

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Theory and Practice of Intellectual Property

Науково-практичний журнал

6 (74) ' 2013

ISSN 2308-0361

УДК 347.(77+78)

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 № 9 від 26.11.2013 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

Здано до набору 28.11.2013 року.
Підписано до друку 09.12.2013 року.
Формат 70x108/16. Папір офсетний.
Друк офсетний.
Наклад 300 примірників. Зам.

ЗМІСТ

Теорія інтелектуальної власності

Пацурківський Ю. Правовий режим
власності: поняття та зміст 3

Авторське право

Мироненко Н., Роботягова Л. Твір
архітектури як об'єкт
договірних відносин 10

Кашинцева О. Авторське право на науковий
твір у сфері медицини: етичні та творчі
аспекти виникнення 19

Патентне право

Харченко О. Промисловий зразок як об'єкт
інтелектуальної власності: питання правового
врегулювання 27

Юдіна Г. Співвідношення понять «новизна»,
«індивідуальний характер» і «своєрідність»
промислових зразків у законодавстві
Європейського Союзу та в проекті Закону
України 32

Засоби індивідуалізації

Коваленко Т. Кіберсквотинг, ринок купівлі
та продажу доменів 40

Тараненко О. Географічні зазначення
як об'єкт цивільно-правових відносин
в Україні 46

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., Каззафарова 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 (Словаччина), Л. Цвікла (Польща).

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

Договірні відносини

Падучак Б., Талда М. Проблемні аспекти визначення предмета договору комерційної концесії 51

Кульбашна О. Службові об'єкти права інтелектуальної власності: питання теорії 57

Недобросовісна конкуренція

Львов Б. Недобросовісна конкуренція як господарське правопорушення: підходи теорії та практики 62

Захист прав

Бенедисюк І. Участь митних органів у забезпеченні запобіжних заходів у процесі захисту прав інтелектуальної власності 69

Покальчук О. Порушення прав трансгендерних осіб щодо визначення меж медичного втручання 76

Погляд науковця

Іващенко В. Законодавче забезпечення охорони авторських прав на українських землях наприкінці ХІХ – на початку ХХ століть 83

Чорнобук В. Міжнародний досвід розбудови судових систем та їх фінансування 88

Конюшко К. Податковий спір як публічно-правовий спір: питання теорії та практики 95

Куровський С. Інституційні особливості правової охорони банківських відносин ... 102

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ВЛАСНОСТІ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

Юрій Пацурківський,

доцент кафедри цивільного права Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича, кандидат юридичних наук

Актуальність наукових досліджень, пов'язаних із власністю, досить чітко сформулювала Л. Щенникова: «Дивною властивістю володіє ця категорія — «власність». Стара як світ, вивчена й описана, та водночас завжди зненацька нова і непередбачувана, вона бажана й плідна для все нових і нових досліджень...» [1, 20]. Справді, власність є одна з найбільш досліджених категорій у юридичній науці, що пояснюється особливою значущістю для суспільства відносин власності та необхідністю їх ефективного регулювання. Обрана нами тема дослідження зумовлена теоретичною та практичною значущістю широкого кола питань, які стосуються формування й функціонування ефективного механізму забезпечення права власності.

Право загалом покликане стабілізувати конфлікт інтересів і сприяти розвитку суспільно корисних видів діяльності [2, 60]. Як універсальний інструмент управління соціально-економічним розвитком право здатне не тільки реагувати на відповідні зміни, впорядковуючи їх, але й забезпечити розвиток суспільних відносин у потрібному напрямі.

Правові засоби власне своїм існуванням не захищають від негативних процесів у суспільстві, позаяк вони повинні застосовуватися комплексно й у чітко визначеному порядку. Законодавець, формуючи право, а суб'єкт правозастосування, реалізуючи його, зобов'язані звертати увагу на відпо-

відність обраних юридичних засобів поставленим цілям, оскільки ефективність регулювання визначається стабільністю.

Як комплексні правові засоби, що поєднують в собі як регулятивні, так й охоронні засади, здатні швидко реагувати на істотні зміни в суспільстві та економіці, постають правові режими. Завдяки своїм специфічним рисам вони забезпечують концентрацію в кожній управлінській ситуації взаємопов'язаних, оптимально підібраних і впорядкованих юридичних інструментів.

На нашу думку, правове регулювання суспільних відносин за допомогою правових режимів перейшло з рівня відомчої нормотворчості на законодавчий. З огляду на це проблема правових режимів стала однією з найбільш значущих у теорії права. Перехід цієї категорії на інший рівень пов'язаний з її недосконалістю на загальнотеоретичному рівні при багатоманітності вузькогалузевих підходів. Варто вказати на неготовність законодавця до зміни підходів у правовому регулюванні. Правові режими, встановлені нормативно-правовими актами різних рівнів, найчастіше не діють через недостатню чіткість формулювань, відсутність необхідних елементів, які забезпечують реалізацію правового режиму, низький рівень юридичної техніки та, як наслідок, не розроблену теоретичну основу.

Правові режими можна розглядати як проміжну ланку між нормативним



актом і правозастосовною практикою. Тож від якості їх використання в обох сферах, раціонального закріплення в законодавстві залежить успіх управлінського процесу. Теоретичне осмислення цієї категорії, особливостей її структури, а головне специфіки нормативно-правового оформлення є основою для результативних дій, як з боку законодавця, так і з боку суб'єкта правозастосовної діяльності, інших учасників правовідносин.

Однією з найважливіших умов підвищення загальної ефективності правового регулювання є структурне впорядкування права, його інструментальної бази під час правотворчої діяльності [3, 192]. Дослідження цього процесу дає можливість встановити низку недоліків, усунення яких прямо пов'язане з необхідністю виявлення закономірностей нормативного закріплення правових режимів, правильною організацією правових засобів, об'єднанням їх у логічні комплекси (правові режими), адекватним впливом на поведінку суб'єктів, оптимізацією поєднання елементів позитивної та негативної мотивації.

Отож, актуальність проблеми дослідження полягає не тільки в значущості теоретичного осмислення особливостей нормативного закріплення правових режимів, але й у тім, що вирішення цієї проблеми становить основу подальшого розвитку теорії законотворчого процесу.

Проблема встановлення правових режимів законодавством пов'язана з необхідністю вдосконалення цієї юридичної категорії, що відіграє найважливішу роль в оптимізації механізму правового регулювання, побудові правової системи взагалі. Україна потребує ефективних засобів подолання кризових явищ, здатних також забезпечити подальший розвиток держави, а це прямо пов'язано з приведенням правового режиму в дієвий стан, створенням для нього необхідної законодавчої бази.

Наукове значення обраної проблематики дослідження полягає, насамперед, у постановці проблеми правових режимів власності як фундаментального загальнотеоретичного напрямку досліджень. Аналіз проблематики дослідження надає можливість з'ясувати особливості використання правових режимів, визначити недоліки цього процесу, запропонувати законодавцеві способи їх усунення, розробити рекомендації щодо оформлення волі законодавця в дієву конструкцію.

Послідовне вирішення проблеми встановлення правового режиму власності законодавством здатне справити істотний вплив на правотворчу, а також на правореалізаційну діяльність, оскільки його результатом мають стати позитивні зміни теоретичних і техніко-юридичних характеристик різних правових процесів.

Проблема ефективного регулювання суспільних відносин за рахунок різних видів мотивації, що становить основний зміст проблеми правових режимів, досліджувалась у працях: С. Алексєєва, В. Анісімова, В. Балезіна, Н. Вопленко, В. Григор'єва, В. Демет'єва, С. Дерюгіної, В. Дозорцева, З. Заменгоф, В. Ісакова, С. Князева, В. Журби, О. Малько, М. Матузова, А. Мордовця, В. Попондопуло, І. Розанова, І. Ростовщикова, А. Серветника, Н. Сторожева, Ю. Тихомирова, З. Цибуленко, В. Чиркіна, Е. Шамсумової, А. Шаніна та ін.

Зауважимо, що загальнотеоретичний аспект проблеми був недостатньо досліджений. Саме тому єдина концепція трактування категорії «правовий режим» не була сформульована. Найбільш докладний аналіз правових режимів було проведено на галузевому рівні, йдеться зокрема і про дослідження правового режиму власності. Відсутність загальнотеоретичного підґрунтя зростання збільшення кількості різних підходів до поянення сутності конструкції «правовий режим власності», його функціонального призначен-



ня. Недостатніми потрібно визнати спроби деяких авторів упорядкувати інформацію про різновиди правових режимів власності та майна, тому що суто галузевий підхід до дослідження цієї категорії має наслідком до певної міри обмежене сприйняття проблеми.

Варто зауважити, що в науці фактично відсутні дослідження, присвячені правовому режиму регулювання відносин власності. Відсутній комплексний правовий аналіз теоретичних моделей поєднання засобів і методів правового регулювання відносин, які складаються із приводу володіння, користування та розпоряджання певними благами. Наше дослідження присвячене проблемам саме цього аспекту теорії власності.

Мета дослідження полягає в комплексному аналізі нормативних актів, теоретичних джерел, а також матеріалів емпіричного характеру, що характеризують структуру та зміст правового режиму власності. Досягнення мети передбачає вирішення таких завдань: сформулювати поняття режиму правового регулювання відносин власності та визначити особливості його формування й функціонування.

При дослідженні власності як об'єкта правового регулювання, необхідно зважати на положення, відповідно до яких інститут власності становить матеріальну основу, що визначає особливості всіх юридично значущих взаємодій у межах правової системи [4, 26]. Цілком слушним є зауваження Є. Суханова з цього приводу: «Право (і держава як особливий апарат примусу для його дотримання) виникає саме у зв'язку з необхідністю охорони відносин власності. Така охорона по суті складає основний зміст правового регулювання економічних відносин, а право власності за такої точки зору стає ядром, центром всієї правової системи» [5, 13]. При цьому категорія «право власності» розкривається у двох значеннях, зумовлених дуалістичною природою права як соціаль-

ного феномена, тобто в об'єктивному та в суб'єктивному значеннях. В об'єктивному значенні право власності є суспільним відношенням, що складається у зв'язку з переробкою предметів навколишнього середовища людини та одержанням певних сприятливих результатів, які є власністю суб'єкта, що здійснив таке перетворення, незалежно від того, чи визнається таке відношення державою як правове. Право власності в об'єктивному розумінні передбачає наявність можливостей суб'єкта щодо певного, присвоєного ним блага та відповідної цим можливостям належної суб'єктивної поведінки. Тож, юридична формалізація цих взаємодій передбачає наявність суб'єктивних прав і обов'язків, пов'язаних із присвоєнням та відчуженням певних благ. У суб'єктивному значенні право власності є сукупністю закріплених нормами позитивного права можливостей, що виникають у суб'єкта внаслідок вступу у відносини володіння, користування, розпоряджання предметами матеріального та нематеріального світу, які використовуються в майновому обігу.

Власність в об'єктивному та суб'єктивному значеннях, становить матеріальну основу громадянського суспільства, визначає ступінь свободи особи в державі. «Якщо існує приватна власність... існує й економічна свобода людини. Саме економічна свобода людини, є фундаментом для свободи особи в інших сферах, тобто є економічним гарантом свободи. Без приватної власності не може йти мова про економічну свободу особи. Тільки вона робить особу насправді незалежною. Незалежна, вільна особа є основою громадянського суспільства, поза яким об'єктивно неможлива побудова правової держави. Таким чином, приватна власність виступає одним з найважливіших основоположних елементів формування демократії. Лише економічно вільні індивіди здатні об'єднатися у вільне суспільство» [6, 56–57]. Отож, в умо-



вах побудови правової держави та розвитку громадянського суспільства особливого значення набувають проблеми правового регулювання відносин власності. Насамперед, актуальними стають питання, пов'язані з реалізацією та захистом права приватної власності.

Правове регулювання відносин приватної власності є цілеспрямованим впливом на поведінку учасників цих відносин, за допомогою правових засобів і методів. Як основні правові засоби регулювання відносин приватної власності доцільно розглядати: правовідносини, правозастосовні акти, правосвідомість і правову культуру. При цьому основним структурним елементом системи правового регулювання відносин власності є правові норми, що закріплюють стан присвоєння матеріальних благ.

Можливості правового регулювання, що забезпечується єдиними правовими засобами в різних галузях соціального життя, неоднакові. Держава може здійснювати різний регулятивний вплив на певні види суспільних відносин. У цьому процесі найважливіша роль відведена методу правового регулювання, під яким у юридичній науці розуміють «обумовлений предметом регулювання спосіб впливу права на суспільні відносини» [7, 168]. Оскільки право є система правил поведінки людей, воно, насамперед, впливає на вчинки людей, а через них впливає на суспільні відносини. Отже, метод правового регулювання можна визначити як спосіб впливу права на поведінку людини — суб'єкта суспільних відносин.

Правове регулювання відносин власності має особливе соціальне значення, особливо в умовах економічної кризи, а також у час, коли держава здійснює структурні перетворення економіки. Деяко однобічним є підхід, відповідно до якого правове регулювання відносин власності передбачає лише безпосередню участь держави, що зумовлена, насамперед, імперативним

методом правового регулювання. В умовах ринкової економіки, важливим є звертання до приватноправових засад у процесі правового регулювання. Водночас, діяльність держави в сфері правового регулювання відносин власності, здійснювана переважно приватноправовими методами, передбачає використання певних імперативних засад.

Аналіз засобів і методів правового регулювання відносин власності дає достатні підстави для підтримки існуючої в теорії права точки зору, відповідно до якої інститут власності має міжгалузевий, комплексний характер. Відносини власності за своїм характером різноманітні, їхні прояви регулюються різними галузями права.

Право є регулятор суспільних відносин, без якого не зможуть існувати сучасне суспільство та держава. Тож правове регулювання в сучасному суспільстві є важлива передумова створення правового порядку, охорони та захисту від порушень прав, свобод і законних інтересів осіб.

Одним з особливих способів правового регулювання є формування правового режиму. Для досягнення мети дослідження необхідно з'ясувати закономірності й особливості правових режимів. Варто також визначитися зі змістом цього явища та можливістю ефективного використання в сучасних умовах для досягнення необхідних результатів у правовому регулюванні. З огляду на ту обставину, відповідно до якої правове регулювання відбувається через використання засобів застосування галузевого законодавства, необхідно з'ясувати особливості галузевого трактуватися «правового режиму», визначити його характерні ознаки й особливості.

Поняття правового режиму активно використовується в юридичній літературі [8, 246]. Легальне визначення правового режиму фактично відсутнє. Сутність цього явища була та залишається спірним питанням. У

науковій літературі ведуться дискусії із приводу визначення поняття правового режиму. З огляду на зазначене, вважаємо за необхідне спробувати сформулювати власне поняття правового режиму, визначити його ознаки, для того щоб ефективно використовувати цю юридичну конструкцію. Такий підхід сприятиме вдосконаленню механізму правового регулювання, а також підвищенню його ефективності.

Правовий режим пропонуємо розуміти як особливий порядок правового регулювання, що виражається в поєднанні юридичних засобів (дозволів, заборон, позитивних приписів), який створює та забезпечує відповідний ступінь сприятливості чи несприятливості для задоволення інтересів суб'єктів права. Основні ознаки правових режимів: встановлюються в законодавстві та забезпечуються державою; мають на меті особливим чином урегулювати специфічні групи суспільних відносин, виділяючи в часових і просторових межах ті або ті суб'єкти й об'єкти права; є особливим порядком правового регулювання, що складається з юридичних засобів (дозволів, заборон, приписів) і характеризується їх особливим поєднанням; створюють чітко визначений рівень сприятливості чи несприятливості для задоволення інтересів певних суб'єктів права.

Право — це складне системне явище. До цієї системи належить безліч різних галузей, підгалузей, інститутів, норм. Можна виділити галузі, що в регулюванні суспільних відносин використовують правові режими.

Дослідники вказують на існування правових режимів об'єктів, наприклад: правовий режим нерухомості, правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності, правовий режим майна подружжя та ін. При цьому здійснюються спроби визначити поняття галузевого правового режиму. У деяких галузях законодавства термін «правовий режим» використовується не рівномірно [9, 19–25]. У зако-

нодавчих актах визначення правового режиму немає.

Проаналізуємо співвідношення правового режиму в цивільному праві та загальнотеоретичному значенні. При звертанні до цивілістичної літератури, ми зустрічаємо чимало джерел, які містять визначення поняття «правовий режим». Поняття «правовий режим» щодо об'єктів цивільного права в літературі й судовій практиці використовується досить часто.

Одну зі спроб сформулювати поняття «правовий режим» зробив В. Сенчищев [10, 110–112]. Дослідник визначає правовий режим як сукупність усіх позитивно-правових приписів, які містяться в імперативних і диспозитивних нормах та засновані на них суб'єктивно-правових домаганнях, що існують і є дійсними з погляду права. В інших джерелах під правовим режимом розуміють специфічне регулювання, застосування спеціальних законів і норм. Можемо дійти висновку, що єдиного поняття цивільно-правового режиму не існує. Зазвичай, дослідження стосуються цивільно-правового режиму конкретних прав або видів майна. Деякі автори пропонували визначати правовий режим майна як обсяг прав, які здійснюються щодо певних видів майна тими суб'єктами, за якими це майно закріплене. У літературі також формуються твердження, в яких дослідники, визначаючи поняття «цивільно-правовий режим», підмінюють це поняття сукупністю нормативно-правових актів чи обмежуються відсиланням до прав щодо цього майна, чи взагалі обмежуються специфічним визначенням цього майна.

Спробуємо сформулювати основні ознаки галузевого трактування правового режиму майна. Основною спільною рисою є те, що правовий режим розкриває чи вказує на обсяг прав, якими суб'єкт права володіє стосовно конкретного об'єкта. Крім цього, спільною рисою є те, що правовий



режим визначається як сукупність правил та приписів.

При визначенні поняття цивільно-правового режиму, на наш погляд, необхідно звернутися до аналізу загально-теоретичного поняття «правовий режим» та з'ясувати характерні для нього ознаки. Порівняння ознак цивільно-правового режиму із загально-теоретичними ознаками правового режиму надає можливість знайти спільні риси. До спільних рис належить те, що цивільно-правий режим встановлюється в законодавстві та забезпечується державою, а також має на меті специфічне регулювання обігу цивільно-правових об'єктів.

Існування загально-теоретичного поняття правового режиму є необхідним. Галузеве поняття має ґрунтуватися на загально-теоретичному, та при цьому повинне бути доповненим або зміненим відповідно до специфіки цієї галузі права. З огляду на вищевикладене, цивільно-правовий режим повинен відображати всі ознаки загально-теоретичного поняття «правовий режим» і відображати особливості цього галузевого правового режиму. Аналіз різних концептуальних підходів до розуміння категорії правовий режим дає підстави до висновку про те, що дана категорія характеризує специфіку правового регулювання. Ця специфіка визначається такими факторами: особливостями врегульованих суспільних відносин; ступенем державного втручання, зумовленого особливістю врегульованих відносин і специфічним рисами конкретних життєвих обставин. Ступінь такого втручання визначається засобами та методами правового регулювання, що використовуються у процесі правового регулювання.

Правовий режим потрібно розглядати як особливу частину загального арсеналу правового інструментарію, що з'єднує в єдину конструкцію певний комплекс правових засобів або порядок регулювання, виражений у комплексі правових засобів, які ха-

рактеризують особливе поєднання таких, що взаємодіють між собою дозволів, заборон, а також позитивних приписів, які створюють особливу спрямованість регулювання [11, 373].

Вважаємо за доцільне звернути увагу на методологічний аспект досліджуваної проблематики, що в межах суто інструментального підходу дещо нівелюється. Правові засоби — це інструменти, за допомогою яких здійснюється державний вплив на певні суспільні відносини. Метод регулювання є поєднання прийомів та способів використання відповідних засобів, щодо конкретних умов. Деякі правові засоби з методологічних позицій можуть по-різному використовуватись в процесі правового регулювання. Поєднання засобів і методів визначає ступінь державного втручання в сферу приватних інтересів і характеризує режим правового регулювання суспільних відносин. Тож, правове регулювання може здійснюватися з використанням різних правових режимів.

Дослідники робили спроби загальної класифікації феномена «правовий режим» з використанням різноманітних критеріїв [12, 14–18].

Об'єкт нашого дослідження є режим правового регулювання відносин власності. Цей правовий режим відокремлюється на підставі предмета правового регулювання. При цьому під режимом правового регулювання відносин власності пропонуємо розуміти певне поєднання засобів і методів правового регулювання відносин, які складаються із приводу володіння, користування та розпоряджання матеріальними благами.

Нормативно закріплена можливість суб'єктів володіти, користуватися й розпоряджатися матеріальними благами становить основу ринкової економіки. Поєднання засобів, способів, методів правового регулювання відносин, які виникають з приводу присвоєння суб'єктами певного майна, можна визначити як правовий режим власності.

Правовий режим власності передбачає необхідність врахування аспектів, зумовлених особливою природою цивільно-правового регулювання. Суб'єкт права власності повинен мати можливість реалізувати, здійснювати правомочність володіння, користування та розпоряджання об'єктом власності, тобто він повинен мати можливість реалізувати належне йому суб'єктивне

право. Згадана можливість не буде реальною, якщо не одержить захисту з боку держави як гаранта прав і законних інтересів особи. ♦

Список використаних джерел

1. Шенникова Л. В. *Вещные права в гражданском праве России* / Л. В. Шенникова. — М. : БЕК, 1996. — 186 с.
2. *Альманах цивилистики : сб. статей : Вып. 1 / под ред. Р. А. Майданника.* — К. : Правова єдність, 2008. — С. 188–202.
3. Покровский И. А. *Основные проблемы гражданского права* / И. А. Покровский. — 3-е, стереотип. — М. : Статут, 2001. — 353 с
4. *Средства и методы правового регулирования отношений частной собственности // Общество и право: сб. трудов докторантов, адъюнктов и соискателей : Вып. 17 / под общ. ред. В. П. Сальникова.* — СПб. : Санкт-Петербургский университет МВД России, 2003. — 140 с.
5. Суханов Е. А. *Лекции о праве собственности* / Е. А. Суханов. — М. : Юридическая литература, 1991. — 240 с.
6. Иванов В. А. *Свобода и независимость личности в демократическом обществе* / В. А. Иванов, В. В. Колесников, А. А. Мищенко. — СПб. : Санкт-Петербургская высшая школа МВД России, 1992. — С. 56–57.
7. Спиридонов Л. И. *Теория государства и права : учеб.* / Л. И. Спиридонов. — М. : ПБОЮЛ Захаров М. А., 2001. — 304 с.
8. Пацурківський Ю. П. *Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності : монографія* / Ю. П. Пацурківський. — Чернівці : Рута, 2001. — 246 с.
9. Малько А. В. *Правовые режимы в российском законодательстве* / А. В. Малько, О. С. Родионов // *Журнал российского права.* — 2001. — № 9. — С. 19–25.
10. *Актуальные вопросы гражданского права / под ред. М. И. Брагинского ; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права.* — М. : Статут, 1998. — 464 с.
11. Алексеев С. С. *Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования* / Алексеев С. С. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
12. Матузов Н. И. *Правовые режимы: понятие и виды* / Н. И. Матузов, А. В. Малько // *Право и политика: современные проблемы соотношения и развития.* — Воронеж, 1996. — Вып. 4. — С. 14–18.
13. *Проблемы теории гражданского права / Институт частного права.* — М. : Статут, 2003. — 128с.
14. Андреев В. К. *О праве частной собственности в России (критический очерк)* / В. К. Андреев. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — 184 с.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року.



ТВІР АРХІТЕКТУРИ ЯК ОБ'ЄКТ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Наталія Мироненко,
*заступник директора з наукової роботи
НДІ інтелектуальної власності НАПрН України,
член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук*

Архітектура (від грецького *architekton* — будівельник) є мистецтво проектування та будівництва будівель, споруд, їх комплексів для створення зручного середовища проживання. Як вид мистецтва архітектура належить до сфери духовної культури. З еволюцією суспільства змінювались уявлення про функції та типи споруд, технічні й естетичні рішення. Призначення архітектурної споруди формує його просторову структуру, а рівень техніки і технології визначає конкретні методи її створення. В архітектурному творі взаємопов'язані функціональні (корисність), естетичні (краса) й технічні (якість) функції. Виразними засобами в архітектурі є композиція, масштаб, пропорції, пластику, фактура та колірна гамма матеріалів [1].

Архітектурна діяльність є складний процес, кінцевою метою якого є створення архітектурного об'єкта у вигляді будівель, споруд тощо. Так відповідно до ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність», архітектурна діяльність визначена як діяльність по створенню об'єктів архітектури, яка включає творчий процес пошуку архітектурного рішення та його втілення, координацію дій учасників розроблення всіх складових частин проектів з планування, забудови і благоустрою

територій, будівництва (нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту) будівель і споруд, здійснення архітектурно-будівельного контролю і авторського нагляду за їх будівництвом, а також здійснення науково-дослідної та викладацької роботи у цій сфері.

З правового погляду, відносини, що виникають у процесі здійснення архітектурної діяльності мають 3 складові:

- 1) авторські відносини, що виникають між замовником і автором результатом яких є створений твір архітектури, який охороняється авторським правом;
- 2) підрядні відносини, що виникають між замовником і проєктувальником, результати яких є проєктна документація;
- 3) послуги щодо здійснення авторського нагляду.

Ці правовідносини регулюються цілою низкою цивільно-правових до-



Людмила Работягова,
*завідувач сектора патентного права
НДІ інтелектуальної власності НАПрН України*

говорів. Договірна форма на використання твору архітектури забезпечує реалізацію й охорону особистих немайнових і майнових прав автора. Крім цього договірна форма відповідає інтересам користувачів — вони набувають певних прав на використання твору архітектури та можуть отримати прибуток від їх реалізації. Суспільство також зацікавлене у договірному регулюванні використання творів архітектури, позаяк такий порядок стимулює творчу активність його членів і сприяє примноженню духовного багатства суспільства [2].

Метою цієї статті є дослідження такої істотної умови договорів пов'язаних з архітектурною діяльністю, як об'єкт договору — твір архітектури.

У ст. 2 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (далі — Бернська конвенція) наведено перелік літературних і художніх творів, права авторів яких охороняються. Так, «термін «Літературні і художні твори» охоплює всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені, як-то: книги, брошури та інші письмові твори, лекції, звертання, проповіді та інші подібного роду твори; драматичні і музично-драматичні твори; хореографічні твори і пантоміми, музичні твори з текстом або без тексту; кінематографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним кінематографії; малюнки, твори живопису, архітектури, скульптури, графіки і літографії; фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним фотографії; твори прикладного мистецтва; ілюстрації, географічні карти, плани, ескізи і пластичні твори, що відносяться до географії, топографії, архітектури або наук» [3].

Твір, відповідно до його найбільш поширеного визначення, сформульованого В. Серебровським, — «це сукупність ідей, думок і образів, які на-

були в результаті творчої діяльності автора свого втілення в доступній для сприйняття людськими почуттями конкретній формі, котра допускає можливість відтворення» [4].

Якщо проаналізувати перелік творів, наведений у Бернській конвенції, з позицій цього визначення, то можна дійти до висновку, що цей невичерпний список містить як види творів, так і найбільш поширені форми їх втілення.

Аналогічним чином сформульована ст. 433 «Об'єкти авторського права» Цивільного кодексу України. Так, об'єктами авторського права є твори, а саме: (...) твори архітектури; (...) ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються архітектури (...). Тобто об'єктами авторського права в галузі архітектури є твори архітектури, пластичні твори, що стосуються архітектури та форми втілення творів (ілюстрації, карти, плани, ескізи), що стосуються архітектури.

Аналіз положень Закону України «Про авторське право і суміжні права» свідчить про наявність колізії між визначенням твору архітектури й об'єктів авторського права в галузі архітектури, які містяться в Законі України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон). Так, твір архітектури це твір у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо) (ст. 1 Закону). При цьому до об'єктів авторського права в галузі архітектури належать твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва, а також ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються архітектури (ст. 8 Закону). Аналогічним чином визначено об'єкти авторського права в галузі архітектури в ст. 29 Закону України «Про архітектурну діяльність».

Якщо в ст. 8 Закону розкрити визначення твору архітектури, то текст статті може бути викладений таким



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

чином: «Об'єктами авторського права є твори у галузі науки, літератури і мистецтва, а саме: (...) твори у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо); (...) ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються архітектури (...).

Звідси випливає, що твори архітектури й твори, що стосуються архітектури, матеріалізуються майже в однакових формах, окрім збудованих будівель, споруд та парків, які є формою втілення тільки для творів архітектури. Щодо стосуються моделей, то за своєю природою це пластичні твори.

Зважаючи на вищесказане, необхідно дати відповідь на запитання: чи є твір архітектури єдиним об'єктом авторського права, а ілюстрації, карти, плани ескізи та пластичні твори є різними формами втілення твору архітектури? Або ж, необхідно визнати наявність ще кількох самостійних творів авторського права в галузі архітектури, а саме: ілюстрацій, карт, планів, ескізів і пластичних творів, які стосуються архітектури.

Серед науковців існують різні погляди на цю проблему. Так, фахівець у сфері авторського і суміжних прав Д. Липчик вважає, що твори архітектури, що охоплюють авторським правом, включають в себе як будівлі та споруди, так і проекти, малюнки, креслення, плани й макети, підготовлені для їх зведення [5].

Іншу думку підтримує Х. Пізуке, який, розглянувши стадії творчого процесу архітектора, виділив два види об'єктів авторського права, котрі він створює в процесі своєї діяльності: по-перше, твори архітектурної графіки та пластики, що є результатами стадії проектування та складаються з ескізів, планів, схем, розрізів, фасадів, перспектив, малюнків, макетів і моделей, та, по-друге, безпосередньо твори архітектури, які поєднують в собі бу-

дови, споруди та їхні комплекси як результат етапу натуральної форми створення твору архітектури [6].

На думку О. Люкшина, важливо розрізняти власне твір, який має нематеріальну сутність і постає як комплекс ідей і образів, які отримують своє об'єктивне вираження в створеному об'єкті, та форму його втілення, тобто ту речову форму, котра є матеріальним носієм твору. Звідси випливає, що об'єктом авторського права є сам твір архітектури, втілений, наприклад, у формах архітектурного проекту, документації для будівництва, розробленій на основі архітектурного проекту, архітектурного об'єкта тощо [7].

Вказуючи на помилковість ототожнення ідей з об'єктами, В. Дозорцев зазначає, що «винахід не можна ототожнювати з машиною, в якій його втілено. Літературний твір не можна ототожнювати з рукописом або книгою. Це — якась сукупність ідей, що є результатом інтелектуальної діяльності, які мають суспільну цінність незалежно від тих об'єктів, у яких вони втілюються, бо вони можуть бути закріплені і в інших об'єктах» [8].

Ця позиція стосовно творів архітектури набула логічного завершення в формулюванні ст. 1259 Цивільного кодексу Російської Федерації. Так об'єктами авторських прав, відповідно до цієї статті, є твори науки, літератури та мистецтва незалежно від їхніх властивостей і призначення твору, а також від способу його вираження: (...) твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва, зокрема й у вигляді проектів, креслень, зображень і макетів; (...) географічні, геологічні та інші карти, плани, ескізи й пластичні твори, що відносяться до географії, топографії та до інших наук [9].

Аналогічну думку стосовно визначення об'єктів авторського права в архітектурі висловлює Є. Греков. Він вважає, що в галузі архітектурної діяльності існує єдиний об'єкт авторського



права — твір архітектури, а положення цивільного законодавства, які визнають твори архітектури та ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються архітектури, самостійними об'єктами авторського права є такими, що не відповідають доктрині авторського права, де твір визнається нематеріальним продуктом творчої діяльності людини.

Свою думку Є. Греков пояснює таким чином. Спочатку в автора твору, зокрема і твору архітектури, на підставі певних вихідних даних формується низка ідей і образів, які складаються в уяві автора в єдиний об'єкт. Під час зміни матеріального результату вираження думок автора, зокрема у формі ескізу, креслення, моделі, збудованої будівлі та споруди, плану населеного пункту тощо, первісний авторський задум не змінюється, не виникає нового твору та, як наслідок, нового об'єкта авторського права. У такому разі відбувається власне відтворення об'єкта авторського права, первісно вираженого в одній формі, в іншій об'єктивній формі [10].

Для того щоб дати відповідь на поставлене вище запитання, необхідно дослідити стадії створення об'єктів архітектури. Специфіка архітектурної діяльності полягає в тому, що ідеї та рішення архітектора спочатку матеріалізуються в ескізах, планах, макетах, у подальшому отримують втілення в проєкті, а відтак реалізуються в будинках і спорудах житлово-цивільного, комунального, промислового та іншого призначення, їхніх комплексах, об'єктах благоустрою, садово-паркової та ландшафтної архітектури, монументального й монументально-декоративного мистецтва.

Проєкт, відповідно до ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність», — це документація для будівництва об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних та кошторисних розрахунків, які визна-

чають містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні та технологічні рішення, вартісні показники конкретного об'єкта архітектури, та відповідає вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил.

Проєктувальникам необхідно забезпечити відповідність проєктних рішень, зокрема: архітектурним і містобудівним вимогам, визначеним у містобудівних умовах та обмеженнях забудови земельної ділянки; вихідним даним; основним вимогам до об'єктів щодо забезпечення механічного опору та стійкості, пожежної безпеки; безпеки життя і здоров'я людини й захисту навколишнього природного середовища, безпеки експлуатації, захисту від шуму, економії енергії.

Склад і зміст проєктної документації на нове будівництво, реконструкцію, капітальний ремонт і технічне переоснащення будинків, будівель, споруд будь-якого призначення, їхніх комплексів, лінійних об'єктів інженерно-транспортної інфраструктури встановлюється Державними будівельними нормами України ДБН А.2.2-3-2012 «Склад та зміст проєктної документації на будівництво» (далі — ДБН А.2.2-3-2012) [11].

Цим нормативно-правовим документом визначені такі стадії проєктування:

- 1) техніко-економічне обґрунтування;
- 2) техніко-економічний розрахунок;
- 3) ескізний проєкт;
- 4) проєкт;
- 5) робочий проєкт;
- 6) робоча документація.

Наявність та кількість стадій проєктування залежить від категорії складності об'єктів проєктування та їх призначення. Наприклад, для об'єктів IV та V категорій складності проєктування виконується в три стадії:

- 1) для об'єктів невиробничого призначення — ескізний проєкт (ЕП), а для об'єктів виробничого призначення — техніко-економічне обґрунтування (ТЕО);



- 2) проект (П);
- 3) робоча документація (Р).

ЕП розробляється на підставі завдання замовника для принципового визначення вимог до містобудівних, архітектурних, художніх, екологічних та функціональних рішень об'єкта невиробничого призначення, підтвердження можливості його створення, а П — для визначення містобудівних, архітектурних, художніх, екологічних, технічних, технологічних, інженерних рішень об'єкта, кошторисної вартості будівництва. При 2- та 3-стадійному проектуванні П здійснюють на підставі схваленої попередньої стадії ЕП або ТЕО. Кожна з стадій проектування завершується підготовкою планів, креслень, документів, розрахунків, зміст яких регламентовано ДБН А.2.2-3-2012.

Після затвердження П за рішенням замовника робоча документація може розроблятися автором проекту чи іншим проектувальником. Розроблення робочої документації іншими проектувальниками здійснюється з дотриманням авторських рішень затвердженого П та додержанням авторських прав (п. 9.1 ДБН А.2.2-3-2012).

Отож задум архітектора послідовно об'єктивізується у планах, ескізах, кресленнях, які входять до архітектурних рішень на всіх стадіях проектування аж до втілення їх у відповідний об'єкт архітектури.

Наприклад, при будівництві будинку спочатку розробляється ескізний П — архітектурне рішення будівлі без конструктивних та інженерних розрахунків. Ескізи, креслення, що створюються на цьому етапі, дають майбутньому забудовнику тільки загальне враження про будівлю. Однак завдяки ним легше уявити зовнішній вигляд будівлі, її стилістику, внутрішнє планування.

На такій стадії проектування архітектурна частина П вже містить відомість креслень, загальні дані про проект і специфікації, плани поверхів,

фасади, план покрівлі. У П наводиться, зазвичай, кілька розрізів (креслень вертикального перерізу будинку), за якими легко визначити висоту приміщень на поверхах, розмір заглиблення підвалу чи цокольного поверху, кут нахилу скатів покрівлі. На планах поверхів вказують планування кожного з поверхів, внутрішні приміщення з розмірами та площами, позначають розташування вентиляційних шахт та димарів. За планами можливо визначити товщину стін і перегородок. Робоча документація вже містить креслення з детальним опрацюванням фасаду будинку, планування поверхів тощо.

Узагальнюючи викладене, не можна не погодитися з висновком, якого дійшов Є. Греков, що незважаючи на пряму вказівку в Цивільному кодексі України, законах України «Про авторське право і суміжні права», «Про архітектурну діяльність», об'єкт авторського права в архітектурі один, і це сам твір архітектури, який може бути втілений у різних формах, а саме: ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо [10].

Якщо єдиним об'єктом авторського права в архітектурі є твір, то ч. 1 ст. 433 «Об'єкти авторського права» Цивільного Кодексу України повинна мати таке формулювання. «Об'єктами авторського права є твори, а саме: (...) твори архітектури; (...) ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються географії, топографії або науки (...)». Крім цього, потребують зміни відповідні статті законів України «Про авторське право і суміжні права» та «Про архітектурну діяльність».

Так ч. 1 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» може бути викладена таким чином: «Об'єктами авторського права є твори в галузі науки, літератури та мистецтва, а саме: (...) твори архітектури, мі-



стобудування і садово-паркового мистецтва; (...) ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки та інших сфер діяльності (...).

Однак не всі об'єкти архітектури (будинки та споруди житлово-цивільного, комунального, промислового й іншого призначення, їх комплекси, об'єкти благоустрою, садово-паркової та ландшафтної архітектури, монументального й монументально-декоративного мистецтва, території (частини територій) адміністративно-територіальних одиниць і населених пунктів) можливо визнати творами архітектури, тобто об'єктами авторського права. Об'єкт архітектури як об'єкт авторського права повинен бути результатом втілення творчої інтелектуальної діяльності особи.

Можна сказати, що твором архітектури потрібно вважати будь-який твір, що стосується об'єкта архітектури незалежно від його завершеності, призначення та достоїнств, якщо твір є результатом творчої праці автора та виражений в об'єктивній формі.

Другим питанням, яке потребує дослідження, є визначення тієї частини проектної документації, котра є твором архітектури. До специфіки твору архітектури належить поєднання художніх і матеріально-соціальних функцій, створення нового об'єктивного просторового середовища, асоціативність сприйняття переданої зодчеством інформації, зоровий характер сприйняття художнього образу, просторовість композиційної побудови, єдність просторових, пластичних та інших композиційних засобів, зв'язок цих засобів із конструктивною підосною споруджень [12]. Звідси випливає, що не вся проектна документація, зміст якої визначено в ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність» і регламентована ДБН А.2.2-3-2012, є об'єктом авторського права.

На наш погляд, для правильного визначення творчої частини проектної документації необхідно зіставити поняття твору архітектури як об'єкта авторського права з поняттям архітектурного рішення. Відповідно до п. 4 ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність», архітектурне рішення є авторським задумом щодо просторової, планувальної, функціональної організації, зовнішнього вигляду й інтер'єру об'єкта архітектури, а також інженерного та іншого забезпечення його реалізації, викладений в архітектурній частині проекту на всіх стадіях проектування й зафіксований у будь-якій формі. При цьому об'єктами авторського права в галузі архітектури є твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва, а також плани, креслення, пластичні твори, ілюстрації, карти й ескізи, що стосуються архітектури (ст. 29 цього Закону). Тож тільки архітектурна частина проекту, авторський задум якої втілюється в плани, креслення, пластичні твори, ілюстрації, карти та ескізи, є об'єктом авторського права.

У цьому питанні становить інтерес правова позиція ВАС РФ щодо спірного застосування законодавства про інтелектуальну власність. Президія ВАС РФ у Постанові № 5816/11 зазначила, що об'єктом авторського права є не документація для будівництва в цілому, а лише архітектурний проект, тобто частина такої документації, в якій виражено архітектурне рішення. Архітектурне рішення — це авторський задум архітектурного об'єкта, його зовнішнього і внутрішнього вигляду, просторової, планувальної та функціональної організації, зафіксований в архітектурній частині документації для будівництва і реалізований у побудованому архітектурному об'єкті [13]. Аналогічна думка, що об'єктом авторського права є не вся документація для будівництва, а лише та її частина, в якій виражено архітектурне рішення, висловлюється



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

такими науковцями, як О. Люкшин та Є. Греков [14].

Як уже зазначалося, кожна зі стадій проектування завершується підготовкою документів і креслень, що надаються замовнику, зміст яких регламентовано ДБН А.2.2-3-2012. Розглянемо цю проекту документацію з урахуванням вимог до оформлення матеріальної форми твору, що висувуються при реєстрації авторського права та договорів відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів» від 27.12.2001 року № 1756. Залежно від того, щодо якого об'єкта авторського права подається заявка на реєстрацію, примірник твору повинен бути наданий у відповідній матеріальній формі.

Для творів архітектури, містобудування та садово-паркового мистецтва — це фотографії (у разі потреби — кольорові) розміром не менш ніж 9 × 12 см або слайди, або копії основних креслень П, передусім генерального плану, планів поверхів, фасадів, розрізів, інших креслень (на власний вибір), фотографій або слайдів моделей збудованих будівель і споруд на електронному носії чи копії на паперовому носії. Тож, у зазначеній Постанові в загальному розкривається, яка частина проектно-документації може бути об'єктом авторського права.

На стадії ескізного проекту (ЕП) розробляються, зокрема, такі креслення:

- ситуаційний план у масштабі 1:2 000 або 1:5 000;
- схема генерального плану в масштабі 1:500 або 1:1 000;
- схема транспортно-пішохідних зв'язків (за необхідності);
- плани поверхів, фасади, розрізи будинків і споруд.

Кресленнями, що втілюють творчий задум архітектора та відповідають вимогам, які висувуються до матеріальної форми твору архітектури, є схема генерального плану в масштабі 1:500 або 1:1 000 та плани поверхів,

фасади, розрізи будинків і споруд. Тож на цій стадії проектування тільки ці креслення можливо кваліфікувати як об'єкти авторського права в галузі архітектури (твори архітектури).

Відповідно до ДБН А.2.2-3-2012, П (затверджувальної частини РП) на будівництво об'єктів неvirобничого призначення складається з таких розділів: пояснювальна записка, архітектурно-будівельні рішення, технологічна частина, рішення з інженерного обладнання, основні креслення, організація будівництва, кошторисна документація. Тож на стадії П в складі проектно-документації з'являється окремий розділ «Архітектурно-будівельні рішення», який містить в об'єктивній формі ідеї та уявлення автора про майбутній архітектурний об'єкт та щодо їх відповідності функціональному призначенню з урахуванням містобудівних вимог.

У ДБН А.2.2-3-2012 визначено склад і зміст цього розділу. Розділ «Архітектурно-будівельні рішення» повинен містити:

- рішення й основні показники генерального плану, благоустрою та озеленення;
- короткий опис і обґрунтування архітектурних рішень та їх відповідність функціональному призначенню з урахуванням містобудівних вимог, монтажні схеми, категорії відповідальності конструкцій та їхніх елементів;
- розрахунки основних несучих елементів будинків і споруд;
- рішення щодо оздоблення будинків і споруд;
- основні рішення із прийнятої конструктивної схеми об'єктів (матеріали стін, перекриттів, покрівлі);
- обґрунтування застосованих типів фундаментів та інших конструкцій;
- теплоефективність огорожувальних конструкцій та теплофізичні характеристики;
- архітектурні і інженерні рішення щодо захисту приміщень від зов-

нішнього і внутрішнього шумів (гулу).

Якщо проаналізувати зміст цього розділу, то можливо побачити, що він містить текстову частину, розрахункову частину та креслення. Відповідно до визначення твору архітектури в ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права», його об'єктивним втіленням є креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо. Тож не весь розділ «архітектурно-будівельні рішення» проектної документації можна віднести до твору архітектури, а тільки креслення.

Однак згідно з ДБН А.2.2-3-2012, креслення є самостійним розділом проекту, тому їх необхідно проаналізувати на відповідність змісту розділу «Архітектурно-будівельні рішення» та виокремити з них ті, що втілюють творчий задум архітектора.

Основними кресленнями проекту є:

- ситуаційний план у одному з таких масштабів 1:2 000, 1:5 000 або 1:10000;
- генеральний план на топографічній основі в масштабі 1:500 або 1:1000;
- принципові рішення з вертикального планування, благоустрою й озеленення;
- схема транспортно-пішохідних зв'язків (за необхідності);
- план трас зовнішніх інженерних мереж та комунікацій;
- плани трас внутрішньомайданчикових мереж і споруд до них;
- плани фундаментів, поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд із схематичним зображенням основних несучих та огорожувальних конструкцій у одному з таких масштабів 1:50, 1:100 або 1:200; основні вузли спряження конструктивних елементів, схеми армування монолітних залізобетонних конструкцій, деталі огорожувальних конструкцій у масштабі 1:25;

- інтер'єри основних приміщень (розробляються додатково згідно із завданням на проектування);
- каталожні аркуші при використанні проектів (проектних рішень) повторного застосування;
- плани поверхів, фасади та розрізи при використанні проектів (проектних рішень) повторного використання;
- принципові схеми влаштування інженерного обладнання (опалення, вентиляції, холодного та гарячого водопостачання, каналізації, водостоків, електрообладнання, газо- та холодопостачання, кондиціонування повітря, зв'язку та сигналізації, автоматизації інженерного обладнання, пило- та димовидалення, сміттєвидалення), принципові рішення щодо впровадження заходів з енергозбереження;
- технологічні компонування з планами розміщення (розташування) основного устаткування;
- вихідні дані на розроблення конструкторської документації з обладнання індивідуального виготовлення.

За результатами аналізу можливо виокремити такі креслення, що відповідають вимогам, які висувають до творів архітектури як об'єктів авторського права:

- генеральний план на топографічній основі у масштабі 1:500 або 1:1000;
- принципові рішення з вертикального планування, благоустрою та озеленення;
- плани фундаментів, поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд із схематичним зображенням основних несучих та огорожувальних конструкцій у одному з таких масштабів 1:50, 1:100 або 1:200;
- інтер'єри основних приміщень.

Підсумовуючи вищесказане, можливо дійти таких висновків. По-перше, об'єктами авторського права є твори



архітектури, містобудування та садово-паркового мистецтва, втілені в кресленнях, ескізах, моделях, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо. По-друге, не вся проектна документація для будівництва об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних та кошторисних розрахунків об'єктом авторського права, а тільки та її частина, котра стосується архітектурного рішення.

По-третє, твором архітектури як об'єктом авторського права є тільки креслення, а саме генеральний план, принципів рішення з вертикального планування, благоустрою та озеленення; плани фундаментів, поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд частина архітектурних рішень, інтер'єри основних приміщень. ♦

Список використаних джерел

1. Судариков С. А. *Основы авторского права* / С. А. Судариков. — Минск : Амалфея, 2000. — 512 с.
2. Бартенев И. А. *Форма и конструкция в архитектуре* / И. А. Бартенев. — Л. : Стройиздат (Ленингр. отд-ние), 1968. — 263 с.
3. Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів від 09.09.1886 року, ратифікована Верховною радою України 25.10.1995 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
4. Серебровский В. И. *Вопросы советского авторского права* / В. И. Серебровский. — М. : Академия наук СССР, 1956. — 283 с.
5. Липчик Д. *Авторское право и смежные права* / Д. Липчик ; пер. с фр. ; предисловие М. Федотова. — М. : Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 20002. — 789 с.
6. Пизуке Х. А. *Правовое регулирование архитектурной деятельности* : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Х. А. Пизуке ; Ленингр. гос. ун-т. — Ленинград, 1984. — 16 с.
7. Люкшин А. М. *Авторское право на произведения архитектуры* : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. М. Люкшин / Санкт-Петербургский гос. ун-т. — СПб., 2004. — 16 с.
8. Дозорцев В. А. *На рынке идей* / В. А. Дозорцев // Закон. — 1993. — № 2. — С. 38–42.
9. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации [постатейный]. Часть четвертая* / Э. П. Гаврилов, О. А. Городов, С. П. Гришаев [и др.]. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. — 784 с.
10. Греков Є. А. *Авторське право на твори архітектури* : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Є. А. Греков ; НДІ приват. права і підприємництва Акад. прав. наук України. — К., 2007. — 20 с.
11. *Склад та зміст проектної документації на будівництво* : Державні будівельні норми України А.2.2-3-2012 [Електронний ресурс]. — К. : Мінрегіон України, 2012. — Режим доступу до ресурсу : <http://dbn.at.ua/load/normativy/dbn/1-1-0-184>.
12. Проценко Б. Ф. *Архитектурное творчество и стандартизация* / Б. Ф. Проценко, А. В. Сзедин. — К. : Будівельник, 1989. — 104 с.
13. *Постановление Президиума ВАС РФ от 27.09.2011 года № 5816/11 по делу № А32-47315/09-48/723-10-68/15* [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://www.consultant.ru>.
14. Греков Є. *Проектна документація як об'єктивна форма втілення творів архітектури* / Є. Греков // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2007. — № 2 (34). — С. 32–39.

Надійшла до редакції 22.10.2013 року

АВТОРСЬКЕ ПРАВО НА НАУКОВИЙ ТВІР У СФЕРІ МЕДИЦИНИ: ЕТИЧНІ ТА ТВОРЧІ АСПЕКТИ ВИНИКНЕННЯ

Оксана Кашинцева,

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

Як зазначав М. Амосов, «не може людина утримуватися на вершині Духу, залишаючись на самоті без нагляду з боку Вищої Ідеї». Джерелами норм професійної етики, що мають безпосередній вплив на процес створення наукового результату в сфері охорони здоров'я, є Конвенція про захист прав і гідності людини в сфері біології та медицини від 1997 року (далі — Конвенція про біомедицину), Гельсінська декларація «Рекомендації для лікарів, що проводять біомедичні дослідження» (далі — Гельсінська декларація), Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (далі — Основи про охорону здоров'я), Закон України «Про лікарські засоби», Наказ МОЗ України «Про затвердження Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань і Типового положення про комісію з питань етики» від 13.02.2006 року № 66, Наказ від 19.02.2009 року № 798,75 (ч. 1) 03.11.2009 року (ч. 2) «Про затвердження Уніфікованої методики з розробки клінічних настанов, медичних стандартів, уніфікованих клінічних протоколів медичної допомоги, локальних протоколів медичної допомоги (клінічних маршрутів пацієнтів) на засадах доказової медицини», Етичний кодекс лікаря України (далі — Етичний кодекс лікаря), прийнятий на Всеукраїнському з'їзді лікарських організацій та X з'їзді Всеукраїнського лікарського товариства 27.09.2009 року.

Звернімося до поняття твору в авторському праві крізь призму особливостей його природи в сфері медицини. Відповідно до ст. 420 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) та ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» (далі — Закон про авторське право) об'єктом авторського права, а відтак предметом авторського договору замовлення та розпорядження в сфері охорони здоров'я, є:

- літературний письмовий твір наукового спрямування (методи лікування, профілактики, діагностики, дисертаційні дослідження, експериментальні розробки, курси лекцій, монографії, довідники, адаптовані переклади, наприклад: Критерії діагностики і психотерапії розладів психіки та поведінки [1], Авторські прописи. Фармацевтичний довідник [2], підручник «Медична ембріологія за Лангманом» [3]);
- аудіовізуальний твір (психотерапевтичні гіпнотичні методики, наприклад: Аудіовізуальні засоби психічного розвантаження авіаційних диспетчерів [4]);
- ілюстрації, карти (анатомічні атласи, карти, медичні географічні карти, наприклад: Атлас хірургічних захворювань щелепо-лицьової ділянки в дітей [5]).

Українське законодавство не містить поняття твору та наукового твору, що є суттєвою прогалиною, яка ускладнює правозастосування безпосередньо суб'єктами авторського права.



Щодо правової природи твору у правовій літературі тривають давні дискусії, починаючи від робіт Г. Шершеневича, на думку якого твір є продукт духовної творчості, об'єктивізований у письмій або словесній формі та призначений для обігу в суспільстві [6] (зауважимо, що вчений писав про літературні твори, не даючи загального поняття для інших об'єктів авторського права), до сучасних науковців, які опікуються проблемами необхідності легальної дефініції твору, наприклад численні праці О. Штефан [7].

Найпоширенішим у правовій літературі є визначення об'єкта авторського права як результату духовної творчості. До прикладу, А. Канторович під духовною творчістю розумів «не діяльність духу, а продукт цієї діяльності, що зі свого боку призначено для впливу на людський дух» [8]. Твір — це результат творчої діяльності автора, його творчого мислення, продукт людського мозку, та зазначимо, що мозок людини продукує нематеріальні об'єкти [9], які повинні бути об'єктивовані у відповідному матеріальному носіїві. Зауважимо, що доктрина авторського права просякнута аспектом «духовності»: «результат духовної творчості», «духовне благо» тощо. Погодьмося, що це зумовлено трактуванням правовою спільнотою в цілому (а широким загалом і поготів) авторського права як інструменту захисту містецького доробку в різних його прояхах. Науковий доробок залишається на задвірках теорії авторського права.

Таке вторинне ставлення до наукових творів в ідеологічній ієрархії авторського права спробував виправити В. Серебровський, за що був нищівно розкритикований колегами, котрі перебувають у лещатах усталених парадигм авторського права. Даючи визначення поняття твору як об'єкта авторського права, В. Серебровський прийшов до визначення ширшого поняття творчого доробку загалом (произведения творчества — *Цит. О. К.*). Твір, на думку

вченого, можна було б визначити як сукупність ідей, думок і образів, які отримали в результаті творчої діяльності автора своє вираження в доступній для сприйняття людськими відчуттями конкретній формі, що допускає можливість відтворення [10]. У відповідь — нищівна критика В. Іонаса: «Винаходи та раціоналізаторські пропозиції можуть бути підведені під визначення, дане В. Серебровським, з таким же правом, як і роман або портрет» [11].

Думаємо, що відхід від прагматично-інтелектуального концепту природи об'єкта авторського права в бік «одуховлення» надав у очах дослідників йому певної ефемерності. Це призвело, з одного боку, до хибного упередженого ставлення щодо «незручності» та «неповноцінності» правової охорони наукових творів у режимі авторського права порівняно з правом промислової власності, з другого — до легкості та відчуття безкарності його порушення.

Отже, повертаючись до природи наукового твору в сфері медицини, зазначимо, що за загальною логікою теорії інтелектуальної власності твір науки, як вид літературного твору (іншого законодавець нам не залишає) є результатом творчої діяльності автора. Проте далеко не в усіх випадках творча діяльність має свій результат, адже, як вірно зазначив В. Іонас, творчість не завжди завершується створенням твору [12]. Робота А. Ейнштейна над теорією єдиного поля тривала не одне десятиліття. Понад 30 років наполегливої, титанічної творчої праці так і не викристалізувались у завершену наукову теорію [13]. Незавершеними залишилися наукові праці останніх років життя відомого нейрофізіолога Н. Бехтеревої, проте ідеї, напрями наукових досліджень, постановки наукових завдань мають найвищу наукову цінність і авторство відомої лікарки щодо методів розв'язання «лабіринтів мозку» є беззаперечним [14].



Очевидно, творчість і твір є взаємопов'язаними явищами, проте перше може існувати без другого. Натомість, об'єктом авторського права, за логікою законодавця, є лише твір як результат творчої діяльності. Тож, щоби результат інтелектуальної діяльності увійшов у поле правової охорони авторським правом, він має бути результатом творчого процесу. Традиційно в авторському праві твір розглядають як об'єкт правовідносин, а творча діяльність відіграє роль юридичного факту, що породжує відносини в сфері інтелектуальної власності. Проте чи завжди науковий твір у сфері охорони здоров'я є результатом творчої діяльності?

Необхідно сформулювати поняття творчої діяльності. Як правовому явищу спроби дати визначення творчій діяльності робилися такими вченими, як Б. Антимонов [16], М. Гордон [15], І. Грингольц, О. Сергеев, Е. Флейшиць [16]. В. Іонас представляв творчість як «продуктивне мислення», Р. Дж. Дауд (Raymond J. Dowd) [17] і К. Марселло (Keller Marcello) [18] як творче мислення (*creative thinking*). Вченими розрізняються два види творів — творчі твори та нетворчі. Саме перші, на думку багатьох авторів, становлять об'єкт охорони авторського права. Під творчістю фізичних осіб розуміють діяльність, результат якої заздалегідь не відомий не тільки авторів, а й третім особам.

Отже, можна дійти висновку, що існує відмінність продуктивного (або творчого) мислення від репродуктивного мислення, тобто відтворення готових, таких, що існували раніше, ідей. До другого типу мислення належать випадки, коли людина виробляє за правилами формальної логіки в рефлексивному порядку розумові акти й отримує при цьому заздалегідь детермінований (зумовлений) результат. Проте у сфері медицини і при продуктивному, і при репродуктивному мисленні розумовий процес може завершу-

ватися певним результатом або не мати останнього. Вчений-медик може алгоритмічно відтворювати певну процедуру (наприклад, прописану у відповідному клінічному протоколі за наявності певної нозології) та отримати результат, не зумовлений попереднім досвідом доказової медицини, на підставі якого власне і формувалися загальновідомі клінічні протоколи, а абсолютно новий і неочікуваний. Більше того, такий результат може мати одичне емпіричне підтвердження, зумовлене фізіологічними, генетичними, фенотипічними особливостями певного пацієнта. Проте така вибірковість результату не позбавляє його наукової цінності для медичної науки та правової охорони механізмами авторського права. Так, у наведеному прикладі об'єкт авторського права став результатом інтелектуальної діяльності, але чи мала ця діяльність ознаки творчості?

Спробуємо співвіднести поняття творчої та інтелектуальної діяльності. Одразу зазначимо, що юриспруденція часто отожднює ці поняття, опосередковуючи визначення одного через інше. Судова практика також не дає однозначної відповіді на запитання про те, що потрібно розуміти під творчістю та творчою діяльністю. Судові органи розглянули питання про наявність у діяльності авторів ознак творчості лише щодо деяких видів творів (частин твору), таких, як програма телепередач, дизайн-макет художнього оформлення упаковки, назва літературного твору. При цьому не розкривається зміст поняття творчості, не формулюються її ознаки, на підставі яких можна було б цю творчість визначити.

Натомість, феномен творчості та творчої діяльності є предметом наукового інтересу психології. Класичним науковим твором є праця Я. Понамарьова «Психологія творчого мислення» [19]. За Я. Понамарьовим, головна характеристика творчості — створення нового. Серед сучасних позицій науковців стосовно природи творчості ви-



діляють два підходи. У межах першого творчість розглядають як діяльність, спрямовану на створення нових суспільно значущих цінностей, основну увагу приділяючи критеріям об'єктивної новизни й оригінальності продуктів творчої діяльності. Другий підхід пов'язує творчість із самореалізацією людини, з розвитком мотивації її творчої діяльності. Критерій творчості в такому разі, її цінність — особистість людини, а не тільки продукти творчої діяльності [20].

Думаємо, що юриспруденція повинна послуговуватись антропософським визначенням понять інтелектуальної та творчої діяльності, керуючись принципом необхідності та достатності при визначенні характерних ознак цих понять. Інтелектуальна діяльність — це продуктивна діяльність людини, зміст якої підпорядкований логіці отримання результату, який може містити як ідеальну, так і матеріальну складову. Інтелектуальна діяльність є складовою творчої діяльності, що поділяється в психології на: художню, музичну, образотворчу, технічну, наукову, ігрову, навчальну, побутову, комунікативну, управлінську, ситуаційну, військову.

У психології дотримуються позиції, що специфіка наукової творчості полягає в домінуванні теоретичного мислення, хоча останнім часом, коли виникло безліч нових наукових напрямів, найчастіше переважає комбіноване мислення — теоретико-практичне. Психологи виділяють типове мислення фізика, хіміка, біолога, медика тощо. Художню творчість розглядають, насамперед, не в аспекті створення чогось нового в певній галузі культури, а в контексті самореалізації людини-творця. Здатність до творчості пов'язана з якимось видом діяльності чи навіть культурою загалом. Без цього вона не може актуалізуватися, реалізуватися на практиці. Наприклад, здібність людини до музичної (математичної) творчості зу-

мовлює постійне оновлення музичних форм (математичних теорій), що потрапляють у поле діяльності такої людини. На що ж насамперед спрямовано цей творчий дар? На думку психологів, процес розвитку людини в певному сенсі можна назвати «створенням себе» — більш-менш повною реалізацією вищого Я в її самосвідомості та діяльності.

Як бачимо, психологія творчості підводить нас до розуміння відмінності природи літературного художнього твору (мистецького твору) та твору науки. Незважаючи на те, що Бернська конвенція з охорони літературних і художніх творів від 09.09.1886 року в редакції 1971 року відносить твори науки до категорії «літературні і художні твори», твори науки за природою свого створення суттєво відрізняються від інших творів, належних до цієї групи. Твір науки — сукупність вироблених і теоретично систематизованих об'єктивних знань про дійсність, він може виникнути в результаті як наукової творчої діяльності, так і в результаті інтелектуальної діяльності, що відтворює усталений алгоритм дій для отримання прогнозованого результату, наприклад певного терапевтичного ефекту.

Твір науки створюється в результаті проведення наукових досліджень (Лектинова гістохімія нирки щура в динаміці постнатального онтогенезу та при експериментальному цукровому діабеті [21]) або теоретичних узагальнень (Використання оновленого списку гістологічної термінології в морфології та кардіології [22]). Він адресований певному колу фахівців відповідної наукової сфери. Твір науки покликаний задовольнити не естетичні почуття, а потребу людства в пізнанні нового (задовольнити інтелектуальні емоції) [23].

Звертаючись до вітчизняного законодавства за легальним поняттям наукового твору, ми не знаходимо його ні в системі норм законодавства у сфері

авторських правовідносин, ні в законодавстві, що регулює відносини в сфері наукової діяльності. Опосередковано можемо визначити синтетичне поняття науково твору через такі проміжні юридичні категорії, як наукова робота, науковий результат, науково-прикладний результат і науково-технічний результат, закріплені в Законі України «Про наукову і науково-технічну діяльність».

Так під науковою роботою розуміють дослідження з метою одержання наукового результату, що є новим знанням, одержаним в процесі фундаментальних або прикладних наукових досліджень, і зафіксоване на носіях наукової інформації у формі звіту, наукової праці, наукової доповіді, наукового повідомлення про науководослідну роботу, монографічного дослідження, наукового відкриття тощо. Під науково-прикладним результатом законодавець розуміє нове конструктивне чи технологічне рішення, експериментальний зразок, закінчене випробування, розробку, що впроваджена чи може бути впроваджена у суспільну практику. Науково-прикладний результат може бути у формі звіту, ескізного проекту, конструкторської або технологічної документації на науково-технічну продукцію, натурального зразка тощо. Науково-технічні (експериментальні) розробки — науково-технічна діяльність, спрямована на створення нових матеріалів, продуктів, процесів, пристроїв, технологій, систем і надання нових послуг або на істотне вдосконалення тих, які вже виробляються (надаються) чи введені в дію.

Отже, узагальнюючи законодавство в сфері авторського права та законодавство в сфері наукової діяльності, можемо дійти проміжного висновку, що загалом під науковим твором як предметом авторських правовідносин, потрібно розуміти результат наукової діяльності, об'єктивізований у носіях наукової інформації. Виходячи з мети цього дослідження, така дефініція

наукового твору є проміжною на етапі певних узагальнень і не враховує особливостей сфери охорони здоров'я.

Розглянемо ознаки наукового твору в сфері медицини.

Американський учений Дж. Сі. Кауфман (*James C. Kaufman*) вирізняє чотири основні детермінанти на шляху до творчої діяльності людини:

- 1) її особисті ресурси, тобто розум, темперамент, сила тощо;
- 2) джерела підтримки та керівництва (різні норми, інструкції, рекомендації), що надають їй можливості орієнтуватись у світі;
- 3) можливості (чи перешкоди) для виконання особистих цілей залежно від соціальної приналежності, раси, віку, статі, а також ситуації у світі (війни, депресії, значні соціальні зміни та ін.);
- 4) власні зусилля особистості, її діяльність. Природна творча активність людини проявляється в діяльності, зовнішня соціальна форма якої — праця, що охоплює і психічну, і фізіологічну сфери життя. Людям, які займаються творчістю, доводиться переборювати багато труднощів. Це різні бар'єри, антистимулятори, що більшою чи меншою мірою негативно впливають на творчий процес [24].

Детермінанти творчості наведені в авторській послідовності, ймовірно за ступенем значення у психології, щодо юриспруденції, то для нас важливою є друга детермінанта, яка обмежує наукову творчість у сфері наукового пізнання, предметом котрої є людина, з позиції етичності відповідно до наведених вище норм міжнародного права.

Вимоги етичності висуваються не лише до змісту твору в сфері біомедицини, але й до способу досягнення відповідного наукового результату. Отже, визначаючи зміст авторського договору замовлення в сфері охорони здоров'я, варто передбачити положення щодо необхідності дотримання стандартів GCP (належної клінічної



практики) [25]. Недотримання таких стандартів може призвести до неможливості подальшої комерціалізації предмета договору, позаяк неетичність змісту та способу досягнення відповідного наукового результату виключає останній з поля офіційної науки.

Зазначимо, рішення щодо відповідності наукової діяльності принципам медичної деонтології вирішується Комітетом з біоетики НАН України [26], Центральною комісією з питань етики МОЗ України та локальними етичними комітетами, що функціонують відповідно до Наказу МОЗ України «Типове положення комісії з питань етики при лікувально-профілактичних закладах, у яких проводяться клінічні випробування» від 23.09.2009 року № 790 в усіх навчальних і науково-дослідних інституціях, предметом дослідження яких є людина.

Проте на практиці відомі випадки, коли неетичність відповідного наукового результату з'ясовується лише *post factum*. Класичним прикладом є справа «Дисциплінованість за Мільграмом». Пацієнти були поінформовані, що під час експерименту досліджуватиметься особливість мозкової діяльності в процесі опанування певного навчального матеріалу й у разі допущення помилок піддослідні будуть уражатися безпечним для життя, проте болісним ударом електричного струму. У реальності жодних електричних ударів не планувалося, справжньою метою експерименту було виявлення особливостей прояву певних неврологічних захворювань у стані стресу. Незважаючи на те, що участь в експерименті брали люди, котрі надали свою інформовану згоду, цей експеримент розглядається в юридичній і медичній науковій літературі як неетичний, оскільки принижує гідність особи. Річ у тім, що, як було виявлено після завершення експерименту, частина учасників погодилася брати в ньому участь через певні особистісні деформації у формі садомазохістських відхилень [27].

Відповідно до положень Гельсінської декларації, наукові дослідження в галузі біології та медицини здійснюються безперешкодно за умов дотримання положень цієї Декларації та інших правових положень, які гарантують захист людини. Наукове дослідження на людині може проводитися тільки за умов відсутності альтернативи, ефективність якої була б аналогічною ефективності досліджень на людині. Ризики, на які може наражатися така особа, мають бути співмірні потенційній користі від дослідження. Проект такого дослідження має бути затверджений компетентним органом після проведення незалежної експертизи його наукової цінності, включаючи оцінку важливості мети дослідження, та міждисциплінарного розгляду його прийнятності з етичного погляду. Особи, на яких проводяться дослідження, мають бути поінформовані про їхні права та гарантії, встановлені законодавством для їхнього захисту. Будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи. Такій особі заздалегідь надається відповідна інформація про мету та характер втручання, а також про його наслідки і ризики. Відповідна особа в будь-який час може безперешкодно відкликати свою згоду (ст. 45 Основ законодавства про охорону здоров'я).

Теорія медичного експерименту передбачає, що його результат щодо стану здоров'я пацієнта може бути як позитивний, так і негативний, або може бути взагалі відсутній [28].

Повернімося до наведених вище особливостей творчої діяльності та її виду інтелектуальної діяльності, результатом якої має стати науковий твір у сфері охорони здоров'я. Очевидним, на нашу думку, є те, що науковий твір, отриманий у результаті наукового терапевтичного експерименту та в результаті медичного наукового експерименту в своїх основі містить новизну як у



змісті, так і в процесі отримання такого результату. Натомість новий науковий результат, отриманий в результаті усталеної клінічної практики на основі затверджених клінічних протоколів, новизни у процесі отримання не містить, проте вона може бути наявною в його змісті.

Чи авторський договір замовлення повинен враховувати такі особливості отримання наукового результату у сфері охорони здоров'я? На нашу думку, безперечно так, оскільки, як науковий твір, що відображає відповідний науковий результат, так і процес його досягнення можуть становити два різні предмети договірної регулювання. Кому належатиме новий науковий результат, отриманий на основі зареєстрованого клінічного протоколу? Звісно, що клінічний протокол як нормативний акт, затверджений МОЗ України, не підпадає під охорону авторського права, проте корективи до протоколу, зміни, що дозволяють досягнути швидшого одужання,

виразнішого терапевтичного ефекту об'єктивовані у відповідних наукових творах (статтях, монографіях тощо) безперечно є об'єктами авторського права. Одним із прикладів може слугувати коментар С. Малярова до «Практичного керівництва ведення пацієнтів з біполярним розладом», викладений у формі наукової статті [29]. Який же обсяг правової охорони наукового твору в сфері охорони здоров'я? Якщо вдатися до аналогії з правом промислової власності, то нам потрібно звернутися до поняття змісту твору. Без останнього ми не зможемо визначитися також і з обсягом прав, що належать творцеві. Проте традиційно у авторському праві змісту твору відводиться другорядна роль і перевага надається формі, цій проблемі будуть присвячені наші подальші публікації. ♦

Список використаних джерел

1. *Критерії діагностики і психотерапії розладів психіки та поведінки [Електронний ресурс] / під ред. Б. В. Михайлова, С. І. Табачнікова, О. К. Напреєнка, В. В. Домбровської // Новості харьковської психіатрії. — Харків, 2003. — Режим доступу : <http://www.psychiatry.org.ua/books/criteria>.*
2. *Авторські прописи. Фармацевтичний довідник / П. В. Олійник, Р. Д. Говзан, Є. В. Бокшан, Р. І. Дячишин. — Львів : Медицина світу, 2002. — 204 с.*
3. *Медична ембріологія за Лангманом : підручник / Т. Садлер (пер. з англійської). — Львів, Наутілус, 2001.*
4. *Наказ Державної авіаційної служби «Правила медичного забезпечення і контролю польотів цивільної авіації України» від 05.12.2005 року № 920 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : www.gada.gov.ua.*
5. *Харьков Л. В. Атлас хирургических стоматологических заболеваний челюстно-лицевой области у детей / Л. В. Харьков, Л. М. Яковенко, І. Л. Чехова. — [б. м.], Книга-плюс, 2012. — 504 с.*
6. *Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения / Г. Ф. Шершеневич. — Казань, 1891.*
7. *Штефан О. Деяко до питання про порушення у сфері авторського права / О. Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2009. — № 6.*
8. *Канторович А. Я. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения / А. Я. Канторович. — Петроград, 1916.*



9. Гаврилов Э. П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар / Э. П. Гаврилов. — М. : Юрид. лит., 1988. — С. 10.
10. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М. : Изд-во Академии наук СССР, 1956. — С. 32.
11. Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебской практике / В. Я. Ионас. — М. : Юридическая литература, 1963.
12. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве / В. Я. Ионас. — М. : Юридическая литература, 1972.
13. Кузнецов Б. Г. Эйнштейн. — М.: Изд-во АН СССР, 1963. — С. 319; Кузнецов Б. Г. Этюды об Эйнштейне. — М. : Наука, 1965. — С. 281, 282.
14. Бехтерева Н. П. О мозге человека / Н. П. Бехтерева. — СПб., изд. НотаБене, 1994. — 248 с.; Бехтерева Н. П. Магия Творчества и психофизиология (Факты, соображения, гипотезы); Бехтерева Н. П. Живой Мозг Человека, и как его исследуют (лекция). — М., 2007.
15. Гордон М. В. Советское авторское право / М. В. Гордон. — М. : Госюриздат, 1955.
16. Антимонов Б. С. Авторское право / Б. С. Антимонов, Е. А. Флеишиц. — М. : Госюриздат, 1967.
17. Dowd Raymond J. Copyright Litigation Handbook (1st ed.) / R. J. Dowd. — Thomson West, 2006.
18. Sorce Keller M. Originality, Authenticity and Copyright / Sorce Keller Marcello. — *Sonus*, VII(2007), №. 2. — PP. 77–85.
19. Понамарьев Я. О. Психология творческого мышления / Я. О. Понамарьев. — М., 1960.
20. Туриніна О. Л. Психологія творчості : навч. посібн. / О. Л. Туриніна. — К. : МАУП, 2007. — 159 с.
21. Амбарова Н. О. Лектинова гістохімія нирки щура в динаміці постнатального онтогенезу та при експериментальному цукровому діабеті: дис... канд. мед. наук / Н. О. Амбарова. — Львів, 2010.
22. Чайковський Ю. Б. Використання оновленого списку гістологічної термінології в морфології та кардіології / Ю. Б. Чайковський, О. Д. Луцик, С. Б. Геращенко, О. І. Дельцова // *Ліки України*. — 2012. — № 1(157). — С. 13–14.
23. Психологічний словник / за ред. В. І. Войтка. — К. : Вища школа, 1982. — 214 с.
24. Kaufman James C. Beyond Big and Little: The Four C Model of Creativity / C. James Kaufman // *Review of General Psychology*. — 2009. — Vol. 13. — № 1, 1–12.
25. Наказ МОЗ України «Про затвердження Уніфікованої методики з розробки клінічних настанов, медичних стандартів, уніфікованих клінічних протоколів медичної допомоги, локальних протоколів медичної допомоги (клінічних маршрутів пацієнтів) на засадах доказової медицини» № 798.
26. Постанова Президії НАН України від 13.07.1998 року № 278.
27. Планирование и проведение клинических исследований / под ред. Ю. Б. Белоусова. — М. : Из-во Общества клинических исследований. — 2000.
28. Sterkowicz S. Eksperymenty medyczne na ludziach / S. Sterkowicz // *PIZ*. — 1984. — № 13.
29. Маляров С. А. Комментарий к «Практическое руководство по ведению пациентов с биполярным расстройством» / С. А. Маляров // *Нейро News: Психоневрология и нейропсихиатрия*. — № 4 (31). — С. 45–47

Надійшла до редакції 29.08.2013 року

ПРОМИСЛОВИЙ ЗРАЗОК ЯК ОБ'ЄКТ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПИТАННЯ ПРАВОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ

Олеся Харченко,

доцент кафедри інтелектуальної власності Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент

Відносини інтелектуальної власності в цивільно-правовій сфері розвиваються надзвичайно динамічно, чому сприяє й інтенсивний розвиток науково-технічної діяльності у світі. Об'єкти інтелектуальних прав є важливою складовою ринкового обороту, особливе місце серед них відводиться промислового зразку. Зовнішній вигляд виробу, його естетичні характеристики суттєво впливають на якість виробу та визначають попит на нього, впливаючи на його конкурентоздатність. Значення промислових зразків як об'єктів інтелектуальної власності, збільшується, а їхні власники та володільці намагаються отримати на них належну охорону і, відповідно, заборону третім особам на вільні їх використання та інтерпретацію. Зазначене зумовлює потребу в належному правовому врегулюванні відповідних відносин, адже законодавство змінюється повільними темпами, не завжди враховується зарубіжний досвід, хоча проблеми охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності, зокрема, на промислові зразки, є схожими в усіх країнах. Усе це зумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Теоретичні дослідження, тією чи тією мірою пов'язані з промисловим зразком як об'єктом інтелектуальної власності, здійснювали як вітчизняні, так і зарубіжні вчені: Е. Гаврилов, В. Джермакян, В. Дроб'язко, Е. Дубовський, В. Єременко, Н. Обухова, О. А. Підпригора, В. Сеньковський, О. Сергєєв, Г. Шершеневич та ін.

У спеціальній літературі досліджуються критерії патентоспроможності промислового зразка. Однак перед тим, як розглянути критерії в їх сукупності, доречним є аналіз чинного законодавства України, що закріплює критерії придатності промислового зразка для набуття права інтелектуальної власності на нього. Так, відповідно до ч. 1 ст. 461 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) промисловий зразок вважається придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо він, відповідно до закону, є новим. Із змісту ст. 6 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» [1] (далі — Закон) також випливає один критерій, що має бути притаманний промислового зразку для відповідності його патентоспроможності — він має бути новим. Одночасно, є певні відмінності у застосованій законодавцем термінології. Так, у ст. 461 ЦК України йдеться про те, що промисловий зразок має бути новим як умова придатності для набуття права інтелектуальної власності на нього, а в Законі — для відповідності його патентоспроможності, що потребує редагування положень останнього. Як бачимо, законодавець виокремив лише критерій новизни для придатності для набуття прав інтелектуальної власності на нього. Зазначене вказує на визначальне значення цього критерію, котрий, як видається, все ж не може бути єдиним критерієм, який визначатиме придатність промислового зразка для набуття прав інтелектуальної власності на нього.



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

Розглянемо критерій «новий». Під новим розуміють не просто те, що виникає вперше, а головним чином те, що має майбутнє, що за перших історичних обставин рухає та спрямовує розвиток явища, те, що більш прогресивне, порівняно з попереднім. Нове характеризується особливими рисами: воно є закономірним наслідком попереднього розвитку; нове вбирає все багатство, все позитивне старого; перетворює спадщину старого відповідно до умов, які змінилися; набуває таких властивостей, елементів зв'язку, які прискорюють рух уперед [2, 449]. В спеціальній літературі аналізується критерій новизни. Так, промисловий зразок визнається новим, якщо сукупність його суттєвих ознак не стала загальновідомою у світі до дати подання заявки до установи або заявлено пріоритет до дати його пріоритету [3, 278]. Промисловий зразок визнають новим, якщо відомості про сукупність його суттєвих ознак, які визначають естетичні й (або) ергономічні особливості виробу, стали загальнодоступними у світі до дати встановлення пріоритету промислового зразка. Під суттєвими ознаками, що визначають естетичні й (або) ергономічні особливості виробу, розуміють ознаки, властиві художньо-конструкторському рішенню, кожна з яких необхідна, а всі разом достатні для створення зорового виразу виробу. Правову охорону надають лише тим промисловим зразкам, які мають абсолютну світову новизну [3, 280–281]. Промисловий зразок відповідає умовам патентоздатності, якщо він новий і промислово придатний. Він визнається новим, коли сукупність його суттєвих ознак не стала загальновідомою у світі до дати подання заявки до установи або, якщо заявлено пріоритет — до дати її пріоритету [4, 147–148].

Безумовно погоджуючись із необхідністю наявності такого критерію, як новизна, для характеристики промислового зразка потрібно розглянути й інші критерії, що в науковій літера-

турі вказуються, як необхідні для надання правової охорони промисловим зразкам.

Так, О. Сергеев, серед інших, виділяє такий критерій, як промислова придатність, та вказує на його важливість. Зокрема, він зазначає, що саме можливість відтворення, тобто можливість виготовлення копій виробу такого ж зовнішнього вигляду, робить актуальною патентно-правову форму охорони оригінального художньо-конструкторського рішення. Водночас, у науковій літературі висловлюється думка, що цей критерій не потрібно зберігати в законодавстві [5, 442]. Так, Нгуен Суан Тху, аналізуючи законодавство В'єтнаму, зауважує, що потрібно відмовитись від критерію «промислова придатність», адже при сучасному рівні розвитку науки та техніки, практично будь-який промисловий зразок може бути багаторазово відтворений шляхом виготовлення відповідного виробу. Додатково він вказує, що це відповідатиме й вимогам угоди TRIPS та В'єтнам-Американській Угоді, де такий критерій відсутній [6]. У чинному законодавстві Росії (ст. 1352 ЦК РФ) не було збережено такого критерію, як промислова придатність, аналіз якого на основі Патентного закону РФ здійснював О. Сергеев. За законодавством РФ правова охорона не надається, зокрема, об'єктам нестійкої форми з рідких, газоподібних, сипучих і подібних речовин (ч. 5 ст. 1352 ЦК РФ) [7]. У ч. 3 ст. 5 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» також закріплено аналогічне положення. Такі об'єкти якраз і не є промислово придатними, тому що через нестабільність форми не можуть бути збережені в стійкому вигляді та відтворені з метою промислового використання. Тож промислова придатність справді не є сьогодні критерієм, який дозволив би об'єктивно виокремити промисловий зразок як такий, якому може бути надана правова охорона, а чинне законодавство в цій частині містить винят-

ки, що дозволяють виділити об'єкти, які правовій охороні не підлягають.

У напрямі виділення критеріїв, які дають підстави вважати промисловий зразок таким, що підлягає правовій охороні, ведеться як наукова, так і законотворча діяльність. Так, проектом Закону України [8] передбачено, зокрема, таку редакцію ст. 461 ЦК України: «1. Промисловий зразок вважається придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо він відповідно до Закону є новим і своєрідним. 2. Об'єктом промислового зразка можуть бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, що визначають зовнішній вигляд виробу у цілому або його частини». Відповідне доповнення запропоновано і до ст. 6 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»: «пункт 1 після слів “є новим” доповнити словами “і своєрідним”». Законопроектом рекомендується також доповнити ст. 2 названого Закону п. 22 такого змісту: «промисловий зразок визнається своєрідним, якщо загальне враження, яке він справляє на інформованого користувача, відрізняється від загального враження, яке справляє на такого користувача будь-який інший промисловий зразок, який був оприлюднений».

У такому значенні, що його надали автори законопроекту критерію «своєрідний», він збігається з критерієм «оригінальний». Адже оригінальність — критерій творчої діяльності людини, певна якість творчого продукту. Оригінальність — це неповторність бачення світу людиною-творцем, її унікальна своєрідність [2, 468].

Головне управління у своєму висновку на аналізований проект Закону України не побачило необхідності в доповненні ознак придатності для набуття права інтелектуальної власності на промисловий зразок його своєрідністю, як це пропонується в ч. 1 ст. 461 ЦК України. Це пояснює тим, що, на думку Головного управління,

своєрідність або оригінальність є складовою іншої ознаки — новизни — що є у чинній редакції згаданої статті. Тож пропонується також вилучити зі змін до ст. 6 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» її доповнення п. 22 [9].

Не погоджуючись з таким висновком, вважаємо за потрібне звернути увагу на доцільність впровадження критерію «оригінальність» для набуття промисловим зразком правової охорони. Так, на оригінальність як умову патентоздатності промислового зразка вказує Р. Ханбеков [10]. Нгуен Суан Тху, констатуєчи відсутність такого критерію в законодавстві В'єтнаму, пропонує введення критерію оригінальності в законодавство про промислові зразки [6]. О. Сергеев зазначає, що правова охорона надається тим промисловим зразкам, які є новими, оригінальними та мають промислове застосування [5, 434]. Автор вказує, що термін «оригінальність» збігається з найбільш поширеною назвою цієї ознаки у світовій практиці [5, 440]. Перевірка оригінальності передбачає визначення найбільш близького аналога, виявлення істотних ознак, що збігаються заявленої промисловий зразок від найближчого аналога, виявлення із відомостей, які стали загальнодоступними у світі до дати пріоритету художньо-конструкторські рішення, які мають ознаки, що співпадають з відмінними ознаками промислового зразка, що розглядається. Промисловий зразок визнається оригінальним, якщо хоча б для однієї з його істотних відмінних ознак, включених заявником у перелік, не виявлені художньо-конструкторські рішення, яким притаманна така ознака [5, 441].

Процедура експертизи заявок на промислові зразки в РФ передбачає перевірку таких зразків на новизну й оригінальність. Так, перевірка оригінальності промислового зразка проводиться, зокрема, коли встановлено відповідність заявленого промислово-



го зразка такій умові патентоспроможності, як новизна. Перевірка оригінальності поділяється на три етапи, перший з яких проводиться з метою виключення надання правової охорони промислового зразку, належного до виробу, зовнішній вигляд якого справляє таке ж загальне візуальне значення, що його справляє відомий виріб — найближчий аналог (ефект імітації зовнішнього вигляду відомого виробу). На другому етапі проводиться порівняльний аналіз виявлених істотних ознак промислового зразка, що перевіряється, представленою на зображеннях виробу, з ознаками найближчого аналогу з метою виявлення відмінностей ознак промислового зразка, що перевіряється від ознак найближчого аналогу, а потім проводяться аналіз і оцінка відмінностей. На третьому етапі в доповнення до виявлення найближчого аналогу проводиться пошук відомостей про рішення, які визначають зовнішній вигляд виробів того ж, однорідного чи іншого призначення, які мають ознаки, які співпадають з існуючими відмінними ознаками промислового зразка, який перевіряється. У разі виявлення таких відомостей здійснюється порівняння естетичних і/чи ергономічних особливостей промислового зразка, що перевіряється, зумовлених його істотними відмінними ознаками, і особливостей виявлених рішень, обумовлених ознаками, що збігаються з відмінними ознаками промислового зразка, який перевіряється (п. 2.3) [11].

З огляду на зазначене вище потрібно зауважити, що Україна приєдналася до Марракеської угоди про заснування СОТ, невід'ємними частинами якої є угоди та пов'язані з ними правові документи, включені до її додатків. Однією з таких угод є Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) [12]. Згідно ч. 1 ст. 25 Угоди TRIPS, члени повинні забезпечувати охорону незалежно розроблених промислових зразків, які є новими або оригінальними.

У ЄС діє Директива 98/71/ЄС від 13.10.1998 року щодо правової охорони промислових зразків (дизайнів) (Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13.10.1998 on the legal protection of designs). Згідно з нею, промислового зразку (дизайну) надається правова охорона, якщо він новий і має індивідуальний характер (тобто враження від дизайну повинно відрізнятися від загального враження, котре справляють відомі на дату подання заявки дизайни) [13]. Фактично, під критерієм «індивідуальний характер» розуміються оригінальність промислового зразка ЄС.

Як бачимо, в більшості країн світу у законодавстві про промисловий зразок міститься, крім критерію новизни і обов'язковий інший критерій, що дозволяє відрізнити промисловий зразок, щодо якого вирішується питання надання правової охорони, від інших промислових зразків, з урахуванням відмінностей, особливостей, індивідуальних та неповторних його характеристик. Вибір назви такого критерію («своєрідність», «оригінальність», «індивідуальний характер») має здійснюватись шляхом семантичного термінотворення, зважаючи на філологічні особливості мовлення у нашій країні та юридичну термінологію закріплену у відповідному законодавстві. Беручи до уваги все вищезазначене, видається, що термін «оригінальність» є максимально влучним для характеристики критерію, котрий він позначатиме, а його впровадження у законодавство України є доцільним, воно дозволить гармонізувати національне законодавство у сфері інтелектуальної власності з міжнародними вимогами у цій сфері та сприятиме більш комплексній охороні прав власників і володільців права інтелектуальної власності на промисловий зразок. ♦



Список використаних джерел

1. Закон України «Про охорону прав на промислові зразки» від 15.12.1993 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://zakon1.rada.gov.ua>
2. Філософський словник / за ред. В. І. Шинкарука. — 2. вид., перероб. і доп. — К. : Голов. ред. УРЕ, 1986. — 800 с.
3. Дроб'язко В. С. Право інтелектуальної власності : навч. посібник / В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 512 с.
4. Право інтелектуальної власності : підручник для студентів вищих навч. закладів / за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2002. — 624 с.
5. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учеб.-2-е изд. переаб. и доп. — М. : ТК Велби, 2003. — 752 с.
6. Нгуен Суан Тху. Правовая охрана промышленных образцов во Вьетнаме : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 [Электронный ресурс] / Нгуен Суан Тху. — Москва, 2004. — Режим доступа : <http://www.dissercat.com>.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]. — Режим доступа до ресурсу : <http://www.base.garant.ru/10164072>.
8. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів з питань інтелектуальної власності» (реєстр. № 7205 від 04.10.2010 року) [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
9. Висновок Головного управління на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів з питань інтелектуальної власності» (реєстр. № 7205 від 04.10.2010 року) [Електронний ресурс] . — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
10. Ханбеков Р. Р. Правовая охрана промышленных образцов в России : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 [Электронный ресурс] / Р. Р. Ханбеков. — Москва, 2004. — Режим доступа у ресурсу : <http://www.dissercat.com>.
11. Приказ Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам «Об утверждении Рекомендаций по вопросам экспертизы заявок на промышленные образцы» от 31.03.2008 года № 48 [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://www.base.garant.ru/10164072>.
12. Закон України «Про ратифікацію Протоколу про вступ України до Світової організації торгівлі» // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2008. — № 23. — Ст. 213. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
13. Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13.10.1998 on the legal protection of designs [Electronic resource]. — Access mode : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0071:EN:HTML>.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «НОВИЗНА», «ІНДИВІДУАЛЬНИЙ ХАРАКТЕР» І «СВОЄРІДНІСТЬ» ПРОМИСЛОВИХ ЗРАЗКІВ У ЗАКОНОДАВСТВІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА В ПРОЕКТІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ

Ганна Юдіна,

аспірант, науковий співробітник відділу узагальнення експертної та судової практики НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Актуальність теми дослідження. Однією з найважливіших умов для вступу України до ЄС є удосконалення українського законодавства, зокрема й у сфері інтелектуальної власності.

Законодавство ЄС щодо правової охорони промислових зразків, робота над яким велася понад 10 років, викликає великий інтерес. У результаті цієї роботи було прийнято Директиву Європейського Парламенту та Ради № 98/71 ЄС «Про правову охорону промислових зразків» від 13.10.1998 року (далі — Директива ЄС) [1], в якій визначено загальні засади правової охорони промислових зразків, і Регламент Ради ЄС «Про промислові зразки Спільноти» від 12.12.2001 року № 6/2002 [2], в якому визначено умови надання правової охорони зареєстрованим та незареєстрованим промисловим зразкам.

У цій статті для спрощення викладення матеріалу будуть посилання лише на Директиву ЄС [1].

Однією з основних проблем, пов'язаних з правовим регулюванням охорони, використання та захисту промислових зразків є зіткнення прав на зазначений об'єкт з правами на інші об'єкти інтелектуальної власності, а саме: з правами на об'єкти авторського права та з правами на знаки для товарів і послуг. Зважаючи на вищенаведене, необхідно зазначити, що виникає необхідність у вдосконаленні процедури набуття прав на промисловий зразок, а також у підвищенні ефективності правової охорони зазначених об'єк-

тів, а саме: в отриманні більш широкої та надійної правової охорони.

Метою цього дослідження є аналіз основних положень щодо перевірки новизни й індивідуального характеру, що використовуються в ЄС та проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законів України з питань інтелектуальної власності» (далі — проект Закону) [3], для встановлення відповідності промислового зразка умовам надання правової охорони та виявлення співвідношень і розбіжностей в основних положеннях щодо перевірки відповідності промислового зразка умовам надання правової охорони що містяться у проекті Закону та у Директиві ЄС [1], для підготовки пропозицій по вдосконаленню законодавства України щодо правової охорони промислових зразків.

Ступінь розробки досліджуваного питання. Деякі питання правової охорони промислових зразків в Україні та ЄС, а також питання гармонізації національного законодавства щодо охорони прав інтелектуальної власності до законодавства ЄС досліджувались Ю. Капіцею. Крім того, питання системи охорони промислових зразків у державах-членах ЄС та питання охорони промислових зразків в ЄС та Україні (порівняльно-правовий аналіз) розглядалися Л. Роботяговою в колективній монографії за науковою редакцією О. Орлюк.

У Директиві ЄС [1], зокрема, зазначено, що права охорони надається промислового зразку тією мірою,

в якій він є новим та має індивідуальний характер.

Ст. 4 Директиви ЄС [1] встановлено, що промисловий зразок визнається новим, якщо до дати подання заявки на реєстрацію, або, якщо було заявлено пріоритет — до дати пріоритету, ніякий ідентичний промисловий зразок не був доведений до загального відома. Промислові зразки вважаються ідентичними, якщо їхні суттєві ознаки розрізняються лише в несуттєвих деталях.

Отже, перевірка відповідності промислового зразка умові надання правової охорони «новизна» складається з двох етапів:

- 1) перевірки відповідності промислового зразка вимозі загальнодоступності, що висувається до відомостей, які розкривають протиставлений промисловий зразок;
- 2) порівняння заявленого промислового зразка з протиставленим промисловим зразком, з метою встановлення наявності чи відсутності їх ідентичності.

Перший етап перевірки відповідності промислового зразка умові надання правової охорони «новизна» здійснюється на підставі ст. 6 Директиви ЄС [1], в якій зазначено, що відомості, які розкривають промисловий зразок, вважаються загальнодоступними, якщо вони були опубліковані у зв'язку з його реєстрацією, або з інших підстав, або він був продемонстрований, використаний у торгівлі, або став відомим іншим чином, крім тих випадків, коли зазначені події розумно не могли стати відомими в процесі здійснення звичайної підприємницької діяльності спеціалізованому колу осіб відповідного сектора економіки, до якого належить промисловий зразок, та які здійснюють свою підприємницьку діяльність у межах Співтовариства, до дати подання заявки на реєстрацію промислового зразка, або, якщо було заявлено пріоритет — до дати пріоритету.

Із зазначеної норми випливає, що європейським законодавством перед-

бачена не абсолютна, а відносна новизна промислового зразка.

Відносно цієї норми європейські спеціалісти в галузі інтелектуальної власності звертають увагу на те, що коло промислових зразків, які могли стати відомими із загальнодоступних відомостей, звужується до тих, які могли стати відомими спеціалістам країн ЄС у відповідній галузі економіки.

Як зазначає О. Алексеева: відхід європейського законодавця від концепції абсолютної світової новизни зумовлений винятково турботою за інтереси європейських виробників. Такий підхід суттєво обмежує можливість осіб, зацікавлених у спорі з виробником щодо недійсності реєстрації промислового зразка [4, 29].

Питання щодо того, які з випадків розкриття інформації про промисловий зразок у світі за межами ЄС підтверджуватимуть той факт, що промисловий зразок об'єктивно міг стати відомим європейським спеціалістам, є дискусійним.

Крім цього, необхідно зазначити, що ані Директива ЄС, ані Регламент ЄС не містять жодних роз'яснень з приводу тлумачення понять «спеціалізоване коло осіб відповідного сектора економіки» та «розкриття розумно не могло стати відомим в процесі здійснення звичайної підприємницької діяльності спеціалізованому колу осіб».

Водночас, промисловий зразок не вважається доведеним до загального відома, якщо він став відомим третій особі на умовах конфіденційності чи на умовах, які мали на увазі конфіденційність.

Розкриття інформації також не враховується, якщо промисловий зразок доведений до загального відома: автором, його правонаступником або третьою особою, що отримала інформацію про промисловий зразок від автора, його правонаступника чи в результаті дії, вчиненої автором або його правонаступником, протягом 12 місяців, до дати подання заявки на



промисловий зразок або, якщо заявлено пріоритет, — до дати пріоритету, а також у випадку, коли протиставлений промисловий зразок був розкритий в результаті зловмисних дій стосовно автора чи його правонаступника.

Особливістю перевірки новизни, відповідно до законодавства ЄС, також є те, що поряд з виставленими для загального ознайомлення промисловими зразками необхідні враховуватися промислові зразки ЄС або Держав-членів ЄС, які були подані на реєстрацію до дати подання заявки на промисловий зразок або до дати пріоритету, якщо він був заявлений, і опубліковані після цієї дати.

При встановленні ідентичності заявленого та протиставленого промислових зразків, здійснюється порівняння їх суттєвих ознак шляхом візуального зіставлення зазначених ознак.

Суттєвість ознак оцінюється експертом або суддею. При перевірці новизни необхідно виявити відмінності, якщо вони є, а потім оцінити, чи достатні вони для того, щоби проводити подальшу оцінку індивідуального характеру [4, 30].

Перевірка відповідності промислового зразка умові надання правової охорони «індивідуальний характер» здійснюється на підставі ст. 5 «Індивідуальний характер» та ст. 6 «Розкриття інформації» Директиви ЄС [1].

У ст. 5 Директиви ЄС [1] зазначено: промисловий зразок вважається таким, що має індивідуальний характер, якщо загальне враження, яке він справляє на інформованого користувача, відрізняється від загального враження, яке справляє на інформованого користувача будь-який інший промисловий зразок, доведений до загального відома до дати подання заявки на реєстрацію або до дати пріоритету, якщо він був заявлений.

При перевірці індивідуального характеру враховується ступінь свободи дизайнера при розробці промислового зразка.

Перевірка відповідності промислового зразка умові надання правової охорони «індивідуальний характер» складається з таких етапів:

- 1) перевірка на відповідність вимозі загальнодоступності, що висувається до відомостей, які розкривають протиставлений промисловий зразок;
- 2) порівняння загальних вражень, які справляють на інформованого користувача заявлений та протиставлений промисловий зразок, з метою встановлення збігів або не збігів загальних вражень.

Перевірка на відповідність вимозі загальнодоступності здійснюється на підставі ст. 6 Директиви ЄС [1] та по суті є та сама перевірка, що здійснюється і при встановленні новизни промислового зразка.

Перевірка відповідності промислового зразка вимозі «індивідуальний характер» полягає в порівнянні загальних вражень, які справляють заявлений і протиставлений промисловий зразок на інформованого користувача. При цьому має враховуватись ступінь свободи дизайнера.

На відміну від перевірки новизни промислового зразка, перевірка індивідуального характеру не потребує детального порівняння суттєвих ознак заявленого та протиставленого промислових зразків, оскільки при зазначеній перевірці важливо виявити не відмінності в ознаках, а відмінності у враженнях. Водночас, необхідно зауважити, що загальне враження більшою мірою залежить від «головних», домінуючих ознак. Отож оцінка ознак, з метою врахування їхнього внеску в загальне враження, що його справляє промисловий зразок, допомагає визначити й описати загальне враження.

Спеціалісти Відомства з гармонізації внутрішнього ринку зазначають, що промисловий зразок вважається таким, що має індивідуальний характер, якщо жоден з відомих промислових зразків не містить у собі усі «го-



ловні» ознаки такого промислового зразка. Індивідуальний характер також підтверджується, якщо у протиставленому промислового зразку наявні «головні» ознаки, що відсутні у промислового зразку, що перевіряється. Якщо ознаки протиставленого промислового зразка та промислового зразка, що перевіряється, сприяють формуванню загальних вражень, то індивідуальний характер промислового зразка, що перевіряється, підтверджується при незбігу хоча б однієї з ознак [5, 15].

При цьому необхідно зазначити, що зміст поняття «загальне враження» не розкритий ані в Директиві ЄС, ані в інших документах ЄС. На думку європейських спеціалістів у галузі інтелектуальної власності, термін «загальне враження» означає, що сприймати промисловий зразок необхідно тільки в цілому, а не ділити його на частини у пошуках відмінностей.

Отож, за змістом статей 5 та 6 Директиви ЄС загальне враження, яке призводить заявлений промисловий зразок, має відрізнитись від загального враження, яке призводить будь-який інший промисловий зразок, за винятком тих промислових зразків, відомості про які не могли стати відомими спеціалізованому колу осіб відповідного сектора економіки, до якого відноситься промисловий зразок, що здійснюють свою звичайну підприємницьку діяльність у межах Співтовариства.

На думку європейських спеціалістів у галузі інтелектуальної власності, ступінь свободи дизайнера, який повинен враховуватись при перевірці індивідуального характеру промислового зразка, залежить від функціонального характеру виробу, в якому втілений промисловий зразок і кількості найближчих аналогів промислового зразка.

Дослідження ступеня свободи дизайнера полягає у вивченні виробу, в якому втілений промисловий зразок, з метою встановлення його функціо-

нальних особливостей та у виявленні тих частин зовнішнього вигляду зазначеного виробу, котрі не можуть бути змінені чи можуть бути змінені несуттєво, оскільки вони зумовлені винятково технічною функцією. Для правильного виявлення таких частин необхідне проведення інформаційного пошуку та вивчення ряду найближчих аналогів. Вирішення зовнішнього вигляду деяких частин виробів також можуть бути обмежені вимогами міждержавних або державних стандартів.

Іншим фактором, який впливає на ступінь свободи дизайнера, є різноманітність відомих рішень, які утворюють аналоговий ряд. Тож, чим більша кількість найближчих аналогів, тим більшу винахідливість має проявити дизайнер при створенні промислового зразка, що справлятиме інше загальне враження. Тому навіть наявність незначних відмінностей у зовнішньому вигляді між заявленим та протиставленим промисловими зразками може стати підставою для висновку про те, що загальні враження, які створюють порівнювані промислові зразки, є різними.

Європейські спеціалісти звертають увагу на те, що при перевірці промислового зразка на відповідність вимогам новизни й індивідуального характеру промисловий зразок може порівнюватися з будь-яким іншим промисловим зразком, тобто з промисловим зразком, утіленим у будь-якому виробі, а не тільки у виробі того ж призначення.

Аналізуючи вищевикладене необхідно зазначити, що вимоги до перевірки відповідності промислового зразка умові «індивідуальний характер», встановлені ст. 5 Директиви ЄС з урахуванням ступеня свободи дизайнера, вступають у суперечність з вимогами, що висуваються до «новизни» промислового зразка, передбаченими ст. 4 Директиви ЄС стосовно промислових зразків з великою кількістю найближчих аналогів. Так, з одного



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

боку, згідно зі ст. 4 Директиви ЄС для визнання промислового зразка новим необхідна наявність суттєвих відмінностей між заявленим та протиставленим промисловими зразками, а для встановлення відповідності промислового зразка вимозі «індивідуальний характер», передбаченій ст. 5 Директиви ЄС з урахуванням ступеню свободи дизайнера, може бути достатньо й наявності незначних відмінностей у зовнішньому вигляді заявленого промислового зразка порівняно з протиставленим промисловим зразком.

Згідно з українським законодавством, права охорона надається промислового зразку, що не суперечить публічному порядку, принципам гуманності і моралі, та який відповідає умовам патентоспроможності. Відповідно до проекту Закону [3] промисловий зразок відповідає умовам патентоспроможності, якщо він є новим і своєрідним.

Стосовно зміни редакції визначення поняття «новизна» у проекті Закону [3] відсутні будь-які пропозиції, хоча ч. 2 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» (далі — Закон) [6] пропонується доповнити, зокрема, таким реченням: «Промислові зразки вважаються ідентичними, якщо вони відрізняються лише незначними елементами». Тож, необхідно зазначити, що з огляду на те, що визначення поняття «новизна» залишене без змін, а саме, згідно з ч. 2 ст. 6 Закону [6]: «Промисловий зразок визнається новим, якщо сукупність його суттєвих ознак не стала загальнодоступною у світі до дати подання заявки до Установи або, якщо заявлено пріоритет, до дати її пріоритету», доповнення ч. 2 ст. 6 Закону вищезазначеним реченням є недоцільним.

Щодо визначення поняття «ідентичність промислового зразка», що міститься у проекті Закону [3], необхідно зазначити, що воно відрізняється від визначення поняття «ідентичність промислового зразка», яке міститься у ст. 4 Директиви ЄС [1].

Так, відповідно до ст. 4 Директиви ЄС [1] промислові зразки вважаються ідентичними, якщо їх суттєві ознаки відрізняються лише в несуттєвих деталях, а згідно з проектом Закону [3] — якщо промислові зразки відрізняються лише незначними елементами.

Аналізуючи зміст вищенаведених визначень поняття «ідентичності промислового зразка», що містяться в Директиві ЄС [1] та проекті Закону [3], необхідно зазначити, що визначення поняття «ідентичності промислового зразка», наведене у Директиві ЄС, є більш вдалим, адже в цьому разі порівняння відбувається на звичному рівні, визначеному сукупністю суттєвих ознак промислового зразка. Умова ж «відрізняються лише незначними елементами» потребує додаткових визначень саме поняття «незначні елементи».

Згідно з проектом Закону [3], ст. 6 Закону [6] також пропонується доповнити п. 2¹ такого змісту:

«2¹. Промисловий зразок вважається таким, що став загальнодоступним у світі, якщо інформацію про нього було опубліковано в результаті реєстрації прав або з інших підстав, або його було виставлено на показ, використано у торгівлі або було доведено до загального відома, за винятком випадків, коли ці події не могли стати відомими у процесі провадження господарської діяльності особами, які спеціалізуються у відповідній галузі та провадять свою діяльність у межах України до дати пріоритету заявки, а за відсутності цієї дати — до дати подання заявки до Установи.

Для цілей застосування цього Закону особами, які спеціалізуються у відповідній галузі, вважаються виробники та розповсюджувачі виробів, які використовують промисловий зразок.

Не вважається таким, що був оприлюднений, промисловий зразок, який був розкритий третій особі, за умови збереження конфіденційності».

На відміну від ст. 6 Директиви ЄС [1], зазначена норма містить деякі су-

перечності. Так, з одного боку, вона передбачає світову новизну, а з другого — світова новизна обмежується відомостями, що могли стати відомими у процесі провадження господарської діяльності особами, які спеціалізуються у відповідній галузі та провадять свою діяльність в межах України. Водночас, позитивним моментом є те, що в проекті Закону [3], на відміну від Директиви ЄС [1], містяться роз'яснення щодо тлумачення поняття «особи, які спеціалізуються у відповідній галузі і провадять свою діяльність в межах України».

Згідно з проектом Закону [3] «². Промисловий зразок визнається своєрідним, якщо загальне враження, яке він справляє на інформованого користувача, відрізняється від загального враження, яке справляє на такого користувача будь-який інший промисловий зразок, який був оприлюднений:

у разі, коли промисловий зразок зареєстрований — до дати подання заявки до Установи або, якщо заявлено пріоритет, до дати її пріоритету;

у разі, коли промисловий зразок незареєстрований — до дати, на яку промисловий зразок був уперше оприлюднений;

у першому реченні пункту 3 слово «шести» замінити словом «дванадцяти».

Щодо визначення поняття «своєрідність» промислового зразка, наведеного в проекті Закону [3], необхідно зазначити, що за своїм змістом воно є схожим з визначенням поняття «індивідуальний характер», наведеним у ст. 5 Директиви ЄС [1], різниця полягає в тому, що воно містить положення щодо незареєстрованого промислового зразка, а також, на відміну від Директиви ЄС, при перевірці своєрідності промислового зразка не беруть до уваги ступінь свободи дизайнера. Водночас необхідно зауважити, що зі змісту поняття «своєрідність промислового зразка», наведеного у проекті

Закону, також впливає, що при перевірці своєрідності промислового зразка, як і при перевірці новизни й індивідуального характеру промислового зразка, згідно з Директивою ЄС, промисловий зразок може порівнюватися з будь-яким іншим промисловим зразком, тобто з промисловим зразком, втіленим у будь-якому іншому виробі, а не тільки у виробі того ж призначення.

У чинному українському законодавстві щодо охорони прав на промислові зразки прямо не зазначено, що заявлений і протиставлений промисловий зразок повинні відноситись до виробів одного призначення. Проте, у п.п. 8.1–8.1.2. Правил складання та подання заявки на промисловий зразок [7] зокрема зазначено:

«8.1. Опис містить такі розділи:

...призначення та галузь застосування промислового зразка; (...)

8.1.1. Назва промислового зразка повинна характеризувати його призначення, відображати його суть і, за можливості, відповідати певній рубриці МКПЗ.

Назва промислового зразка маловідомого або нового призначення повинна містити посилання на галузь його застосування, наприклад: «Еквалайзер для апаратури, що відтворює звук»...

8.1.2. Розділ «Призначення та галузь застосування промислового зразка» доцільно починати словами: «Заявляється зовнішній вигляд виробу, призначеного для...». Далі за текстом розкривається, в якій галузі промисловості або іншій сфері діяльності буде використовуватись заявлений виріб із зазначенням його функціонального призначення...»

Водночас у Законі [6] зазначено, що обсяг правової охорони, яка надається, визначається сукупністю суттєвих ознак промислового зразка, представлених на зображенні (зображеннях) виробу, внесеному до Реєстру. Беручи до уваги викладене вище, можна



дійти висновку, що європейський підхід щодо можливості протиставлення промислових зразків, які належать до виробів різного призначення, при встановленні новизни й індивідуального характеру промислового зразка не розширюється обсяг правової охорони промислового зразка порівнянно з чинним законодавством.

Позитивним моментом також є те, що в проекті Закону [3], як і у Директиві ЄС [1], передбачена 12-місячна пільга щодо розкриття інформації про промисловий зразок, замість 6-місячного терміну, який передбачено чинним законодавством. Одночасно, у Директиві ЄС [1], на відміну від проекту Закону [3], зазначена 12-місячна пільга надається також і у випадку, коли протиставлений промисловий зразок був розкритий внаслідок зловмисних дій щодо дизайнера чи його правонаступника. Тож, законодавство ЄС в частині, що стосується відомостей, які розкривають промисловий зразок, більшою мірою враховує інтереси дизайнерів, щодо отримання більш надійної правової охорони та обмежує можливості осіб, зацікавлених у оспоруванні реєстрації промислового зразка.

Тож, на підставі викладеного вище можна дійти висновку про необхідність доопрацювання проекту Закону, беручи до уваги такі пропозиції:

- сформулювати визначення поняття «новизна промислового зразка», що міститься в Законі України «Про охорону прав на промислові зразки» таким чином:

«Промисловий зразок визнається новим, якщо до дати подання заявки до Установи, або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки, жоден ідентичний промисловий зразок або виріб, у якому його було втілено, не був доведений до загальної відомості»;

- викласти визначення поняття «ідентичність промислового зразка», яке міститься в проекті Закону в такій редакції:

«Промислові зразки вважаються ідентичними, якщо їх суттєві ознаки розрізняються лише незначними елементами»;

- положення, щодо відомостей, які розкривають промисловий зразок, що міститься в проекті Закону, викласти в такій редакції:

«Відомості, які розкривають промисловий зразок, вважаються загальнодоступними, якщо вони були опубліковані в результаті реєстрації прав або з інших підстав, або він був виставлений на показ, використаний у торгівлі або він був доведений до загальної відомості іншим чином, за винятком випадків, коли ці події не могли стати відомими у процесі провадження господарської діяльності особам, які спеціалізуються у відповідній галузі і провадять свою діяльність в межах України до дати пріоритету заявки, а за відсутності цієї дати — до дати подання заявки до Установи»;

- доповнити проект Закону пунктом такого змісту:

«На визнання промислового зразка патентоспроможним не впливає розкриття інформації про нього, при якому відомості щодо промислового зразка стали загальнодоступними внаслідок зловмисних дій щодо автора чи його правонаступника протягом 12 місяців до дати подання заявки до установи, або до дати пріоритету заявки»;

- дослідити питання щодо доцільності введення в проекті Закону умови надання правової охорони «своєрідність». ♦

**Список використаних джерел**

1. *Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs [Electronic resource]. — Access mode : <http://eur-lex.europa.eu>.*
2. *Council Regulation (EC) № 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs. [Electronic resource]. — Access mode : <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=272175:cs&lang=en&list=272175:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=council%20regulation%20ec%20no%20of%20december%20on%20community%20designs-&checktexte=checkbox&visu=#texte>.*
3. *Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань інтелектуальної власності» від 12.12.2012 року № 0903 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45156.*
4. *Алексеева О. Л. Новизна промышленного образца в Европейском Союзе и России / О. Л. Алексеева // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2005. — № 1. — С. 29, 30.*
5. *Алексеева О. Новизна промышленного образца в Европейском Союзе и России / О. Л. Алексеева // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2005. — № 1. — С. 15*
6. *Закон України «Про охорону прав на промислові зразки» від 15.12.1993 року № 3688-XII : станом на : 05.12.2012 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>.*
7. *Правила складання та подання заявки на промисловий зразок від 18.02.2002 року № 110 : станом на : 11.01.2006 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0226-02/print>.*

Надійшла до редакції 26.11.2013 року



КІБЕРСКВОТИНГ, РИНОК КУПІВЛІ ТА ПРОДАЖУ ДОМЕНІВ

Тетяна Коваленко,
*старший науковий співробітник Центру експертних
досліджень НДІ інтелектуальної власності НАПрН
України*

Електронний бізнес швидкими темпами ввійшов у наше життя, впливаючи на нашу поведінку, змінюючи наші вподобання. На теперішній час він перебуває в стані динамічного розвитку, створюється дедалі більше мережевих рішень, за допомогою яких усе частіше підприємницька діяльність у традиційних сегментах економіки пристосовується до вимог сучасної економіки та повністю або частково переноситься в кібернетичний простір.

Традиційно, ми сприймаємо електронний бізнес як торгівлю товарами через Інтернет. Але це не всі сфери його застосування. Електронний бізнес — це також електронні аукціони, електронні довідники, дистанційна освіта, електронна пошта тощо, а також такий незвичайний вид бізнесу, як кіберсквотинг. Термін «кіберсквотинг» виник у Сполучених Штатах Америки в 1995–1996 роках. Він позначав і позначає несумлінні дії з доменними іменами, що стосуються чужої інтелектуальної власності.

Домен — це ім'я сайту. Кожен домен обслуговується групою серверів (комп'ютерів). Домен складається з імені та доменної зони. Доменна зона це приналежність сайту до певної групи, пишеться наприкінці після крапки, підтримує ієрархію.

Доменні зони бувають міжнародні (.com, .net), національні (.us, .ua, .ru), національні своєю чергою ще діляться на регіональні (.if.ua), за сферою діяльності (.com.ua).

Доменні зони можуть бути I, II і III рівнів. Міжнародні домени відносяться до I рівня, тобто .com, .net, .org. Національні домени можуть бути I, II або III рівня. Наприклад ua — I рівня, com.ua — II рівня. Регіональні домени — це домени, веб-ресурси яких орієнтовані на певну регіональну зону в межах країни. Наприклад .if.ua — регіональний домен Івано-Франківська. За сферою діяльності поділяються на комерційні, організації та ін. [3].

Домен (фр. *domaine*) у загальному значенні область. Поглиблене тлумачення терміна: домен — це одиниця структури. Домен — певна зона в системі доменних імен Інтернету, виділена власникові домена (якій-небудь країні, міжнародній організації, регіону, юридичній або фізичній особі) для цілей забезпечення доступу до наданої в Інтернета інформації, що належить власнику домену.

Доменне ім'я — це унікальне алфавітно-цифрове ім'я, що ідентифікує конкретний вузол мережі Інтернет. Доменні імена звичайно складаються з двох і більше частин, розділених крапками. Ліва частина доменного імені відповідає кінцевому вузлу мережі (ідентифікує кінцевий вузол мережі). Права частина є більш загальною (визначає країну, область, регіон і т. п.). Зазвичай, доменне ім'я (його ліва частина) збігається з назвою організації, компанії або торгової марки [4].

Відповідно до п. 3 ст. 426 Цивільного кодексу України (далі — ЦК Украї-

ни), «використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою здійснюється з дозволу особи, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, крім випадків правомірного використання без такого дозволу, передбачених цим Кодексом та іншим законом» [1].

Згідно зі ст. 495 ЦК України:

- «1. Майновими правами інтелектуальної власності на торговельну марку є:
- 1) право на використання торговельної марки;
 - 2) виключне право дозволяти використання торговельної марки;
 - 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню торговельної марки, в тому числі забороняти таке використання;
 - 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.
2. Майнові права інтелектуальної власності на торговельну марку належать володільцю відповідного свідоцтва, володільцю міжнародної реєстрації, особі, торговельну марку якої визнано в установленому законом порядку добре відомою, якщо інше не встановлено договором» [1].

Згідно з п.п. 4, 5 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (далі — Закон):

«Використанням знака визнається:

(...) застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет.

Знак визнається використаним, якщо його застосовано у формі зареєстрованого знака, а також у формі, що відрізняється від зареєстрованого знака лише окремими елементами, якщо це не змінює в цілому відмітності знака.

Свідоцтво надає його власнику виключне право забороняти іншим особам використовувати без його згоди, якщо інше не передбачено Законом:

(...) зареєстрований знак стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги;

позначення, схоже із зареєстрованим знаком, стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг, якщо внаслідок такого використання ці позначення і знак можна сплутати;

позначення, схоже із зареєстрованим знаком, стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги, або ці позначення і знак можна сплутати» [2].

Варто зазначити, що при реєстрації доменного імені II та III рівнів Регламент реєстрації доменних імен не вимагає перевірки наявності в особи прав інтелектуальної власності на відмітну частину імені. Хоча Регламент реєстрації доменних імен в домені .ua, реєстрації доменних імен I рівня, закріплює вимоги наявності свідоцтва на товарний знак.

Недобросовісні реєстрації доменних імен можливі з кількох причин. Передусім, порушниками рухає бажання отримання вигоди, зазвичай, значної і в грошовому еквіваленті. Особливо, якщо мова йде про реєстрацію як доменного імені загальновідомого світового бренду.

Тож, сьогодні в Україні будь-яка особа може досить легко отримати реєстрацію домена з відмітною частиною назви цілком відомого бренду, не маючи до цих товарів або послуг жодного стосунку. Однак нагадаємо, що доменним ім'ям є лише назва, яка використовується для адресації в Інтернеті. А торговельна марка — це позначення, за яким товари та послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб. Отож, на відміну від доменного імені, що не вважається об'єктом права інтелектуальної власності



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

та не має відповідної правової охорони, торговельна марка таким об'єктом є. Більше того, вона охороняється міжнародними та національними законодавчими актами.

Кіберсквотинг (англ. *cybersquatting*) — протизаконна діяльність, що полягає в реєстрації, використанні та пропонуванні до продажу доменного імені з несумлінним наміром отримати прибуток від паразитування на гудвілі чи торговельній марці, належній іншій особі. Після несумлінної реєстрації несумлінний реєстрант (кіберсквотер), зазвичай, пропонує продати доменне ім'я законному власнику знака за значно вищою ціною [5].

Продаж доменного імені — це не продаж простору в мережі Інтернет. Доменне ім'я використовується просто як адреса вашого ресурсу в мережі, за якою будь-який користувач може вас знайти і переглянути інформацію. Щоб розмістити свій сайт у мережі, ще необхідно купити собі місце, де сайт фізично буде розміщений.

Характерними рисами кіберсквотингу є:

- придбання доменів які містять у своїй назві імена відомих компаній і торговельних марок;
- придбання доменів, з метою наступного перепродажу їх за завищеними цінами;
- захоплення домена конкурентними компаніями з метою створення сайту, на якому буде поширена неправдива інформація про діяльність компанії-конкурента, з метою завдання їй збитків.

Процес кіберсквотингу здійснюється кіберсквотерами, що, безсумнівно, мають бути обізнані у багатьох сферах діяльності та бути спеціалістами в галузі маркетингу, економіки, бізнесу, навіть психології. Кіберсквотер не може дозволити собі реєструвати як доменне ім'я будь-яку назву. Він має вибрати найбільш перспективні та передбачувані. Кіберсквотер має передбачити, які доменні назви стануть по-

пулярними у майбутньому. Для цього кіберсквотери намагаються отримати доступ до статистики пошукових запитів популярних пошукових систем. Коли помітна тенденція зростання інтересу до будь-яких слів, це звичайно «перший дзвіночок», що дуже скоро таке слово може з'явитися у популярних доменних зонах, перш за все у зоні .com. Дуже часто кіберсквотери намагаються передбачити назви нових компаній, що виникнуть після злиття (об'єднання) корпорацій, аби раніше зареєструвати нове доменне ім'я нової компанії. Наприклад, в одному секторі ринку існували дві компанії — німецький автомобільний концерн Daimler-Benz AG та американська колпорация Chrysler LLC. Коли в ЗМІ чи в інших джерелах з'являється інформація про переговори щодо злиття двох величезних автомобільних гігантів, кіберсквотер може припустити, що новою назвою компанії буде Daimler-Benz&Chrysler, або Daimler&Chrysler, або ChryslerDaimler тощо. Досвідчений кіберсквотер заздалегідь намагається скупити всі ці доменні сполучення з надією на те, що новою назвою корпоративного сайту стане одне з них у домені .com.. Контроль над цими доменними іменами дозволяє кіберсквотерів вимагати велику сумму від цієї нової компанії, якщо вона буде мати потребу у новому доменному імені.

Бувають випадки, коли доменне ім'я захоплюють з метою шантажу та здирництва, коли кіберсквотер погрожує розмістити на захопленому домені сайт, який нібито належить правомочному власнику, з негативною інформацією.

Виділяють декілька видів сучасного кіберсквотингу [6]: галузевий кіберсквотинг, брендовий кіберсквотинг, географічний кіберсквотинг, іменний кіберсквотинг, тайпсквотинг. Особливе місце серед цих видів посідає захисний кіберсквотинг.

Галузевий кіберсквотинг передбачає реєстрацію доменних імен, які



співзвучні чи ідентичні назвам галузей економіки (stroitelstvo., textile., polifraphie., metallurgie., тощо) або назвам товарів і послуг (mebel., podogy., furniture. тощо). Галузевий кіберсквотинг є одним з найприбутковіших на ринку. Складовими вигідності володіння таким доменом є

- прямиий набір користувача. Наприклад, мені потрібен мангал, чому б мені не пошукати в мережі Інтернет саме mangal.;
- престижність — приміром, мені потрібен новий холодильник, пошук у мережі Інтернет видає holodylnuk., очевидно, тут є всі холодильники, власник сайту займається лише холодильниками;
- домен легко запам'ятовується, що вигідно для реклами;
- семантична відповідність пошукового запиту та пошукового образу документа;
- відсутність навіть потенційної можливості, що домен можуть відсудити за фактом порушення прав.

Брендовий кіберсквотинг — це захоплення доменних імен ідентичних або схожих із торговельними марками. Деякі компанії, підприємства, що є власниками відомих торговельних марок, не вважають за необхідне реєструвати їх як доменні імена. Тоді як кіберсквотери реєструють на своє ім'я домени ідентичні чи схожі із відомими торговельними марками. Коли ж компанія, власник відомої торговельної марки, звертає увагу на те, що необхідно було б мати домен із своєю торговельною маркою, кіберсквотер виставляє їм рахунок, за який він може продати зареєстрований домен.

Мешканець Новосибірська (РФ), колишній вистриб'ютор компанії Amway, ще в 2000 році зареєстрував домени з найменуваннями торговельних марок компанії, котрі використовував як для продажу продукції Amway, так і для розміщення реклами. Відкривши у місті своє представництво, компа-

нія зацікавилася доменними іменами в домені .ru, схожими з її торговельними марками. Amway запропонувала своєму екс-дистриб'ютору добровільно передати домени з відшкодуванням збитків на їх реєстрацію, але пан С. відмовився від угоди та зажадав суму на порядок вищу. Компанія звернулася до суду та виграла.

Компанія Billa, власник мережі однійменних супермаркетів, також зіткнулася з кіберсквотингом. З компанією зв'язався пан П., який представився власником домена billa.ru та попросив за переуступку доменного імені 10 000 євро. Власники Billa торгуватися не стали, а підготували позовну заяву до суду [7].

Такий різновид кіберсквотингу є незаконним стосовно правовласника торговельної марки, але все це визнається рішенням суду.

Іншим видом кіберсквотингу є географічний. Люди так або так прив'язані до того місця, де вони народилися, проживають, працюють. У будь-якого міста чи населеного пункту є свій сайт, тобто місце в мережі, котре об'єднує користувачів за географічною ознакою. Крім цього, великі міста мають навіть сайти районів або мікрорайонів. Домен певного географічного об'єкта може надати домінуюче становище для продажу туристичних турів і путівок. Володіння певним ключовим доменом географічного характеру робить його власника своєрідним монополістом. Головне у географічному кіберсквотингу те, що до домена додається частина готової аудиторії та вже від грамотності власника залежить прибутковість і використання такого домена.

Іменний кіберсквотинг — це реєстрація, найчастіше, імені чи прізвища відомої людини, що надає можливість отримувати декілька тисяч відвідувачів на добу. Проблема полягає в тому, що не можна мати виключного права на прізвище чи ім'я. Нариклад, прізвище fomenko., azarov., мають ще



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

тисячі осіб. Отож, прізвище, зважаючи на численність його носіїв, не має прецеденту порушення чийх-небудь авторських прав. Зареєструвати домен, співзвучний із прізвищем відомої людини може і простий тезка, позаяк вони мають рівні права на реєстрацію конкретного домена. Однак не слід плутати, коли на домені, який співзвучний із прізвищем відомої людини, будь-хто розміщує інформацію, що стосується діяльності цієї відомої людини. Нариклад, власник домену *lers.*, тезка відомого співака, розміщує інформацію про продаж музичних творів його відомого тезки. У цьому випадку діяльність власника домену може бути оскаржена в судовому порядку. Тож, іменний домен важко оскаржити, але це можливо на рівні оскарження правомірності розміщення певної інформації на цьому домені, претензії також можуть викликати цілі розміщення інформації.

Тайпсквотинг — це реєстрація доменів, які співзвучні з уже розкритими ресурсам або торговельним маркам. Це своєрідна помилка (опечатка), яку роблять користувачі при наборі доменного імені. Найчастіше в результаті опечатки порушується порядок літер у слові, чи одна літера випадає зі слова, чи одна літера замінюється іншою. Саме людський фактор є основою тайпсквотинга. Цілями реєстрації такого домена є отримання частини користувачів знаного ресурсу. Тайпсквотинг використовується не тільки для залучення користувачів на домен-двійник, але й для того, щоб скомпрометувати основний домен. Наприклад, проект *yandex.* відвідує понад 1 млн осіб на добу. Враховуючи певну складність відтворення цього доменного імені, особливо, якщо користувач не володіє іноземними мовами чи не знає, як користуватися латинською клавіатурою, або не пам'ятає, як набирати це доменне ім'я, або внаслідок простої неухважності можна припустити, що деякі кори-

стувачі набиратимуть неправильну адресу, наприклад, *iandex.*, *jandex.* Це — реальний приклад. Тайпсквотерами було зареєстровано домен *jan-dex.* та на ньому розміщували рекламні смуги. Компанія «Яндекс» звернулася до суду та відсудила домен у тайпсквотерів. Що стосується відомих торговельних марок, наприклад, поряд із доменом *ericsson*, співзвучним із брендом, з'являються *erisson.*, *erixon.* тощо. Тайпсквотинг використовується не тільки для залучення користувачів на домен-двійник, але й для того, щоб скомпрометувати основний домен.

Варто зазначити, що домен-двійник не можливо оскаржити, коли домен-оригінал і домен-двійник різняться за родом діяльності або характеру товарів, які просуюються та послуг, що надаються.

У світі відомі випадки, коли кіберсквотери реалізують доменні імена один одному, розвиваючи ринок доменів. Отож домени можна вважати засобом вкладення капіталу. Витрачаючи невелику кількість коштів для реєстрації домену, кіберсквотер отримує від його використання чи реалізації у декілька сотен разів більші суми. За цією причиною кіберсквотинг отримав таке значне поширення.

Найбільш ефективним для власників є захисний кіберсквотинг — реєстрація власником відомого сайта всіх доменів, співзвучних за звучанням та смислом з його власним доменом. Це — метод захисту власне від кіберсквотерів. Також до захисного кіберсквотингу можна віднести захват доменів з далекоглядною метою, щоб у заздалегідь зареєстрованих доменах («негативних» доменах) створити у майбутньому відповідний до імені домена ресурс.

Що стосується торговельних марок, вони мають пріоритет перед доменним іменем. Отож власникам торговельних марок варто завчасно потурбуватися про реєстрацію додаткових доменів до



торговельної марки. Під цими іменами не буде сайтів, однак і кеберсквотери не зможуть їх використовувати. Потрібно зазначити, що власник торговельної марки може заборонити використання свого знака у доменному імені. Відповідно до п. 1 ст. 20 Закону, порушенням прав власника свідоцтва вважається також використання без його згоди в доменних іменах знаків та позначень, вказаних у п. 5 ст. 16 Закону [2].

Варто пам'ятати, що домен не надається власникові назавжди, не стає його власністю. Зазвичай, строк реєстрації домена становить 1 рік. Після закінчення цього періоду необхідно продовжити строк дії домена. Якщо власник завчасно не продовжує строк дії свого домена, доменне ім'я достатньо швидко звільниться та цілком може дістатися кіберсквотеріві.

Взагалі ситуацію можна було б змінити так: наприклад, реєструвати домени лише за наявності свідоцтва на торговельну марку в зоні I рівня або наявності документа про реєстрацію діючого підприємства, компанії, СПД (у зонах II та III рівней) тощо. При цьому заборонити розміщення на сайті інформації, яка не відповідає діяльності підприємства або товарам і послугам, зазначеним у свідоцтві України на знак для товарів і послуг.

Варто зазначити, що кіберсквотинг буде існувати доти, поки в Україні не буде налагоджена судова система щодо вирішення таких питань, не будуть здійснені певні законодавчі дії та не будуть прийняті відповідні законодавчі акти. ♦

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» зі змінами та доповненнями, від 10.04.2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>.
3. Доменне ім'я. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://fedun.com.ua/ru/internet/54-how-register-domain-name.html>.
4. Доменне ім'я. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://brandgroup.com.ua/index.php/uk/domaine>.
5. Кіберсквотинг // Вікіпедія [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://uk.wikipedia.org/wiki/кіберсквотинг>.
6. Кіберсквотинг и кіберсквотеры [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : http://www.internet-technologies.ru/articles/article_833.html.
7. Регистрация доменов и кіберсквотинг [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : http://cybersquatting.ru/index.php/domains/page/atway_ru_nutrilitе_ru_artistry_ru.

Надійшла до редакції 18.11.2013 року

ГЕОГРАФІЧНІ ЗАЗНАЧЕННЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

Олег Тараненко,

*доцент кафедри інтелектуальної власності та цивільно-правових дисциплін
Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького,
кандидат історичних наук*

За сучасних умов розвитку ринкових відносин в Україні важливого значення набуває створення, використання конкурентоспроможної продукції та надання широкого спектру послуг. Разом з ефективною охороною права інтелектуальної власності це потребує формування відповідного механізму правомірного використання такого об'єкта права інтелектуальної власності, як географічні зазначення. Це зумовлено, насамперед, міжнародною торгівлею України. Означена тема є актуальною в контексті інтеграції України до Європейського співтовариства та подальшої економічної активності в межах Світової організації торгівлі (СОТ).

Географічні зазначення широко використовуються в усьому світі для позначення найрізноманітніших продуктів природного, мінерального, ремісничого, а також промислового та сільськогосподарського походження і стосується величезної кількості виробників. Багато з цих позначень мають не тільки регіональне, але й національне і навіть міжнародне значення. До них, зокрема, належать позначення сирів, вин, міцних алкогольних напоїв, мінеральних вод тощо [1, 3].

На міжнародному рівні склалася і діє досить розгалужена й ефективна система правової охорони географічних зазначень. Ці питання регулюються багатьма міжнародними угодами, регламентами та конвенціями. Найважливішими серед них є, зокре-

ма, Регламент Ради ЄЕС «Про охорону географічних зазначень та найменувань походження для сільськогосподарських та харчових продуктів» № 2081/92 1992 року та Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі — Угода TRIPS).

В Україні історія географічного зазначення як засобу ідентифікації та об'єкта права інтелектуальної власності нараховує вже понад 10 років. Однак і сьогодні його можна віднести до найбільш проблемного, з погляду забезпечення правової охорони, засобу ідентифікації товарів. Однак, географічні зазначення мають багато можливостей для потужного впливу на бізнес, чим і зумовлена актуальність нашого дослідження.

Отже, метою статті є визначення особливостей використання географічних зазначень в Україні й аналіз основних положень вітчизняного законодавства, що стосуються регулювання відносин, пов'язаних з використанням і захистом географічних зазначень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання порушеної нами теми, дає підстави стверджувати, що деякі сюжети висвітлено у працях Ю. Бошицького [2], В. Крижної [3], М. Архипової [4], О. Волощенко [5], Ю. Мельниченка [6] та інших авторів. Водночас тема географічних зазначень лишається недостатньо розробленою та потребує подальшого науково-правового дослідження.

Україна багата на географічні зазначення, що є відомими серед споживачів. Як приклад можна навести мiргородську, лужанську, трускавецьку мiнеральнi води, кримськi вина, донецьке вугiлля, волинськi топази, житомирську сiль. Спiльною рисою мiж вказаними товарами є те, що їх властивостi та якiсть зумовлюються мiсцем їх видобутку або виготовлення. В цьому планi вони є унікальними, бо не можуть бути виготовленi або видобутi в iншiй мiсцевостi [3, 1].

Значну роль у формуваннi властивостей товарiв вiдiграють такi фактори, як майстернiсть людей, їхнiй досвiд, традицiї 10-рiчної чи нави́ть 100-лiтньої давностi. Так, наприклад, вiдомi властивостi коростеньського фарфору залежать не лише вiд глини. Вирiшальний вплив на них мають навички, квалiфiкацiя, технологiчний досвiд, майстернiсть людей, котрi передають їх з поколiннiя в поколiннiя. Те саме можна сказати i про вiдому «петриківку». Петриківськi майстри винайшли оригiнальний спiсiб розфарбовування дерев'яних виробiв. Вироблений iз дерева посуд покривають спеціальним ґрунтом, розписують жаростійкими фарбами, що не змiнюють колiр при високiй температурi, використовують i традиційний орнамент. У наш час спостерiгаються наполегливi спроби подробиць виробiв пiд «петриківку», українськi географiчнi найменування часто включаються iноземними фiрмами до складу товарних знаків або позначень, призначених, наприклад, для горiлки i вина [1, 4].

Правове регулювання вiдносин, пов'язаних з використанням i захистом географiчних зазначень, в Українi забезпечується насамперед Цивiльним кодексом України (далi — ЦК України) (глава 45 «Право iнтелектуальної власностi на географiчне зазначення») i спеціальним Законом України «Про охорону прав на зазначення походження товарiв». Так, зокрема, в ЦК України статтями 501–504 вста-

новлено пiдстави набуття, суб'єкти та строки чинностi права iнтелектуальної власностi на географiчне зазначення [7]. Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарiв» визначає правовi засади охорони прав на зазначення походження товарiв в Українi та регулює вiдносини, що виникають у зв'язку з їх набуттям, використанням i захистом [8]. Деякi аспекти регулюються Господарським кодексом України [9] (ст. 33), законами України «Про рекламу» [10] (ст. 22) та «Про захист вiд недобросовiсної конкуренцiї» [11] (статтi 4, 6, 25 та 30).

Варто наголосити на тому, що в чинному законодавствi України iснують розбiжностi в термiнологiї щодо географiчних зазначень. Так, наприклад, у ЦК України вживається термiн «географiчне зазначення», а в Законi України «Про охорону прав на зазначення походження товарiв» — «зазначення походження товарiв». Згiдно iз вказаним Законом, зазначення походження товарiв подiляються на простi та квалiфiкованi. Закон оперує, зокрема, такими поняттями:

1) «просте зазначення походження товару» — будь-яке словесне чи зображувальне (графiчне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географiчне мiсце походження товару. Ним може бути й назва географiчного мiсця, що вживається для позначення товару чи як складова частина такого позначення [8]. Просте зазначення походження товару не пiдлягає реєстрацiї, а його правова охорона полягає в недопущеннi використання зазначень, що є неправдивими (фальшивими) чи такими, якi вводять споживачiв в оману щодо дiйсного географiчного мiсця походження товару. Правова охорона простого зазначення походження товару надається на пiдставi його використання;

2) «квалiфiковане зазначення походження товару» — термiн, який охоплює (об'єднує) такi термiни:

- назва мiсця походження товару;



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

- географічне зазначення походження товару.

Назва місця походження товару — назва географічного місця, що вживається для позначення товару, що походить із зазначеного географічного місця та має особливі властивості, виключно чи переважно зумовлені характерними для такого географічного місця природними умовами або поєднанням цих природних умов з характерним для географічного місця людським фактором [8].

Географічне зазначення походження товару — будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару, який має певні якості, репутацію чи інші характеристики, в основному зумовлені характерними для певного географічного місця природними умовами чи людським фактором або поєднанням цих природних умов і людського фактора [8].

Отже, про назву місця походження товару йдеться лише у випадку, коли товар має особливі властивості, а географічне зазначення — коли товар має певні якості, репутацію чи інші характеристики. Тобто географічне зазначення є ширшим терміном і може застосовуватися до більшої кількості товарів.

За допомогою кваліфікованого зазначення простежується безпосередній зв'язок між якістю товару, наявністю в нього конкретних особливостей і місцевістю його виробництва. Ця якість є постійною та зумовлена природними умовами, що об'єктивно існують в зазначеному географічному місці.

Зіставлення понять, якими оперує Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» свідчить про те, що у вітчизняному законодавстві відсутні чітко визначені критерії щодо встановлення відповідних характеристик, зв'язку між якістю товарів та їхнім географічним походженням. Аналізуючи главу 45 ЦК

України, можна помітити, що в ньому відсутня велика кількість термінів, які використано в Законі України «Про охорону прав на зазначення походження товарів». Тут уживається термін «географічне зазначення», проте відсутнє його визначення.

Підсумовуючи викладене вище стосовно термінологічної неоднозначності щодо географічного зазначення походження товарів, констатуємо той факт, що національне законодавство не уніфіковане відповідно до вимог Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності та законодавчих актів Євросоюзу. Та Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» дещо звужує поняття «географічне зазначення». На нашу думку, доречно надати нове визначення терміна «географічне зазначення», яке б відповідало визначенню ст. 22 Угоди TRIPS.

Географічне зазначення, котре охороняється відповідно до закону, унаочнює зв'язок якості продукту з його місцем виробництва. Зазвичай сільськогосподарські продукти мають ті якості, що походять з місця їхнього виробництва та залежать від специфічних місцевих факторів, таких як клімат і ґрунт. Навпаки, позначення, що є просто описовими заявами про те, звідки походить певний продукт, без вказівки на зв'язок якості з місцем і такий продукт, розглядаються як загальні, родові й не охороняються [12, 182].

Товари, якість і споживчі властивості яких залежать від місця походження, можна класифікувати так:

- 1) мінеральні води, що зумовлено особливостями мінерального складу ґрунтів, геологічними пластами землі, крізь які вода фільтрується та набуває свої унікальних властивостей;
- 2) вино, смакові й ароматичні якості якого можуть виникати переважно завдяки унікальним властивостям винного матеріалу, що росте на певних ґрунтах конкретного



географічного регіону з конкретними кліматичними умовами.

Такі вина, як кримські, одеські, закарпатські відзначаються якісними характеристиками винограду, що росте в районах Сонячної Долини, Масандри, Овідіополя, Таїрова, Виноградова, й технологією виготовлення цих вин, яка заснована на виробничому досвіді і традиціях виноробів. Упродовж багатьох років кримські винороби виробляють вина, особливі властивості яких зумовлені сукупністю характерних факторів. Це традиційні умови виробництва, спосіб обрізання винограду, збір винограду шляхом послідовної вибірки, обмежена врожайність, підвищений алкогольно-метричний ступінь, вміст цукру у винограді. Завдяки особливим властивостям, кримські вина мають високу репутацію не лише на місцевому та національному, але й на міжнародному рівнях [1, 4].

За даними ДСІВ, у Державному реєстрі наразі зареєстровано 19 свідоцтв на кваліфіковані зазначення походження товару та 21 свідоцтво на право використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару. Серед них тільки 2 стосуються назви вин: «Сонячна долина» — десертне марочне вино, та «Новий світ» — вина ігристі. Решта реєстрації стосуються назв мінеральних вод: «Миргородська», «Східнецька», «Єссентуки», «Нагутская», «Славяновская», «Поляна квасова», «Менська остреч», «Царичанська», «Трускавецька» «Збручанська» та ін. [13].

Великого «буму» щодо реєстрації географічних зазначень в Україні не спостерігається, і вони, на відміну від

реєстрації знаків для товарів і послуг, є, радше екзотикою, ніж правилом у сфері правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності. Так, до 2006 року в Україні не було зареєстроване жодного географічного зазначення. Проте в реєстрі кваліфікованого зазначення походження товарів у 2007 та 2008 роках здійснено по 3 реєстрації, у 2009 році — 4, в 2010 році — 1, у 2011 році — 5, у 2012–2013 роках ще 3. Та кількість зареєстрованих знаків для товарів і послуг, пов'язаних зі згаданими назвами мінеральних вод, сягає понад 80 реєстрацій.

Висновки. Географічні зазначення подібні до знаків для товарів і послуг за своїми концепцією та дією і можуть використовуватися для стимулювання національного й регіонального економічного розвитку, а також у стратегічному сенсі підприємствами бізнесу для просування своїх виробів. Вони можуть надавати динамічності та сили маркетингу виробів, особливо коли якість, якою славиться регіон, тривалий час підтверджується досвідом споживача. Тож географічні зазначення є ефективним інструментом для регіонального чи місцевого економічного розвитку. ♦

Список використаних джерел

1. Паладій Н. *Защита географических указаний происхождения товаров в Украине* / Н. Паладій // *Интеллектуальна власність*. — 2001. — № 5–6. — С. 3–14.
2. Бошицький Ю. *Вдосконалення правової охорони промислової власності в Україні — стимул та гарантія економічного зростання держави* / Ю. Бо-



- шицький // *Промислова власність в Україні: проблеми правової охорони / за ред. Ю. Шемшученка, Ю. Бошицького.* — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — С. 15–54.
3. Крижна В. *Право інтелектуальної власності на географічне зазначення / В. Крижна // Право інтелектуальної власності : акад. курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького.* — К. : Ін Юре, 2007. — С. 435–458.
 4. Архипова М. І. *Цивільно-правова охорона географічних зазначень в Україні : автореф. дис... канд. юр. наук : спец. 12.00.03 / М. І. Архипова.* — К., 2006. — 21 с.
 5. Волощенко О. М. *Цивільно-правова охорона засобів індивідуалізації товарів та послуг: міжнародно-правовий аспект / Волощенко О.М. // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. — Серія «ПРАВО». — 2011. — № 988. — С. 334 — 337.*
 6. Мельниченко Ю. *Цивільно-правова охорона права на географічне зазначення в Україні : дис... канд. юр. наук : 12.00.03 / Ю. С. Мельниченко.* — Х., 2011. — 201 с.
 7. *Цивільний кодекс України.* — Х. : ІГВІНІ, 2009. — 400 с.
 8. *Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/752-14>.*
 9. *Господарський кодекс України.* — Х. : ІГВІНІ, 2009. — 216 с.
 10. *Закон України «Про рекламу» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/270/96-вр>.*
 11. *Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/236/96-вр>.*
 12. Ідріс К. *Інтелектуальна власність — потужний інструмент економічного зростання / Ідріс Каміл ; Всесвітня Організація Інтелектуальної Власності.* — К. : Прок-бізнес, 2006. — С. 182.
 13. *Офіційний веб-портал Державної служби інтелектуальної власності [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://sips.gov.ua/ua/registers.html>.*

Надійшла до редакції 22.10.2013 року



ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ

Богдан Падучак,

завідувач сектора використання та передачі прав інтелектуальної власності НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, кандидат юридичних наук

Як свідчить світовий досвід, злагоджена система функціонування франчайзингових відносин сприяє стрімкому впровадженню інновацій і випуску на ринок конкурентоздатної продукції. Невід’ємна складова частина цієї системи — укладення правочинів, котрі є одним з найбільш поширених юридичних фактів, з якими закон пов’язує виникнення, зміну та припинення цивільних прав і обов’язків. Передумовою ж укладення договорів є наявність домовленості між сторонами щодо всіх істотних умов, зокрема щодо його предмета. Цими обставинами зумовлюється доцільність дослідження предмета договору комерційної концесії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичну основу дослідження становлять праці вітчизняних учених і зарубіжних науковців: С. Бобкова, М. Галянтича, А. Іванова, І. Коваль, Л. Красавчикової, Р. Саватьє, Р. Стефанчука, Г. Цірат та ін. Однак до сьогодні в науці не сформульовано єдиний підхід щодо визначення предмета договору комерційної концесії.

Метою цієї статті є дослідження доктринальних підходів до визначення істотних умов договору комерцій-

ної концесії та аналіз правових норм, які регулюють такі питання.

Згідно зі ст. 1115 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов’язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення й/або продажу певного виду товару та/чи надання послуг.

Істотними умовами договору комерційної концесії, на думку Є. Суханова, є імперативні обов’язки правоволоділця й обов’язки користувача [1, 629]. Однак інші автори [2, 740], з думкою яких ми погоджуємося, зазначають, що вказані умови не можуть вважатися істотними. Адже якщо сторони не включили такі обов’язки в договір, вони все ж діють. У протилежному разі



Марина Талда,

студентка VI курсу факультету «Соціології і права» Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут»



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

будь-які звичайні умови договору слід було б відносити до суттєвих.

Не можуть бути істотним умовами договору і встановлення обсягів дозволеного використання комплексу виключних майнових прав [3, 571]. Обсяг дозволеного використання стосується передусім змісту виключних прав, які передаються за договором комерційної концесії. А оскільки ці права становлять предмет договору, то обсяг їх використання потрібно вважати погодженим вже при визначенні предмета договору. Крім цього, якщо праволоділець не встановив обсяг використання майнових прав, що передаються, користувач може використовувати їх в тому ж обсязі, що й праволоділець.

Строк також не належить до істотних умов договору комерційної концесії (якщо будь-яка сторона не наполягає на включенні цієї умови до договору), адже цей тип договору може бути укладений на строк або без зазначення такого [4, 821]. Це стосується і території використання щодо певної сфери цивільного обігу, на які буде використовуватися предмет договору. Договір, який укладений без зазначення строку, в принципі може тривати скільки завгодно довго, тому його потрібно визнати укладеним не на строк, а з відкладальною умовою [2, 740].

На нашу думку, істотними умовами договору комерційної концесії, як випливає з аналізу ст. 1115 ЦК України, є предмет договору та ціна (винагорода).

Особливістю предмета договору комерційної концесії полягає в тому, що він становить комплекс виключних прав, які необхідні для використання в певній сфері підприємницької діяльності. Щодо ціни договору, то її зазначення необхідне, з огляду на особливий характер предмета договору комерційної концесії [2, 739]. Адже виключні права кожного праволодільца за своєю природою унікальні, тому плату за використання ними на

підставі ч. 3 ст. 424 ЦК України визначити неможна.

Висновок про істотні умови договору підтверджується і тим, що всі імперативні обов'язки, покладені на сторони договору, конкретизують умови про предмет і ціну.

Відповідно до ст. 1116 ЦК України предметом договору є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації.

Отже, під предметом договору комерційної концесії потрібно розуміти нематеріальні блага (об'єкти права інтелектуальної власності, у зв'язку з переданням яких виникають зобов'язання). До цих прав законом віднесені, зокрема, право на використання торговельних марок, промислових зразків, винаходів, комерційних таємниць тощо. Інакше кажучи, йдеться про виключні права на результати інтелектуальної діяльності, і, насамперед, про ті з них, які спрямовані на індивідуалізацію продукції. Перелік прав, передбачений ч. 1 ст. 1116 ЦК України, не є вичерпним, однак загальною рисою їх є майновий характер та можливість відчуження.

У межах комерційної концесії як різновиду договорів щодо трансферу технологій право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, що є складовими технології, не уступається, а лише надається в користування. Праволоділець залишається єдиним володільцем цих прав.

Що стосується комерційного досвіду, то він охоплює, зазвичай, технічну та комерційну документацію, та іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих користувачеві за договором комерційної концесії. Комерційний досвід — це не тільки передача вказаної документації, а й відповідне професійне навчання персоналу, спеціальний інструктаж протягом строку дії договору з різних питань щодо господарської діяльності й управління, експлуатації обладнання, ве-



дення обліку та звітності, обслуговування клієнтів тощо.

Визначення поняття *ділової репутації* наведено в Законі України «Про банки і банківську діяльність» [5]. Ділова репутація — це сукупність підтвердженої інформації про особу, що дає можливість зробити висновок про професійні та управлінські здібності такої особи, її порядність та відповідність її діяльності вимогам закону.

У юридичній літературі окремі автори хоча й звертаються до визначення ділової репутації (одні розуміють під діловою репутацією сукупність якостей і оцінок, за якими їх носій оцінюється своїми контрагентами, клієнтами, споживачами тощо; інші — асоціації, що їх викликає діяльність певної особи в широкій громадськості або інших юридичних осіб у цій державі або за її межами), але точне, адекватне визначення віднайти неможливо [6, 97–100; 7, 7–8].

Щодо ділової репутації як об'єкта договору комерційної концесії потрібно зазначити, що її формування відбувається шляхом усебічного сприйняття юридичної особи, її оцінки різними групами осіб: споживачами, діловими партнерами, громадськими організаціями, органами державної влади. Кожна група осіб оцінює свій аспект діяльності суб'єкта господарювання. Основними об'єктами оцінки визнаються: якість виробленої ним продукції, дотримання законодавства, договірних та інших господарських зобов'язань, правил ділової етики. Ці об'єкти водночас є факторами, що впливають на формування ділової репутації. Тож, ділова репутація суб'єкта господарювання визначається як заснована на інформації про якість вироблених ним товарів (виконаних робіт, наданих послуг), дотримання законодавства, договірних, інших господарських зобов'язань, правил ділової етики оцінка суб'єкта господарювання споживачами (покупцями), діловими партнерами, органами державної

влади, громадськими організаціями, засобами масової інформації [8].

Деякі автори зазначають, що ділова репутація не може бути предметом договору комерційної концесії, оскільки відповідно до ст. 201 ЦК України вона належить до особистих немайнових благ, які є невідчужуваними, а за цим договором можна передати права, що мають статус відчужуваних [9, 404; 10, 22].

Незважаючи на ці аргументи, вважаємо, що зазначення ділової репутації як об'єкта договору комерційної концесії є правильним. Наш висновок ґрунтується на нетрадиційній концепції про поняття майна в цивільному праві. Суть її, в інтерпретації Р. Саватьє, полягає в тому, що в цивільному обороті «майно» є не річ, а права.

Як зазначає Р. Саватьє, «право власності, застосовуючи юридичну техніку, розчленовують на тілесне та безтілесне майно. Окремі частини майна, що виникають в результаті такого розчленування, своєю чергою також становлять майно й можуть бути розчленовані далі в тій мірі, в якій ці частини є подільними. Щодо тілесного майна — розчленування, зазвичай, стосується речі, в результаті виникають речові правомочності. Якщо розчленоване право власності належить до майна суто абстрактного характеру (наприклад, зобов'язальні вимоги чи права на об'єкти права інтелектуальної власності), то таке розчленування створює нові, суто абстрактні майнові права. Такі права не можна розглядати як речові права лише тому, що вони захищаються від всіх і кожного» [11, 112–113].

Ділова репутація як нематеріальне благо суб'єкта господарювання поряд з традиційними ознаками цих благ (нематеріальним, невідчужуваним характером), має індивідуалізуючий характер. Отож, аби ділова репутація стала об'єктом договору комерційної концесії, вона повинна бути формально-логічно описана, тобто індивідуалі-



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

зована. Після індивідуалізації остання потенційно стає предметом договору купівлі-продажу. І вже тільки те, що стало в цивільному обороті предметом договору купівлі-продажу, може стати предметом (об'єктом) договору комерційної концесії.

Індивідуалізація ділової репутації відбувається шляхом персоніфікації майна, тобто шляхом визначення його приналежності певній юридичній особі чи групі юридичних осіб. Це підтверджується як юридичними документами, наприклад патентом на винахід, так і символічними, що посвідчують наявну ділову репутацію юридичної особи.

На нашу думку, слухною є пропозиція О. Серветника передбачити винятки із загального правила невідчужуваності нематеріальних благ від їхнього носія у випадках, встановлених ЦК України та іншими законами [12, 58].

Щодо предмета договору комерційної концесії в літературі існують різні думки. Одна група авторів (А. Іванов, Л. Василевська) [13, 68] визнає предметом цього договору будь-які виключні прав, але, насамперед ті, які спрямовані на індивідуалізацію товарів (робіт, послуг). Інші автори (С. Бобков) під предметом договору комерційної концесії розуміють «дії правоволодільця, котрі він повинен вчинити для надання користувачу право використання його виключними правами» [14, 95], а також дії користувача щодо виплати винагороди, тоді як об'єктом договору є комплекс виключних прав.

С. Бобков виділяє обов'язкові та факультативні об'єкти договору комерційної концесії. До обов'язкових умов автор відносить право на комерційне (фірмове) найменування і право на охоронювану комерційну інформацію. На думку цього автора, саме сукупність обов'язкових об'єктів становить комплекс виключних прав, відсутність якого не дає змоги говорити про наявність договору комерційної концесії [14, 96–97]. Навпаки, С. Степанов вва-

жає, що до складу комплексу виключних прав інтелектуальної власності може належати будь-яка сукупність виключних прав, але більш притаманним підприємницькому характеру договору, і, як наслідок, найбільш поширеними, є об'єкти промислової власності та засоби комерційної індивідуалізації [15, 112–113].

Характеризуючи предмет договору комерційної концесії, Л. Красавчикова пише, що найважливішими в цьому комплексі, безумовно, є право на фірмове найменування та комерційне позначення правоволодільця, на охоронювану комерційну інформацію, на товарний знак (знак обслуговування) [16, 107].

Згідно з прийнятим Комісією ЄС Регламентом № 4087/88, договір франчайзингу містить, як мінімум такі зобов'язання: одноманітне використання найменування чи вивіски на приміщеннях та/або транспортних засобах, зазначених у договорі; передання франчайзером (правоволодільцем) франчайзі (користувачу) ноу-хау; надання ним франчайзі (користувачу) комерційної та технічної допомоги протягом дії договору [17, 219–220]. Тобто договір розглядається як договір франчайзингу, якщо він передбачає надання права на використання засобів індивідуалізації та ноу-хау, а також надання комерційної і технічної допомоги.

У контексті зазначеного вище викликають інтерес положення статей 1126 та 1129 ЦК України. Річ у тім, що українське законодавство передбачає неоднакові правові наслідки дострокового припинення належних правоволодільцеві прав інтелектуальної власності на торговельну марку й інші позначення, з одного боку, і на інші об'єкти прав інтелектуальної власності, з другого. Припинення права правоволодільця на торговельну марку чи інше позначення, визначене в договорі комерційної концесії без його заміни аналогічним правом, є підставою для припинення договору

(ст. 1126 ЦК України). Якщо ж достроково припиняються права інтелектуальної власності на інші об'єкти (винаходи, промислові зразки, твори тощо), то договір комерційної концесії продовжує діяти, а користувач має право вимагати зменшення плати (ст. 1129 ЦК України). Тож, український законодавець виходить з того, що припинення прав на засоби індивідуалізації правоволодільця спричиняє припинення договору комерційної концесії. Така позиція дала змогу деяким авторам дійти загалом правильного висновку про те, що права на торговельну марку чи інші позначення (зокрема, комерційне найменування) є обов'язковою складовою комплексу виключних прав, які є предметом договору комерційної концесії [18, 644–645].

Висновки. На нашу думку, істотними умовами договору комерційної концесії є предмет договору та ціна (винагорода). Беручи до уваги підходи до визначення предмета договору комерційної концесії в праві ЄС та доктринальні напрацювання в цій сфері в цивільному законодавстві України варто закріпити перелік обов'язкових

елементів, які повинні включатися до комплексу прав, що є предметом договору комерційної концесії. До таких слід віднести такі засоби індивідуалізації комерційне (фірмове) найменування та торговельну марку (знак для товарів і послуг).

Перспективи використання результатів дослідження. Отримані результати дослідження можуть бути корисні для використання договору комерційної концесії як інструменту правового захисту здійснення франчайзингу, підвищення інноваційного потенціалу та розвитку франчайзингових відносин в Україні. ♦

Список використаних джерел

1. *Гражданское право : в 2 т. / [отв. ред. Е. А. Суханов]. — [2-е изд., перераб. и доп]. — М. : БЕК, 1999–2000. — Том II : Полутом 1. — 2000. — 704 с.*
2. *Гражданское право : учебник : в 3 т. / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — [4-е изд., перераб. и доп.]. — М. : ТК Велби ; Проспект, 2002. — 2007. — Т. 2. — 2003. — 848 с.*
3. *Гражданское право. Обязательственное право : учебник : в 2 ч. / [под. ред. В. В. Залесского]. — М. : Восточный экспресс, 1997–1998. — Ч. 2. — 1998. — 646 с.*
4. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / [за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця]. — К. : Юрінком Інтер, 2005–2005. — Т. II. — 2005. — 1088 с.*
5. *Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 року № 2121-III (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 5–6. — Ст. 30.*
6. *Галянтич М. Захист ділової репутації: цивільно-правові проблеми / М. Галянтич // Право України. — 2001. — № 1. — С. 97–100.*
7. *Зинов В. Г. Включение интеллектуальной собственности в хозяйственный оборот / В. Г. Зинов // Патенты и лицензии. — 1994. — № 2. — С. 7–8.*



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

8. Коваль И. Ф. *Право на деловую репутацию субъектов хозяйствования и его внесудебная защита от неправомерного использования* : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Коваль Ирина Федоровна. — Донецк, 2005. — 208 с.
9. *Право інтелектуальної власності : науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України* / [за заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова]. — К. : Парламентське вид-во, 2006. — 432 с.
10. Стефанчук Р. О. *Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві* / Р. О. Стефанчук. — К. : Наук. світ, 2001. — 306 с.
11. Саватье Р. *Теория обязательств. Юридический и экономический очерк* / Р. Саватье ; [пер. с франц. Р. О. Халфиной]. — М. : Прогресс, 1972. — 440 с.
12. Серветник А. А. *Основание классификации гражданско-правовых договоров* / А. А. Серветник // *Известия вузов. Правоведение*. — 2004. — № 2. — С. 49–80.
13. *Гражданское право : учебник : в 4 т.* / [Витрянский В. В. и др.] ; отв. ред. Е. А. Суханов. — [3-е изд., перераб. и доп.]. — М. : Волтерс Клувер, 2005–2006. — Т. 4: *Обязательственное право*. — 2006. — 816 с.
14. Бобков С. А. *Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации* : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бобков Станислав Александрович. — М., 2004. — 207 с.
15. Степанов С. А. *Имущественные комплексы в российском гражданском праве* / С. А. Степанов. — М. : Норма, 2002. — 176 с.
16. Красавчикова Л. О. *Институт коммерческой концессии в гражданском законодательстве РФ* / Л. О. Красавчикова // *Цивилистические записки : межвуз. сб. науч. трудов*. — 2002. — Вып. 2. — С. 104–119.
17. *Гражданское и торговое право зарубежных стран : учебник : в 2 т.* / [отв. ред. Е. А. Васильева, А. С. Комаров.]. — М. : Международные отношения, 2004–2005. — Т. II. — 2005. — 635 с.
18. Шевченко О. А. *Глава 76. Комерційна концесія* / О. А. Шевченко // *Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 ч.* / [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. — К. : Ін Юре, 2004–2004. — Ч. 2. — 2004. — С. 644–645.

Надійшла до редакції 07.11.2013 року

СЛУЖБОВІ ОБ'ЄКТИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

Олена Кульбашна,

старший викладач кафедри інтелектуальної власності та цивільно-правових дисциплін Черкаського національного університету ім. Богдана Хмельницького

Створення об'єктів права інтелектуальної власності (далі — ОПІВ) опосередковується у різного виду за предметом правового регулювання відносинах, які регламентуються нормами цивільного, адміністративного, трудового права. Так, виникнення права інтелектуальної власності на результати духовної творчості пов'язане з абсолютними за своїм характером цивільними правовідносинами, що виникають унаслідок юридичного вчинку — факту створення ОПІВ. У цих правовідносинах автор реалізує своє конституційне право на свободу літературної, художньої, наукової творчості [1]. Поява ОПІВ також можлива в результаті виконання цивільного договору про створення за замовленням і використання ОПІВ, укладеного відповідно до ст. 1112 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) [2]. У такому разі виникають відносні цивільні правовідносини, що регламентуються як договором, укладеним між творцем-виконавцем і замовником, так й актами цивільного законодавства. Виникнення ж права інтелектуальної власності на промислові ОПІВ пов'язане з формальною процедурою отримання охоронних документів (патенту, свідоцтва), що є водночас і правостановлюючим фактом визнання особи автором винаходу, корисної моделі, промислового зразка тощо. Ця процедура опосередковується через адміністративні за своїм характером правовідносини, в яких однією зі сторін є центральний

орган виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності — Державна служба інтелектуальної власності — та заявник, зазвичай, автор-творець ОПІВ. Якщо ж ОПІВ створено працівником при виконанні трудового договору, то це — трудові правовідносини, в яких опосередковується виникнення службового ОПІВ.

Проблеми, пов'язані з виникненням права інтелектуальної власності на службові ОПІВ, досліджували К. Афанасьєва, Я. Воронін, Б. Даневич, І. Кожарська, О. Новолаєва, Ю. Осипова, Н. Рязанова, В. Соловйова, О. Тверезенко, О. Терещенко, О. Штефан, Т. Ярошевська, М. Яшарова та ін. Проте свого остаточного вирішення не знайшли. Колізії між різними за юридичною силою та галузевою належністю нормативними актами ускладнюють правозастосування, що зрештою відображається на реалізації прав творців службових ОПІВ. Саме тому обрана тема потребує наукового дослідження.

Проблеми, пов'язані з розподілом прав на службові об'єкти, виникають у зв'язку з протилежними підходами цивільного та трудового права. Для цивільного права головне — результат (створений службовий об'єкт), а у центрі уваги трудового права перебуває власне процес створення ОПІВ за завданням або за дорученням роботодавця. Саме нерозуміння предмета правового регулювання вказаних галузей права призводить до конфлік-



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

тів, у яких працівник вважає, що за створення службового об'єкта роботодавець повинен заплатити додатково, а останній переконаний, що він уже розрахувався з творцем заробітною платою. З одного боку, творцем службового об'єкта, безумовно, є працівник і в цьому статусі він має на нього неспростовні права як автор. З другого, службовий твір створено в робочий час, оплачений роботодавцем і, як продукт праці, має належати роботодавцю.

Громадяни, юридичні особи водночас можуть бути суб'єктами різного виду за предметом правового регулювання правовідносин (конституційних, цивільних, господарських, житлових, сімейних тощо). Так, ст. 2 Кодексу законів про працю України говорить, що громадяни реалізують право на працю шляхом укладення трудового договору про роботу на підприємстві, в установі, організації чи з фізичною особою [3]. Саме під час існування трудових відносин у зв'язку зі створенням працівником службового об'єкту виникають відносини інтелектуальної власності між тими ж суб'єктами (працівником і роботодавцем), які регламентуються цивільним правом. Так, ст. 429 ЦК України регулює права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору. Ця норма містить загальне правило: особисті немайнові права належать працівникові, а у випадках, передбачених законом, певні особисті немайнові права можуть належати юридичній або фізичній особі, де або в якій працює працівник: майнові права інтелектуальної власності на службовий об'єкт належать працівникові та роботодавцю спільно, якщо інше не встановлено договором. На зазначено яким саме — цивільним або трудовим. Водночас чч. 2, 3 ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачена можливість укладення трудового договору (контракту) і/або ци-

вільно-правового договору між автором і роботодавцем [4].

Паралельне існування трудових і цивільно-правових відносин визнається вищим судовими органами. Так, у п. 24 Постанови Верховний Суд України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» № 5 від 04.06.2010 року вказано: «...Якщо в трудовому або цивільно-правовому договорі між працівником і роботодавцем (юридичною або фізичною особою, де або в якій він працює) не передбачений інший порядок здійснення майнових прав на створений вказаний об'єкт, то вони мають спільні права (...) Порядок здійснення майнових прав на такий об'єкт може бути врегульований цивільно-правовим договором», п. 25 зазначає: «За створення і використання службового твору автору належить авторська винагорода, розмір та порядок виплати якої встановлюються трудовим договором (контрактом) або цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем. При цьому трудовим договором між ними може передбачатися умова щодо укладення цивільно-правового договору про створення об'єкта авторського права і (або) суміжних прав та обов'язок працівника щодо сповіщення про створення такого об'єкта» [5]. Такої ж позиції притримується і Вищий господарський суд у Постанові «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 року № 12 [5].

Можна стверджувати, що до певної міри цивільно-правові відносини права інтелектуальної власності на службовий об'єкт між працівником-творцем і юридичною чи фізичною особою-роботодавцем є похідними від первинних трудових відносин, які виникли в часі раніше між тими ж суб'єктами.

Якщо приналежність авторові особистих немайнових прав інтелекту-

альної власності не викликає суперечностей, то розподіл майнових прав вимагає постійної уваги.

Поняття «службові об'єкти інтелектуальної власності» має охоплювати всі об'єкти, створені працівником при виконанні трудових обов'язків (трудоного договору), а правовим наслідком саме такого статусу є розподіл майнових прав між сторонами трудового договору — роботодавцем і працівником.

Аналіз норм чинного законодавства та висловлені в науковій літературі позиції науковців дають підстави стверджувати, що для того, щоб ОПІВ визнавався службовим, необхідним є дотримання низки вимог.

По-перше, створення службового об'єкта інтелектуальної власності має входити до трудових обов'язків творця-працівника підприємства, визначених письмовим трудовим договором (контрактом) та/або посадовою інструкцією чи створення службового об'єкта інтелектуальної власності має здійснюватися на основі виданого роботодавцем у письмовій формі службового завдання. При цьому, як слушно зазначає В. Березанська, власне факт прийняття на роботу працівника й укладення з ним типового трудового договору не є достатнім для того, щоби роботодавець отримав усі або частину майнових прав інтелектуальної власності на твори, які створюватимуться працівником під час виконання службових обов'язків. Роботодавець може набути права інтелектуальної власності лише на ті службові твори, на виконання яких працівником було отримано службове завдання чи які були чітко зазначені в укладеному трудовому договорі [7]. Зазначимо, що поставлені працівникові завдання мають документально оформлюватися роботодавцем. Це необхідно для підтвердження факту виконання саме службового завдання в подальшому, при виникненні суперечки між сторонами трудового договору щодо

службового статусу ОПІВ. Хоча чинне законодавство України не встановлює поняття службового завдання та вимог щодо його оформлення, практикою вироблений такий підхід: роботодавцем видається наказ (розпорядження) про створення працівником певного ОПІВ, додатком до якого є службове завдання, де зазначається характеристика майбутнього об'єкта та критерії, яким він повинен відповідати, а також строки виконання завдання.

Для визначеності майбутніх відносин із працівником, функціональні обов'язки якого припускають створення чи можливість створення службового ОПІВ (інженер-конструктор, викладач, журналіст тощо) трудові договори доцільно укладати в письмовій формі, чітко зазначаючи, що всі майнові права на об'єкт інтелектуальної власності, створений у процесі виконання працівником трудових обов'язків, належатимуть роботодавцю, а працівнику при цьому за окремою домовленістю буде виплачена винагорода.

По-друге, службовими можуть бути визнані лише ті ОПІВ, які створені працівником у зв'язку з виконанням ним саме трудових обов'язків. Ті дії, що виходять за межі трудового договору, виходять і за сферу дії трудового права, а отже, і створені в такий спосіб ОПІВ не є службовими. Так, якщо працівник створює ОПІВ поза робочим місцем, визначеним роботодавцем, та/чи поза встановленими трудовим законодавством і правилами внутрішнього трудового розпорядку межами робочого часу (після закінчення робочого дня чи зміни, у вихідні, святкові та неробочі дні, у відпустці тощо), роботодавець не може претендувати на автоматичне отримання майнових прав на такі об'єкти. Виняток становлять випадки, коли такі дії вчинені за згодою або за прямою вказівкою роботодавця й у цьому разі мова вже йтиметься про службове завдання.

В. Соловійова зазначає, що «...закріплення у спеціальних законах про



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

окремі види об'єктів права інтелектуальної власності переліку умов, необхідних для класифікації їх як службових обмежує можливість визнання усіх без винятку усіх об'єктів права інтелектуальної власності, які можуть створюватись працівником унаслідок виконання трудового договору та дозволяє класифікувати як «службові» лише ті об'єкти права інтелектуальної власності, які створюються не просто як наслідок виконання трудового договору, а внаслідок виконання службових обов'язків за трудовим договором чи доручення роботодавця» [8]. Ця позиція має право на існування, якщо взяти до уваги норму ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» що створення службового винаходу (корисної моделі) працівником з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва, а також обладнання роботодавця [9]. Зі змісту вказаної норми не зовсім зрозуміло, чи всі чотири елементи мають бути наявними для встановлення статусу службового винаходу (корисної моделі), чи достатньо будь-якого одного з перерахованих.

Доведення причинно-наслідкового зв'язку між використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва та створенням ОПІВ вкрай непросте завдання. Виняток становить факт використання обладнання роботодавця. Він є очевидним за умови створення об'єкта працівником на своєму робочому місці. Що ж до виробничих знань, досвіду, секретів виробництва, то їх доведення вимагатиме певних зусиль. Так, якщо підприємство теперішнього роботодавця не є першим записом у трудовій книжці працівника і раніше він працював за спеціальністю, то досвіду й виробничих знань він міг набути не лише в цього роботодавця. Працівникові достатньо буде вказати інші робочі місця, а от роботодавцю потрібно буде доводити, який саме досвід, які виробничі знання отримав працівник у

нього та використав при створенні службового об'єкту інтелектуальної власності. Володіння секретами виробництва також потрібно доводити. Перед початком роботи з конфіденційною інформацією працівник має бути ознайомлений у письмовій формі. Це має бути окремий документ з переліком секретних на певному підприємстві відомостей, а саме: будь-яких і всіх ідей, удосконалень, винаходів, методологій, робіт та інші інновацій будь-якого характеру, що були винайдені, вигадані, розроблені, здійснені чи втілені роботодавцем, який їх повідомляє працівникові. Це інформація, що є секретною в тому розумінні, що вона в цілому або в певній формі та сукупності її складових не є відомою та легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних наявним обставинам заходів щодо збереження її секретності.

Існує думка, що умовами визнання ОПІВ службовими є також такі: для забезпечення можливості роботодавця розпоряджатися службовим ОПІВ у договорі між працівником і роботодавцем має бути передбачено, що всі виключні майнові права на твори, створені працівником у порядку виконання ним службових обов'язків, переходять до роботодавця, а моментом передачі прав є передача матеріального носія, на якому зафіксований твір, з одночасним підписанням акту прийому-передачі прав на твір; за створення службових ОПІВ працівнику повинна виплачуватися винагорода [10]. Та ці аспекти, на наш погляд, є не умовами визнання ОПІВ службовими, а юридичними наслідками такого його статусу для роботодавця та працівника.

Підсумовуючи вищевказане, можна стверджувати, що до певної міри цивільно-правові відносини права інтелектуальної власності на службовий



об'єкт між працівником-творцем і юридичною чи фізичною особою-роботодавцем є похідними від первинних трудових відносин, котрі виникли в часі раніше між тими ж суб'єктами. ◆

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28.06.1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV: станом на 19.01.2013 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
3. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 року № 322-VIII: станом на 11.08.2013 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.
4. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 року № 3792-XII : станом на 05.12.2012 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 04.06.2010 року № 5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10>.
6. Постанова Вищого господарського суду «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 року № 12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>.
7. Березанська В. Консультація. Державна служба інтелектуальної власності / В. Березанська [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.intelvas.com.ua/konsultatsiji/39-copyright/24-konsultant-veronika-berezanska-zastupnik-golovnoho-redaktora-iv-z-pitan-ekspertizi-m-kijiv.html>.
8. Соловійова В. Колізії правозастосування, що виникають при класифікації службовими об'єктів права інтелектуальної власності та набутті роботодавцем і працівником майнових прав інтелектуальної власності на них [Електронний ресурс] / В. Соловійова // Актуальні питання цивільного та господарського права. — 2008. — № 5. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.journal.yurprajintel.com.ua/160/print>.
9. Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 року № 3687-XII : станом на 05.12.2012 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>.
10. Консультації / Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Національної академії правових наук України [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.ndiiv.org.ua/ua/zapytannja-ta-vidpovid.html#ixzz1yoAWZ SEO>.

Надійшла до редакції 22.10.2013 року

НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ ЯК ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ: ПІДХОДИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Богдан Львов,

суддя Вищого господарського суду України

Захист конкурентного середовища є одним з вихідних питань, які знайшли закріплення як гарантії в Конституції України. На розвиток конституційних гарантій прийнято значний блок законодавчих актів, створено певний правовий механізм, який має забезпечити якісний розвиток конкурентного середовища в країні. Міжнародні зобов'язання, взяті на себе Україною з цього приводу, також вимагають створення конкурентного середовища, в якому б гарантувалися рівні можливості для національних та іноземних суб'єктів господарювання. Такий підхід впливає, щонайменше, з Паризької конвенції про охорону промислової власності та відповідає принципам Угоди TRIPS. Поряд із цим, Україна взяла на себе зобов'язання щодо забезпечення гармонізації національного законодавства із законодавством ЄС. Це стосується різних галузей національного законодавства, зокрема й законодавства у сфері інтелектуальної власності, а також господарського законодавства.

Водночас, попри позитивні зрушення у частині унормування положень конкурентного законодавства, як і законодавства у сфері промислової власності, функціонуючий правовий механізм, який має забезпечувати поєднання ринкової конкуренції з недопущенням порушення прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, а також інтересів суспільства та держави, не можна характеризувати як ефективний. І на користь такого твердження слугують і далеко не завжди позитивний досвід правозастосування суб'єктами господарювання, що демонструють правомірну поведінку, і напрацьована судова практика, і діяльність публіч-

них органів, задіяних у цій сфері суспільних відносин. Значною мірою на неефективний правовий механізм впливає й інститут господарсько-правової відповідальності, що не може бути якісно реалізований задля захисту від недобросовісної конкуренції внаслідок низки об'єктивних і суб'єктивних факторів. Недаремно підкреслюють, що саме «слабкість та недосконалість заходів юридичної відповідальності значно знижують дієвість правових норм, спрямованих на захист конкуренції» [1, 3].

Варто зауважити, що в теоретичному сенсі інститут господарсько-правової відповідальності знайшов обґрунтування в багатьох працях вітчизняних науковців, серед яких слід насамперед назвати В. Гайворонського, О. Вінник, Г. Знаменського, В. Мамутова, Г. Пронську, О. Чувпила, В. Щербину. Своєю чергою, питання юридичної відповідальності за порушення законодавства про захист конкуренції підіймалися у роботах О. Безуха, В. Галкіна, І. Дахно, В. Єрьоменка, Н. Корчак, В. Кулішенко, С. Кузьміної, В. Мартем'янова, Н. Саніахметової, С. Паращука, К. Тотьева, І. Шуміло та низки інших. Суттєве місце у розкритті практичних аспектів недобросовісної конкуренції посідають роботи Г. Андрощука, С. Шкляра та деяких інших авторів.

Водночас зазначених роботах, зазвичай, не простежується поєднання проблем захисту від недобросовісної конкуренції у сфері саме промислової власності та розкриття особливостей недобросовісної конкуренції через призму господарського правопорушення. Все вищевикладене пояснює актуальність обрання цієї теми для дослідження та визначає як предмета до-



слідження недобросовісну конкуренцію як один з видів господарського правопорушення.

У юридичній літературі висловлюються різні підходи до визначення недобросовісної конкуренції, що все ж значною мірою перетинаються з легальним визначенням даного поняття і впливають, загалом, із поняття конкуренції. Останню ж науковці, котрі досліджують саме означену тематику, пропонують визначати як урегульовану нормами права змагальність між суб'єктами господарювання, що діють водночас у межах одного товарного ринку, спрямовану на отримання підвищеного прибутку та збільшення власної частки ринку, котра обмежує можливості кожного з них впливати на загальні умови обігу товарів [1, 12–13]. Конкурентні відносини є предметом регулювання низки нормативно-правових актів, серед яких як базовий (після Конституції України) слід назвати Закон України «Про захист економічної конкуренції» [2].

Своєю чергою, недобросовісну конкуренцію визначають як антиконкурентні дії чи бездіяльність суб'єктів господарювання, пов'язану з порушенням чинного законодавства, торгових правил і звичаїв, прав на інтелектуальні продукти, вимог доброспорядності і справедливості шляхом вчинків, здатних спричинити змішування щодо підприємства, продукції чи діяльності конкурента, ввести громадськість в оману, дискредитувати конкурента [3, 5]. Саме на такому визначенні зупинивсь у своїх дослідженнях О. Безух у процесі розкриття особливостей захисту від недобросовісної конкуренції в сфері промислової власності. При цьому під захистом від недобросовісної конкуренції автор пропонує розглядати врегульовану законом діяльність держави, її органів і посадових осіб, які контролюють процес конкуренції, учасників конкуренції, спрямовану на встановлення елементів матеріально-

правового відношення, що виникло внаслідок порушення конкуренції, правил та інших чесних звичаїв у підприємницькій діяльності, припинення недобросовісної конкуренції та притягнення винних до відповідальності.

І. Шуміло пропонує під недобросовісною конкуренцією розуміти протиправну діяльність суб'єктів господарювання, що шляхом введення в оману споживачів чи інших суб'єктів господарювання спрямована на заміну в межах одного товарного ринку власних товарів чи послуг із аналогічними товарами чи послугами конкурента, котрі користуються сталим попитом [1, 10]. Навряд чи наведене визначення можна вважати цілком вдалим, з огляду на із його зміст і понятійний апарат, який використовується.

Відповідно до базового закону у сфері недобросовісної конкуренції, яким є однойменний Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 року № 236/96-ВР (з останніми змінами від 18.12.2008 року) [4], недобросовісною конкуренцією є будь-які дії в конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Відповідно до ч. 2 ст. 1 недобросовісною конкуренцією є дії у конкуренції, зокрема визначені главами 2–4 названого Закону. Терміни, що вживаються для цілей цього Закону, визначені Законом України «Про захист економічної конкуренції».

Як зазначають Г. Андрощук та С. Шкляр, така норма є правовою конструкцією генерального делікту, який поглинає всі дії, що виходять за межі торгових та інших чесних звичаїв у господарській діяльності. На їхній погляд, визначення недобросовісної конкуренції через генеральний делікт має свої безперечні переваги та прийняте у більшості держав світу. Однак така правова конструкція логічно поєднана з низкою проблем, які виявляються під час кваліфікації поведінки суб'єктів господарювання [5, 11].



НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ

До таких труднощів автори відносять, по-перше, посилення на звичай. Адже останній як джерело правового регулювання викликає необхідність звертатися до оціночних понять і принципів, культура застосування яких у національній правозастосовній практиці ще не досягла достатнього рівня. По-друге, оскільки законодавцем не встановлено вичерпний перелік складів актів недобросовісної конкуренції, виникає питання щодо сфери виникнення антиконкурентного правопорушення та його суб'єктів. При цьому конструкція загальної заборони правопорушення використана також у статті 10bis Паризької конвенції, чинної для України з 25.12.1991 року [6]. Відповідно до вказаної норми, актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт у конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах. Водночас, з огляду на об'єктивну неможливість передбачити всі можливі дії у конкуренції, котрі не відповідали б правилам чесною поведінки в господарському обороті, конструкція генерального делікту дає змогу визначити ознаки акту недобросовісної конкуренції. Тож, зазначені ознаки мають упливати й на визначення особливостей недобросовісної конкуренції як господарського правопорушення.

Варто зазначити, що, на відміну від більшості кодексів, які містять поняття порушень у відповідній галузі (наприклад, адміністративне, бюджетне, податкове правопорушення, цивільний делікт або кримінальний злочин), Господарський кодекс України (далі — ГК України) не містить поняття господарського правопорушення. У розділі V гл. 24 ГК України розкриваються загальні засади відповідальності за порушення у сфері господарювання, зокрема і принципи відповідальності учасників господарських відносин, поняття санкцій, відшкодування збитків тощо [7]. Глава 28 ГК України присвячена відповідальності суб'єктів гос-

подарювання за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства. Тож поняття порушення господарського законодавства залишається предметом наукового пошуку.

На думку В. Щербини, господарське правопорушення — це протиправна дія чи бездіяльність учасника господарських відносин, яка не відповідає вимогам норм господарського права, не узгоджується з юридичними обов'язками зазначеного учасника, порушує суб'єктивні права іншого учасника господарських відносин або третіх осіб. Як встановлено ст. 610 ЦК України, порушенням зобов'язання є його невиконання чи виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання) [8, 468].

Свою чергою, О. Харитонова вважає, що поняттям господарського правопорушення охоплюються будь-які невідповідності поведінки учасника господарських відносин обов'язкам, покладеним на нього господарським зобов'язанням або актами законодавства. Тож, порушення у сфері господарювання може бути за своєю суттю і порушенням зобов'язання (ст. 610 ЦК України), і адміністративним правопорушенням [9, 400].

А. Бобкова та Д. Федорчук підкреслюють, що підставою господарсько-правової відповідальності є здійснення учасником господарських відносин правопорушення у сфері господарювання, тобто наявність господарського правопорушення. При цьому загалом склад господарського правопорушення містить чотири елементи, а саме: протиправну поведінку; шкоду, котрої зазнав потерпілий учасник господарських відносин; причинно-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою та шкодою; а також вину як суб'єктивний елемент складу господарського правопорушення. Останню автори пропонують розглядати як ставлення до здійсненого правопорушення, що в силу ч. 2 ст. 218 ГК України, слід розуміти як неприйняття учасником



господарських відносин усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення [10, 685]. Водночас, на погляд науковців, у багатьох випадках для притягнення учасника господарських відносин до відповідальності достатньо наявності неповного (усіченого) складу правопорушення. Та протиправна поведінка є обов'язковим елементом господарського правопорушення.

Якщо застосовувати зазначену вище конструкцію господарського правопорушення до недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності, потрібно зазначити таке. По-перше, щодо визначення об'єкта та об'єктивної сторони порушення, як цілком слушно звертається увага у фаховій літературі, у положенні статті 10*bis* Паризької конвенції міститься вужче посилання на звичаї у промислових і торговельних справах порівняно з ч. 1 ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Адже в останній мова йде про господарську діяльність, під якою в Україні розуміють діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3 ГК України). Якщо господарська діяльність здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, вона є підприємництвом. Водночас господарська діяльність може здійснюватись і без мети одержання прибутку, у такому разі мова йтиме про некомерційну господарську діяльність. Варто зауважити, що при характеристиці господарського правопорушення стосовно недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності отримання прибутків не має ключового значення. Із метою з'ясування наявності відповідного складу увагу акцентують на встановленні того факту, чи відбулося порушення чесних звичаїв у господарській діяльно-

сті, що справляло вплив на відносини конкуренції.

Наголошують на тому, що недобросовісна конкуренція можлива винятково у стані конкуренції, тобто у стані змагання гравців ринку між собою за споживачів (з метою збільшення своєї частки на ринку) [5, 13]. Водночас відстоюється позиція, що поняття «стан конкуренції» не означає, що акт недобросовісної конкуренції може бути спрямовано винятково проти суб'єкта господарювання, який перебуває в межах одного товарного ринку з порушником, тобто лише між прямими конкурентами. Відносини конкуренції можуть складатися між суб'єктами господарювання, котрі виробляють і не взаємозамінні товари чи перебувають на різних рівнях виробництва або розподілу товару, проте у них може бути одна група споживачів або контрагентів. Більше того, недобросовісна конкуренція однієї особи може бути спрямована на досягнення конкурентних переваг третьою особою, порівняно з прямими конкурентами такої третьої особи — наприклад, використання відомої торговельної марки під час реклами товару, що належить до іншого товарного ринку, чи використання прихованої реклами у фільмі або телепрограмі (продактплейсмент) тощо.

Крім цього, відповідно до ст. 7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», до недобросовісної конкуренції віднесено неправомірну порівняльну рекламу, тобто рекламу, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого суб'єкта господарювання (підприємця) та не є достовірною, об'єктивною, корисною для інформування споживачів. При цьому для покладення відповідальності за порівняльну рекламу не вимагається доведення факту зниження попиту на товари суб'єкта господарювання, з якими проведено неправомірне порівняння. Цей підхід закріплено в постанові Пленуму ВГСУ від 26.12.2011 року № 15 [11].



НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ

Натомість, у зазначеній статті вживається оціночна категорія добросовісності. Якщо говорити про відносини економічної конкуренції, то в такому разі при скоєнні господарського правопорушення поняття добросовісності має оцінюватися разом з такими поняттями, як правила чесної поведінки, торгівлі й інші чесні звичаї. Вважають, що звичай більше наближений до поняття «практика» ділової поведінки [5, 18]. Тож помилковим є ототожнення чесних ділових звичаїв (чесної ділової практики) зі звичаями ділового обороту, що виражаються в конкретному неписаному, але повторюваному правилі поведінки. Відповідно, звичай за своєю суттю наближений до принципу, позаяк має загальний універсальний зміст і не може бути конкретизований ситуативно. Інше трактування призведе до втрати реального змісту застосування вищезазначеної норми до кваліфікації господарського правопорушення. Зазначена позиція заслуговує на підтримку, тому що застосування лише формально-юридичного підходу при кваліфікації поведінки суб'єкта господарювання як добросовісної чи недобросовісної призведе до неможливості застосування норм законодавства (як господарського, так і цивільного, на положеннях якого базуються договірні відносини суб'єктів господарювання). Що стосується поняття звичаю, то до нього слід підходити з позицій, вироблених цивільно-правовою теорією, беручи до уваги міжнародну практику. У цьому напрямі, тобто при порушенні прав інтелектуальної власності (промислової власності) суб'єктами господарювання внаслідок недобросовісної конкуренції, напрацьовано достатню практику, що дозволяє робити певні узагальнення й пропонувати використовувати певні напрацювання ву роботі вітчизняних правників.

У цьому разі варто користуватися позицією, закріпленою у Постанові Пленуму ВГСУ № 15 стосовно того, що

приписи ЦК України та інших актів законодавства, котрі регулюють право інтелектуальної власності, можуть застосовуватися господарськими судами до правовідносин, які регулюються нормами конкурентного законодавства (зокрема й Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції»), у вирішенні певних питань, пов'язаних, зокрема, з визначенням понять об'єктів правової охорони, поняття їх використання та ін, якщо такі питання не врегульовано нормами конкурентного законодавства. У разі, коли тотожні за назвою поняття, вживані як у законах, які регулюють право інтелектуальної власності, так і в конкурентному законодавстві, є відмінними за правовим змістом, господарському суду у розгляді справ, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства, потрібно виходити саме з приписів останнього.

При кваліфікації скоєного конкурентного правопорушення суду необхідно перевіряти, яке правило поведінки, що є торговим або іншим чесним звичаем у підприємницькій діяльності, було порушено суб'єктом господарювання. Також слід з'ясувати зміст такого правила та наявні докази існування такого правила чи правил в якості звичаю. Саме такий підхід дозволить прийняти рішення щодо того, чи були дії суб'єкта господарювання, котрі суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям, такими, що підпадають під ознаки недобросовісної конкуренції, визначені законодавством.

Що стосується такого елемента правопорушення, як завдання шкоди (тобто об'єктивної сторони конкурентного правопорушення), то низка фахівців відводить їй факультативне значення при здійсненні кваліфікації господарського правопорушення. Тож, зазначений елемент не підлягає доказуванню, якщо аналіз характеру дії чи поведінки в конкуренції підтверджує спрямованість певної дії або поведінки суб'єкта підприємництва на досягнення неправомірних переваг у конкурен-



ції. Водночас наявність доказів завдання шкоди актом недобросовісної конкуренції посилює юридичний склад, який є підставою для притягнення порушника до відповідальності за вчинення акту недобросовісної конкуренції. При цьому, деякі склади актів недобросовісної конкуренції передбачають необхідність встановлення, наприклад, факту змішування (ст. 4), досягання неправомірних переваг у конкуренції (ст. 15-1) Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [5, 29]. Відзначимо, що такий підхід є тожним загальним підходом щодо визначення складу господарського порушення, розробленим теорією господарського права та згадуваним вище.

Своєю чергою суб'єктом недобросовісної конкуренції є юридична чи фізична особа, що здійснює господарську діяльність з метою отримання прибутку. Активними діями такого суб'єкта (а не бездіяльністю) є ведення повноцінної конкурентної боротьби для збільшення своєї частки на ринку товару (послуг) й розміру отримуваних прибутків. У даному разі найчастіше мова йде саме про отримання прибутків, а не доходів, тобто про комерційну діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання. Водночас за певними складами конкурентного правопорушення суб'єктом може бути особа, що безпосередньо не перебуває в конкурентних відносинах з особою, проти якої спрямований акт недобросовісної конкуренції — особливо, коли це стосується фізичної особи. Зазначене також дає підстави говорити про недоцільність застосування в такому разі винятково формально-юридичного методу при визначенні поняття суб'єкта правопорушення. Натомість доцільним є використання підходу, закріпленого Законом України «Про економічну конкуренцію» у частині визначення поняття суб'єкта господарювання. Адже у ньому фізична особа розглядається як суб'єкт господарювання, якщо вона здійснює діяльність з ви-

робництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність. При цьому діяльність такої особи має відповідати ознакам підприємницької діяльності, зокрема, бути систематичною та мати на меті отримання прибутку. Зазначене свідчить про необхідність наявності факту легалізації підприємницької діяльності, хоча з цього приводу висловлюються різні точки зору. Водночас відсутність легалізації підприємницької діяльності при її здійсненні по суті має тягнути за собою застосування заходів юридичної відповідальності, передбачених законодавством саме за бездіяльність щодо легального закріплення статусу суб'єкта господарювання.

Що стосується визначення наявності вини в суб'єкта господарювання, то із цього приводу також у фаховій літературі є різні позиції. Більшість фахівців стоять на позиції обов'язкової наявності вини у суб'єкта господарювання, що здійснює господарське правопорушення [1; 8–10]. Інші вважають, що правопорушення у сфері недобросовісної конкуренції не в усякому випадку передбачає наявність вини, але завжди передбачає притягнення порушника до господарської відповідальності [5, 30]. Останній підхід було закріплено й у Рекомендаціях президії ВГСУ від 29.10.2008 року № 04-5/2247 (п. 3). Водночас такий підхід не знайшов закріплення у постанові пленуму ВГСУ № 15. Відповідно, заслуговує на увагу позиція, висловлена у теорії господарського права, а саме: вина як суб'єктивна ознака складу правопорушення при здійсненні недобросовісної конкуренції та притягненні порушника до майнової відповідальності наявна за таких обставин: 1) наявність у суб'єктів конкурентних відносин реальних можливостей для належного і добросовісного здійснення підприємницької діяльності та виконання обов'язків; 2) невжиття порушником необхідних заходів щодо недопущення правопорушення в конкуренції, запобігання шкоди іншим особам; 3) відсут-



ність юридичної норми, що дозволяє суб'єкту господарювання діяти таким чином [2, 14].

Спірною в теорії є й необхідність у процесі кваліфікації господарського правопорушення визначення наявності в діях правопорушника мотиву (мети) на досягнення неправомірних переваг у конкуренції. Деякі дослідники вважають, що такий мотив презюмується та не підлягає доказуванню, якщо аналіз характеру дії чи поведінки у конкуренції свідчить про порушення чесних способів ведення конкурентної боротьби. Водночас такий підхід є спірним.

Беручи до уваги все вищезазначене та враховуючи низку спірних питань, які виникають у процесі кваліфікації конкурентного правопорушення у сфері промислової власності, із метою забезпечення правильного і однакового застосування господарськими судами приписів конкурентного законодавства Пленуму ВГСУ варто дати конкретні роз'яснення. ♦

Список використаних джерел

1. Шуміло І. А. *Відповідальність за порушення законодавства про захист конкуренції: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04* / І. А. Шуміло ; Ін-т економіко-правових досліджень НАН України. — Донецьк, 2001. — 20 с.
2. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 року № 2210-III // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. — 2001. — № 12. — Ст. 64 (зі змінами).
3. Безух О. В. *Захист від недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04* / О. В. Безух ; Ін-т економіко-правових досліджень НАН України. — Донецьк, 2001. — 21 с.
4. Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 року № 236/96-ВР [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80>.
5. *Науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»* / Г. О. Андрощук, Т. Б. Бондарев, Н. А. Іваницька, С. В. Шкляр. — К. : Юридична газета, 2013. — 176 с.
6. *Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20.03.1883 року* [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_123.
7. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 року № 436-IV* // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. — 2003. — № № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144 (зі змінами).
8. Щербина В. С. *Господарське право : підручник* / В. С. Щербина. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 600 с.
9. *Хозяйственный кодекс Украины : научно-практический комментарий* / Е. И. Харитонов, Е. О. Харитонов, В. Н. Коссака и др. ; под ред. Е. И. Харитоновой. — Х. : Одиссей, 2007. — 752 с.
10. *Хозяйственный кодекс Украины : научно-практический комментарий* / под общ. ред. А. Г. Бобковой. — Х. : изд. Вапнярчук Н. Н., 2008. — 1296 с.
11. *Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 року № 15 «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» (зі змінами)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0015600-11>.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року

УЧАСТЬ МИТНИХ ОРГАНІВ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ У ПРОЦЕСІ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Ігор Бенедисюк,

суддя Вищого господарського суду України

Як відомо, запобіжні заходи є один зі способів забезпечення захисту порушених прав інтелектуальної власності, що активно використовується у процесі як цивільного, так і господарського судочинства. Поряд з іншими заходами, наприклад, із вилученням з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності, із застосуванням разового грошового стягнення, тощо, зазначені заходи формують цілий комплекс заходів, які здійснюють самостійно (добровільно) порушники чи примусово — уповноважені органи державної влади, зокрема судової. Характеристикою, що поєднує зазначені заходи, визначені чинним законодавством (незалежно від його інституційної приналежності), є те, що всі вони спрямовуються на припинення порушення чи відновлення (визнання) порушених суб'єктивних прав. При цьому суттєві складнощі починають виникати при перетинанні товарами, що містять об'єкти права інтелектуальної митного кордону. Відтак, мова йде про митний контроль, як ефективний засіб виявлення та запобігання порушення прав інтелектуальної власності при переміщенні товарів через митний кордон України.

Доцільно зазначити, що низка проблемних питань, пов'язаних зі здійсненням митного контролю як однієї з функцій контрольної діяльності держави, підіймався в роботах Б. Габричидзе, В. Жарова, В. Гаращука, Є. Додіна, С. Ківалова, А. Козиріна, Б. Кормича,

Т. Корневої, С. Пахомова, К. Сандровського, М. Шульги, С. Терещенко та ін.

У 2003 році було захищено кандидатську дисертацію О. Тропіної, присвячену дослідженню організаційно-правових засад здійснення митного контролю за дотриманням прав інтелектуальної власності при переміщенні товарів через митний кордон України. У 2012 році було випущено навчальний посібник для студентів «Захист прав інтелектуальної власності на митному кордоні» за авторством Г. Швеця, П. Солошенка та С. Петренка.

Водночас у зазначених вище роботах не знайшли належною мірою відображення проблеми реалізації застосування запобіжних заходів митними органами із залученням господарських судів. Усе означене й зумовило обрання як предмета дослідження у цій науковій статті дослідження особливостей участі митних органів у забезпеченні запобіжних заходів у процесі захисту прав інтелектуальної власності, беручи до уваги вплив практики розгляду господарських спорів.

У теорії права інтелектуальної власності під захистом прав і законних інтересів суб'єктів інтелектуальної власності розуміють передбачені законом заходи, спрямовані на їх визнання та відновлення, припинення їхнього порушення, застосування до правопорушників заходів юридичної відповідальності. Зокрема, Н. Мироненко вважає, що захист прав і законних інтересів суб'єктів інтелектуальної власності реалізується через механізм за-



ЗАХИСТ ПРАВ

хисту, що становить систему форм, способів і засобів діяльності відповідних юрисдикційних органів та зацікавлених осіб, спрямовану на захист прав й інтересів суб'єктів інтелектуальної власності [1, 30].

Далеко не всі вчені погоджуються з тим, що наявний правовий механізму захисту прав інтелектуальної власності є ефективним. Наприклад, на погляд О. Ришкової, «цивільно-правовий механізм захисту прав інтелектуальної власності в сучасних умовах не здатен повною мірою забезпечити її захист. Компенсаційний принцип стосовно прав інтелектуальної власності має бути замінено на кратний, згідно з яким розмір майнової відповідальності збільшується у два і більше разів в залежності від розміру завданих збитків та інших обставин за принципом: чим більші збитки (школа), тим суворішою є відповідальність» [2, 6].

Критикуючи значною мірою положення чинного Цивільного процесуального кодексу України у частині забезпечення захисту прав інтелектуальної власності, О. Штефан усе ж вважає, що положення кодексу у цьому напрямі більш-менш відповідають положенням Директиви 2004/48 ЄС про реалізацію (*enforcement*) прав інтелектуальної власності, прийнятої 29.04.2004 року Європейським парламентом і Радою ЄС [3, 40]. Водночас, на її думку, національне господарське процесуальне законодавство значно більшою мірою поділяє підходи, закріплені ст. 7 Директиви, щодо забезпечення збереження доказів, які запроваджує ЄС. Із цим важко не погодитися.

Отже, запобіжні заходи та заходи забезпечення позову, незалежно від того, буде це цивільний чи господарський позов, можуть розглядатись як складова механізму захисту прав інтелектуальної власності. Водночас, як свідчить аналіз судової практики, у процесі застосування запобіжних заходів і заходів забезпечення позову, спрямованого на захист порушених

прав інтелектуальної власності, нерідко трапляються проблемні питання. Зокрема, коли необхідно здійснити забезпечення щодо товарів, які перебувають під митним контролем і не перебувають на митній території України. Тож зупинити введення певних товарів в обіг на території України, тому що після їх розмитнення зупинити розповсюдження цих товарів буде майже неможливо або пов'язано з великими затратами.

З одного боку, Господарський процесуальний кодекс України (далі — ГПК України) [4] передбачає можливість здійснення як запобіжних заходів, так і заходів до забезпечення позову у вигляді накладення арешту на майно. Проте здійснити арешт майна, котре ще не перебуває на митній території України, звичайним способом буде досить проблематично, позаяк такий товар не розмитнений і має спеціальний режим зберігання, передбачений Митним кодексом України (далі — МК України). Отже, здійснити таке забезпечення без участі митних органів буде практично неможливо.

Водночас, розділ XIV (у попередній редакції — розділ X) Митного кодексу України [5] містить заходи митних органів щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів через митний кордон України. Ці заходи, проте, передбачають можливість митних органів за певних умов самостійно прийняти рішення про призупинення митного оформлення товарів на строк до 10 робочих днів, і в разі необхідності продовження цього строку не більш як на 10 робочих днів (ч. 2 ст. 399 МК України). Слід зазначити, що таке рішення приймається митним органом (а нині, після реформування митних органів і входження їх до складу Міністерства доходів і зборів України — органом доходів і зборів) на підставі даних митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності, що охороняються відповідно до закону. При

виявленні ознак порушення прав інтелектуальної власності щодо товарів, пред'явлених до митного контролю та митного оформлення, їх митне оформлення призупиняється, а товари підлягають розміщенню на складі цього органу.

Особливості ведення митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності деталізуються в ст. 398 МК України. При цьому безпосередньо порядок реєстрації в митному реєстрі об'єктів права інтелектуальної власності, що охороняються відповідно до закону, визначений в однойменному Наказі Міністерства фінансів України від 30.05.2012 року № 648.

Раніше такої термін був визначений протягом 15 календарних днів (із продовженням не більше ніж на 15 днів). Нині, відповідно до ч. 7 ст. 399 чинного МК України, якщо протягом перших 10 робочих днів після отримання повідомлення про призупинення митного оформлення товарів правовласник письмово не поінформує митний орган, який призупинив митне оформлення таких товарів, про звернення до суду з метою забезпечення захисту прав інтелектуальної власності або не звернеться до такого митного органу з письмовим умотивованим клопотанням про продовження строку призупинення митного оформлення, то за відсутності ознак порушення митних правил товари, митне оформлення яких було призупинено, підлягають митному оформленню в установленому порядку.

Як свідчить порівняльний аналіз наведених норм, у попередній редакції МК України існувала норма аналогічного характеру, при цьому був більший строк — 15 днів — та не так деталізований суб'єктний склад.

Відповідно до ч. 8 ст. 399 поточної редакції МК України, в разі якщо протягом перших 10 робочих днів після отримання повідомлення про призупинення митного оформлення товарів правовласник письмово по-

інформує митний орган про звернення до суду з метою забезпечення захисту прав інтелектуальної власності або звернеться до такого митного органу з письмовим умотивованим клопотанням про продовження строку призупинення митного оформлення, то призупинення митного оформлення вказаних товарів може бути продовжено митним органом, але не більш як на 10 робочих днів.

Отже, зупинення митного оформлення тісно пов'язане зі зверненням особи до суду. Водночас МК України не деталізовано, в якій саме формі має бути здійснено таке звернення. Що ж до рішення суду з цього питання, то в ч. 9 ст. 399 МК України зазначено, що якщо протягом строків, зазначених у ч. 2 названої статті, правовласник подасть митному органу, що призупинив митне оформлення товарів, ухвалу суду про заборону вчинення певних дій у справі про порушення прав інтелектуальної власності чи інше рішення з цього питання, винесене (прийняте) іншими уповноваженими державними органами, митний орган продовжує призупинення митного оформлення товарів на строк, встановлений цими органами. Якщо ж така ухвала (чи рішення уповноваженого державного органу) не буде подана, то за відсутності ознак порушення митних правил товари, щодо яких було прийнято рішення про призупинення митного оформлення, підлягають митному оформленню в установленому порядку. У такому разі відшкодування декларанту та іншим особам витрат і збитків, спричинених призупиненням митного оформлення, здійснюється за рахунок правовласника.

Аналізуючи зазначене, можна дійти висновку, що особа, якій відповідно до законодавства України належать права на об'єкт інтелектуальної власності, має звернутися до суду з позовом (оскільки ухвала має бути винесена у справі про порушення прав інтелектуальної власності) та заявити



ЗАХИСТ ПРАВ

клопотання про забезпечення позову, на підставі якого суд винесе відповідну ухвалу. Вочевидь, здійснити ві ці дії у досить стислі строки хоча й можливо, проте не без певних труднощів. Водночас винесення ухвали про накладення арешту на майно у вигляді запобіжних заходів не буде відповідати вимогам МК України та не зможе бути виконане, позаяк виконання ухвали про арешт майна здійснюватиметься державним виконавцем відповідно до Закону України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 року № 606-XIV (у редакції Закону від 04.11.2010 року № 2677-VI) [6], із відповідними змінами та доповненнями. А здійснення виконавчих дій у вигляді арешту майна, що не ввезене на митну територію України, згаданим Законом не передбачено.

Тож варто зауважити, що призупинення митним органом оформлення товарів, які можуть порушити права інтелектуальної власності, відповідно до попередньої редакції МК України, в обов'язковому порядку забезпечувалися відповідною заставою. Так, останньою частиною ст. 257 МК України було передбачено, що в разі призупинення митного оформлення товарів, зазначених у цій статті, відшкодування митним органам і власникам складів тимчасового зберігання витрат, пов'язаних зі зберіганням цих товарів, а у випадку, передбаченому ч. 8 цієї статті, також і відшкодування декларанту та іншим особам збитків, спричинених таким призупиненням, здійснюється за рахунок особи, якій відповідно до законодавства України належать майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності. Для забезпечення відшкодування зазначених витрат і збитків особа, якій відповідно до законодавства України належать майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності, надає спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади у сфері митної справи заставу

чи іншу еквівалентну гарантію, достатню для відшкодування збитків митним органам, власникам складів тимчасового зберігання, декларанту, одержувачу або відправнику вантажу та власнику товару. Розмір, порядок внесення застави, її види, а також види еквівалентних гарантій і порядок їх надання, визначалися спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері митної справи. Такий порядок був затверджений Наказом Державної митної служби України «Про затвердження Порядку надання застави або еквівалентної гарантії з відшкодування витрат, пов'язаних з діями митних органів України щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності» від 20.06.2007 року № 520 (нині наказ втратив чинність).

Проте, попри деталізованість та формалізованість дій Державної митної служби у сприянні захисту прав інтелектуальної власності, неузгодженість митного законодавства з ГПК України, призводили і продовжує призводити до негативних наслідків. Прикладом цього може бути, зокрема, розглянута 28.12.2010 року Вищим господарським судом України касаційна скарга Дніпропетровської митниці на ухвалу господарського суду Дніпропетровської області та постанову Дніпропетровського апеляційного господарського суду зі справи № 33-9/10-10 за позовом Unilever N.V., м. Роттердам, Нідерланди до товариства з обмеженою відповідальністю «Конті Макс» (далі — ТОВ «Конті Макс») про захист прав інтелектуальної власності [8]. За результатами розгляду касаційної скарги Вищий господарський суд України встановив таке.

Ухвалою господарського суду Дніпропетровської області від 06.07.2010 року за заявою Unilever N.V. на підставі ст. 431 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України) вжито запобіжні заходи до подання позову у справі шляхом накла-

дення арешту на належні ТОВ «Конті Макс» товари, заявлені цим товариством до митного оформлення за митними деклараціями від 16.06.2010 року.

Ухвалою господарського суду Дніпропетровської області від 07.09.2010 року, залишеною без змін постановою Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 26.10.2010 року, за заявою ТОВ «Конті Макс» роз'яснено ухвалу господарського суду Дніпропетровської області від 06.07.2010 року зі справи таким чином, що арешт на майно (товар), який належить ТОВ «Конті Макс», щодо якого вжито запобіжні заходи, не забороняє органам Державної митної служби України здійснювати митне оформлення цього товару.

Дніпропетровська митниця звернулася до Вищого господарського суду України з касаційною скаргою, в якій просить ухвалу господарського суду Дніпропетровської області від 07.09.2010 року та постанову Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 26.10.2010 року зі справи скасувати, а справу передати на розгляд до суду першої інстанції, посилаючись на порушення положень МК України та неправильне застосування статті 89 ГПК України.

Перевіривши правильність застосування місцевим і апеляційним господарськими судами норм процесуальної права, заслухавши пояснення представника Unilever N.V., Вищий господарський суд України зазначив, що відповідно до ч. 1 ст. 89 ГПК України суддя за заявою сторони чи державного виконавця роз'яснює рішення, ухвалу, не змінюючи при цьому їхнього змісту, а також за заявою сторони чи за своєю ініціативою виправляє допущені в рішенні, ухвалі описки чи арифметичні помилки, не зачіпаючи суті рішення.

У ст. 431 ГПК України зазначено, що особа, яка має підстави побоюватися, що подача потрібних для неї доказів стане згодом неможливою або

утрудненою, а також підстави вважати, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення, має право звернутися до господарського суду із заявою про вжиття передбачених ст. 432 ГПК України запобіжних заходів до подання позову.

Статтею 432 ГПК України передбачено, що запобіжні заходи включають, зокрема, накладення арешту на майно, що належить особі, щодо якої вжито запобіжні заходи, та знаходиться в неї або в інших осіб.

Згідно з ч. 7 ст. 257 МК України якщо протягом строків, зазначених у ч. 2 цієї статті, особа, якій відповідно до законодавства України належать майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності, подасть митному органу, що призупинив митне оформлення товарів, ухвалу суду про заборону вчинення певних дій у справі про порушення прав інтелектуальної власності або інше рішення з цього питання, винесене уповноваженими державними органами, митний орган продовжує призупинення митного оформлення товарів на строк, встановлений цими органами.

Зі змісту оскаржуваних судових актів вбачається, що запобіжні заходи до подання позову вжито з метою сприяння захисту прав інтелектуальної власності, зокрема під час переміщення товарів через митний кордон України, тому ці заходи стосуються насамперед призупинення митного оформлення товарів.

Отже, роз'яснюючи ухвалу господарського суду Дніпропетровської області від 06.07.2010 року, місцевий господарський суд фактично змінив її зміст і таким чином порушив положення ст. 89 ГПК України, а апеляційний господарський суд цієї помилки не виправив.

З огляду на викладене, оскаржувані судові акти було скасовано, а Вищим господарським судом було роз'яснено, що вжиті ухвалою господарського суду Дніпропетровської області від 06.07.2010 року зі справи № 33-9/10-



ЗАХИСТ ПРАВ

10 запобіжні заходи до подання позову в цій справі шляхом накладення арешту на належні ТОВ «Конті Макс» товари, заявлені даним товариством до митного оформлення за митними деклараціями від 16.06.2010 року передбачають призупинення митного оформлення цих товарів.

Проте, неузгодженість ГПК України та МК України у відповідних частинах фактично звужує можливість застосування під час зупинення митного оформлення положень Розділу V-1.

На жаль, не виправлено цю неузгодженість і у новому МК України, котрий набрав чинності із 01.06.2012 року. Не додає можливості позитивно розв'язати означену проблему й прийнятий 28.12.2011 року Наказ Міністерства фінансів України № 1762, яким затверджено Порядок надання застави або еквівалентної гарантії з відшкодування витрат, пов'язаних з діями митних органів України щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності [9]. Адже нова редакція Порядку посилається на стару редакцію МК України.

Застосування ж положень ГПК України щодо забезпечення позову не завжди можна здійснити швидко та оперативно, з огляду на виконання відповідних вимог щодо умов і підстав подачі відповідного позову.

Необхідність розв'язання цієї проблеми впливає не лише з логіки розв'язання цього питання на практиці, але й з міжнародного досвіду. Як відомо, товарам, виробленим із порушеннями законодавства, може бути закритий доступ до країни за рішення відповідного митного органу. Положення Угоди TRIPS вимагають, аби були передбачені (як мінімум) ефективні прикордонні заходи для запобігання ввозу контрафактних або піратських товарів.

Так, у США та Великобританії ці заходи застосовуються після реєстрації об'єктів права інтелектуальної власності в митному органі, а також

такі заходи застосовуються у зв'язку з адміністративним розслідуванням і розпорядженням про заборону на ввезення. Розпорядження про заборону на ввезення видається адміністративним органом з метою припинення порушення прав інтелектуальної власності шляхом затримання на митному кордоні контрафактних товарів, вироблених або зібраних за кордоном. Крім цього, у США може бути заборонено на митному кордоні ввезення товарів, які вироблені з порушенням прав інтелектуальної власності (але які не підпадають під визначення піратських або контрафактних товарів). Доцільно зауважити, що Митна служба США має у своєму розпорядженні широкі повноваження щодо розслідування випадків протизаконного імпорту та арешту незаконно виготовлених товарів на митному кордоні, зокрема і право діяти в порядку *ex officio* («за посадою»), тобто без подання з боку власника прав інтелектуальної власності офіційного клопотання про вжиття заходів. Право діяти в порядку *ex officio* передбачено в Угоді TRIPS і може бути, на погляд фахівців, високоефективним заходом у боротьбі з порушеннями прав інтелектуальної власності [10, 49].

Усе вищезазначене дає підстави до підсумковго висновку про доцільність доповнення статті 43-2 ГПК України таким запобіжним заходом, як заборона вчиняти митним органам дії щодо розмитнення товарів, якими можуть бути порушені права інтелектуальної власності. Водночас, у цьому випадку також слід вирішити питання щодо внесення відповідного забезпечення боку особи, за клопотанням якої такі дії будуть здійснені. ♦



Список використаних джерел

1. Мироненко Н. Захист прав на торговельні марки: українська практика та європейський досвід / Н. Мироненко // *Право України*. — 2011. — № 3. — С. 30–39.
2. Ришкова О. В. Захист прав інтелектуальної власності за цивільним законодавством України : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Ришкова ; Одеська національна юридична академія. — Одеса, 2007. — 23 с.
3. Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування / за заг. ред. д.ю.н. О. П. Орлюк. — К. : Лазурит-Поліграф, 2009. — 242 с.
4. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 року № 1798-XII (зі змінами) [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.
5. Митний кодекс України від 13.03.2012 року № 4495-VI (зі змінами) [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>.
6. Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 року № 606-XIV в редакції Закону від 04.11.2010 року № 2677-VI (зі змінами) [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/606-14>.
7. Наказ Міністерства фінансів України «Про затвердження Порядку реєстрації у митному реєстрі об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону» від 30.05.2012 року № 648 // Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 22.06.2012 року за № 1034/21346 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1034-12/para20#n20>
8. Постанова Вищого господарського суду України від 28.12.2010 року № 33-9/10-10(9/222-10)[Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.mdoffice.com.ua/pls/MDOOffice/aMDODoc.html?p_file=59&p_page=898&context.
9. Наказ Міністерства фінансів України від 28.12.2011 року № 1762 «Про затвердження Порядку надання застави або еквівалентної гарантії з відшкодування витрат, пов'язаних з діями митних органів України щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності» // Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 05.03.2012 року за № 361/20647 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0361-12>.
10. Захист прав інтелектуальної власності: норми міжнародного і національного законодавства та їх правозастосування : практичний посібник / Д. Лонг, П. Рей, В. О. Жаров, Т. М. Шевелєва, І. Е. Василенко, В. С. Дроб'язко. — К. : К.І.С., 2007. — 448 с.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року

ПОРУШЕННЯ ПРАВ ТРАНСГЕНДЕРНИХ ОСІБ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ МЕДИЧНОГО ВТРУЧАННЯ

Оксана Покальчук,

аспірант Київського університету права НАН України

У процесі історичного розвитку права людини зазнали істотних змін, результатом яких був прогрес експансії цих прав [1, 87]. Спостерігається поступове розширення ідеї прав людини й універсалізація прав людини [1, 87–88]. Концепція прав людини є динамічною та такою, що постійно розвивається [2, 26]. У зв'язку з поступом ліберального дискурсу, концепція прав людини розширюється, змінюється, чутливо реагуючи на новітні соціальні та політичні зміни. Права людини входять у нові сфери життя у зв'язку з розвитком нових технологій, медицини та у зв'язку із різноманітними соціальними змінами. На сьогодні перед суспільством виникають питання, які ще кілька десятиліть тому неможливо було навіть уявити: етичність клонування, використання допоміжних репродуктивних технологій, безпечність ГМО та ін. Одним із таких питань, на нашу думку, є і питання стерилізації трансгендерних осіб.

Попри новизну проблематики, питання стерилізації транссексуальних осіб ґрунтовно увійшло до політичного життя європейських країн, а також до політичного життя Канади, США, Австралії, Аргентини, ПАР та багатьох інших країн. Саме тому це питання нагально потребує детального вивчення та обговорення науковцями юристами, медиками, правозахисниками та політиками.

Уперше на загальноєвропейському рівні питання примусової стерилізації транссексуальних людей озвучено у

2008 році комісаром з прав людини Ради Європи, коли останній зазначив, що вимога недобровільної стерилізації йде у розріз з повагою до фізичної недоторканності особи [3]. Згодом, у 2010 році, в Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи зазначено, що «попередні вимоги, в тому числі зміни фізичного характеру, наявність яких необхідне для юридичного визнання зміни статі мають періодично переглядатися з метою скасування «образливих вимог» [4, п. 20]. Резолюцією № 1728 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи закликано держав-членів гарантувати в законодавстві і на практиці права трансгендерних людей на отримання офіційних документів, що відображають ідентифікацію обраної ними статі без попереднього обов'язкового зобов'язання пройти стерилізацію чи іншу медичну процедуру як операцію зі зміни статі або гормональну терапію [5, п. 16.11.2.]».

26.06.2013 року Парламентська Асамблея Ради Європи підтримала Резолюцію «Покласти край насильницькій стерилізації та кастрації», якою встановлено, що «примусова, незворотна стерилізація та кастрація є грубим порушенням прав людини і людської гідності, і не може бути прийнятною у країнах-членах Ради Європи», також Асамблея закликала «створити чіткі гарантії для запобігання зловживанням у цій сфері та для забезпечення відшкодувань жертвам примусової стерилізації і кастрації», фактично прирівнявши таких

жертв до жертв примусової стерилізації часів нацистської Німеччини [6].

Отож, можна стверджувати, що питання заборони примусової стерилізації трансгендерних людей на сьогодні отримало статус європейського консенсусу, що має вирішальне значення для формування політик у сфері прав людини кожної окремої країни — члена Ради Європи, а також має вплив на розвиток практики Європейського суду з прав людини. Хоча донині Європейським судом з прав людини не було розглянуто жодної справи щодо дотримання прав людини при встановленні вимог про обов'язкову стерилізацію чи операції, що веде до безпліддя, прийняття вищезгаданої Резолюції може підтримати формування практики в цьому напрямі.

Питання примусової стерилізації транссексуальних людей в Україні є досить дискусійним і потребує досліджень, оскільки перебуває на межі зіткнення прав людини (зокрема репродуктивних прав транссексуальних людей) та морально застарілих медичних стандартів (зокрема, щодо надання медичної допомоги транссексуальним людям), встановлених законодавством України.

Питання про наявність в Україні примусової стерилізації транссексуальних осіб було поставлено Комітетом ООН з прав людини делегації Верховної Ради України в Парламентській асамблеї Ради Європи на 108 сесії. У відповіді делегація від України запевнила, що національним законодавством України не передбачена примусова стерилізація [7]. Проте вказане твердження не відповідає дійсності, адже, керуючись тінювими звітами громадських і міжнародних організацій, та наявною інформацією про чинне законодавство в Україні, 26.07.2013 року це питання було включено до Заключних зауважень щодо сьомого періодичного звіту по Україні, ухвалених Комітетом з прав людини ООН [8]. Україні

рекомендовано змінити Наказ Міністерства охорони здоров'я України (надалі за текстом — МОЗ України) «Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності» від 03.02.2011 року (далі — Наказ № 60) та інші закони та нормативні акти таким:

- «(1) примусова госпіталізація осіб які потребують зміни (корекції) статевої належності до психіатричного закладу на термін до 45 днів повинна бути замінена менш інвазивними заходами;
- (2) в контексті примусу транссексуальних людей до проходження хірургічної корекції в об'ємі визначеному Комісією, що включає примусову стерилізацію, — рекомендовано, щоб будь-яке лікування призначалось в інтересах індивідуума з його/її згоди і обмежувалось лише абсолютно необхідними медичними процедурами, що відповідають його/її бажанням, конкретним медичним потребам і ситуації;
- (3) образливі або несумірні вимоги до юридичного визнання зміни статі повинні бути визнані недійсними» [10].

З огляду на те, що питання наявності примусової (недобровільної) стерилізації в Україні вийшло на міжнародний рівень, актуальність обговорення та вивчення цього питання важко переоцінити. У цій статті буде досліджено питання примусової стерилізації транссексуальних людей в Україні: її наявність або відсутність, форму та законодавче закріплення.

Право на зміну (корекцію) статевої належності в Україні законодавчо встановлено ст. 51 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», якою передбачено: «На прохання пацієнта відповідно до медико-біологічних і соціально-психологічних показань (...) йому може бути проведено шляхом медичного



втручання в закладах охорони здоров'я зміну (корекцію) його статевої належності» [9]. Процедура зміни (корекції) статевої належності визначена Наказом № 60 МОЗ України [10]. Вищезазначений Наказ № 60 складається з: 1. Медико-біологічних і соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності (далі за текстом — Показання); 2. Положення про комісію з питань зміни (корекції) статевої належності; 3. Порядку обстеження осіб, які потребують зміни (корекції) статевої належності (далі за текстом — Порядок). Також Наказом створюється Комісія з питань зміни (корекції) статевої належності, яка на даний час діє на базі Українського науково-дослідного інституту соціальної і судової психіатрії та наркології МОЗ України. Певні норми Порядку та Показань, які стосуються обсягу хірургічного втручання, є колізійними, а, отже, такими, що потребують дослідження щодо можливості їх узгодження, що нами й буде здійснено в цій статті.

Пунктом 11 Порядку встановлено: «Хірургічна корекція може бути проведена за направленням Комісії в обсязі, який бажає пацієнт, за умови, що її можна здійснити із врахуванням фізичного стану пацієнта (...)» [10]. Ця норма повністю відповідає вимогам ч. 1 ст. 38 «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [9]. Проте, ч. 3 Показань встановлює, що незгода особи, яка потребує зміни (корекції) статевої належності, з обсягом діагностично-лікувальних заходів щодо зміни (корекції) статевої належності, рекомендованих Комісією, є протипоказанням для зміни (корекції) статевої належності [10]. Оскільки транссексуальність на сьогоднішній день є психіатричним діагнозом (відповідно до Міжнародної класифікації хвороб), а процедура зміни (корекції) статевої належності є єдиною формою «лікування» психіатричного діагнозу, виявляється що незгода пацієнта із мето-

дом лікування (обсягом хірургічного втручання) стає, фактично, відмовою в наданні такого лікування. Оскільки в людей встановленим психіатричним діагнозом «Транссексуалізм» (F.64.0) зміна (корекція) статі не є примхою чи тимчасовим явищем, а життєвою необхідністю, відсутність якої може призвести до суїциду, виявляється, що вимога пройти певний обсяг операції, імперативно визначений Комісією, є примусом, а не вільним вибором пацієнта. Пацієнти не можуть вибрати інший метод лікування, тому що саме бажання пацієнта зберегти свої репродуктивні органи є, як зазначено вище, протипоказанням до видачі медичного свідоцтва про зміну (корекцію) статевої належності.

Оскільки обсяг хірургічної корекції імперативно визначається Комісією, а остання не надала жодного медичного свідоцтва без підтвердження проведення стерилізації відповідній транссексуальній людині, це фактично призводить до примусової стерилізації транссексуальних людей в Україні. Необхідно підкреслити, що у відповіді на запит про обов'язковість проведення стерилізації для зміни (корекції) статевої належності МОЗ України зазначило: «Мінімальний необхідний обсяг хірургічного втручання для осіб жіночої біологічної статі та маючих діагноз F 64.0 (транссексуалізм) — видалення статевих органів та грудних залоз. Мінімальний необхідний обсяг хірургічного втручання для осіб чоловічої біологічної статі та маючих діагноз F 64.0 (транссексуалізм) — видалення статевих органів (яєчки, статевий член)» [11]. Тож, МОЗ України підтвердило, що зміна (корекція) статевої належності в Україні неможлива без стерилізації; пацієнти зобов'язані пройти стерилізацію для отримання медичного свідоцтва про зміну (корекцію) статевої належності.

Звертаємо увагу, що сучасні міжнародні стандарти у сфері допомоги

трансгендерам не містять вимоги про стерилізацію. Навпаки Стандарти допомоги при розладах гендерної ідентичності Міжнародної професійної асоціації зі здоров'я трансгендерів визнають, що багато трансгендерних людей хоче мати дітей [12, 50]

На нашу думку, наявність вимоги стерилізації пов'язана із застарілим уявленням про феномен транссексуальності, котрий було викладено в попередніх версіях Міжнародної класифікації хвороб та медичних дослідженнях минулих часів. Погоджуючись з думкою Р. Стефанчука, та беручи до уваги Наказ МОЗ України «Про застосування методів стерилізації громадян» № 121 від 06.07.1994 року (надалі — Наказ № 121), розглядаючи стерилізацію як метод контрацепції, вважаємо, що стерилізація не є лікуванням психіатричної хвороби, а радше способом контрацепції, який держава використовує з метою уникнення ускладнень, які виникають, зокрема, при реєстрації народження дитини [13, 83, 14]. На нашу думку, такий спосіб не може бути виправданий медичною необхідністю, тому що сучасні медичні стандарти допомоги трансгендерам, які ґрунтуються на новітніх дослідженнях у сфері доказової медицини, наголошують на нагальній необхідності відмовитися від примусової стерилізації та залишити це питання на розсуд трансгендерної людини, без будь-якого державного примусу. Сучасні дослідження стверджують, що існують випадки, коли після проведення стерилізації пацієнти страждають від неможливості мати власних дітей [12, 50]. Отож, вимогу про обов'язкове проведення стерилізації можна на сьогоднішній день віднести до медичних анахронізмів.

Варто наголосити, що в Україні стерилізацію трансгендерних осіб не називають примусовою, а навпаки, говорять про її добровільність та беззаперечну бажаність для пацієнта [7]. Проте з огляду на вищевикладене,

можна стверджувати про хибність такого твердження, про його невідповідність сучасним медичним і соціологічним дослідженням. А таке непряме зобов'язання до проходження стерилізації названо у вищезгаданій Резолюції ПАРЄ саме *примусовою стерилізацією* [6].

Щодо підстав для проведення стерилізації, то ним є Наказ № 121 МОЗ України, який встановлює перелік медичних показань для проведення хірургічної стерилізації жінок і чоловіків за власним бажанням або добровільною згодою, при неможливості інших методів контрацепції і наявності таких медичних показань [14]. При цьому перелік медичних показань для жінок та перелік показань для чоловіків значно різняться. Зокрема, хірургічна стерилізація жінок здійснюється за наявності таких психічних розладів (поза загостренням): транзиторні психотичні стани, що виникають внаслідок органічних захворювань; шизофренія; параноїдні стани; інші неорганічні психози; невротичні розлади; *розлади особистості*; хронічний алкоголізм (усі форми); токсикоманії (медикаментозна залежність), розумова відсталість [14]. Для чоловіків до переліку психічних розладів (поза загостренням) віднесено: транзиторні психотичні стани, що виникають унаслідок органічних захворювань; шизофренія; параноїдні стани; хронічний алкоголізм (усі форми); токсикоманії (медикаментозна залежність); розумова відсталість [14].

Як видно з тексту, частина, що стосується транссексуальних осіб, може підпадати під «розлади особистості» за аналогією з розділом Міжнародної класифікації хвороб «Розлади психіки та поведінки», хоча таке трактування також залишається дискусійним. Також звертаємо увагу, що з огляду на текст Наказу № 121 МОЗ України, стерилізація транссексуальних людей може застосовуватися винятково до генетичних жінок. До ге-



ЗАХИСТ ПРАВ

нетичних чоловіків такий метод не може застосовуватись, оскільки вказаний критерій не передбачений для чоловіків. Залишаються незрозумілим ні підстави, за яких законодавець вирішив не урівнювати в репродуктивних правах жінок і чоловіків, ні причини, чому Наказ № 121 МОЗ України досі не переглянуто щодо його відповідності Закону України «Про забезпечення рівності жінок і чоловіків», ні причини, чому такий критично важливий документ, не було переглянуто, починаючи з 1994 року, з огляду на сучасні досягненнями у сфері доказової медицини.

Отож, відповідно до вимог чинного законодавства стерилізації підлягають генетичні жінки із встановленим діагнозом «Транссексуалізм» (F.64.0). Проте залишається відкритим питання, на якій підставі вимагається та проводиться стерилізація генетичних чоловіків, із встановленим діагнозом «транссексуалізм» (F.64.0).

Щодо інших способів реалізації репродуктивних прав, передбачених ст. 281 Цивільного кодексу України, що встановлює право повнолітніх жінки чи чоловіка за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій (надалі — ДРТ), то такий спосіб також є недосяжним для транссексуальних людей [15]. Протипоказаннями до застосування ДРТ є захворювання, визначені додатком 1 до Порядку затвердженого Наказом Міністерства Охорони Здоров'я України від 29.11.2004 року № 579, серед яких є і транссексуалізм [16]. Тож, можна стверджувати, що в Україні трансгендерні особи не можуть користуватись ДРТ, при чому до заборонених форм ДРТ включається не лише внутрішньоматкова інсемінація, проведення запліднення *in vitro*, але й сурогатне материнство та кріоконсервація сперми, ооцитів, ембріонів та біологічного матеріалу, отриманого з яєчка або його придатка, оварі-

альної тканини (заморожування донорського матеріалу).

Тож трансгендерних людей в Україні піддано примусовій стерилізації із повною заборонаю на користування будь-якими способами ДРТ.

З огляду на вищевикладене, можемо констатувати, що законодавча заборона трансгендерним людям користуватись ДРТ, як практично єдина можливість мати власних біологічних дітей, є, на нашу думку, невідповідним втручанням в особисте життя. А вимога стерилізації як єдиний шлях до внесення змін до документів, які посвідчують особу — це негуманна вимога, яка неприпустима у цивілізованому суспільстві. У країнах, де громадянське суспільство тривалий час розвиває та виборює розширення меж поняття прав людини, існують неодинокі випадки вагітності та народження транссексуальними чоловіками власних біологічних дітей та використання трансгендерними особами ДРТ у різноманітних його формах. Звертаємо увагу, що примусова стерилізація трансгендерних людей є грубим порушенням репродуктивних прав також тому, що підлягає застосуванню до повністю дієздатних осіб, які мають біологічну можливість мати дітей і мають універсальне право на сім'ю, материнство чи батьківство.

Питання стерилізації трансгендерних людей почало набирати суспільної значущості порівняно недавно, проте стрімко ввійшло на політичну арену європейських країн та стало невід'ємною частиною ліберального політичного правозахисного дискурсу. Долучившись до таких проблем, як примусова стерилізація ромських жінок і стерилізація осіб з обмеженими можливостями, захист транссексуальних осіб від примусової стерилізації став лакмусовим папірцем для визначення рівня розуміння та дотримання прав людини в кожній країні Ради Європи, а також визначення загальних тенденцій з лібералізації.

Проблема примусової стерилізації транссексуальних людей в Україні вже вийшла на міжнародний рівень і потребує негайного правового вирішення. На нашу думку, вирішення має відбутись шляхом прийняття Україною вищезгаданих рекомендацій, викладених у Заключних зауваженнях щодо сьомого періодичного звіту по Україні, шляхом введення заборони примусової стерилізації трансгендерних людей і шляхом загальної гармонізації національного законодав-

ства у сфері прав трансгендерних осіб із сучасною європейською ідеєю прав людини, зокрема й новітніми досягненнями у сфері доказової медицини. ♦

Список використаних джерел

1. *Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна ; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. — К. : Ніка-Центр, 2008. — 320 с. — (Серія «Зміна парадигми» ; Вип. 13)*
2. *Манукян В. И. Международная защита прав человека: право, прецеденты, комментарии : научно-практическое пособие / В.И. Манукян. — К. : Истина, 2010. — 480 с.*
3. *Human Rights and Gender Identity : issue Paper by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights [Electronic resource]. — Access mode : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=COE&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679>.*
4. *Рекомендація СМ / Rec (2010) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам «Про заходи по боротьбі проти дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_UKR.pd.*
5. *Резолюція 1728 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1728.htm>.*
6. *Резолюція 1945 (2013) «Putting an end to coerced sterilisations and castrations» Парламентської Асамблеї Ради Європи [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=19984&Language=EN>.*
7. *Відповідь Постійної делегації Верховної Ради України у Парламентській асамблеї Ради Європи під час Третньої частини сесії ПАРЕ 2013 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs108.htm>.*
8. *Заключні зауваження щодо сьомого періодичного звіту по Україні, ухвалені Комітетом з прав людини ООН на 108-ій сесії [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/462/52/PDF/G1346252.pdf?OpenElement>.*



9. Закон України «*Основи законодавства України про охорону здоров'я*» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>.
10. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «*Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності*» від 03.02.2011 року № 60 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0239-11>
11. Відповідь на запит про отримання інформації до Міністерства охорони здоров'я України Громадській Організації «*Інсайт*» вих. № 106 від 13.03.2013 року від Інституту урології Національної академії наук України.
12. *Standards Of Care, 6th Version, The World Professional Association for Transgender Health, 2001* [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.wpath.org/documents/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH.pdf>.
13. Стефанчук Р. О. *Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві України* : дис... доктора юр. наук : 12.00.03 / Стефанчук Руслан Олексійович. — К., 2007. — 241 с.
14. Наказ Міністерство Охорони Здоров'я України «*Про застосування методів стерилізації громадян*» від 06.07.1994 року № 121 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0187-94>
15. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
16. Наказ Міністерства Охорони Здоров'я України «*Про затвердження Порядку направлення жінок для проведення першого курсу лікування безплідності методами допоміжних репродуктивних технологій за абсолютними показаннями за бюджетні кошти*» від 29.11.2004 року № 579 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0224-05>.

Надійшла до редакції 09.09.2013 року

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОНИ АВТОРСЬКИХ ПРАВ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ НАПРИКІНЦІ ХІХ – НА ПОЧАТКУ ХХ СТОЛІТЬ

Віктор Іващенко,

доцент кафедри інтелектуальної власності Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького, кандидат історичних наук

Правовий захист творів літератури науки та мистецтва неможливий без чіткого налагодженого законодавства у сфері авторського права. Тож вивчення історичного досвіду, набутого за часів Російської та Австро-Угорської імперій, є важливим для сучасного стану справ у сфері авторського права.

Деякі аспекти досліджуваної нами теми знайшли наукове висвітлення у працях Г. Довгань, Я. Конторовича, А. Симолина, А. Пиленка та ін. Однак спеціального дослідження, присвяченого аналізу законодавчого забезпечення охорони авторських прав на українських землях наприкінці ХІХ – початку ХХ століть, нам віднайти не вдалося. Автор статті має на меті висвітлити та проаналізувати законодавче забезпечення охорони авторських прав у Російській імперії та Австро-Угорщині наприкінці ХІХ – на початку ХХ століть.

Наприкінці ХІХ століття ситуація у сфері охорони авторського права в Російській імперії істотно змінилася. Враховуючи природу авторського права та суспільних відносин, які виникали навколо творів літератури науки та мистецтва, у 1887 році норми авторського права були перенесені з Цензурного статуту до цивільного законодавства (ч. I т. X) як додаток до примітки 2 до ст. 420 «Про право власності» і називалися «Про право власності на твори наук, словесності, художеств та мистецтва». У примітці 2 зазначалося: «...право власності на твори

літератури та художеств, яке належить авторам, їх спадкоємцям або особам, яким воно передане, називається власністю літературною та художньою, а право власності на твори музичні — власністю музичною» [1, 64].

Наприкінці ХІХ століття дедалі відчутнішою ставала потреба у прийнятті нового закону про авторське право, котрий би відповідав вимогам часу. У 1897 році Державна рада прийняла рішення негайно почати розробку нового закону. Однак такий закон було прийнято лише в березні 1911 року. Він називався Положення «Про авторське право» від 20.03.1911 року. При його розробці законодавцем було враховано тогочасний передовий світовий і європейський досвід. У законі була закріплена теорія виключних авторських прав. Норми згаданого закону базувалися на панівній в Російській імперії традиції ставлення до інституту авторського права як до різновиду права власності. Свідченням цього є те, що права авторів оголошувалися літературною власністю, котра могла повністю відчужуватися на увесь строк охорони авторських прав насамперед видавцями, що могли купувати права інтелектуальної власності на твори [1, 66].

У Законі 1911 року вперше на законодавчому рівні було класифіковано розширене коло об'єктів, які підлягали охороні авторським правом відповідно до сфер творчої діяльності. Згідно зі ст. 1, до них належали:



1) літературні твори: як письмові, так й усні (промови, лекції, реферати, доповіді, повідомлення, проповіді тощо); 2) музичні твори, зокрема і музичні імпровізації; 3) художні твори (живопис, гравірування та інші види графічного мистецтва; 4) фотографії та подібні їм твори. Коло об'єктів, окреслених в ст. 1 наведеного Закону було досить широким. Новацією стало включення фотографічних творів в одному нормативному акті з іншими об'єктами авторського права. Закон «Про авторське право» (ст. 2) встановлював виключність права автора у можливості використання власного твору [2, 740–743].

У Російській імперії до початку ХХ століття авторське право на твір у особи виникало з моменту його опублікування, твори, видані за кордоном, правову охорону не отримували. Для адаптації російського законодавства до європейського в ст. 4 Закону 1911 року вказувалося, що авторське право визнавалося й щодо неопублікованих творів та творів опублікованих за кордоном за всіма авторами та їхніми правонаступниками незалежно від їх підданства. Закон 1911 року чітко визначав поняття співавторства (ст. 5). Розрізнялося подільне та неподільне співавторство (ст. 15). Законодавцем було чітко окреслено коло спадкоємців, до яких може перейти авторське право (ст. 6), та встановлені строки охорони авторських прав (статті 11, 12) [2, 744–755].

Згідно зі ст. 17 вказаного Закону, протягом 50 років поширювалася охорона на анонімні твори, або твори під псевдонімом. Відлік строку охорони авторських прав починався з 1 січня року, наступного після року смерті автора (ст. 18 наведеного Закону).

Про значний поступ у розвитку інституту авторського права в Російській імперії на початку ХХ століття свідчить визнання законодавцем подвійної юридичної природи авторського права. Чітко усвідомлювалася

сутність та специфіка як права інтелектуальної власності загалом, так й авторського права зокрема. Характерні особливості полягали у тому, що право інтелектуальної власності, як і авторське право, подібно до сучасності, тлумачилося як поєднання тріади майнових та немайнових прав автора [3, 1–4]. Зокрема, з прийняттям Положення вперше у Російській імперії на законодавчому рівні було визнано право на авторське ім'я, котре передбачало використання твору під своїм власним іменем, під псевдонімом або анонімно. Законом закріплювалося право автора на недоторканність твору, що полягало у недопущенні без згоди автора або його спадкоємців видавати або використовувати твір з будь-якими змінами (ст. 20). Під час використання твору чи його частин необхідно було вказувати ім'я автора та джерело запозичення (ст. 19) [2, 759].

Позитивом було й те, що законодавець чітко окреслив коло об'єктів, які не підпадають під правову охорону авторським правом. До таких об'єктів належали: закони і урядові розпорядження, постанови законодавчих установ, суспільних зібрань і матеріали, на яких ці закони, розпорядження і постанови ґрунтуються, а також рішення судових установ (ст. 37). Подібні статті містить і сучасне українське право інтелектуальної власності.

Важливим нововведенням було те, що об'єктом авторського права став переклад. Правова охорона набувалася за умови зазначення на титулі чи у передмові про збереження за автором цього права. Виключне право перекладу зберігалось за автором протягом 10 років з моменту публікації оригіналу за умови друку протягом 5 років з цього ж моменту перекладу (ч. 2 ст. 33 Положення).

Коло прав автора щодо використання твору теж розширилося. Зокрема, вперше було вказано, що переробка оповідального твору в драма-



тичну форму чи навпаки допускається лише за згодою автора або його спадкоємців (ст. 31).

Що стосується художніх творів, то виникнення авторського права на них у попередньому законодавстві залежало від реєстрації цих творів. Згідно із Законом 1911 року, художнику належали всі права на його твір. Купівля твору в художника не переносила на покупця твору авторського права власне на твір, якщо це не обумовлювалося у договорі. Авторське право художника на твір не було абсолютним. Статтею 52 Закону 1911 року встановлювалося, що право виставляти, відтворювати і розповсюджувати портрети і бюсти, створені художником, належить особам, з яких написаний портрет або бюст та їхнім спадкоємцям [2, 741–777].

Що стосується захисту авторських прав композиторів, то ст. 42 Положення 1911 року вони отримали виключні права перекладати свої твори на один чи декілька голосів, інші тони, певні інструменти чи на оркестр. Крім цього, автори отримали право перекладу власних творів на механічні інструменти (фонографи, грамофони). Однак це право обмежувалося тим, що композитор, який почав видавати грамофонні платівки, був зобов'язаний видавати дозволи всім охочим. Якщо композитор не міг дійти добровільної згоди з особою, що хотіла отримати ліцензію, то така ліцензія надавалася судом у примусовому порядку [4, 9–10]. Також у Законі вказувалося, що публічне виконання музичних творів без згоди композитора допускалося, якщо воно здійснювалося: 1) не з метою отримання матеріальної вигоди; 2) під час народних гулянь; 3) для збору коштів на благодійництво і виконавці не отримували винагороди. Такі музичні твори, як романси, ораторії, симфонії не могли виконуватися публічно без згоди композитора за умови, що він на кожному екзем-

плярі твору застеріг це своє право (ст. 48 Положення).

Як ми вже зазначали вище, в Положенні 1911 року серед кола об'єктів, що охоронялися авторським правом, були фотографії. Для них закон створював певні формальності, які не застосовувалися до інших форм художньої творчості. Зокрема, фотографія не могла бути анонімною. На ній повинні були зазначатися ім'я, прізвище, адреса фотографа та рік видання. Авторські права фотографів захищалися тільки в творах, виготовлених фотографічним, механічним або хімічним способом. Строк охорони фотографічних творів тривав 10 років, а особливо цінні збірники фотографічних творів, які мали культурну й історичну цінність, охоронялися 25 років [4, 10].

Загалом Закон 1911 року був істотним кроком у процесі розвитку законодавства у сфері авторського права в підконтрольних Російській імперії українських землях.

Що стосується українських земель, які належали до складу Австро-Угорщини, то тут ситуація була дещо іншою. Новий Закон про авторське право на твори літератури, мистецтва та фотографії був прийнятий в імперії Габсбургів у 1895 році. Він складався з 5 загальних розділів та 68 параграфів: 1) загальні положення; 2) зміст авторського права; 3) строк правової охорони, 4) охорона авторського права; 5) прикінцеві положення. Згідно з § 1, дія цього закону поширювалася на твори літератури, мистецтва та фотографії. Закон містив перелік об'єктів, що не охоронялися авторським правом. Згідно з § 5, це були офіційні документи, видані органами влади, промови, виголошені на публічних зборах, прес-інформація, оголошення, інструкції про застосування виробів [1, 43].

Авторське право на твір, опублікований анонімно чи під псевдонімом, отримував видавець. Уперше з'явили-



ся норми, що регулювали відносини співавторства. У § 7 наведеного Закону чітко вказувалося, що авторське право на твір, створений у співавторстві, належало всім співавторам, які могли розпоряджатися твором лише за спільною згодою. Непорозуміння, що могли виникати між авторами, вирішувались у судовому порядку. У цьому Законі визначалося поняття складеного твору та його суб'єкта (упорядника). Так, авторське право на складені твори (збірники) належало упоряднику, а на твори, включені до складеного твору, їхнім авторам (§ 8); була закріплена презумпція авторства (§ 10) [1, 43].

До кола окремих об'єктів авторського права належали фотографічні твори. Авторське право на них охоплювало право публічного показу, виготовлення відбитків та їх продаж. Визнання фотографії як окремого об'єкта авторського права відбулося на 16 років раніше, ніж у Російській імперії. Для виникнення авторських прав на фотографію, необхідно було зазначити на ній відомості про виконавця: прізвище, адресу фірми та рік появи відбитка. Авторське право на фото, замовлене за оплату, належало замовникові, а строк правової охорони фотографій становив 10 років з моменту виготовлення першого відбитку (§ 48). Аналогічний строк охорони твору було встановлено і у російському законодавстві [1, 43–44].

Досить детально були врегульовані авторські права на музичні твори. Цього аспекту стосувалися § 31–36 наведеного Закону. Натомість не згадувалося про твори архітектури та містобудування. Законодавцем лише зазначалося, що охороняються проекти та плани [1, 43–44].

Згідно з § 22 Закону 1895 року, правова охорона надавалася назві твору. У тогочасній правовій думці серед авторських прав визнавалися лише майнові права, зокрема, право опублікування та право публічного

виконання (§ 23). Варто зазначити, що, згідно з § 10 цього Закону, вимагалось вказувати на афішах автора твору, покладеного в основу вистави, а отож можна говорити про те, що в законодавстві все ж було закріплене право на ім'я [1, 45]. Щоправда, це закріплювалося не безпосередньо, а опосередковано. У цьому аспекті російське законодавство вигідно відрізнялося від австрійського. Справа в тому, що істотним недоліком австрійського законодавства про авторське право була відсутність норм, які би захищали інші особисті немайнові права творців.

Законом 1895 року визначався строк охорони авторського права протягом усього життя автора та 30 років після його смерті. Новелою Закону 1895 року було введення реєстру авторів та їхніх творів, який формувався у Міністерстві торгівлі. Такі відомості були важливими для осіб, чиї твори були оприлюднені анонімно або під псевдонімом, оскільки строк дії авторського прав у такому разі становив 30 років з моменту оприлюднення.

Таким чином, законодавство як Австро-Угорщини, так і Російської імперії наприкінці XIX – на початку XX століть формувалося під впливом декількох зовнішніх і внутрішніх факторів. По-перше, як у Російській імперії так і в Австро-Угорщині відчувалася гостра потреба в реформуванні чинного законодавства, що неповністю забезпечувало режим правової охорони на порівняно нові об'єкти авторського права, зокрема, фотографічні твори. По-друге, прагнення творчої еліти щодо ширшого захисту своїх майнових і немайнових прав, зокрема, права на авторське ім'я. Серед зовнішніх факторів можна виділити вплив європейської культурної і бізнесової еліти, яка розцінювала Російську імперію та Австро-Угорщину як потенційний ринок для збуту своєї поліграфічної продукції, для захисту ав-



торів і видавців якої необхідне було якісно нове правове поле.

Прийняття відповідних нормативних актів Російською імперією та Австро-Угорщиною було істотним кро-

ком на шляху становлення системи охорони авторського права. ♦

Список використаних джерел

1. Довгань Г. В. Становлення та розвиток законодавства України про інтелектуальну власність (історико-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. / Довгань Галина Василівна. — Львів, 2008. — 222 с.
2. Конторович Я. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. / Я. Конторович. — Петроград : Брокгауз Эфрон, 1916. — 791 с.
3. Симолин А. Охрана личных прав авторов в новом законе об авторском праве 20-го марта 1911 г. / А. Симолин. — [Б.г.], 1912. — 48 с.
4. Пиленко А. Новый закон об авторском праве. Текст закона, сопоставление с преждедействующим правом, подготовительные материалы / А. Пиленко. — Спб. : А. С. Суворин, 1911. — 168 с.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД РОЗБУДОВИ СУДОВИХ СИСТЕМ ТА ЇХ ФІНАНСУВАННЯ

Валерій Чорнобук,

голова Апеляційного суду АР Крим, кандидат юридичних наук

Конституція України гарантує кожному судовий захист його прав у межах конституційного, цивільного, господарського, адміністративного та кримінального судочинства України. При цьому норми, що передбачають вирішення спорів, зокрема про поновлення порушеного права, не можуть суперечити принципу рівності всіх перед законом і судом та у зв'язку з цим обмежувати право на судовий захист. Зазначені положення впливають з базових підходів, закріплених міжнародними актами у сфері прав людини. Так, відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [1] кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру чи встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

Загальною декларацією прав людини 1948 року [2] передбачено, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами у випадках порушення її основних прав, наданих їй конституцією чи законом (ст. 8). Право на ефективний засіб захисту закріплено також у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (ст. 2) [3] та Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (ст. 13) [1].

Проблемам розвитку правосуддя в Україні приділяється багато уваги

представниками судового корпусу та науковцями — представниками різних галузей права. Зокрема, різні аспекти здійснення судочинства та судової влади підіймалися у працях В. Бринцева, І. Коліушка, А. Колодія, Т. Коломоєць, С. Ківалова, В. Маляренка, І. Назарова, О. Пасенюка, Д. Притики, П. Пилипчука, Н. Сібільової, В. Сіренка, О. Селіванова, В. Стефанюка, І. Шицького та багатьох інших. Водночас один з вихідних аспектів, який вимагає дослідження — це питання належного фінансування, що забезпечує гідний рівень правосуддя. Цьому питанню у науці приділено недостатньо уваги, що й пояснює актуальність такого дослідження. Його предметом є проведення порівняльного аналізу судових систем світу й України з метою виділення спільних і різних рис в їх побудові та виокремлення фінансового аспекту.

Статтею 124 Конституції України [4] закріплено, що правосуддя в Україні здійснюється винятково судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України й судами загальної юрисдикції.

Вихідними принципами, на яких будується система судів загальної юрисдикції, є принципи територіальності та спеціалізації. Своєю чергою, Закон України «Про судоустрій та статус судів» [5] як принцип, за якими буду-



ється система судів загальної юрисдикції, визначає принципи територіальності, спеціалізації та інстанційності.

Згідно зі ст. 125 Конституції України, найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України. Вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі суди. Офіційне тлумачення зазначених норм міститься в Рішенні Конституційного Суду від 11.03.2010 року № 8-рп/2010 [6]. Конституційний Суд України наголошував, що правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості та забезпечує ефективне поновлення в правах. Відповідно до закону діють апеляційні та місцеві суди. Конституцією встановлено заборону на створення надзвичайних і особливих судів.

Систему судів загальної юрисдикції складають: 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) вищі спеціалізовані суди; 4) Верховний Суд України. Найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України. Вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі спеціалізовані суди, а саме — Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий господарський суд України, Вищий адміністративний суд України.

Статтею 18 Закону України про судоустрій закріплюється, що суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. Передбачено, що в судах загальної юрисдикції може запроваджуватися спеціалізація суддів з розгляду конкретних категорій справ. Крім цього, у місцевих загальних судах та апеляційних судах областей, міст Києва та Севастополя, Апеляційному суді Автономної Республіки Крим діє спеціалізація зі здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх.

Зазначені засади розбудови судової системи України загалом відповідають світовим моделям, що стосуються правосуддя. Адже в більшості країн світу основні конституційні положення, що регулюють організацію судової влади, є гранично лаконічними. У них не деталізується структура загальної судової системи. Подекуди це питання взагалі не підіймається. Наприклад, Конституція Франції не містить статей щодо вищих судових інстанцій, які діють в державі — Касаційного суду і Державної ради (для системи адміністративної юстиції). На думку деяких фахівців, такий лаконізм не випадковий; він залишає певну свободу дій при реформуванні судової системи [7, 24]. При цьому у Франції майже 150 років діяв Закон про судову організацію і управління юстицією, прийнятий ще при Наполеоні Бонапарті в 1810 році.

Федеральна судова система США в основних рисах не зазнала істотних змін від часів прийняття в 1789 році Закону про судоустрій. Понад 100 років аж до 1970-х років, не мінлася судова система Великобританії. При відновленні демократичних принципів правосуддя у ФРН після закінчення Другої світової війни знову вступив в силу Закон про судоустрій 1877 року.

Більшість із названих країн та низка інших після реформування основ судоустрою в другій половині ХХ століття отримали 3-ступеневу структуру судової влади (на відміну від України, що має нині 4-ступеневу систему).

Суди першої ланки є досить диференційованими залежно від категорії справ та ступеня їх складності. Другу ланку посідають апеляційні суди, що поєднують виконання основної функції (що полягає в розгляді скарг на рішення судів першої інстанції) з організаційною та контрольною діяльністю. При цьому далеко не завжди судово-територіальний поділ збігається з адміністративно-територіальним, так як це притаманно Україні. Наприклад, у



Франції на 90 департаментів доводиться лише 20 апеляційних судів.

Третю ланку судових систем утворюють верховні суди. Вони мають статус вищого суду, що закріплюється переважно в конституціях. Низка верховних судів наділена правом конституційного контролю. Як приклад можна навести Верховний Суд США та верховні суди скандинавських країн. Натомість, Касаційний суд Італії, Касаційний суд Франції, Верховний суд Іспанії, Федеральна судова палата ФРН такого права не мають. Як і апеляційні суди, верховні суди поряд із виконанням основних судових функцій виконують також певні організаційні та контрольні функції.

Що стосується спеціалізації, то крім судів загальної юрисдикції, у багатьох країнах у межах єдиної судової системи діє мережа спеціалізованих судів. До них належать конституційні, сімейні, ювенальні (у справах неповнолітніх), податкові, екологічні, патентні та деякі інші суди. Їх призначення полягає в тому, щоби для розгляду певних категорій справ залучати різних фахівців, які дозволяють якісно забезпечувати процес правосуддя.

Особливе місце за своїм значенням у судових системах посідають конституційні суди. Як зазначають, інститут судового конституційного контролю відіграв помітну політичну роль на початку XX століття тільки у США, а після Другої світової війни став набувати ваги й у Європі. Нині він існує у двох основних формах — американській і європейській (чи австрійській). Зокрема, американська модель передбачає конституційний контроль силами судів загальної юрисдикції. Тут можливі два варіанти: або кожна судова інстанція наділяється правом такого контролю, або тільки Верховний суд. Подібна інституція поширена як у США, так і в Канаді, більшості країн Латинської Америки, в Японії, Індії, Австралії, Швейцарії, скандинавських країнах.

Своєю чергою, європейська, чи австрійська, модель припускає створення спеціального суду, що здійснює конституційний контроль. Такі суди діють в Австрії, Бельгії, Іспанії, Італії, Португалії, Російській Федерації, Франції, ФРН та інших країнах. Ця інституція склалася під безпосереднім впливом властивих європейській континентальній сім'ї права загальних установок як-то верховенства закону та підпорядкованої ролі судової практики, звідки виникає небажання наділяти правом конституційного контролю суди загальної юрисдикції [7, 26]. Така ж модель притаманна й Україні, в якій Конституційний Суд входить до судової системи країни, але є єдиним органом конституційної юрисдикції.

До сфери компетенції органів конституційного контролю відносять здебільшого перевірку рішень державних органів, розгляд внутрішніх конфліктів і конфліктів між органами державної влади. При цьому основною функцією для конституційних судів залишається забезпечення конституційної законності, що реалізується методами попереднього, поточного та наступного контролю. Варто зауважити й те, що повноваження конституційних судів є досить широкими. Вони мають право відмінити чинний закон, перешкоджати набуттю чинності законом, затвердити процедуру, що обмежує можливі майбутні дії законодавчих органів, тощо. Як вважають, та обставина, що парламенти за допомогою звичайної законодавчої процедури не можуть відмінити рішення конституційних судів, піднімає ці рішення до рівня конституційних актів, які мають часто більшу силу, ніж парламентські акти [8, 19].

Досить суттєве місце в сучасному судочинстві західних країн належить адміністративній юстиції, що залучається до загальної судової системи та має своїм призначенням розв'язання спорів, які виникають між громадянами (що об'єднаннями громадян) і ор-



ганами державного управління. У світі використовується дві моделі адміністративної юстиції — континентальна й англо-американська. Перша характеризується автономією судової юрисдикції та неабиякою мірою має рису спеціалізованих судів. Як класичний зразок цієї моделі зазвичай розглядають систему адміністративної юстиції Франції, що має найдовшу історію. В її віданні перебуває абсолютна більшість адміністративних спорів за участю громадян.

Друга, англо-американська, модель спирається на, так звані, адміністративні трибунали, органи квазісудового характеру. У США існують великі претензійний та податковий суди, що вважаються квазісудовими органами, але фактично вони є аналогічними адміністративним судам [9]. У Великобританії їх налічується близько 2 000, але багато хто із цих органів є відомчими комісіями. Інші формуються на підставі актів уряду чи певного міністерства. Діяльність трибуналів регламентована спеціальним Законом 1971 року. Вузкоспеціалізовані, не скуті формальними правилами вони здатні порівняно швидко розглядати спори [7, 28].

На інших, аніж централізованих засадах, розбудована судова система ФРН. Більшість проблем судоустрою вирішується тут не на рівні адміністративних одиниць, так званих, земель, але федеральними законами (при цьому відсутні законодавчі акти, що визначають облаштування судової системи). В основу надзвичайно складної та розгалуженої структури судової влади цієї країни покладений принцип спеціалізації судів за характером справ (загальної осудності, трудові, спеціальні, адміністративні, фінансові). Система загальних судів має чотири ланки: дільничний суд (у ньому розглядається 90 % кримінальних і цивільних справ), земельний, вищий земельний. Верховна ланка — Федеральна судова палата. Спеціальні суди складаються із трьох або двох ланок

(трудовий суд — земельний трудовий суд — федеральний трудовий суд). Конституційні суди входять до особливої системи, котру очолює Федеральний конституційний суд.

Проміжне положення між дуалістичною американською та централізованою німецькою формами судоустрою посідає судова система Канади. Провінції цієї країни мають право створення власних цивільних і кримінальних судів. У них розглядаються усі справи, зокрема й ті, що підпадають під дію федеральних законів. Загальною для всієї країни апеляційною інстанцією є Верховний суд Канади, завдяки якому в судовій системі виразно проступають риси унітарності [7, 29]. Наявність Федерального суду, що розглядає позови проти федерального уряду, робить ці риси ще виразнішими.

Зазначені вище відмінності дозволяють науковцям пропонувати різні класифікації судових систем в Європі. Зокрема, М. Ярова визначає чотири типи судових систем: основні — 1) романський (Франція, Італія, Іспанія, Португалія, Бельгія); 2) германський (ФРН, Австрія), 3) англійський (Англія і Уельс) і 4) змішаний (різні моделі) — Нідерланди, Данія, Норвегія, Швеція, Фінляндія, Шотландія, Ірландія, Швейцарія [10]. При цьому приналежність до романського типу визначається такими ознаками: наявністю окремо виділеної адміністративної юстиції («адміністративний» варіант); дуалізмом судової влади; структура судів загальної юрисдикції, заснована на поділі видів правопорушень у кримінальному та цивільному праві; «розмите» розділення юрисдикцій — між загальними і спеціалізованими судами; передача деяких господарських, фінансових, трудових і соціальних спорів спеціалізованим судам та квазісудам; наявність специфічних (політичних) органів судової влади. Своєю чергою для віднесення судової системи до германського типу



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

потрібна наявність таких чинників: «судовий» варіант адміністративної юстиції, два рівні (федеральний і земельний) судової системи, множинність самостійних судових підсистем, суди загальної юрисдикції першої інстанції не розділяються на кримінальні і цивільні; певна юрисдикція усіх судів; відсутність квазісудів. Англійський тип судової системи покликаний забезпечити: наявність унітарності судової влади (при допущенні самостійних національних систем); особливий статус суду; звернення до застосування судів тільки з питань вистосування права; адміністративно-судовий та квазісудовий варіанти адміністративної юстиції; структуру судів загальної юрисдикції, засновану на поділі категорій кримінальних і цивільних справ і особливостей процесу, а також на поділі за принципом «місто-село»; відсутність адміністративних і ювенальних судів; складність і заплутаність юрисдикцій судів; величезна кількість квазісудів.

Те, що привертає увагу в цьому дослідженні, — це велика кількість судових інстанцій в європейських країнах. Зокрема, у ФРН кількість судів першої інстанції (дільничні суди) — 550; адміністративні суди в землях — 52; суди із трудових спорів — 124; фінансові суди — 69; суди із соціальних спорів — 69. В Англії та Уельсі 270 судів графств і 400 магістратських судів (за наявності величезної кількості позасудових органів). Усе це дозволяє погодитися із висновком, що «соціально розвинена держава не економить на правосудді, а вважає судову систему пріоритетною статтею витрат, що до того ж забезпечує оперативність і якість реалізації судової влади» [10].

Розглядаючи відмінності між розбудовою судових систем у світі, варто все ж вивести єдину для усіх рису, що має забезпечити якісне правосуддя. А саме, правосуддя не може бути дешевим. У цьому сенсі слід погодитися з

думкою А. Гусева, котрий підкреслює, що держава, яка бажає створити справді незалежний суд, має вкладати у забезпечення його діяльності такі кошти, які є необхідними, якими б великими вони не видавалися [11, 30].

Статтею 130 Конституції України закріплено, що держава забезпечує фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів. У Державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів. Відповідно до ч. 2 ст. 140 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», забезпечення функціонування судової влади припускає визначення в Державному бюджеті України витрат на фінансування судів не нижчому від рівня, що забезпечує можливість повного і незалежного здійснення правосуддя відповідно до закону, а також законодавче гарантування повного та своєчасного фінансування судів. При цьому відповідно до положень ст. 51 Бюджетного кодексу України, а також статей 19 і 149 Закону «Про судоустрій і статус суддів», керівники бюджетних установ містять чисельність працівників і здійснюють фактичні витрати по заробітній платі, включаючи витрати на премії та інші види заохочень або винагород, а також матеріальну допомогу, тільки в межах фонду зарплати, затвердженого для бюджетних установ в кошторисах.

В Україні ситуація з фінансуванням судової влади, як відомо, є вкрай негативною. За статистикою останніх років українці витрачають на утримання судів у 13 разів менше від росіян, хоча населення України лише в 3 рази поступається кількості мешканців РФ [12].

Натомість, досвід фінансування європейських судових систем є іншим. Зокрема, управління судової системи Великобританії здійснює державна агенція — Судова Служба її Величності (*Her Majesty's Courts Service*), що входить до складу Міністерства



юстиції країни. У 2010 році (який взято для порівняння) державний бюджет направив на потреби служби 1,6 млрд фунтів (2, 5 млрд дол.) [13]. У загальному обсязі державних витрат судова система займає 0,25 %. Найбільша стаття витрат — зарплати судовим службовцям — становить близько 50 % від усього фінансування судів. Ще приблизно по 13 % бюджету відводиться на утримання судового майна, амортизаційні відрахування й інші витрати, що включають, відповідно до коментарів до документа, витрати на стільниковий зв'язок і різні офісні витрати.

Водночас головна проблема британської економіки, що спостерігається останніми роками, — рекордний дефіцит бюджету. З таких причин уряд екстрено переглядає державні витрати, що були розплановані на 5 років вперед, із метою їх скорочення. Це може призвести до скорочення державних службовців, зокрема й суддів. Останнім часом почали обговорювати питання щодо можливості переведення англійської судової влади на самоокупність шляхом перетворення судів Англії та Уельсу на публічну корпорацію (*public interest corporation*) [14]. Зараз цей захід як один з можливих обговорюється Міністерством юстиції Великобританії із вищими суддями країни. Кошти для утримання такої корпорації, на думку міністерства, дадуть високі мита для заможних учасників судочинства у вищих судах і, можливо, приватні інвестиції.

У Польщі фінансування судової системи в 2010 році було встановлене на рівні 5,7 млрд злотих (1, 9 млрд дол.), що становить 1,9 % від усіх державних витрат — найвищий процентний показник серед зазначених тут країн. При цьому на величину цієї частки не вплинув навіть рекордний, як і у Великобританії, дефіцит бюджету, що становив 52,2 млрд злотих (близько 18 млрд дол.) [13]. Якщо розглядати суди загальної юрисдикції, то найбільша

кількість грошових коштів спрямовується до Варшави — 706 млн злотих. Надалі йдуть Катовице (695 млн) і Гданьськ (686 млн). Крім цього, в Польщі діють окремі державні програми, в межах яких суди отримують додаткове фінансування. Наприклад, за програмою «Інвестиції в людський капітал» суди отримали у 2010 році 50,4 млн злотих, за програмою «Інноваційна економіка» — ще 7,7 млн злотих.

Як видно, зазначені показники суттєво різняться від України. Так, основною статтею видатків бюджету ДСАУ на 2014 році лишається оплата праці з нарахуваннями. Це становить 62,2 % від загального обсягу. Загальна сума, необхідна в 2014 році для виплати заробітної плати, сягає 6560,2 млн грн, що перевищує бюджетні призначення 2013 року на 3171,3 млн, або в 1,9 рази [15]. Водночас заплановані в 2013 році показники бюджету допоки не виконуються. Не дотримуються й показники бюджетних запитів, які надаються до уряду щорічно. Тож, система фінансування судової влади, що склалася на сьогодні в Україні, з одного боку, є негативною через вкрай недостатній рівень фінансування. А з іншого, вона не забезпечує ефективного використання публічних коштів й вимагає розв'язання через вироблення моделі фінансування судової влади, котра б дозволяла поєднувати належне фінансування як забезпечення незалежності судової влади, та контроль за якістю судочинства. Беручи до уваги роль судової влади в життєдіяльності держави, це питання вимагає найшвидшого розв'язання. ♦



Список використаних джерел

1. Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 року (зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11.05.1994 року та Протоколом № 14 від 13.05.2004 року), ратифікована Законом України № 457/97-ВР від 17.07.1997 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
2. Всеобщая декларация прав человека от 10.12.1948 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
3. Міжнародний пакт ООН про громадянські і політичні права від 16.12.1966 року, ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.1973 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
4. Конституція України від 28.06.1996 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 1996. — № 30. — Ст. 141.
5. 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 (зі змінами).
6. Рішення Конституційного Суду України № 8-рп/2010 від 11.03.2010 року у справі № 1-1/2010 за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-10>
7. Судебные системы и судопроизводство в западных странах // Отечественные записки. — 2003. — № 2 (11) — С. 24–29.
8. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жофре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. — М. : Междунар. отношения, 1999. — 400 с.
9. Ярыгин Г. О. Судебная власть и судебная система США / Г. О. Ярыгин [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : professorjournal.ru/PJGrantsPrograms/GrantMaterialsServlet?
10. Яровая М. В. Судебные системы современных европейских государств: сравнительно-правовой анализ : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. В. Яровая. — М., 2006. — 25 с.
11. Гусев А. Правосудие не может быть дешевым / А. Гусев // Отечественные записки. — 2003. — № 2 (11) — С. 30–36.
12. Беляева К. Вежливый отказ Минфина / К. Беляева // Судебно-юридическая газета. — 19 августа 2013 г. — № 31–32. — С. 5.
13. Расходы государства на суд: Россия против США, Великобритании, Украины и Польши [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://pravo.ru/story/51894/40922>.
14. Английские суды могут стать публичной корпорацией [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : http://zakon.ru/discussions/anglijskie_sudy_mogut_stat_publichnoj_korporaciej_minjust_ne_otkazyvaetsya_ot_idei_samoookiraemosti_/7627.
15. Гайдіна Ю. Чи знайдеться потреба місце в бюджеті? / Ю. Гайдіна [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/41935-golova_dsau_zaluchennya_koshtiv_sudovogo_zboru_na_finansvan.html.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року

ПОДАТКОВИЙ СПІР ЯК ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИЙ СПІР: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Костянтин Коношко,
здобувач Київського міжнародного університету

Конституцією України права та свободи людини проголошено найвищою соціальною цінністю. Обов'язок їх забезпечувати й захищати, своєю чергою, покладений на державу в особі усіх її органів, серед яких провідне місце посідають судові органи. Суттєва роль у процесі захисту прав, свобод і законних інтересів осіб у сфері державного управління та місцевого самоврядування відведена системі адміністративного судочинства, в якій розглядаються адміністративно-правові спори. В таких спорах однією зі сторін є фізична чи юридична особа, чиї права може бути порушено, а другою — орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування чи їхні посадові особи. Адміністративно-правові спори виникають із багатьох питань, серед яких помітне місце посідають спори з порушення прав платників податків.

Варто зауважити, що на розвиток і удосконалення правового регулювання податкових відносин впливає багато факторів, серед яких суттєва роль має відводитися судовій практиці. Адже податкові спори становлять чималу за кількістю публічних спорів категорію, що підсудна системі адміністративного судочинства. Порядок розв'язання таких спорів істотною мірою впливає як на платників податків, які відстоюють свої права, так і на податкові органи, що доводять правильність застосування ними норм податкового законодавства у випадку

його порушення з боку платників. Значною мірою судова практика справляє вплив і на вдосконалення роботи податківців, які мають можливість не лише ознайомлюватися із судовими позиціями з тих або тих справ, але й отримують узагальнені позиції Вищого адміністративного суду України (ВАСУ) із приводу розв'язання публічно-правових спорів у сфері оподаткування.

У теорії як адміністративного, так і податкового права питанням публічних спорів, як і природі податкових спорів, постійно приділяється увага. Але ці поняття частіше розглядаються з позицій суб'єктного складу, об'єкта спору тощо. Натомість не до кінця розкриваються правова природа податкових спорів, які мають публічно-правовий характер. І це попри попит практики, й судової також, для якої теоретичні розробки, пов'язані з визначенням суті понять, які застосовуються адміністративними судами при розгляді порушень податкового законодавства, мають надзвичайно актуальний характер. Усе це загалом обґрунтовує доцільність обрання теми для цього дослідження та її актуальність.

Сутність адміністративно-правових спорів і механізмів їх розв'язання стали предметом численних досліджень. Достатньо подивитися праці: В. Бринцева, І. Голосніченка, І. Дікова, О. Зеленцова, А. Єлістратова, І. Коліушка, Н. Писаренко, Ю. Педька, Н. Саліцевої, А. Селіванова, В. Сьоміної, В. Ски-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

товича, В. Стефанюка, М. Тищенко, Н. Хаманьової, Д. Чечота та ін.

Своєю чергою, питання податкових спорів або спорів у сфері публічної фінансової діяльності досліджувались у роботах Д. Вінницького, О. Грачової, С. Запольського, М. Івлієвої, С. Кадькаленка, М. Карасьової, В. Кіценка, О. Козиріна, І. Кучерова, М. Кучерявенка, С. Міронової, С. Ніщимної, О. Орлюк, С. Пепеляєва, М. Перепелиці, Г. Петрової, Н. Пришви, І. Рукавішнікової, Л. Савченко, В. Сьоміної, Д. Щьокіна та ін. Водночас, не дивлячись на нібито значну кількість досліджень, у процесі правозастосування норм податкового законодавства нерідко виникають проблеми, пов'язані з публічним характером податкових спорів.

На наш погляд, віднесення податкових спорів до публічно-правових спорів, які є підсудними адміністративним судам, має своєю підставою як чинне законодавство, так і теоретичні засади, що дозволили законодавцю визначитися з юрисдикцією стосовно цієї категорії справ. Адже серед підстав виникнення публічно-правого спору можна визначити порушення публічних інтересів, які допускаються у процесі здійснення публічної фінансової діяльності. Під останньою в юридичній літературі розуміють плановану та систематичну діяльність держави й органів місцевого самоврядування у сфері мобілізації, розподілу, перерозподілу та використання публічних фондів коштів з метою виконання покладених на них завдань і функцій та задоволення публічного інтересу [1, 16].

Своєю чергою, згідно зі ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства (далі — КАС України) [2], під справою адміністративної юрисдикції потрібно розуміти переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією стороною є орган виконавчої влади, місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або

інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, зокрема й на виконання делегованих повноважень. Тож, публічно-правовий спір є, відповідно до вище цитованої норми, предметом адміністративного судочинства.

Зауважимо, що до публічно-правових спорів у юридичній науці немає єдиних підходів. Деякі з учених розглядають публічно-правові спори як відкрите протистояння, що виникає між учасниками публічно-правових відносин у зв'язку з порушенням, застосуванням або тлумаченням норм публічного права. Зазначений підхід простежується в роботах М. Смоковича, Ю. Педька. Останній, зокрема, підкреслює, що суперечності, які характеризують зміст публічно-правового спору, виражаються в розбіжності, відмінності законних інтересів учасників публічно-правових правовідносин, що пов'язані з їхніми правами і обов'язками чи/і законності правозастосовного або нормативного адміністративного акта. Ці суперечності пов'язані з тим, що адміністративними діями (бездіяльністю) чи рішеннями порушені або можуть бути порушені суб'єктивні права й обов'язки приватних осіб, або з тим, що на них незаконно покладено будь-який юридичний обов'язок, або вони незаконно притягнуті до адміністративної відповідальності [3, 252].

Інші пов'язують публічно-правовий спір з відносинами у сфері публічного управління. На такій позиції стоїть, наприклад, В. Сьоміна, на погляд якої публічно-правовий спір як предмет адміністративного судочинства передусім характеризується тим, що виникає з приводу публічно-правових відносин у сфері публічного управління, а його суб'єктний склад і спрямованість залежить від конкретної справи [4, 254].

Існує також позиція, згідно з якою в деяких випадках предметом публічно-правового спору можуть бути й порушені права чи законні інтереси

публічних осіб (наприклад, у фінансових відносинах — органів фінансової компетенції, зокрема податкових органів), а також юридичних осіб (наприклад, розпорядників бюджетних коштів, чиї інтереси порушені публічною особою).

Вищевикладені міркування дають підстави вченим з фінансового права відносити спори у сфері публічної фінансової діяльності, а отже, і податкові спори, до публічних спорів, які розглядаються адміністративною юрисдикцією. На користь цього наводять такі міркування. Спір, предметом якого є публічні фінанси, є спором про права й обов'язки суб'єктів публічно-правових (фінансових) правовідносин у сфері публічної фінансової діяльності, що виникає у зв'язку з реалізацією владних управлінських функцій органами, наділеними відповідною компетенцією в зазначеній сфері. Обов'язковою стороною такого спору має бути орган чи органи (посадова особа/посадові особи), наділені публічно-владними повноваженнями у сфері публічної фінансової діяльності. До характеристик такого спору належать негативне ставлення одного із суб'єктів конкретного фінансово-правового відношення стосовно прийняття (встановлення), виконання або невиконання закріплених фінансово-правовими нормами приписів. Зазначені підходи були розроблені, зокрема, в дисертаційному дослідженні О. Головенка [5, 6].

Доцільно зазначити, що вказані характеристики цілком можуть бути застосовані до податкових спорів. Їхня специфіка пов'язана з обмеженими предметним і суб'єктним складом податкових спорів порівняно із фінансовими. Зокрема, предметом податкового спору є не публічні фінанси загалом, а спір про права та обов'язки суб'єктів податкових відносин з приводу оподаткування, який виникає у зв'язку з реалізацією владних управлінських функцій податковими органами.

Стосовно останніх, то відповідно до п. 2 Указу Президента України від 18.03.2013 року № 141/2013 «Про Міністерство доходів і зборів України» [6], останнє є правонаступником Державної податкової служби України та Державної митної служби України, що реорганізуються.

Основними завданнями Міндоходів України, відповідно до Положення про Міністерство, є:

- 1) забезпечення формування єдиної державної податкової, державної митної політики в частині адміністрування податків і зборів, митних платежів та реалізація єдиної державної податкової, державної митної політики, а також боротьба з правопорушеннями під час застосування податкового та митного законодавства, здійснення в межах своїх повноважень контролю за надходженням до бюджетів і державних цільових фондів податків та зборів й інших платежів;
- 2) забезпечення формування й реалізація державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів;
- 3) забезпечення формування й реалізація державної політики з адміністрування єдиного внеску, а також боротьба з правопорушеннями при застосуванні законодавства з питань сплати єдиного внеску;
- 4) забезпечення формування та реалізація державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установленій законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону, торгових патентів.

Отже, саме Міністерство доходів і зборів України є органом, що є



обов'язковим учасником податкових спорів, оскільки саме Міндоходів реалізує владні управлінські функції у сфері оподаткування.

До характеристик податкового спору належать негативне ставлення одного із суб'єктів конкретного податково-правового відношення до прийняття (встановлення), виконання чи невиконання закріплених податково-правовими нормами приписів. Основним актом, який містить такі норми, є нині Податковий кодекс України. З 2011 року він є базовим правовим актом кодифікованого характеру, що застосовується у процесі справляння податків в Україні.

Зауважимо, що з моменту запровадження адміністративної юстиції в Україні було напрацьовано значну практику з розгляду публічних, зокрема й податкових спорів. При цьому судова практика отримала певний вплив не лише на суб'єктів податкових правовідносин, але й на процес нормопроекування в податковому законодавстві. Адже деякі норми навіть Податкового кодексу України зазнали зміни саме з урахуванням судових рішень (на підставі яких досить якісно відслідковуються на практиці прогалини та колізії чинного законодавства).

Отож слушним видається твердження, що спори, пов'язані з порушенням прав платників податків або з порушенням приписів податкових норм платниками податків, розглядаються в порядку адміністративного судочинства. Підставою віднесення таких спорів саме до адміністративної юрисдикції є: по-перше, публічний характер податкових відносин як складових фінансових відносин; по-друге, обов'язкова участь у них компетентного органу державної влади — а саме органу контролю у сфері податків, який забезпечує захист публічного інтересу та представляє, відповідно, інтерес держави. Як зазначалося, органом, що представляє нині публічний інтерес держави в податкових від-

носінах, є Міністерство доходів і зборів України (Міндоходів).

Доцільно зауважити, що в Стратегічному плані розвитку Міністерства доходів і зборів України на 2013–2018 роки [7] визначено такі принципи його роботи: сприйняття громадян і бізнесу як партнерів, повага до них; довіра до громадян та бізнесу й переконаність, що більшість з них працює чесно; допомога тим, хто цього потребує, та викриття тих, хто порушує вимоги законодавства; створення умов для професійного зростання й розвитку працівників Міністерства; прагнення бути корисними суспільству.

Зазначені принципи мають застосовуватись у роботі Міндоходів у процесі реалізації заходів, визначених Стратегічним планом. Серед них у контексті цього дослідження доцільно зазначити такі стратегічні цілі:

- I. Неупереджене та справедливе застосування законодавства. Для її досягнення визначено здійснювати такі заходи, як удосконалення механізму застосування апеляційних процедур; впровадження практики застосування податкового компромісу; забезпечення єдиного підходу до застосування законодавства; затвердження єдиних правил та критеріїв підготовки відповідей на запитання платників податків, зборів, митних платежів та єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування.
- II. Удосконалення системи стягнення податкового та митного боргу. Для досягнення названої цілі передбачається розробка законодавчих ініціатив з питань прискорення стягнення податкового боргу; оптимізація роботи із стягнення податкового та митного боргу; забезпечення стягнення податкового боргу з урахуванням можливості подальшого ведення бізнесу боржником.

Як видно з наведеного, зазначені вище заходи мають комплексний ха-



ракти і в принципі повинні реалізуватися за участі не лише податкових органів, але й усіх учасників податкових правовідносин. І вторинних також, якщо можна так назвати ситуацію, коли виникає публічно-правовий спір у сфері оподаткування та до його розгляду залучаються інші органи, зокрема судові. Наприклад, якщо мова йде про забезпечення єдиного підходу до застосування законодавства, то це завдання доцільно розглядати як системну роботу і з боку податківців (роз'яснювальну, консультаційну роботи) і з боку органів, які застосовують норми податкового законодавства при розгляді податкових суперечок. Мова йде про доцільність розробки єдиних підходів на рівні узагальнень судової практики, в інформаційних листах тощо, що видає ВАСУ. При цьому необхідно видається і взяття до уваги практики ЄСПЛ з розгляду публічних спорів, які виникають з податкових відносин. Тим паче, що в цьому напрямі накопичено значну практику.

Структура (юридичний склад) податкового спору, на думку дослідників, є певною юридичною конструкцією, зовнішнім проявом правової сутності податкового спору. На погляд В. Кіценка, податковий спір — це матеріальне охоронне правовідношення, що виникає між суб'єктами податкових правовідносин з приводу суперечностей щодо власних прав і обов'язків та/або законності правових актів органів контролю (податкових або митних), які пов'язані зі встановленням або застосуванням податково-правових норм і які вирішуються в передбаченому законом порядку [8, 6]. Зазначимо, що наведене визначення значною мірою відображає публічний характер податкових спорів. Водночас спірним видається формулювання податкового спору як матеріального охоронного правовідношення. Якщо розглядати його через призму охоронюваних відносин, дійсно такий спір

виступатиме матеріальним. Однак, якщо говорити про цей спір через призму відносин, які охороняють (саме у такому сенсі цей спір розглядається адміністративними судами), він набуває характеристик процесуального. І саме із таких позицій податковий спір має характеризуватись у процесі розгляду його як публічно-правового спору.

До структурних елементів податкового спору належать: сторони, предмет і підстави. В. Кіценка визначає, що сторонами податкового спору є суб'єкти того податкового правовідношення, з якого податковий спір виник (суб'єкти предикатного податкового правовідношення) [8, 14]. До предмета податкового спору належать права, обов'язки, а також законність правових актів органів контролю (податкових та митних). Підстава податкового спору є юридичними фактами, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків суб'єктів спірного податкового правовідношення. Юридичні факти, що являють підставу податкового спору, можна класифікувати на три групи:

- 1) факти правової характеристики спірного податкового правовідношення;
- 2) факти легітимації сторін спору;
- 3) факти приводу для звернення до захисту.

Зазначимо, що з певними висновками з наведених вище варто погодитися. Водночас більшість висловлених позицій вимагає деталізації. Наприклад, як предмет податкового спору визначаються права, обов'язки, а також законність правових актів органів контролю (податкових та митних). А предметом може бути й бездіяльність органів контролю. Певні зауваження викликає й запропонована класифікація юридичних фактів. Водночас складність поняття юридичного факту та його прив'язки до податкових правовідносин вимагають окремого дослідження.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

Загалом податкові відносини вважають найбільш конфліктними серед видів фінансових відносин. Незалежно від рівня законодавчого регулювання реалізація податкових норм супроводжується значною мірою юридичних конфліктів. Останні породжуються і низьким рівнем знань законодавства з боку платників податків, і наявністю колізій як на рівні галузевого, так і міжгалузевого регулювання.

Як кінцеве підтвердження правильності вищевикладеного можна розглядати той факт, що у зв'язку з уведенням із 01.01.2011 року Податкового кодексу України, КАС України було доповнено ст. 183³, згідно з якою розгляд справи в адміністративному суді можуть ініціювати органи податкової служби з метою отримання судових рішень: а) про зупинення видаткових операцій платника податків на його рахунках; б) про підтвердження обґрунтованості адміністративного арешту його майна; в) про стягнення коштів за податковим боргом. Наведений перелік справ не є вичерпний, оскільки в КАС України встановлено, що законом можуть бути передбачені й інші випадки звернення суб'єктів владних повноважень до адміністративного суду. Особливості участі податкових органів у судових спорах було деталізовано в інформаційному листі ВАСУ від 02.02.2011 року № 149/11/13-11.

У судовій практиці адміністративних судів визначено такі категорії спорів:

- 1) за зверненнями суб'єкта владних повноважень;

- 2) за зверненнями суб'єкта владних повноважень, зокрема за зверненням Державної податкової адміністрації України або її територіальних органів;
- 3) за зверненнями суб'єкта владних повноважень, зокрема й за зверненням Державної податкової адміністрації України або її територіальних органів з них щодо визнання угод недійсними;
- 4) за зверненнями суб'єкта владних повноважень, зокрема за зверненням Державної податкової адміністрації України або її територіальних органів з них щодо припинення державної реєстрації юридичної особи або суб'єкта підприємницької діяльності (фізичної особи).

Зауважимо, що у зв'язку з адміністративною реформою, що проводилася в Україні з 2011 року, і передачею функцій Державної податкової адміністрації України Міністерству доходів і зборів України (про що йшлося вище), зазначені зміни також мають знайти відображення й у судовій практиці.

Загалом же, якість адміністративного судочинства стосовно розгляду податкових спорів підтвердила правильність віднесення податкових спорів як публічно-правових спорів саме до юрисдикції адміністративних судів. ♦

Список використаних джерел

1. Орлюк О. П. *Фінансове право : академічний курс : підручник* / О. П. Орлюк. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 808 с.
2. *Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР).* — 2007. — № 35–36, № 37. — Ст. 44.



3. Педько Ю. С. Публічно-правовий спір — предмет юрисдикції адміністративних судів України / Ю. С. Педько // *Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України*. — Х. : НЮАУ, 2007. — С. 249–252.
4. Сьоміна В. А. Публічно-правовий спір — предмет адміністративного судочинства / В. А. Сьоміна // *Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України : тези доповідей міжнародної наук.-практ. конференції (25–26.01.2007 року)* — Х. : НЮАУ, 2007. — С. 252–254.
5. Головенко О. Д. Публічні фінанси як об'єкт правової охорони: автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.07 / О. Д. Головенко ; ДНДІ МВС України. — К., 2012. — 21 с.
6. Указ Президента України «Про Міністерство доходів і зборів України» від 18.03.2013 року № 141/2013 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://minrd.gov.ua/diyalnist-/zakonodavstvo-pro-diyalnis/ukazi-prezidenta-ukraini/62291.html>.
7. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження Стратегічного плану розвитку Міністерства доходів і зборів на 2013–2018 роки» від 23.10.2013 року № 869-р [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://minrd.gov.ua/diyalnist-/zakonodavstvo-pro-diyalnis/rozporjadjennya-km-ukraini/62895.html>.
8. Кіценко В. С. Правова природа податкових спорів в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.07 / В. С. Кіценко ; Одеська юридична академія». — Одеса, 2010. — 20 с.

Надійшла до редакції 26.11.2013 року

ІНСТИТУЦІЙНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ БАНКІВСЬКИХ ВІДНОСИН

Сергій Куровський,
здобувач Київського міжнародного університету

В Україні нині склалася надзвичайно складна ситуація з економікою, бюджетною сферою, промисловістю тощо. Падіння ВВП протягом останніх 5 кварталів, падіння промисловості протягом останніх 17 місяців, очікуване недовиконання дохідної частини державного бюджету, проблемний стан платіжного балансу країни — ці й інші фактори відіграють істотну роль у процесі функціонування банківської системи країни. Водночас її функціонування в 2013 році, на погляд керівництва Асоціації українських банків, здійснювалось у більш сприятливих монетарних умовах: грошова база збільшилася за 10 місяців на 42,5 млрд грн (17,3 %), грошова маса — на 143,6 млрд грн (19,7 %), що є свідченням пом'якшення грошово-кредитної політики Національного банку України (далі — НБУ) та її часткової переорієнтації у бік стимулювання [1]. Водночас банківська система зазнає значних проблем у процесі здійснення банківської діяльності. Так, якщо доходи банків порівняно аналогічним періодом минулого року зросли на 11,3 млрд грн (9,1 %), то витрати — на 13 млрд грн (10,8 %), внаслідок чого прибуток знизився на 1,7 млрд грн (45 %). У складі витрат відрахування на формування резервів майже не змінилися (20,3 млрд грн проти 21 млрд грн), що вказує на неподолання проблем з якістю кредитного портфелю. І надалі пріоритетним напрямом використання залучених банками

ресурсів лишається кредитування сфери торгівлі, боргових державних цінних паперів, споживчих потреб населення. Натомість, виробничі галузі національної економіки належної кредитної підтримки не отримують. Не є цікавими на поточному етапі ці галузі і для зовнішніх інвестицій, що негативно впливає на формування доходних процесів у виробництві та промисловості загалом. А отже і на формування доходної частини бюджетної системи, перерозподіл грошової маси через галузі економіки тощо. Все це спричинює проблеми у функціонуванні банківської системи країни, зокрема й у процесі правової охорони суб'єктів, які беруть участь у банківській діяльності. Такі суб'єкти є учасниками банківських відносин, які, своєю чергою, наділені низкою специфічних ознак, що виокремлюють їх з-поміж низки інших суспільних відносин у сфері обігу фінансів, що підпадають під правове регулювання. Серед таких ознак виокремлюється підвищений рівень ризику, що пронизує усю банківську діяльність, а отже, необхідність розробки якісного правового інструментарію, котрий може забезпечити належну правову охорону банківських відносин. Зазначені складнощі й особливості визначають актуальність обраної для дослідження теми.

Варто зауважити, що проблемам правового забезпечення функціонування банківської системи приді-



ляється чимало уваги у галузевій літературі. Для цього достатньо проаналізувати навіть роботи вітчизняних та іноземних учених у галузі фінансового й адміністративного права, зокрема, Є. Алісова, О. Бакаєвої, К. Бельського, Ю. Ващенко, Л. Воронової, О. Грачової, Д. Гетманцева, Е. Дмитренко, С. Запольського, М. Карасьової, Є. Карманова, В. Кратюка, Т. Латковської, О. Музики-Стефанчук, А. Нечай, О. Орлюк, С. Очкурєнка, Л. Савченко, А. Селіванова, О. Селезньової та низки інших.

Водночас відносини у галузі функціонування банківської системи вимагають дослідження і з позицій правової охорони. Зазначене й зумовило як предмета дослідження цієї наукової статті розкриття інституційних особливостей правової охорони банківських відносин.

Загалом правове регулювання банківських відносин має спрямовуватися на підтримку стабільності національної валюти, забезпечення належних умов для розвитку ринкової економіки та насичення її «здоровими» фінансами. Як зазначають фахівці з банківського права, зокрема, О. Орлюк, коло суспільних відносин, які регулюються банківським правом, з одного боку, достатньо вузьке, щоб бути предметом регулювання основної галузі, а з другого — має безперечну єдність і своєрідність. Відповідно у банківського права відсутній і власний метод як необхідна ознака «класичної» галузі права [2, 358]. Відносини комерційних банків з центральним банком, зазвичай, будуються за схемою «влада — підпорядкування», тобто використовується метод владних приписів. А відносини самих банків із клієнтами й один з одним засновані, переважно, на юридичній рівності сторін, тобто в цих відносинах переважає цивільно-правовий метод (хоча й не завжди в чистому вигляді). Однак правовий режим, притаманний саме відносинам у сфері банківської діяльно-

сті, відокремлює цю сферу від таких галузей, як фінансове, адміністративне, цивільне та господарське право.

Своєю чергою, А. Селіванов виокремлює таку важливу особливість регулювання відносин між банками та клієнтами, як те, що на банки покладаються певні публічні функції у відносинах із клієнтами (функції агентів валютного контролю, контролю за проведенням касових операцій, контролю за цільовим використанням наданих кредитів тощо). Це створює певну нерівність у відносинах банків і клієнтів [3, 34]. Відповідно, можна дійти висновку про необхідність застосування методологічного апарату, притаманного різним галузям права, як приватним, так і публічним. Адже не може бути у приватно-правовому регулюванні, притаманному зокрема, цивільному праву, нерівності суб'єктного складу правовідносин, що спостерігається досить часто на прикладі банківських відносин.

Підходячи досить широко до визначення предмета регулювання банківських відносин, Є. Карманов свого часу розглядав банківське право як галузь права, що є системою правових норм, які регулюють суспільні відносини в процесі організації та функціонування банківської системи України з метою задоволення потреб громадян і держави. При цьому вчений підкреслював, що в умовах формування в Україні ринкових відносин банківське право формується як галузь права на межі фінансового та цивільного права [4, 28]. Погоджуючись значною мірою з визначенням предметного спрямування регулятивного впливу банківського права, водночас вважаємо значно звуженим підхід щодо окреслення формування банківського права на межі винятково фінансового та цивільного. Адже вплив на формування банківсько-правового регулювання мають здійснювати й норми інших галузей права — згадуваних уже вище адміністратив-



ного та господарського, а також, щонайменше, кримінального. На підтвердження зазначеного висновку потрібно навести такі міркування.

Як правова категорія, банківські відносини потребують правової охорони, зокрема фінансово-правової охорони. При цьому сфера публічних фінансів вимагає правової охорони не лише тому, що держава постійно потребує коштів для фінансування своїх функцій. Власне сфера фінансових відносин є вкрай складною в процесі правореалізації. Це викликано не лише проблемами, недосконалістю чи складністю правового забезпечення функціонування публічних фінансів, але й економічними, соціальними, і навіть психологічними чинниками [5, 123]. Зазначене твердження буде слушним щодо будь-якого фінансово-правового інституту чи явища, зокрема й щодо банківської системи, а отже, і щодо відносин, що виникають з приводу банківської діяльності.

Якщо виходити із того, що публічний інтерес є визнаний державою та забезпечений державним примусом суспільний інтерес (а в сфері публічних фінансів наявність публічного інтересу є безперечною), то порушення публічного інтересу є підставою застосування до такого порушника заходів примусу. Це стосується будь-якого фінансово-правового інституту, зокрема й банківського права.

Адже публічний характер фінансової діяльності поширюється не лише на бюджетні чи податкові відносини, не лише на відносини щодо здійснення публічних видатків або управління чи обслуговування державного боргу, не лише на відносини щодо формування публічних фондів коштів (як бюджетних, так і позабюджетних), тощо. Фінансова діяльність здійснюється і на аціональних та міжнародних ринках фінансових послуг, зокрема й на ринках банківських послуг. Значною мірою це пов'язано і з проведенням публічної фінансової діяльності, внас-

лідок чого на цілу групу правовідносин, які виникають на ринках фінансових послуг, насамперед банківську діяльність, поширюють свою регулятивну, охоронну чи іншу силу норми фінансового права.

Хоча при цьому потрібно розуміти, що далеко не всі дії на ринках фінансових послуг підпадають під фінансово-правове регулювання. Більшість з них є предметом цивільно-правового або господарсько-правового регулювання. Отож, розглядаючи ту чи ту діяльність на ринку фінансових послуг, зокрема банківську діяльність, як предмет правового регулювання, необхідно чітко відмежовувати її предмет, і лише після цього застосовувати правові засоби, притаманні певній галузі права. Стосується це будь-яких аспектів банківської діяльності, зокрема й відповідальності за порушення банківського законодавства.

Варто зауважити, що в Україні запроваджено змішану форму банківського нагляду, котра передбачає зосередження функцій нагляду в межах центрального банку в тісній взаємодії з органами внутрішнього та зовнішнього аудиту. Під час здійснення банківського нагляду Національний банк України (як державний регулятор цього ринку й орган, на який покладено функцію банківського нагляду) може користуватися послугами інших установ за окремими угодами. Як і в країнах континентальної Європи, в Україні здійснення банківського нагляду відбувається із застосуванням дистанційного контролю й інспектування на місцях.

При порушенні норм банківського, валютного законодавства відбувається скоєння фінансового правопорушення. Загальним об'єктом останнього є права й інтереси держави, органів місцевого самоврядування у сфері здійснення публічної фінансової діяльності на всіх її етапах, система фінансових відносин, які виникають у сфері акумуляції, розподілу та пере-



розподілу публічних фондів коштів, а також фінансові права, що охороняються законом. Оскільки фінансове правопорушення завжди зачіпає інтереси держави, держава в особі уповноважених органів застосовуватиме заходи юридичного примусу, заходи юридичної відповідальності, адже зацікавлена в дотриманні фінансової дисципліни всіма учасниками фінансових правовідносин. Суттєве місце у цьому процесі має належати господарському судочинству.

Ще одним напрямом правової охорони у сфері банківської діяльності є питання боротьби з відмиванням коштів — питання національної безпеки. Адже відмивання коштів є не лише кримінально карне діяння, але й системна загроза для фінансових ринків. Процес легалізації брудних коштів становить складну схему послідовних дій, спрямованих на заплутування істинних джерел кримінальних капіталів завдяки трансформації одних активів в інші шляхом численних та різноманітних фінансових операцій. Зазначають, що власне операції з відмивання — це, зазвичай, легальні фінансові операції, але злочинним є походження коштів, що в них використовуються [6, 3]. Недопущення легалізації брудних коштів є основною метою фінансового моніторингу.

Загалом фінансовий моніторинг є специфічна форма державного фінансового контролю, котрий проводять уповноважені державні органи й установи, що обслуговують здійснення фінансових операцій, відстежують і фіксують фінансові операції, які відповідають визначенням Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму» [7] критеріям сумнівності, аналізують одержану інформацію про сумнівні операції з метою виявлення схем і механізмів легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування теро-

ризму. Предметом фінансового моніторингу є як приватні, так і публічні фінанси [8, 128]. Чинне законодавство визначає фінансовий моніторинг як сукупність заходів, спрямованих на виконання вимог законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Система фінансового моніторингу (залежно від суб'єктів, які його здійснюють) складається з двох рівнів — первинного та державного. При цьому банки належить саме до суб'єктів первинного фінансового моніторингу.

Зауважимо, що із врахуванням змін національного законодавства в цьому напрямі та діяльності групи ФАТФ, істотний вплив мають здійснювати й норми європейського законодавства. Особливо із врахуванням євроінтеграційного курсу, проголошеного нині Україною. Прикладом такого регулювання може бути Директива 2001/97/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС, яка вносить зміни в Директиву Ради 91/308/ЄЕС щодо запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей [9]. Цією директивою було закріплено міжнародну практику та високі стандарти захисту фінансового сектора й інших уразливих видів діяльності від згубного впливу доходів від злочинної діяльності. Нею було визначено й поняття «відмивання грошей».

Яке означає поведінку, що здійснюється навмисно стосовно:

- 1) обміну чи передачі власності, якщо відомо, що така власність виникла в результаті кримінальної діяльності або участі в такій діяльності з метою приховування чи маскування незаконного походження власності або сприяння будь-якій особі, яка здійснює таку діяльність, ухилитися від юридичних наслідків своїх дій;
- 2) приховування чи маскування справжньої природи, джерел, місцезнаходження, розміщення, руху,



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

прав щодо власності чи прав на власність, якщо відомо, що така власність виникла в результаті кримінальної діяльності або участі в такій діяльності;

- 3) придбання, володіння чи використання власності, якщо на момент отримання було відомо, що така власність виникла в результаті кримінальної діяльності чи участі в такій діяльності;
- 4) участі у будь-яких діях, об'єднання з метою здійснення, спроби здійснення та надання допомоги, співучасті, сприяння й консультування здійснення будь-яких дій, зазначених вище.

Варто також згадати й Директиву 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів і фінансування тероризму від 26.10.2005 року [10], якою було запроваджено вимогу забезпечити державам-членам заборону відмивання коштів та фінансування тероризму. Директивою було запроваджено превентивні заходи через фінансову систему, котрі разом із заходами кримінального права мають сприяти боротьбі із тероризмом. Пізніше до неї було внесено зміни Директивою 2009/110/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС щодо започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей і пруденційний нагляд за ними від 16.09.2009 року.

Зазначені вище документи і національного, і європейського, і міжнародного характеру загалом спрямовані на недопущення порушень дисципліни у банківській сфері, запобігання злочинам тощо. Тож, точне застосування правових норм має сприяти і якісному рівню правозастосування, і якісному судовому захисту прав та інтересів суб'єктів бюджетних відносин.

Загалом потрібно зазначити, що правильна кваліфікація правопорушення має істотне значення. Адже

правильна кваліфікація правопорушення, індивідуалізація покарання чи стягнення, реалізація застосованих до правопорушника заходів примусу істотно важливі для штрафної, каральної відповідальності. Порушення фінансової дисципліни можна класифікувати за ознакою інституційної приналежності норм фінансового законодавства, які порушуються, серед яких цілком логічним і обґрунтованим є виділення порушень банківського законодавства. У такому разі слід також виходити з інституційних ознак і виокремлювати порушення, пов'язанні з адміністративними чи фінансовими приписами, цивільні або господарські порушення або кримінальні злочини. Зазначена класифікація впливає зі змісту базових галузевих кодексів матеріального змісту, а саме Кодексу України про адміністративні правопорушення, Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Кримінального кодексу України. Що стосується безпосередньо фінансово-правових порушень, зокрема й банківських, у такому разі потрібно виходити з розуміння відсутності єдиного кодифікованого акта у цій сфері правовідносин. Якщо на сьогоднішній день існують Бюджетний і Податковий кодекси України, ані фінансовий, ані банківський кодекси допоки в країні не планується приймати. Тож, виникає необхідність при кваліфікації банківського правопорушення спиратися на положення численних актів фінансового, зокрема й банківського законодавства. Такими актами можуть бути закони України «Про Національний банк України», «Про банки і банківську діяльність», «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» та низка інших законодавчих актів, які регулюють певні сфери банківської діяльності. Варто зауважити, що у цьому напрямі існує значна частка відомчих нормативно-правових актів, серед яких провідне місце посідають постанови Прав-

ління НБУ, якими затверджуються численні інструкції та положення у сфері банківської діяльності, спрямовані на питання ліцензування та економічних нормативів банківської діяльності, здійснення операцій з готівковими коштами та касових операцій, безготівкових розрахунків, валютні операції тощо. Їх порушення, зазвичай, тягне за собою необхідність застосування юридичної відповідальності, види й особливості застосування якої нерідко визначено на рівні підзаконних актів. Усе це породжує чималі проблеми в процесі правозастосування, а тим паче — у процесі захисту порушених прав суб'єктів банківських відносин.

Зазначене дає підстави говорити про необхідність деяких кроків у розв'язанні проблем правозастосування, зокрема й у процесі судових розглядів спорів, які виникають з порушення банківського законодавства. По-перше, доцільним є систематизація законодавства, що регулює банківську сферу, з метою вироблення єдиного термінологічного апарату. По-друге, доцільним є розгляд питання про кодифікацію банківського законодавства з метою його уніфікації на рівні єдиного акта. По-третє, необхідним видається визначення банківського правопорушення (за аналогом бюджетного правопорушення) із визначенням об'єктного та суб'єктного

складу такого порушення, об'єктивної та суб'єктивної сторін.

По-четверте, доцільною є необхідність подальшого узагальнення судової практики за напрямками банківської діяльності. Певною мірою складнощі з такими узагальненнями виникають у зв'язку зі швидкими змінами законодавства, що регулює банківську діяльність, а також періодичними змінами у методології розгляду тих або тих банківських операцій та їхніх наслідків. Так це було, зокрема, із кредитними операціями, коли спочатку банки не мали права в односторонньому порядку змінювати умови кредитних договорів (відповідно до положень Цивільного кодексу України), а пізніше отримали таке право, що потягло за собою необхідність зміни підходів судової практики. Досить складними є спори, пов'язані з порушенням валютного законодавства, законодавства зі здійснення розрахунків, особливо коли мова йде про зовнішньоекономічні розрахунки. Все вищезазначене породжує необхідність подальших узагальнень на рівні як вищих спеціалізованих судів, так і безпосередньо Верховного Суду України. ♦

Список використаних джерел

1. Сугоняко О. Підсумки діяльності банківської галузі за 10 місяців. Вплив нинішньої політичної ситуації на фінансово-банківський сектор / О. Сугоняко ; Асоціація українських банків [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://aub.org.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=85-80&menu=119&Itemid=113.
2. Орлюк О. П. Доктринальні питання банківського права України / О. П. Орлюк // Публічно-правова доктрина України / за заг. ред. Ю. П. Битяка. — Т. 2. — [б.м., б.р.] — 864 с.



3. *Банківське право України / за заг. ред. А. О. Селіванова. — К. : Ін Юре, 2000. — 384 с.*
4. *Карманов Є. В. Банківське право України : навчальний посібник / Є. В. Карманов. — Х. : Консул, 2000. — С. 28.*
5. *Запольський С. В. Дискуссионные вопросы теории финансового права : монографія / С. В. Запольский. — М. : РАП, Эксмо, 2008. — 160 с.*
6. *Боротьба з відмиванням коштів: правовий, організаційний та практичний аспекти / С. Г. Гуржій, О. Л. Копиленко, Я. В. Янушевич та ін. — К. : Парлам. вид-во, 2005. — 218 с.*
7. *Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму» від 28.11.2002 року № 249-IV (зі змінами)// Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2003. — № 1. — Ст. 2.*
8. *Дмитренко Е. С. Юридична відповідальність суб'єктів фінансового права у механізмі правового забезпечення фінансової безпеки України : монографія / Е. С. Дмитренко. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 592 с.*
9. *Директива 2001/97/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС, яка вносить зміни в Директиву Ради 91/308/ЄЕС щодо запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_501.*
10. *Директива 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму від 26.10.2005 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_774.*

Надійшла до редакції 27.11.2013 року

Ю. Пацуркивский

Правовой режим собственности: понятие и содержание

С. 3–9

В статье исследуются проблемы определения понятия правового режима в общетеоретическом и отраслевом смысле. Определены их общие и отличительные черты. Формулируется вывод о том, что формирование правового режима является особым способом правового регулирования. На основании проведенного исследования сформулировано понятие правового режима. Правовой режим следует понимать как особый порядок правового регулирования, что выражается в сочетании юридических средств: разрешений, запретов, позитивных предписаний, который создает необходимое социальное положение и четко определенную степень благоприятности или не благоприятности для удовлетворения интересов субъектов права. Правовой режим собственности предлагаем понимать в качестве сочетания средств и методов правового регулирования отношений, складывающихся по поводу владения, пользования и распоряжения материальными благами.

Н. Мироненко, Л. Работягова

Произведение архитектуры как объект договорных отношений

С. 10–18

Авторы исследуют такое существенное условие договоров, связанных с архитектурной деятельностью, как объект договора — произведение архитектуры. Авторами делается вывод о том, что не вся проектная документация может считаться объектом авторского права, а только та часть, которая касается архитектурного решения.

О. Кашинцева

Авторское право на научное произведение в сфере медицины: этические и творческие аспекты возникновения

С. 19–26

Y. Patsurkivsky

Legal mode of property: concept and content

P. 3–9

In the article the problems of decision of concept of the legal mode are investigated in the general theoretic and branch understanding. Certainly them general and excellent lines. Drawn conclusion that forming of the legal mode is the special methods of the legal adjusting. On the basis of undertaken a study the concept of the legal mode is set forth. The legal mode it follows to understand as the special order of the legal adjusting that is expressed in combination of legal facilities: permissions, prohibitions, positive binding overs, that creates the necessary social state and clearly certain degree of favourableness or not to friendliness to satisfaction of interests of legal subjects. The legal mode of property suggest to understand as combination of facilities and methods of the legal adjusting of relations, that is folded concerning possession, use and disposing of material welfares.

N. Myronenko, L. Rabotyagova

Architectural work as an object of contractual relations

P. 10–18

The authors explore such essential term of the contract related to the architectural work, as an object of the contract — a work of architecture. The authors concluded that not all project documentation can be considered as subject to copyright, but only that part which deals with architectural solutions.

O. Kashyntseva

Specific legal futures of the scientific work in the sphere of medicine: ethical and creative issues of nascency

P. 19–26

Наиболее распространенным в правовой литературе является определение объекта авторского права как результата «духовного творчества». Произведение — это результат творческой деятельности автора, его творческого мышления, продукт человеческого мозга, данные объекты являются нематериальными и должны быть объективизированными в соответствующем материальном носителе. Отметим, что доктрина авторского права пропитана аспектом «духовности»: «результат духовного творчества», «духовное благо» и другие. Автор придерживается позиции, что уход от прагматически-интеллектуального концепта природы объекта авторского права в сторону его «одухотворения» придало ему в глазах исследователей некой эфемерности, что привело, с одной стороны, к ошибочному предубеждению относительно «неудобства» и «неполноценности» правовой охраны научных произведений в режиме авторского права по сравнению с правом промышленной собственности, с другой — к легкости и ощущение безнаказанности его нарушения. Требования этичности выдвигаются не только к содержанию произведения в сфере биомедицины, но и к способу достижения соответствующего научного результата. Несоблюдение таких стандартов может привести к невозможности дальнейшей коммерциализации предмета договора, так неэтичности содержания и способа достижения соответствующего научного результата включает последний из поля зрения официальной науки.

О. Харченко

Промышленный образец как объект интеллектуальной собственности: вопросы правового регулирования

С. 27–31

Научная статья посвящена изучению вопросов, связанных с промышленным образцом как объектом интеллектуальной собственности. Рассмотрены понятие промышленного

Most common in the legal literature is the definition of the object of copyright as a result of «spiritual creativity». Work is a result of the creative activity of the author, his creative thinking, the product of the human brain, these assets are intangible and must be objectified in the appropriate material carrier. We note that the doctrine of copyright soaked aspect of «spirituality», «the result of spiritual creativity», «spiritual good» and others. The author believes that the departure from the pragmatic and intellectual nature of the object of the concept of copyright in the side of his «spiritualization» gave him in the eyes of some researchers ephemerality, which led, on the one hand, to an erroneous preconceptions about the «inconvenience» and «inferiority» of the legal protection of scientific works in the copyright regime as compared to industrial property right, on the other — to ease the sense of impunity and violation. Ethical requirements put forward not only to the content of the product in the field of biomedicine, but also to a method of achieving the appropriate scientific result. Failure to comply with these standards may result in the impossibility of further commercialization of the subject of the contract, so the content and unethical way to achieve the appropriate scientific results exclude the latter from the field of official science.

O. Kharchenko

Industrial design as an object of intellectual property: questions of legal regulations

P. 27–31

Scientific paper is devoted to the study of issues related to industrial design as intellectual property. The concept of the design, the criteria for granting him legal protection. The

образца, критерии предоставления ему правовой охраны. Осуществлен анализ действующего законодательства Украины, которое закрепляет критерии пригодности промышленного образца для приобретения прав интеллектуальной собственности на него. Отмечены отличия в терминологии, применяемой законодателем. Проведен сравнительный анализ с законодательством других стран, в частности, России, стран ЕС, Вьетнама. Изучена научная литература, касающаяся соответствующих отношений. Рассмотрены такие критерии промышленного образца, как «новый», «оригинальный», «промышленная пригодность». Выделены пробелы правового регулирования соответствующих отношений, рассмотрен законопроект, которым предлагается внесение изменений в законодательство о промышленном образце.

А. Юдина

Соотношение понятий «новизна», «индивидуальный характер» и «своеобразие» промышленных образцов в законодательстве Европейского Союза и в проекте Закона Украины

С. 32–39

Одним из важнейших условий вступления Украины в ЕС является усовершенствование украинского законодательства, в частности в сфере интеллектуальной собственности.

В данной статье проведен анализ и сравнение положений по проверке соответствия промышленного образца условиям предоставления правовой охраны, которые содержатся в Директиве Европейского Парламента и Совета № 98/71 ЕС «О правовой охране промышленных образцов» от 13.10.1998 года и проекте Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законы Украины по вопросам интеллектуальной собственности», а именно: новизне и индивидуальному характеру/своеобразию, а так же выявление соответствий и расхождений в указанных положениях.

analysis of the current legislation of Ukraine, which establishes the criteria for the suitability of the industrial design for the acquisition of intellectual property rights to it. Marked differences in the terminology used by the legislator. A comparative analysis of the laws of other countries, in particular Russia, the EU and Vietnam. Studied the scientific literature related to the corresponding relations. We consider criteria such industrial design as «new», «original», «industrial applicability». Identified gaps in the legal regulation of the corresponding relations, considered the bill, which proposes to amend the legislation on industrial design.

A. Yudina

Correlation between the concepts of «novelty» «individual character» and «originality» of industrial designs in European Union law and the draft Law of Ukraine.

P. 32–39

One of the most important conditions for Ukraine's accession to the European Union is to improve the Ukrainian legislation, including intellectual property rights.

Given in this paper are the analysis and the comparison of the provisions pertaining the verification of the industrial design compliance with the legal protection conditions contained in the Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs and in the draft law On Amendments to some Laws of Ukraine on the Intellectual Property, namely novelty and individual character/identity, and to identify correlations and differences in these positions.

The proposals as to improving the legislation of Ukraine on the legal pro-

В результате проведенного сравнительного анализа представлены предложения по совершенствованию украинского законодательства по правовой охране промышленных образцов.

Т. Коваленко

Киберсквоттинг, рынок купли-продажи доменов

С. 40–45

Автор исследует киберсквоттинг как вид электронного бизнеса, который быстрыми темпами вошел в нашу жизнь. Анализируются его виды и предлагаются решения по предотвращению этой противозаконной деятельности.

О. Тараненко

Географические указания как объект гражданско-правовых отношений в Украине

С. 46–50

Статья посвящена изучению особенностей использования географических указаний в Украине. Проанализированы основные положения и содержание отечественного законодательства, касающегося регулирования отношений связанных с использованием и защитой географических указаний.

Б. Падучак, М. Талда

Проблемные аспекты определения предмета договора коммерческой концессии

С. 51–57

В статье исследуются доктринальные подходы к определению существенных условий договора коммерческой концессии. Проводится анализ правовых норм, регулирующих предмет договора коммерческой концессии. Рассматриваются научные взгляды относительно предмета этого вида договора. Определен перечень обязательных элементов, которые должны включаться в комплекс прав, являющимся предметом коммерческой концессии.

tection of industrial designs are submitted in line with the comparative analysis results.

T. Kovalenko

Cybersquatting, a market of sale of domains

P. 40–45

The author explores cybersquatting as a kind of e-business, which rapidly came into our lives. It is analyzed its kinds and proposed solutions to prevent this illegal activity.

O. Taranenko

Geographical indication as an object of civil and legal relations in Ukraine

P. 46–50

The article studies features of the use of the geographical indication in Ukraine. Substantive provisions and maintenance of home legislation, touching adjusting of relations related to the use and defense of the geographical indication, are analyzed.

B. Paduchak, M. Talda

The problematic issues determining of the subject of franchise agreement

P. 51–57

The doctrinal approaches of determining the essential conditions of franchise agreement are investigated. The legal rules governing the subject of franchise agreement are analyzing. Different scientific views on the subject of this type of contract are considered. The Authors have defined the lists of mandatory elements that must be included in the bundle of rights that are the subject of franchise.

Е. Кульбашна

Правоотношения по созданию служебного объекта права интеллектуальной собственности

С. 57–61

В статье рассматриваются проблемы, связанные со множественностью правоотношений, опосредующих создание служебных объектов права интеллектуальной собственности. Автор рассматривает гражданские и трудовые правоотношения, связанные с созданием служебных объектов права интеллектуальной собственности. При этом делается вывод о первичности трудовых правоотношений при создании служебного объекта.

Б. Львов

Недобросовестная конкуренция как хозяйственное правонарушение: подходы теории и практики

С. 62–68

В статье анализируются положения действующего законодательства Украины и международных актов, регулирующих вопрос применения конкурентного законодательства в сфере промышленной собственности. Недобросовестная конкуренция рассматривается с позиций хозяйственного правонарушения. Анализируются вопросы теории хозяйственного права и конкурентного права, а также позиции судебной практики в части квалификации недобросовестной конкуренции как хозяйственного правонарушения. Рассматриваются отдельные элементы конкурентного правонарушения. Делаются выводы относительно усовершенствования правоприменительной практики в части квалификации актов недобросовестной конкуренции в сфере промышленной собственности.

И. Бенедисюк

Участие таможенных органов в обеспечении мер пресечения в процессе защиты прав интеллектуальной собственности

O. Kulbashna

Legal relationships in creation a service object of intellectual property rights

P. 57–61

The problems associated with the multiplicity of relations that mediate the establishment of service objects of intellectual property rights. The author examines the civil and labor relations associated with the creation of service object of intellectual property rights. In this case, the conclusions about the primacy of labor relations in the creation of the service object.

B. Lvov

Unfair competition as economic violation: theory and practice approaches

P. 62–68

The article analyses provisions of the effective Ukrainian and international legislation regulating applicability of the competition law in sphere of industrial property. Unfair competition is analyzed from the prospects of economic violation. The article provides review of business law and competition law theory as well as court practice related to qualification of unfair competition as economic violation. It also provides analysis of the separate parts of the competition violation. The author provides conclusions on improvement of practice of law applicability in terms of qualification unfair competition practices in the sphere of industrial property.

I. Benedisyuk

Participation of the customs authorities in providing preventive measures in the protection of intellectual property rights

С. 69–75

В статье анализируется участие таможенных органов в обеспечении мер пресечения в процессе защиты прав интеллектуальной собственности в Украине. Анализируются положения старой и новой редакции Таможенного кодекса Украины в части применения мер пресечения. Исследуется практика рассмотрения хозяйственных споров, связанных с привлечением таможенных органов к обеспечению мер пресечения, которые применяются с целью защиты прав интеллектуальной собственности. Рассматривается международная практика привлечения таможенных органов к обеспечению прав интеллектуальной собственности. Анализируются положения международных актов в этой сфере, в частности Соглашения TRIPS. Проведенный сравнительно-правовой анализ позволил внести предложения относительно усовершенствования действующего хозяйственно-процессуального законодательства Украины.

О. Покальчук

Нарушение прав трансгендерных лиц относительно границ медицинского вмешательства

С. 76–82

Статья посвящена исследованию границ медицинского вмешательства относительно права трансгендерных лиц на репродукцию, включая вопросы стерилизации и ВРТ.

В. Ивашенко

Законодательное обеспечение охраны авторских прав на украинских землях в конце XIX – в начале XX веков

С. 83–87

Автор делает историческую ретроспективу развития авторских прав в данный временной отрезок: какие факторы влияли на его развитие и усовершенствование.

Р. 69–75

The article examines the involvement of customs authorities in providing preventive measures in the protection of intellectual property rights in Ukraine. Analyzed the provisions of the old and the new Customs Code of Ukraine regarding the application of preventive measures. We investigate the practice of considering economic disputes related to attracting customs authorities to ensure the security measures that are used to protect intellectual property rights. Considered that the involvement of international customs authorities to ensure intellectual property rights. Analyzes the provisions of the international instruments in this field, in particular the Agreement TRIPS. Conducted a comparative legal analysis allowed to make proposals for improvement of the current economic and procedural law of Ukraine.

О. Pokalchuk

Violation of transgender rights regarding on boundaries of medical intervention

Р. 76–82

The article investigates the boundaries of medical intervention on the right of transgender people to reproduction, including sterilization and assisted reproductive technology

V. Ivaschenko

Legislative enforcement of copyright protection of Ukrainian lands in the late XIX – early XX centuries

Р. 83–87

The author makes a historical retrospective of the copyright in this period of time: what factors influenced its development and improvement.

В. Чорнобук

Международный опыт развития судебных систем и их финансирования
С. 88–94

В статье анализируется опыт развития судебных систем в мире. Рассматриваются разные модели и классификации элементов судебных систем. Раскрываются подходы национального законодательства Украины к формированию судебной системы страны. Определяются принципы построения судебной системы государства. Анализируются вопросы конституционного контроля и административной юрисдикции. Отдельное место отводится вопросам финансового обеспечения. Анализируются пути поиска источников финансирования в сложных кризисных условиях, в которых находятся в настоящее время государства. Иностраный опыт используется в качестве почвы для разработки предложений и рекомендации относительно усовершенствования национального законодательства Украины в части финансового обеспечения функционирования судебной системы.

К. Конюшко

Налоговый спор как публично-правовой спор: вопросы теории и практики
С. 95–101

В статье проанализированы понятие налогового спора с позиций теории административного и финансового права. Рассматриваются основания отнесения налоговых споров в публично — правовых споров. Анализируется предмет и субъектный состав налогового спора. Предмет налогового спора рассматривается через призму публичных финансов, с учетом особенностей предметного состава налоговых отношений. Рассматриваются направления совершенствования деятельности контролирующих органов в сфере налогообложения. Приходится целесообразность отнесения споров, связанных с нарушением прав налого-

V. Chornobuk

International experience on development of judicial systems and their financing
С. 88–94

In the article experience of development of the judicial systems is analyzed in the world. Different models and classifications of elements of the judicial systems are examined. Approaches of national legislation of Ukraine open up to forming of the judicial system of country. Principles of construction of the judicial system of the state are determined. The questions of constitutional control and administrative jurisdiction are analyzed. A separate place is taken to the questions of the financial providing. The ways of search of sources are analyzed financing in difficult crisis terms, there are presently the states in that. Foreign experience is used as soil for development of suggestions and recommendations in relation to the improvement of national legislation of Ukraine in part of the financial providing of functioning of system judicial.

K. Konyushko

Tax dispute as public law dispute: theory and practice
P. 95–101

The paper explores the concept of tax disputes from the standpoint of the theory of administrative and financial law. Considered grounds for attributing tax disputes to public law disputes. We analyze the subject and of possible tax dispute. The subject of the tax dispute is viewed through the prism of public finances, given the characteristics of the objective structure of tax administration. We consider the direction of improvement of the regulatory bodies in the field of taxation. Proved feasibility of referring disputes relating to the violation of the rights of taxpayers, or violation of regulations of tax rules to disputes which are dealt with by administrative procedures.

плательщиков или нарушением предписаний налоговых норм, к спорам, которые рассматриваются в порядке административного судопроизводства.

С. Куровский

Институциональные особенности правовой охраны банковских отношений

С. 102–108

В статье анализируются банковские отношения как составляющая финансовых отношений и публичной финансовой деятельности. Раскрываются институциональные особенности банковских отношений, связанные с комплексным предметным регулированием банковского права. Банковские отношения рассматриваются как объект правовой охраны. Анализируются международные стандарты и национальное банковское законодательство. Исследуется влияние экономического положения страны на стабильность банковской системы и банковские отношения. Предлагаются пути совершенствования правоприменения в сфере банковской деятельности, в том числе как в части совершенствования национального законодательства, так и обобщений судебными органами Украины.

S. Kurovskyi

Institutional peculiarities of legal protection of banking relations

P. 102–108

This article analyzes the banking relationships as part of financial relations and public finance activities. Reveals the institutional features of banking relationships associated with complex substantive regulation of the banking law. Banking relationships are seen as an object of legal protection. Analyzes international standards and national banking law. The influence of the economic situation in the banking system and banking relationships. Ways of improving enforcement in the field of banking. Including both in terms of improving national legislation and judicial authorities of Ukraine generalizations.

Тематичний покажчик статей і матеріалів, надрукованих у журналі 2013-го року

№, С.

До 20-тиріччя Національної академії правових наук України

- Крижна В.* Поняття та зміст прав інтелектуальної власності..... 1, 3
- Коваленко Т.* З історії розвитку міжнародного законодавства щодо захисту авторського права 3, 35
- Бутнік-Сіверський О., Орлюк О.*
Людський капітал в інтелектуальній економіці (економіко-правовий погляд і закордонний досвід) 4, 3; 5, 3

До 20-тиріччя Національної академії правових наук України / Теорія інтелектуальної власності

- Кашинцева О., Шатирко Л.*
Психологічні та психотерапевтичні методики як об'єкти права інтелектуальної власності 2, 3
- Осіпова Ю.* Службові об'єкти права інтелектуальної власності, створені у вищих навчальних закладах України 2, 11

Теорія інтелектуальної власності

- Якубівський І.* Виключність майнових прав інтелектуальної власності крізь призму цивільно-правової доктрини 3, 3
- Кашинцева О., Іолкін Я.*
Особливості реалізації майнових прав інтелектуальної власності в сфері охорони здоров'я 4, 11
- Пацурківський Ю.* Правовий режим власності: поняття та зміст.....6, 3

Право інтелектуальної власності

- Микитин В.* До питання про строки чинності майнових прав інтелектуальної власності 1, 8
- Еннан Р.* Поняття, ознаки, сутність, специфіка та види відносин у мережі Інтернет 3, 10
- Роботягова Л.* Кодифікація інтелектуальної власності в Італії3, 20
- Чабан О.* Правові підстави обмеження права публічної фізичної особи на таємницю про стан здоров'я 3, 29

- Бас К.* Нормативні джерела формування цивільно-правового статусу суб'єктів права інтелектуальної власності у сфері охорони здоров'я 5, 11

Авторське право

- Петренко І.* Правова охорона персонажа літературно-художнього твору 2, 48
- Дроб'язко В.* Кримінально-правова відповідальність за порушення авторських і суміжних прав у зарубіжних країнах ... 5, 16
- Якубівський І.* Про юридичну природу договорів між організаціями колективного управління і суб'єктами авторського права та суміжних прав 5, 25
- Троцька В.* Розшуковуються невідомі «батьки» творів-сиріт 5, 32
- Мироненко Н., Работягова Л.*
Твір архітектури як об'єкт договірних відносин 6, 10
- Кашинцева О.* Авторське право на науковий твір у сфері медицини: етичні та творчі аспекти виникнення 6, 19

Патентне право

- Недогібченко Є.* Способи та правові форми використання об'єктів патентного права в діяльності суб'єктів господарювання 5, 62
- Харченко О.* Промисловий зразок як об'єкт інтелектуальної власності: питання правового врегулювання..... 6, 27
- Юдіна Г.* Співвідношення понять «новизна», «індивідуальний характер» і «своєрідність» промислових зразків в законодавстві Європейського Союзу та в проекті Закону України ... 6, 32

Договірні відносини

- Мацкевич О.* Укладення договорів Інтернет-засобами масової інформації у сфері авторського права 2, 55
- Афанасьєва К.* Специфіка договірних відносин із художниками-ілюстраторами у видавничій діяльності 4, 52
- Пилученко Д.* Ключові характеристики ліцензування копілефт 4, 59
- Падучак Б., Талда М.*
Проблемні аспекти визначення предмета договору комерційної концесії 6, 51
- Кульбашна О.* Службові об'єкти права інтелектуальної власності: питання теорії 6, 57

Засоби індивідуалізації

- Селіваненко В.* Особливості правової охорони засобів індивідуалізації у сфері охорони здоров'я 5, 68
- Коваленко Т.* Кіберсквотинг, ринок купівлі та продажу доменів ...6, 40
- Тараненко О.* Географічні зазначення як об'єкт цивільно-правових відносин в Україні 6, 46

Європейський досвід

- Андрощук Г.* Європейська стратегія охорони промислової власності 4, 32; 5, 50
- Ямпольська О.* Територіальні аспекти використання товарних знаків Європейського Співтовариства4, 43
- Комзюк Л.* Апроксимація охорони прав на «осиротілі твори» в ЄС як фактор розвитку медіа-права 5, 40

Захист прав

- Дроб'язко В.* Цивільна відповідальність в Україні за контрафакцію та піратство у сфері авторського права і суміжних прав1, 16
- Штефан О.* Запобіжні заходи як попередня судова заборона, спрямована на запобігання порушенню та захист авторського права 1, 25
- Венедіктова І.* Захист охоронюваних законом інтересів при конкуренції прав інтелектуальної власності1, 36
- Татьков В.* До питання про суд по інтелектуальних правах 1, 42
- Татьков В.* Підвідомчість спорів господарським і адміністративним судам при реалізації правовідносин інтелектуальної власності 2, 24
- Потоцький М.* Визнання відсутнім права інтелектуальної власності як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання 2, 31
- Петренко С., Заболотна Н.*
Відповідальність при використанні файлообмінних р2р мереж2, 37
- Штефан А.* Припинення дії, що порушує право чи створює загрозу його порушення, як спосіб захисту авторського права 2, 43
- Крижна В.* Захист прав інтелектуальної власності за статтею 1 Першого протоколу Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 3, 44

- Дроб'язко В.* Адміністративна та кримінальна відповідальність в Україні за контрафакцію та піратство у сфері авторського права й суміжних прав 3, 48
- Штефан О.* Альтернативна судова юрисдикція з розгляду цивільних справ у країнах ЄС 3, 55
- Дорошенко О., Мінченко Н., Берестюк О.* Причини виникнення конфліктів торговельних марок і доменних імен та способи їх вирішення 4, 16
- Штефан А.* Визнання правочину недійсним як спосіб захисту авторського права 4, 22
- Бенедисюк І.* Участь митних органів у забезпеченні запобіжних заходів у процесі захисту прав інтелектуальної власності 6, 69
- Покальчук О.* Порухення прав трансгендерних осіб щодо визначення меж медичного втручання 6, 76

Право та інновації

- Ревуцький С.* Передумови формування національної інноваційної системи під впливом економічної глобалізації 1, 48
- Андрощук Г.* Комерціалізація технологій подвійного призначення: досвід США 1, 51
- Рудченко І.* Система суб'єктів державного управління в інноваційній сфері 2, 62
- Нежиборець В.* Принципи формування регіональних інноваційних інфраструктур: стан і шляхи розвитку 3, 63
- Нежиборець В.* Венчурне фінансування в Україні: стан і перспективи 5, 74
- Шульпін І.* Збитки у сфері інтелектуальної власності: категорія права й економіки 5, 80

Погляд науковця

- Рабовська С.* Деякі особливості спадкового правонаступництва після смерті фізичної особи — учасника господарських товариств 1, 66
- Крупнова Л.* Значення принципу законності в діяльності державної виконавчої служби України 1, 69
- Кушнір І.* Програмно-цільовий метод як один з методів фінансування житлового будівництва 1, 75

- Черницька Л.* Бюджетна система України як об'єкт фінансово-правового регулювання 1, 82
- Козаченко В.* Роль Національного банку України в діяльності банківської системи України 1, 89
- Кушнір І.* Іпотечне кредитування як метод фінансування житлового будівництва 2, 70
- Удяк В.* Особливості правового регулювання податкової політики як методу державного регулювання економіки: підходи та перспективи 2, 77
- Чорнобук В.* Реалізація принципу належного фінансового забезпечення судової влади у законодавстві України 3, 78
- Мельник А.* Поняття та сутність правового регулювання земельних відносин, яке здійснюється органами місцевого самоврядування 3, 85
- Семчик О.* Цільове призначення земель залізничного транспорту в Україні 3, 91
- Курбатова Я.* Правова характеристика господарського договору надання залізничних транспортних послуг перевезення вантажів у світлі реформування залізничного транспорту 3, 97
- Крупчан О.* Методологія досліджень діяльності органів виконавчої влади в науці адміністративного права 4, 68
- Майданик Л.* Право на використання імені відомої особи *post mortem*: поняття, природа, законодавче регулювання в Україні та за кордоном 4, 74
- Янчук А.* До питання про вплив громадського контролю на модернізацію економіки України: конституційно-правовий аспект 4, 80
- Ващенко Ю.* Право на доступ до енергетичних послуг: проблеми нормативно-правового регулювання 4, 87
- Кириченко Ю.* Конституційна практика нормативного регулювання права інтелектуальної власності в Україні та європейських державах 5, 86
- Корновенко С., Мігус І.*
Підготовка фахівців у сфері інтелектуальної власності в Україні: до питання щодо її удосконалення 5, 93
- Іващенко В., Морозов А.*
Політика національних урядів у сфері охорони об'єктів

- права промислової власності у роки української революції (грудень 1917–1921 роки) 5, 96
- Іващенко В.* Законодавче забезпечення охорони авторських прав на українських землях наприкінці XIX – на початку XX століть 6, 83
- Чорнобук В.* Міжнародний досвід розбудови судових систем та їх фінансування 6, 88
- Конюшко К.* Податковий спір як публічно-правовий спір: питання теорії та практики 6, 95
- Куровський С.* Інституційні особливості правової охорони банківських відносин 6, 102

Недобросовісна конкуренція

- Львов Б.* Особливості застосування конкурентного законодавства України у сфері промислової власності 3, 69
- Львов Б.* Недобросовісна конкуренція як господарське правопорушення: підходи теорії та практики 6, 62

Рецензії

- Биков О.* Рецензія на статтю Г. Абасова «Гарантії прав місцевого самоврядування в Україні: актуальні проблеми теорії та практики» 3, 76

До відома

- Оголошення про прийом до аспірантури у 2013 році 4, 58
- Про підсумки конференції «Гармонізація законодавства України з питань інтелектуальної власності щодо законодавства Європейського Союзу» 5, 104
- Про підсумки конференції «Інтелектуальна власність: погляд з XXI століття 5, 105

Новини

- Вітаємо переможців конкурсу! 3, 54

Цікаво знати

- Чому саме метрополітен 1, 41

THEORY AND PRACTICE OF INTELLECTUAL PROPERTY

Founder: *The Scientific and Research Institute of Intellectual Property of the NALS of Ukraine*

The issue is recommended by the Scientific Council of the Scientific and Research Institute of Intellectual Property of the NALS of Ukraine (Minutes № 7 of the 24.09.2013).

Editorial:

O. Orlyuk — Chief Editor,
S. Petrenko — Deputy Chief Editor,
O. Matskevych — Editor and Layout Designer,
A. Osypova — Proofreader,
I. Petrenko — Administrative Secretary.

Editorial address:

11 Bozhenka Str., 13th floor, Kyiv, Ukraine, 03680
Tel./fax: 200-08-76
Tel. 228-21-36
www.ndiiv.org.ua
e-mail: letter@i.kiev.ua

Scientific Council

A. Dovgert, associate member of the NALSU, PhD hab., prof.; N. Kuznetsova, academician of the NALSU, PhD hab., prof.; R. Maydanyk, associate member of the NALSU, PhD hab., prof.; N. Malysheva, PhD hab., prof.; B. Paton, the President of NASU, PhD hab.; D. Prytyka, academician of the NALSU, PhD hab.; V. Redko, PhD hab.; R. Stefanchuk, associate member of the NALSU, PhD hab.; V. Tatsiy, the President of the NALSU, PhD hab.; Y. Shemshuchenko, academician of the NANU and NALSU, PhD hab.

Editorial board

N. Myronenko (head of the editorial board), O. Doroshenko (deputy of the head of the editorial board), G. Androschuk, O. Butnik-Siverskyi, V. Vasylyeva, I. Halytsya, D. Hetmantsev, V. Drobyazko, I. Kanzafarova, O. Kopylenko, V. Kossak, O. Krupchan, V. Moskalenko, V. Nezhyborets, M. Panov, O. Petryshyn, O. Pichkur, V. Semchyk, I. Sydorov, M. Soloschuk, M. Teplyuk, B. Tykhyy, O. Yurchenko, Emilio José Armaza-Armaza, PhD (*Spain*), Ing. Jana Péliová, PhD (*Slovak Republic*), Leszek Ćwikła, Ph.D. hab. (*Poland*).

TO AUTHORS AND READERS

One may send to editorial board an article up to 10 pages (font — Times New Roman, size — 14, range — 1.5) that was not printed before.

The article should be written according to HAC requirements, and has a recommendation as well as annotation in Russian and English (with the translation of name and surname of the author and the title of the article). An abstract in English must be extended — 3000–5000 marks. Illustrative material should be in .tif or .jpg, size 300 dpi.

We ask authors to send their photo and information about a scientific degree, place of employment, position, address and contact phone number.

Received materials are not returned to authors.

The author is responsible for reliability of information and statistic data. The editors may disagree with the author's position.

The author, who submitted materials for publication is deemed to have agreed to further free placement on web-sites of the Scientific and Research Institute of Intellectual Property of the NALS of Ukraine and V. Vernadskyi National Library of Ukraine.

Reproduction of the magazine or its parts by any means or in any form, including Internet, is prohibited without written permission of the editor.

До уваги авторів!

Редакція приймає рукописи статей, що раніше не друкувались, як на електронних носіях, набраних у програмах MS Office, 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.

Люстраивний 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.

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

Вартість передплати на 2014 рік у грн / 2014 Subscription prices in UAH					
	Індекс/ Index	2 міс./ 2 months	4 міс./ 4 months	6 міс./ 6 months	12 міс./ 12 month
Фізичні та юридичні особи / Individuals and legal bodies	23594	35	70	105	210

З глибокою повагою,
редакційна колегія