верховний суд штату Каліфорнія не виніс рішення на користь відповідача, яким фактично було започатковано велику дискусію в юридичних колах щодо доцільності захисту особистих немайнових прав померлих відомих осіб на законодавчому рівні шляхом

<sup>10</sup> Дочь Гагарина регистрирует имя отца как торговую марку [Электронный ресурс] // Маркер. Деловая газета. — 2011. — 28 января. — Режим доступа к ресурсу : <http://marker.ru/news/3443>.

<sup>11</sup> Юрий Гагарин и Сергей Королев стали героями комикса [Электронный ресурс] // Известия. — 2011. — 11 января. — Режим доступа к ресурсу : <http://izvestia.ru/news/483795>.

<sup>12</sup> CALIFORNIA CIVIL CODE [Electronic resource] // California Law. — Access mode : <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=civ&codebody=&hits=20>.

<sup>13</sup> MusicBlob — Lugosi v. Universal Pictures (1979) 25 C3d 813 [Electronic resource] // Musicblob.it. — Access mode : <http://www.musicblob.it/archivio-documenti/lugosi-v-universal-pictures-1979-25-c3d-813>.



імплементатії концепції захисту особистих немайнових прав відомих осіб *post mortem*.

Враховуючи наявність прогалини у цивільному законодавстві України щодо регулювання відносин, які виникають унаслідок використання імені відомих осіб після їхньої смерті, вбачається за доцільне доповнити ч. 2 ст. 296 ЦК України такими положеннями:

«Використання імені фізичної особи з метою отримання вигоди, крім творів документального характеру, допускається лише за її згодою, а після її смерті — за згодою її дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає, — батьків, братів та сестер»;

та абз. 3 ч. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» положеннями такого змісту: «Не реєструються як знаки позначення, що відтворюють прізвиська, імена, псевдоніми та похідні від них, портрети й факсиміле відомих в Україні осіб без їхньої згоди або їхніх дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає, — батьків, братів та сестер».

#### Висновки

Проведена характеристика поняття та природи поняття права на використання імені відомої особи *post mortem* дає підстави для низки висновків:

1. Юридичну природу та поняття права на використання імені відомої особи *post mortem* варто розглядати через зміст права на ім'я як особисте немайнове право фізичної особи.
2. Ім'я особи підлягає грошовій оцінці та є оборотоздатним об'єктом особистих немайнових відносин для цілей його використання ін-

шими особами в порядку та на підставах, встановлених законом.

3. Доцільно законодавчо регулювати права на використання імені померлої фізичної особи з метою отримання вигоди її близькими родичами шляхом доповнення ч. 2 ст. 296 ЦК України такими положеннями: «Використання імені фізичної особи з метою отримання вигоди, крім творів документального характеру, допускається лише за її згодою, а після її смерті — за згодою її дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає, — батьків, братів та сестер».
4. З метою забезпечення належної охорони права на ім'я та недопустимості обходу закону шляхом використання норм права інтелектуальної власності на торговельну марку, інші позначення, пропонується законодавчо встановити заборону на реєстрацію як знаків позначень, які відтворюють ім'я відомих осіб без їхньої згоди, або згоди близьких родичів після смерті відомої особи.

Отож пропонується внести зміни до абз. 3 ч. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», доповнивши положеннями такого змісту: «Не реєструються як знаки позначення, що відтворюють прізвиська, імена, псевдоніми та похідні від них, портрети й факсиміле відомих в Україні осіб без їхньої згоди або їхніх дітей вдови (вдівця), а якщо їх немає, — батьків, братів та сестер». ♦

Надійшла до редакції 14.06.2013 року

## ДО ПИТАННЯ ПРО ВПЛИВ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ НА МОДЕРНІЗАЦІЮ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

**Артем Янчук,**

*завідувач сектора Інституту законодавства Верховної Ради України,  
кандидат юридичних наук*

Сьогодні, одним з ключових завдань економіки є вивчення шляхів ефективного та раціонального використання доступних нам ресурсів для задоволення наших же потреб.

Це питання є особливо актуальним з огляду на необхідність модернізації економіки України та приведення її у стан, здатний задовольнити, хоча б мінімальні потреби громадян України.

Модернізація економіки України та збільшення її ефективності потребує вжиття цілої низки заходів, серед яких не останнє місце відведено і заходам контрольного характеру. Йдеться, насамперед, про запровадження ефективних форм контролю за використанням обмежених ресурсів. Зазначена проблематика охоплює цілу низку інших питань: ефективного адміністрування, боротьби з корупцією, здійснення контролю за використанням обмежених ресурсів тощо. Однак, заглиблення в окреслену проблематику потребує передусім визначення конституційно-правових основ економіки, що закріплені Основним Законом нашої держави, та прогнозування можливості їхнього впливу на модернізацію економічної ситуації в Україні.

Досить широкий спектр конституційних норм присвячений питанням економіки України, закріпленням її основних засад, визначальних положень. Такі норми стосуються різноманітних аспектів економічної діяльності (соціальна спрямованість економіки (ч. 4 ст. 13), рівність усіх суб'єктів права власності перед законом (ч. 4

ст. 13), забезпечення економічної безпеки (ч. 1 ст. 17) тощо. З-поміж цих норм значна їх частина присвячена питанням визначення економічної бази України, це зокрема, ст. 13, 14, 41, 42, 142, 143, проаналізувавши котрі яких можна зробити висновок, що такою базою є земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони, результати інтелектуальної та творчої діяльності, об'єкти права державної, комунальної та приватної власності, права власності Українського народу. Так, ст. 13 Конституції України наголошує, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу; від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією України. Визначає Основний Закон України і економічну основу місцевого самоврядування, тобто право власності територіальної громади як частини народу, зокрема, ст. 142 називає матеріальну і фінансову основу місцевого самоврядування, що є у власності територіальних громад.

Водночас, Конституція України заклала і певні механізми забезпечення ефективного використання цих об'єктів, відвівши пріоритетне значення



серед них можливості здійснення контролю за їх використанням. Так, ст. 143 Конституції України, визначаючи форми управління майном територіальних громад села, селища, міста та називаючи їх повноваження, також закріплює і форми контрольної діяльності, зазначаючи, що територіальні громади села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування контролює виконання програм соціально-економічного та культурного розвитку, виконання бюджетів відповідних адміністративно-територіальних одиниць, діяльність комунальних підприємств, організацій і установ.

Опосередкування українського народу як суб'єкта права власності та конституційне уповноваження органів державної влади та органів місцевого самоврядування на здійснення повноважень від його імені фактично наділяє український народ і можливістю здійснення контролю за діяльністю таких органів, використанням цих об'єктів.

Не обмежується основний Закон України й повноваженнями щодо контролю за діяльністю таких органів, вказуючи в ч. 1 ст. 17, що забезпечення економічної безпеки є справою всього Українського народу. Однак питання захисту Українським народом економічної безпеки не буде предметом дослідження в межах цієї статті з огляду на її обмежений обсяг. Ми ж зосередимося на питаннях безпосереднього контролю Українським народом за здійсненням від його імені органами державної влади та органами місцевого самоврядування права власника, визначення потенціалу такої діяльності щодо її впливу на модернізацію економіки України.

Контрольна діяльність народу, поряд з установчою, правотворчою, ініціативною та захисною діяльністю, є безпосередньою владною діяльністю народу, похідною від принципу народного суверенітету та права народу визначати і змінювати конституційний

лад у державі, вирішувати найважливіші питання державного та суспільного значення, а отже, і права здійснювати контроль за дотриманням конституційного ладу органами публічної влади, виконанням ними встановлених засад конституційного ладу тощо.

Контрольній діяльності народу присвячується незначна частина конституційного регулювання, а саме норми ст. 36, ч. 4 ст. 124, ч. 1 ст. 127, ч. 2 ст. 129, ч. 1 ст. 143 Основного Закону України.

Саме зазначені конституційні положення й визначають основні види безпосередньої контрольної діяльності народу, зокрема:

- контроль за діяльністю органів публічної влади (органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів влади Автономної Республіки Крим) через створені громадянами об'єднання (політичні партії та громадські організації) (ст. 36 Конституції України);
- контроль за діяльністю органів публічної влади шляхом безпосередньої участі народу у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних (ч. 4 ст. 124, ч. 1 ст. 127, ч. 2 ст. 129 Конституції України);
- закладення механізмів участі представників громадськості в діяльності органів публічної влади (наприклад, ч. 2 ст. 131 Конституції України);
- здійснення контролю з боку територіальної громади за виконанням бюджету, діяльністю комунальних підприємств, організацій і установ (ч. 1 ст. 143 Конституції України).

Контроль за діяльністю органів публічної влади через створені громадянами громадські організації та політичні партії має вагомий ефект у здійсненні контролю за ефективним використанням об'єктів права власності українського народу. Пов'язано це насамперед з публічністю та гласністю діяльності об'єднань громадян, що за-



безпечує опублікування інформації про відомі факти зловживань повноваженнями з боку органів публічної влади в частині здійснення від імені Українського народу прав власника на різноманітні природні ресурси та інші майнові об'єкти, надходження таких фактів до засобів масової інформації, а, отже, і доступ широких верств населення до інформації про відповідні порушення — і, як наслідок — вимоги громадянського суспільства до органів влади щодо покарання винних, припинення порушень тощо. Найчастіше такі дії призводять до притягнення винних осіб до відповідальності чи усунення їх з посад.

Другим важливим чинником зазначеної діяльності є політичний аспект створення та діяльності політичних партій як об'єднань громадян. Зазначене породжує функціонування політичних партій, що втратили чи ще не здобули владу, а отже, зацікавлені здійснювати ефективний контроль за діяльністю осіб, які зараз перебувають при владі та здійснюють від імені українського народу чи територіальної громади управління відповідними об'єктами права власності українського народу, особливо концентруючи увагу на добросовісному виконанні своїх функцій і повноважень.

Отже, ефективним чинником здійснення народного контролю за публічною сферою суспільних відносин і ефективним використанням економічної бази України, її профілактики є реальна багатопартійність та політична багатоманітність, передбачена ст. 15 Конституції України.

Спеціальними законами, що регулюють діяльність політичних партій і громадських об'єднань є закони України «Про громадські об'єднання» від 22.03.2012 року № 4572-VI [1], «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 року № 2365-III [2]. Названі закони визначають порядок створення, завдання, основні права об'єднань громадян. На нашу думку, для ефективні-

шого використання потенціалу об'єднань громадян (особливо громадських організацій), пов'язаного з діяльністю, спрямованою на здійснення контролю за ефективним використанням економічної бази України, раціональним менеджментом цієї діяльності, необхідна активізація зусиль зазначених організацій, що є основою та фундаментом громадянського суспільства, зокрема, у створенні законодавчо зафіксованих умов, які б надали змогу громадським об'єднанням вільного доступу до інформації, пов'язаної з діяльністю органів публічної влади щодо здійснення від імені українського народу права власника на землю, її надра, інші природні ресурси, реального контролю за використанням економічної бази України, здійсненням закупівель за державні кошти тощо.

Важливим чинником здійснення безпосередньої контрольної діяльності народу в економічній сфері є участь народу у здійсненні правосуддя.

Можливість здійснення такої діяльності визначена Основним Законом України, в якому зазначається, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних (ч. 4 ст. 124, ч. 1 ст. 127, ч. 2 ст. 129 Конституції України).

Зазначена діяльність сприяє забезпеченню дотримання принципу незворотності покарання осіб, винних у неефективному виконанні від імені українського народу покладених на них повноважень власника різноманітних природних ресурсів, землі, її надр, інших об'єктів власності шляхом участі у здійсненні правосуддя представників народу при розгляді справ про зловживання наведеними повноваженнями, вчинення корупційного правопорушення, завдяки розгляду зазначених категорій справ особами, котрі жодним чином не пов'язані з органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, не перебувають в матеріальній, орга-



нізаційній та іншій залежності від них та не представляють державу, виступаючи при цьому виразниками суспільної думки, настроїв, громадських поглядів на справедливість, що повсякчас унеможлиблює застосування норм права, які є несправедливими до тієї чи тієї категорії справ.

Спроба деталізації наведених вище конституційних норм була зроблена у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 року № 2453-VI [3], де положенням про народних засідателів і присяжних безпосередньо присвячена глава 3 Розділу III. Так, ч. 1 ст. 57 цього Закону наголошує на тому, що народним засідателем, присяжним є громадянин України, який у випадках, визначених процесуальним законом, вирішує справи у складі суду спільно із суддею (суддями), забезпечуючи згідно з Конституцією України безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя.

При цьому, якщо порядок залучення народних засідателів до участі в розгляді справи, є ще більш-менш визначеним, то інституту присяжних присвячуються лише ч. 3 ст. 61 зазначеного Закону — залучення присяжних до виконання обов'язків у суді та їх виклик здійснюються в порядку, визначеному процесуальним законом, яка є статтею суто бланкетного ґатунку.

Ускладнюється порядок участі народу у здійсненні правосуддя та використанням у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» відсилочної норми щодо категорій судових справ, які розглядаються за участю народних засідателів і присяжних. Зокрема, ч. 1 ст. 15, ч. 1 ст. 57 цього Закону наголошує, що справи в судах розглядаються суддею одноособово, а у випадках, визначених процесуальним законом, — колегією суддів, а також за участю народних засідателів і присяжних.

Водночас Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991

року № 1798-XII [4] не тільки не містить вказівки на категорії справ, які розглядаються за участі народних засідателів і присяжних, але й узагалі не згадує про інститути безпосередньої участі народу у здійсненні правосуддя. Не містив такої вказівки і Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960 року № 1001-05 [5].

Схожа ситуація виникає при розгляді справ у порядку адміністративного судочинства. Так, Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року № 2747-IV [6] також не містить вказівки на категорію справ, у розгляді яких беруть участь народні засідателі та присяжні, лише вказуючи у ч. 2 статті 65 Кодексу, що не можуть бути допитані як свідки народні засідателі та присяжні — про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, які виникли під час ухвалення судового рішення.

Деяко краща ситуація з правовим наповненням інституту безпосередньої участі народу у здійсненні правосуддя спостерігається у цивільному судочинстві. Зокрема, Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 року № 1618-IV [7] у ч. 2 ст. 18 встановив, що у випадках, встановлених кодексом, цивільні справи в судах першої інстанції розглядаються колегією у складі одного судді та двох народних засідателів, які при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді. І, якщо категорії справ, в розгляді яких беруть участь народні засідателі визначені ч. 4 ст. 234 цього Кодексу, то про участь присяжних в розгляді певних категорій справ у тексті Цивільного процесуального кодексу України взагалі не згадується.

Натомість, Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року [8] доволі ґрунтовно впорядковує питання участі присяжних у здійсненні правосуддя. Так, зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 31 названого Кодексу, кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення





## ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

яких передбачено довічне позбавлення волі, здійснюється колегіально судом у складі трьох професійних суддів, а за клопотанням обвинуваченого — судом присяжних у складі двох професійних суддів і трьох присяжних; кримінальне провадження стосовно кількох обвинувачених розглядається судом присяжних стосовно всіх обвинувачених, якщо хоча б один з них заявив клопотання про такий розгляд. А п. 1 ч. 9 ст. 31 наголошує на тому, що кримінальне провадження стосовно Президента України, членів Кабінету Міністрів України, перших заступників та заступників міністрів; народних депутатів України; Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; Голови Верховної Ради України, його першого заступника чи заступника, Прем'єр-міністра України, Генерального прокурора України, його першого заступника чи заступника, Голови Конституційного Суду України, його заступника чи судді Конституційного Суду України, Голови Верховного Суду України, його першого заступника, заступника чи судді Верховного Суду України, голів вищих спеціалізованих судів, їх заступників чи суддів вищих спеціалізованих судів, Голови Національного банку України, його першого заступника чи заступника, члена Ради національної безпеки і оборони України, а також осіб, посади яких згідно із Законом України «Про державну службу» [9] віднесені до посад державної служби підгруп I-1, I-2, I-3, здійснюється в суді першої інстанції — колегіально судом у складі трьох професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше 5 років, а у разі здійснення кримінального провадження щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, за клопотанням обвинуваченого — судом присяжних у складі двох професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше 5 років, і трьох присяжних.

Безпосередньо ж процесуальні аспекти порядку провадження за участю присяжних врегульовано § 2 глави 30 Кримінального процесуального кодексу України.

Отже, процесуальне законодавство не містить вичерпного переліку справ щодо всіх видів судочинства, в яких обов'язково беруть участь народні засідателі та присяжні. Це робить конституційні приписи про безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя банальною декларацією. Зазначена обставина негативно впливає, зокрема, на модернізацію економіки України, знижує її ефективний розвиток. З метою уникнення зазначених прогалин необхідно терміново в межах проведення судової реформи внести відповідні зміни як до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», так і до процесуальних кодексів, наповнивши інститути народних засідателів і присяжних належною правовою основою, а, отже, їй реальним змістом.

Чільне місце в системі безпосереднього народного контролю за діяльністю органів публічної влади, зокрема й щодо використання економічного базису нашої держави, посідає забезпечення участі представників громадськості в діяльності певних органів публічної влади. Так, наприклад, ч. 2 ст. 131 Конституції України містить положення згідно з яким з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів і наукових установ призначають до Вищої ради юстиції по три члени.

Подібні положення щодо долучення представників громадськості до діяльності органів публічної влади містяться й у спеціальних законах. Наприклад, ч. 1 ст. 92 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає, що дві особи до складу Вищої кваліфікаційної комісії суддів України призначаються з'їздом представників юридичних вищих навчальних закладів і наукових установ.

Указом Президента України «Питання сприяння розвитку громадянсь-



кого суспільства в Україні» від 25.01.2012 року № 32/2012 [10] було затверджено Положення про Координаційну раду з питань розвитку громадянського суспільства, одним з основних завдань якої визначено сприяння налагодженню ефективної взаємодії державних органів з інститутами громадянського суспільства.

Крім цього, Постановою Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» від 03.11.2010 року № 996 [11] затверджено типово Положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у містах Києві та Севастополі державній адміністрації, відповідно до якого громадська рада при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у містах Києві та Севастополі держадміністрації (далі — громадська рада) є постійно діючий колегіальний виборний консультативно-дорадчий орган, утворений для забезпечення участі громадян в управлінні державними справами, здійснення громадського контролю за діяльністю органів виконавчої влади, налагодження ефективної взаємодії зазначених органів з громадськістю, врахування громадської думки під час формування та реалізації державної політики.

На забезпечення цієї Постанови були ухвалені відомчі акти, що передбачали склад і положення про діяльність таких громадських рад при відповідних органах влади.

Однак, як свідчить практика, зазначений контроль з боку громадськості за діяльністю органів публічної влади є не надто ефективним, наприклад, у контексті боротьби з корупцією, що свідчить про недостатність

здійснених правових і організаційних заходів запровадження співпраці громадянського суспільства й органів влади. На нашу думку, має бути запропоновано дієвіші механізми допуску громадськості до участі в спостереженні та контролі за діяльністю органів публічної влади, запроваджено незалежні механізми формування громадських рад при органах влади, мінімізувавши вплив на цей процес останніх. Запровадження наведених заходів, на нашу думку, надасть можливість підвищити ефективність діяльності органів публічної влади, зробивши її прозорішою, зменшить кількість корупційних проявів, способів вчинення корупційних діянь, а отже, значною мірою вплине на модернізацію економіки України.

Вагомим чинником при здійсненні народного контролю на місцевому рівні є передбачення в конституційних нормах (ч. 1 ст. 143 Основного Закону України) права територіальної громади села, селища, міста безпосередньо контролювати виконання бюджетів відповідних адміністративно-територіальних одиниць, здійснювати контроль за діяльністю комунальних підприємств, організацій і установ (ч. 1 ст. 143 Конституції України).

Однак такі повноваження фактично не мають реальних способів його виконання, адже не передбачають правових механізмів його реалізації. Базовий закон у сфері місцевого самоврядування — Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1991 року № 280/97-ВР [12] не містить реальних правових основ здійснення контрольних функцій безпосередньо територіальною громадою.

На нашу думку, ця проблема має бути вирішена в комплексі з проведенням реформи місцевого самоврядування та розширенням можливостей територіальної громади безпосередньо здійснювати належне їм право на місцеве самоврядування, зокрема й сфері контролю.



Отже, проведений аналіз дає підстави дійти висновку, що Конституція України визначає конституційно-правові основи безпосередньої контрольної діяльності народу в галузі економіки, що згодом набувають поширення у законах та інших нормативно-правових актах. Однак чинним законодавством ще не достатньо повно врегульовано можливість здійснення основних форм безпосередньої контрольної діяльності народу як ефективного механізму модернізації економіки, мінімізації непрозорих механізмів у її складі, протидії різноманітним зловживанням, що гальмує економічний розвиток, просування економіки вперед. Деякі ж з форм контрольної діяльності народу,

не знайшовши відповідного законодавчого втілення, до сьогоднішнього дня злишаються конституційною фікцією.

На нашу думку, саме безпосередня контрольна діяльність народу може стати фундаментом модернізації економіки України через зниження впливу на неї негативних чинників. Однак для цього необхідно привести нормативно-правову базу у відповідність з конституційними приписами, присвячених безпосередній контрольній діяльності народу, наповнити такі конституційні норми реальним змістом, внесенням відповідних змін до чинного законодавства. ♦

#### Список використаних джерел

1. Закон України «Про громадські об'єднання» від 22.03.2012 року № 4572-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2013. — № 1. — Ст. 1.
2. Закон України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 року № 2365-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2001. — № 23. — Ст. 118.
3. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 року № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2010. — № 41–42, № 43, № 44–45. — Ст. 529.
4. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 року № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992. — № 6. — Ст. 56.
5. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960 року № 1001-05 // Відомості Верховної Ради УРСР. — № 2. — Ст. 15.
6. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2005. — № 35–36, № 37. — Ст. 446.
7. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2004. — № 40–41, 42. — Ст. 492.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року № 4651-VI // Голос України. — 2012. — № 90–91.
9. Закон України «Про державну службу» від 17.11.2011 року № 4050-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2012. — № 26. — Ст. 273.
10. Указ Президента України «Питання сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні» від 25.01.2012 року № 32/2012 // Офіційний вісник України. — 2012. — № 9. — Ст. 15.
11. Постанова Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» від 03.11.2010 року № 996 // Урядовий кур'єр. — 2010. — № 211.
12. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1991 року № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 1997. — № 24. — Ст. 170.

Надійшла до редакції 17.06.2013 року



## ПРАВО НА ДОСТУП ДО ЕНЕРГЕТИЧНИХ ПОСЛУГ: ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО- ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

**Юлія Ващенко,**

*доцент кафедри адміністративного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент*

**Постановка проблеми й актуальність дослідження.** Наше сьогодення неможливо уявити без енергетичних послуг, доступ до яких є необхідною умовою ефективної реалізації переважної більшості прав людини та громадянина: особистих, політичних, соціальних, економічних, культурних. Однак унаслідок різних обставин далеко не всі категорії громадян можуть користуватися досягненнями науково-технічного прогресу через доступ до сучасних енергетичних послуг. При цьому, така проблема існує як у країнах, які розвиваються, та країнах перехідного типу (до яких, зокрема, належить і Україна), так і в розвинених країнах. З огляду на зазначене, вчені по всьому світу шукають ефективні механізми подолання енергетичної бідності. Останнім часом усе більшої популярності в наукових колах набуває ідея визнання доступу до сучасних енергетичних послуг як права людини. А отже, постає питання про доцільність і рівень його нормативно-правового закріплення.

Спроби наукового формулювання зазначеної проблеми та пропозиції щодо її вирішення містяться, зокрема, в роботах, А. Дж. Бредбука, Дж. Гайл Гардам, М. Кормьє, С. Р. Туллі, Д. Смоліна.

**Метою зазначеної публікації** є узагальнення підходів до нормативно-правового закріплення права на доступ до сучасних енергетичних послуг і висловлення авторської позиції з піднятої проблематики.

### Основний матеріал дослідження

Доступ до енергії є невід'ємною умовою забезпечення права на життя та здоров'я (ст. 27 Конституції України), права на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що передбачає достатнє харчування, одяг, житло (ст. 48 Конституції України), права на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50 Конституції України). Наявність безперервного й ефективного енергозабезпечення є гарантією реалізації, зокрема, права на підприємницьку діяльність (ст. 42 Конституції України), права на працю (ст. 43 Конституції України). Без доступу до сучасних енергетичних послуг неможливе ефективне здійснення права на освіту (ст. 53 Конституції України), свободу літературної, художньої, наукової та технічної діяльності (ст. 54 Конституції України), права на відпочинок (ст. 45 Конституції України). У сучасних умовах належна участь громадян у формуванні органів влади й органів самоврядування, в управлінні державними справами, а отже реалізація ними цілої низки політичних прав (зокрема, закріплених у статтях 36–38, 40 Конституції України) також є неможливою за відсутності сталого енергозабезпечення.

Отже забезпечення доступу до сучасних енергетичних послуг належить до найважливіших завдань сучасної держави, а енергетична безпека людини є однією з важливих складових енергетичної безпеки держави.



## ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

Проте, в усьому світі існує проблема забезпечення сталого доступу населення до сучасних енергетичних послуг. Безумовно, найбільш гостро вона стоїть у країнах, які розвиваються, та країнах перехідного типу (до яких належить і Україна). Для позначення цієї проблеми використовують термін «енергетична бідність».

Енергетична бідність може бути спричинена різними причинами: технічними, економічними, соціальними. Серед них найбільш поширеними є відсутність технічної можливості забезпечення доступу до сучасних енергетичних послуг на певній території, незадовільний технічний стан енергообладнання та відсутність необхідних коштів для його модернізації, брак коштів у населення для оплати енергетичних послуг. Якщо в розвинених країнах енергетична бідність пов'язана, здебільшого, саме з останньою причиною, то в країнах, які розвиваються, та в країнах перехідного типу існує цілий комплекс причин.

Про гостроту проблеми забезпечення громадянам доступу до енергетичних послуг в Україні свідчать, зокрема, факти, висвітлені в доповідях Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Зокрема, у Щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні 2011 року [1] звертається увага на такі проблемні аспекти енергозабезпечення громадян як застарілий фонд галузі житлово-комунального господарства (як наслідок — відсутність сталого та якісного енергозабезпечення), неефективні система організації житлово-комунального господарства та цінова політика в галузі, необґрунтоване припинення надання енергетичних послуг громадянам (зокрема мешканцям гуртожитків).

Зважаючи на важливість сучасних енергетичних послуг для реалізації основоположних прав людини та громадянина, в останні роки все більшої

популярності набуває ідея визнання права на доступ до енергетичних послуг як права людини, а отже виникає питання про його нормативно-правове закріплення.

Важливе значення для визначення місця права на доступ до енергетичних послуг у системі прав людини є аналіз положень Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, ратифікованого Указом Президії Верховної Ради УРСР № 2148-VIII від 19.10.1973 року (далі — Пакт) [2].

Насамперед, відповідно до ст. 11 Пакту держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожного на достатній життєвий рівень для нього та його сім'ї, що передбачає достатнє харчування, одяг і житло, та на неухильне поліпшення умов життя. Держави-учасниці вживатимуть належних заходів до забезпечення здійснення цього права, визнаючи важливе значення в цьому міжнародного співробітництва, заснованого на вільній згоді. Держави, що беруть участь у цьому Пакті, визнаючи основне право кожної людини на свободу від голоду, повинні вживати необхідних заходів індивідуально та в порядку міжнародного співробітництва, котрі б включали проведення конкретних програм для того, щоб, зокрема, поліпшити методи виробництва, зберігання й розподілу продуктів харчування шляхом широкого використання технічних та наукових знань, поширення знань про принципи харчування і вдосконалення чи реформи аграрних систем і, щоб досягти найбільш ефективного освоєння та використання природних ресурсів.

Хоча в пропонованій статті не йде мова про доступ до енергетичних послуг, однак цілком логічно фахівці пов'язують можливість реалізації права на достатній життєвий рівень з наявністю доступу до енергії, передусім, до електроенергії. Зауважимо, що Комітет економічних, соціальних та культурних прав ООН визначає право





на доступ до енергії в складі права на достатній життєвий рівень, однак не як окрему складову, а як елемент права на належне житло. Так, у Загальному коментарі Комітету економічних, соціальних та культурних прав ООН «Право на належне житло (ст. 11(1))» від 13.12.1991 року № 4 зазначається, що право на достатнє житло охоплює, зокрема, стабільний доступ до енергії для приготування їжі, опалення й освітлення [3].

Аналогічний підхід застосовується і Європейським комітетом із соціальних прав, який здійснює контроль за виконанням державами-учасницями Європейської соціальної хартії. Зокрема, у Висновках 2003 року щодо Франції в частині дотримання ст. 31 Європейської соціальної хартії (переглянутої) від 03.05.1996 року Комітет як невід'ємну складову права на адекватне житло визначає наявність таких базових енергетичних зручностей, як опалення й електроенергію [4].

Загалом вітаючи визнання Комітетом економічних, соціальних та культурних прав ООН, а також Європейським комітетом із соціальних прав важливості забезпечення доступу до енергетичних послуг як необхідної умови реалізації права на адекватне житло, вважаємо, що такий підхід до визначення права на доступ до енергетичних послуг є занадто вузьким. Більше того, вважаємо, що доступ до енергетичних послуг не є винятково складовою права на достатній життєвий рівень, адже від його наявності реалізації залежить ефективна реалізація цілої низки інших прав.

Останніми роками проблему доступу до енергетичних послуг усе частіше розглядають у контексті забезпечення гендерної рівності та недопущення дискримінації жінок. На необхідність забезпечення доступу жінок, які проживають у сільській місцевості, до послуг з електропостачання, звертається увага в Конвенції ООН «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо

жінок» від 19.12.1979 року (ратифікована Україною як членом ООН в 1980 році) [5]. Пункт (h) ч. 2 ст. 14 вказаної Конвенції передбачено, що держави-учасниці вживають усіх відповідних заходів для ліквідації дискримінації щодо жінок у сільських районах, аби забезпечити на основі рівності чоловіків і жінок їхню участь у розвитку сільських районів та в одержанні переваг від такого розвитку і, зокрема, забезпечують таким жінкам право користуватися належними умовами життя, особливо житловими умовами, каналізацією, електро- та водопостачанням, транспортом і зв'язком.

У ст. 11 Додаткового протоколу до Американської конвенції про права людини у сфері економічних, соціальних та культурних прав, підписаного державами-членами Організації американських держав у м. Сан-Хосе (Коста Рика) 17.11.1988 року, закріплене право на безпечне для здоров'я довкілля. Складовою цього права визначено право кожного на доступ до базових публічних послуг, до яких традиційно належить доступ до енергетичних послуг [6].

У Йоханненсбургській декларації зі сталого розвитку, прийнятій на Всесвітньому саміті зі стійкого розвитку (м. Йоханнесбург, ПАР, 26.07–04.08.2002 року), звертається увага на залежність людської гідності від задоволення базових потреб, до яких віднесено, зокрема, потребу в енергії [7].

Як зазначалося вище, найбільш поширеним є підхід, відповідно до якого право на доступ до енергетичних послуг розглядається у площині соціально-економічних прав, а конкретніше — права на достатній життєвий рівень (права на адекватне житло як його складової). У цьому контексті потрібно звернути увагу, що в конституціях деяких держав відсутні положення щодо соціально-економічних прав (наприклад, у США). У Міжнародному пакті про соціальні, економічні та



культурні права міститься застереження щодо поступовості їх забезпечення, з урахуванням наявних ресурсів (ст. 2). В. Семенов з цього приводу зазначає: «У ході опрацювання обов'язкової до виконання Хартії з прав людини більшість держав погодилася з тим, що для трансформації міжнародно визнаних норм у національне право, достатнім є прийняття відповідного законодавчого акту; для реалізації соціальних і економічних прав потрібно дійти відповідного рівня економічного розвитку. Саме тому Міжнародний пакт про громадянські й політичні права однозначно встановлює як повинність кожної держави виконувати взяти на себе обов'язки; ... Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права формулюється як побажання, як завдання на майбутнє» [8, 75–76].

Безумовно, забезпечення соціально-економічних і культурних прав залежить від матеріальних можливостей відповідної держави, власне факт їх закріплення в конституції держави не є гарантією їх належної реалізації та захисту. Однак, як справедливо зазначає Н. Шукліна, аналізуючи підходи, що застосовуються в зарубіжних країнах (зокрема в Німеччині), а також позиції вітчизняних фахівців (зокрема Ю. Тодики та М. Баглая), аргументи для віднесення групи економічних, соціальних і культурних прав до другорядних відсутні [9, 272].

Зауважимо, що з приводу права на достатній рівень у законодавствах країн світу існують різні підходи. Зокрема, у конституціях деяких країн (наприклад, Греції, Болгарії) таке право чітко не закріплене. В конституціях низки країн (зокрема, Королівства Нідерландів, Японії, Республіки ПАР) закріплено не лише право на гідне людське існування (або ж певні його складові елементи, зокрема, право на адекватне житло), а й чітко прописано обов'язок держави його гарантувати та забезпечувати. В Україні

право на достатній життєвий рівень закріплене у ст. 48 Конституції України, згідно з якою кожен має право на достатній життєвий рівень для себе та своєї сім'ї, що передбачає достатнє харчування, одяг, житло. Аналізуючи зазначену норму, Н. Шукліна справедливо зазначає, що це єдина норма розділу II Конституції України, котра не містить спеціальних конституційних гарантій [9, 294].

Однак, як слушно зауважують науковці, право на достатній життєвий рівень є основоположним соціальним правом, яке становить правовий базис для всієї системи прав людини: право кожного на життя та право кожного на гідність особистості, що ще раз підтверджує взаємозв'язок і взаємозумовленість усієї системи прав людини [10, 108]. На думку В. Мацокина, право на достатній життєвий рівень є одним з найбільш важливих та соціально значущих для кожної людини, а забезпечення цього права є метою діяльності кожної демократичної країни й одним з основоположних конституційних принципів сучасної держави. Заслужовує на підтримку пропозиція науковця розглядати це право в двох взаємопов'язаних аспектах: з одного боку, держава створює умови, за яких кожна здорова, дієздатна людина має реальні можливості забезпечити такий рівень свого життя, котрий відповідає її уявленням, а з другого, держава зобов'язана використовувати всі свої матеріальні, політичні, організаційні й інші ресурси задля забезпечення достатнього життєвого рівні соціально незахищених верств населення [11, 11]. Саме такий підхід, на нашу думку, має застосовуватись і для регламентації права на доступ до сучасних енергетичних послуг.

#### **Висновки**

Підсумовуючи зазначене, вважаємо, що право на доступ до сучасних енергетичних послуг є правом людини, що має бути визнане та закріплене як на міжнародному, так і на націо-



нальному рівнях. На нашу думку, в Основному Законі держави має бути закріплене і право кожного на доступ до сучасних енергетичних послуг, і обов'язок держави створити умови для достатнього, диверсифікованого,

безпечного, екологічно чистого, сталого, ефективного енергозабезпечення за економічно обґрунтованими цінами. ♦

### Список використаних джерел

1. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні від 2011 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : [http://www.ombudsman.gov.ua/images/stories/07022011/Dopovid\\_8\\_1.pdf](http://www.ombudsman.gov.ua/images/stories/07022011/Dopovid_8_1.pdf).
2. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966 року // Вісник Конституційного Суду України. — 2006. — №4.
3. *The right to adequate housing (Art.11 (1))*:13.12.1991.CESCR General comment 4. (General Comments) [Electronic resource]. — Access mode : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument).
4. *European Committee of Social Rights: Conclusions, 2003 (France)* [Electronic resource]. — Access mode : [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/France2003\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/France2003_en.pdf).
5. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 19/12/1979* [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#intro>.
6. *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights «Protocol on San Salvador»* [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>.
7. *Johannesburg Declaration on Sustainable Development* [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.unescap.org/esd/environment/rio20/pages/Download/johannesburgdeclaration.pdf>.
8. Конституційне право зарубіжних країн : навч. посібник / В. О. Ріяка (керівник авт. кол.), В. С. Семенов, М. В. Цвік та ін. ; за заг. ред. В. О. Ріяки. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 512 с.
9. Шукліна Н. Г. Конституційно-правове регулювання прав і свобод людини і громадянина в Україні (проблеми теорії та практики) : монографія / Н. Г. Шукліна. — К. : Центр навчальної літератури, 2005. — 424 с.
10. *Иваненко В. А. Социальные права человека и социальные обязанности государства: международные и конституционные правовые аспекты* / В. А. Иваненко, В. С. Иваненко. — СПб., 2003. — 422 с.
11. *Мацокін В. В. Право громадян України на достатній життєвий рівень : автореф... дис. канд. юрид. наук: 12.00.02* / В. В. Мацокін. — К., 2006. — 19 с.

Надійшла до редакції 25.06.2013 року

**Е. Орлюк, А. Бутник-Сиверский**

**Человеческий капитал в интеллектуальной экономике (экономико-правовой взгляд и зарубежный опыт)**

**С. 3–10**

В статье рассматривается развитие современной теории человеческого капитала под влиянием модернизации экономики с учётом экономики знаний, где мировая научная мысль сформулировала принципиально новый взгляд на цивилизационный прогресс, в основе которого механизм инновационного развития при участии человека-творца. Определено, что в науке инноватики сегодня выделяют право на результат интеллектуальной деятельности и интеллектуальную экономику, которая опирается на теорию и методологию интеллектуального капитала, как обновленную методологию её восприятия с позиции необходимости распределения на теории человеческого потенциала, человеческих ресурсов и человеческого капитала в интеллектуальной экономике.

**О. Кашинцева, Я. Иолкин**

**Особенности реализации прав интеллектуальной собственности в сфере охраны здоровья**

**С. 11–15**

Статья посвящена вопросом особенности реализации имущественных прав интеллектуальной собственности в сфере охраны здоровья. Авторами анализируется правовой статус субъектов интеллектуальной собственности в сфере охраны здоровья сквозь призму возможности использования (применения) объекта интеллектуальной собственности в медицинской практике. Авторы приходят к выводу, что без получения специального статуса субъекта медицинской практики автор не может в полной мере реализовать имущественные права интеллектуальной собственности в сфере охраны здоровья.

**А. Дорошенко, Н. Минченко, Е. Берестюк**

**Причины возникновения конфликтов торговых марок и доменных имен и способы их решения**

**O. Orlyuk, O. Butnik-Siverskiy**

**Human capital in intellectual economics (economic and legal opinion and foreign experience)**

**P. 3–10**

The article considers the development of the modern theory of human capital under the influence of economics' modernization in the view of knowledge economics, where the world scientific thought formulated a completely new view on the civilization progress, which is based on the mechanism of innovative development with the creator's participation. The authors determined that today in the innovation science it is distinguished the right on the results of intellectual activity and intellectual economics, which relies on the theory and methodology of intellectual capital as an updated methodology of its perception from the view of necessity to divide in the theories of human potential, human resources and human capital in the intellectual economics.

**O. Kashyntseva, Ya. Iolkin**

**Specific issues of the realization of intellectual property rights in the sphere of health care**

**P. 11–15**

The article focuses on features of the intellectual property rights in the field of health care. The authors analyzed the legal status of the subjects of intellectual property in the field of health care through the prism of possible use (application) of the intellectual property in the medical practice. The authors concluded that without the special status of a medical practice the author can not realize the full intellectual property rights in the field of health care.

**O. Doroshenko, N. Minchenko, O. Berestyuk**

**The reasons of arising of trademarks and domain names conflicts, and the ways of their solving**

**С. 16–21**

В статье рассматриваются такие вопросы, как определение доменного имени и его структуры, основные действия, которые приводят к возникновению конфликтов между владельцами торговых марок и лицами, специально использующими их при регистрации своего доменного имени. Рассмотрены проблемные вопросы решения указанных конфликтов, возникающих на почве невозможности эффективной защиты прав владельцев, как торговых марок, так и доменных имен, опираясь на действующее отечественное законодательство в этой сфере.

**А. Штефан**

**Признание сделки недействительной как способ защиты авторского права**

**С. 22–31**

В статье рассматривается содержание такого способа защиты авторского права, как признание сделки недействительной. Анализируются условия действительности сделок применительно к сфере авторского права, анализируются материалы судебной практики.

**Г. Андросчук**

**Европейская стратегия охраны промышленной собственности**

**С. 32–42**

В работе проанализировано развитие Концепции стратегии интеллектуальной собственности в мире. Рассмотрены основные составляющие стратегии промышленной собственности для стран Европы: экономические и социальные выгоды от обеспечения прав промышленной собственности, поддержка инноваций, реформирование законодательства о торговых марках, патентная реформа, процедуры разрешения споров, правоприменение, борьба с контрафакцией и пиратством.

Делается вывод о необходимости разработки и реализации Стратегии развития национальной системы интеллектуальной собственности в Украине.

**Р. 16–21**

The article deals with such issues as the definition of a domain name and its structure, basic steps that lead to conflicts between trademark owners and individuals who deliberately use them when registering ones domain name. The issues of resolving the conflicts that arise on the basis of inability to effectively protect the rights of owners as trademarks and domain names, based on existing national legislation in this area are considered.

**A. Shtefan**

**The recognition of the transaction invalid as a method of copyright protection**

**P. 22–31**

The article discusses the contents of this method of copyright protection as recognition of the transaction invalid. The conditions of validity of transactions in relation to the scope of copyright material analyzed jurisprudence.

**G. Androshchuk**

**European strategy for the protection of industrial property**

**P. 34–42**

The paper analyzes the development of the Concept of Intellectual Property Strategy in the world. The main components of the strategy of industrial property to the countries of Europe: economic and social benefits from the provision of industrial property rights, support for innovation, reform of the law on trademarks, patent reform, dispute resolution, enforcement, fight against counterfeiting and piracy.

The conclusion about the need for and the development strategy of the national system of intellectual property rights in Ukraine.



**О. Ямпольская**

**Территориальные аспекты использования товарных знаков Европейского Сообщества**

**С. 43–51**

В статье исследованы территориальные аспекты использования товарных знаков Европейского Сообщества. На основе анализа подготовительных документов к принятию Регламента Совета ЕС № 207/2009, решения Суда ЕС по делу ONEL/OMEL и публикаций за последние годы на эту тему сделаны выводы и внесен ряд предложений относительно критериев географического охвата настоящего использования товарных знаков Европейского Сообщества.

**Е. Афанасьева**

**Специфика договорных отношений в вопросах иллюстрирования произведений в издательской деятельности**

**С. 52–58**

В статье рассматриваются правовые проблемы, связанные с иллюстрированием произведений в издательском деле. Особое внимание уделяется специфике договорных отношений между издательством и художником, соблюдению неимущественных прав автора, урегулированию вопросов соавторства и правовой оценке художественного заимствования.

**Д. Пилюченко.**

**Ключевые характеристики лицензирования копилефт**

**С. 59–67**

В статье раскрывается происхождение и содержание понятия «копилефт», а также доказываются целесообразность присоединения к Creative Commons и закрепления «свободных лицензий» на законодательном уровне.

**А. Крупчан**

**Методология исследований деятельности органов исполнительной власти в науке административного права**

**С. 68–73**

В статье анализируются методологические основы административно-

**O. Yampolska**

**Territorial scope of use of community trademarks**

**P. 43–51**

The article examines the territorial aspects of use of Community Trademarks. Further to the analysis of preparatory documents related to the drafting of the Council Regulation (EC) № 207/2009, the decision of the Court of Justice of the European Union in the case ONEL/OMEL and recent publications on this issue, the author makes conclusions and a number of proposals regarding the criteria for geographical scope of CTM genuine use.

**E. Afanasyeva**

**Specifics of contractual relations with illustrators in the sphere of publishing**

**P. 52–58**

The article examines the legal problems associated with the illustration of works in publishing. Particular attention is given to the contractual relations between the publisher and the illustrator; respect of the moral rights of the author, co-author resolve issues and legal assessment of artistic borrowing.

**D. Pyliuchenko**

**Key features of copyleft**

**P. 59–67**

The article deals with the origin and meaning of copyleft and expediency have to Creative Commons and securing «free license» by law.

**O. Krupchan**

**Research Methodology of the executive authorities in the science of administrative law**

**P. 68–73**

This article analyzes the methodological basis of administrative and legal research activities of the executive power.

правовых исследований деятельности органов исполнительной власти.

**Л. Майданик**

**Право на использование имени известной личности *post mortem*: понятие, природа, законодательное регулирование в Украине и за границей**

**С. 74–79**

Рассматриваются состояние и перспективы нормативного регулирования права на использование имени, освещаются понятие и юридическая природа права на использование имени известной личности после ее смерти (*post mortem*) в соответствии с гражданским законодательством Украины и зарубежных стран.

**А. Янчук**

**К вопросу о влиянии общественного контроля на модернизацию экономики Украины: конституционно-правовой аспект**

**С. 80–86**

В статье исследуются конституционно-правовые основы контрольной деятельности народа, освещается соответствующее законодательное регулирование и его недостатки, раскрывается связь контрольной деятельности народа с экономикой Украины, влияние контрольной деятельности народа на модернизацию экономики Украины.

**Ю. Ващенко**

**Право на доступ к энергетическим услугам: проблемы нормативно-правового регулирования**

**С. 87–91**

В статье исследуются проблемные аспекты нормативно-правового регулирования права на доступ к энергетическим услугам. Автор анализирует международно-правовые акты, законодательство Украины и других государств, позиции исследователей и излагает свое мнение относительно целесообразности и уровня нормативно-правового закрепления права на доступ к энергетическим услугам.

**L. Maidanyk.**

**Right to use the name of a famous person *post mortem*: notion, legal nature, legislative regulation in Ukraine and foreign countries**

**P. 74–79**

The author considers matters of right to use name of famous deceased person (*post mortem*) according to Ukrainian civil legislation and foreign countries. She highlights the concept and the legal nature of the right to use the name of a famous person after her/his death.

**A. Yanchuk**

**Regarding the question about influence of the public control on the modernization of the economy of Ukraine: constitutional legal aspect**

**P. 80–86**

The article deals with the constitutional and legal basis of the control activity of the people and analyzes legal regulation and its defects, ties of the control activity of the people and the Ukrainian economy, the impact of control activity of the people on the modernization of the economy of Ukraine.

**Yu. Vashchenko**

**Right to access to energy services: issues of legal regulation**

**P. 87–91**

This article explores the issues of the legal regulation of the right to access to energy services. The author analyses international law sources, the legislation of Ukraine and other countries, the opinions of the researchers and proposes her own vision concerning the reasonability and the level of the legal regulation of the right to access to energy services.

## *До уваги авторів!*

Редакція приймає рукописи статей, що раніше не друкувались, як на електронних носіях, набраних у програмах MS Office, так і надруковані на папері, обсягом до 10 сторінок (шрифт — Times New Roman, розмір — 14, інтервал — 1,5).

Статті повинні бути оформлені відповідно до вимог ВАК України щодо наукових робіт, обов'язково мати рецензію й анотації російською та англійською мовами (з перекладом прізвища й імені автора і назви статті). Анотація англійською мовою має бути розширеною — 3000–5000 знаків.

Ілюстративний матеріал має бути у форматі .tif або .jpg, розміром 300 dpi.

Прохання до авторів: разом з матеріалами надсилати свою фотографію та інформацію щодо наукового ступеня, місця роботи, посади, поштової адреси й контактних телефонів.

Редакція лишає за собою право на редагування та скорочення рукописів. За достовірність інформації та статистичних даних, які містяться в рукописах, відповідальність несе автор. Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій.

Повторне видання статей, розміщених на шпальтах журналу «Теорія і практика інтелектуальної власності», можливе лише за згодою редакції.

Надіслані до редакції матеріали авторам не повертаються.

Автор, який подав матеріали до друку, вважається таким, що погоджується на подальше безоплатне їх розміщення на сайті НДІ інтелектуальної власності та Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського.

Відтворення матеріалів журналу або їхніх частин будь-якими засобами чи в будь-якій формі, зокрема і в Інтернеті, забороняється без письмового дозволу редакції журналу.

## **ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!**

*Науково-практичний журнал «Теорія і практика інтелектуальної власності» виходить один раз на два місяці. Передплатити наш журнал ви зможете в будь-якому поштовому відділенні України, а також за допомогою системи WebMoney на сайті ДП «Преса» — [www.presa.ua](http://www.presa.ua).*

*Сподіваємося, що наш журнал стане корисним помічником у вашій справі!*

Вартість передплати на 2013 рік					
	Індекс	2 міс./грн	4 міс./грн	6 міс./грн	12 міс./грн
Фізичні та юридичні особи	<b>23594</b>	35	70	105	210

З глибокою повагою,  
редакційна колегія