

жави-члени беруть на себе відповідальність за втручання з метою надання допомоги у боротьбі з регіональними конфліктами.

Європейська стратегія безпеки зазначає також, що інтеграція приєднання до ЄС нових держав посилює його безпеку, але водночас наближає його до проблемних областей. Тому завдання Євросоюзу оточити себе добре керованими країнами як на Сході так і на кордонах Середземномор'я з якими можна насолоджуватися близьким співтовариством [9, 8]. Особливо в документі підкреслюється, що кращою безпекою для ЄС є мир добре керованих демократичних держав. Розповсюдження ефективного управління підтримка соціальних і політичних реформ боротьба з корупцією і зловживанням владою, встановлення верховенства закону та захист прав людини являються кращими засобами укріплення міжнародного порядку [9, 10].

Політичними наслідками для Європи в ході реалізації ЄСБ є створення на глобальному рівні ефективної, багатосторонньої, справедливої системи безпеки для всього світового співтовариства.

Останнім часом дискусія щодо оновлення Європейської стратегії безпеки відновилися. На думку фахівців, сьогодні настав час розробки нового документа, який мав би вступити в силу у 2013 р., через десять років після ухвалення першого варіанту ЄСБ [12, 1]. У новому документі експерти пропонують визначити перелік інтересів, які забезпечуватимуть захист унікальності європейської моделі та збереження здатності ЄС визначити власне майбутнє:

- класичний захист від військових загроз;
- забезпечення взаємодій із світом – торгових шляхів, судноплавства, кіберпростору тощо;
- забезпечення безпеки постачання природних ресурсів;

УДК 347.122

В. Боднар, здобувач

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПЕРЕВАЖНИХ ПРАВ

В статті досліджуються деякі питання застосування способів захисту переважних прав у цивільному праві. Звертається увага на проблему невідповідності встановлених законом способів захисту переважних прав їх порушенням, і з метою розв'язання цих проблем формуються пропозиції щодо внесення змін до чинного цивільного і цивільного процесуального законодавства.

Ключові слова: переважне право, захист переважного права, способи захисту переважного права.

В статье исследуются некоторые вопросы применения способов защиты преимущественных прав в гражданском праве. Обращается внимание на проблему несоответствия установленных законом способов защиты преимущественных прав их нарушениям, и с целью разрешения этих проблем формулируются предложения о внесении изменений в действующее гражданское и гражданское процессуальное законодательство.

Ключевые слова: преимущественное право, защита преимущественного права, способы защиты преимущественного права.

In article some questions of application of ways of protection of rights of priority in civil law are investigated. Attention applies on the problem of disparity of the ways of protection of rights of priority set by a law to their violations and with the purpose of permission of these problems formulated suggestion about making alteration in operating civil and civil judicial legislation.

Key words: rights of priority, protection of rights of priority, ways of protection of rights of priority.

Закріплення переважних прав на вчинення тих або інших правочинів в актах цивільного законодавства, зазвичай, рідко супроводжується встановленням певних (конкретних) способів їх захисту, хоч право особи на захист своїх прав і охоронюваних законом інтересів, без сумніву, є однією з найважливіших гарантій здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань закріплене в ч. 5 ст. 55 Конституції України, а відповідно до ч. 1 ст. 7 Закону України від 7 липня 2010 р. "Про судоустрій і статус суддів" [1] кожному гарантується захист його прав, сво-

- керованість еміграційних процесів;
- сталий розвиток;
- підтримка міжнародного права;
- збереження автономності прийняття Євросоюзом рішень [12, 2].

Автор вважає, що при розробці нової редакції Європейської стратегії безпеки яка буде мати безпосереднє важливе значення для України в її підготовці повинні прийняти не тільки міжнародні держави та громадські установи, а насамперед вітчизняні теоретики права, так як чинний трактат має деякі проблеми саме понятійно-правового характеру.

1. Европейский союз / <http://ru.wikipedia.org/wiki/>
2. Ведута Е.Н. Стратегия и экономическая политика государства / Е.Н. Ведута. – М.: Академический проспект, 2004. – 456 с.
3. Ситник Г.П., Оудійко В.М., Вавринчук М.П. Національна безпека України: теорія і практика: Навчальний посібник / Г.П. Ситник, В.М. Оудійко, М.П. Вавринчук. – Хмельницький: Київ: Вид-во "Кондор", 2007. – 616 с.
4. Новицький В.Г. Теоретико-правові основи забезпечення національної безпеки України: Монографія / В.Г. Новицький. – К.: Інтертехнологія, 2008. – 496 с.
5. Ліпкан В.А. Теорія національної безпеки: Підручник / В.А. Ліпкан. – К.: КТН, 2009. – 631 с.
6. Шипілова Л.М. Методика обґрунтування поняття – категорійного апарату теоретичних основ політики безпеки / Л.М. Шипілова. – К.: Інститут проблем національної безпеки, 2005. – 108 с.
7. Галузин А.Ф. Правовая безопасность и её принципы / А.Ф. Галузин. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2008. – 361 с.
8. Міжнародна безпека / <http://www.zakony.com.ua/juridical.html?catid=41643>.
9. A secure Europe in a better world: European security strategy / www.consilium.europa.eu/.../78367.pdf.
10. СІПРІ 2007: Щорічник: озброєння, роззброєння та міжнародна безпека: Пер. з англ./ Стокгольм. Між нар. ін-т дослідження миру; Укр. Центр екон. і політ. досліджень ім. О. Разумкова; редкол. укр. вид.: Л. Шангіна (головний редактор) та ін. – К.: Заповіт, 2008. – 624 с.
11. Ліпкан В.А. національна безпека України: Навчальний посібник. 2-вид. / В.А. Ліпкан. – К.: КНТ, 2009. – 576 с.
12. Александров О. Що до перспективи розробки нової редакції Європейської стратегії безпеки. Аналітична записка / О. Александров. / <http://www.niss.gov.ua/articles/446/>.

Надійшла до редколегії 19.12.11

бод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону.

Метою цієї статті є дослідження способів захисту переважних прав суб'єктів цивільних правовідносин та здійснення ними свого права на захист у юрисдикційній формі, зокрема, виявлення можливих способів захисту переважних прав судом і з'ясування можливості встановлення способів захисту зазначених прав у договорі.

Питання захисту цивільних прав досліджувалися в працях Богданової О.Є., Братуса С.М., Грибанова В.П., Дзери І.О., Красавчикова О.О., Мозоліна В.П., Садікова О.М., Свердлика Г.О., Страунінга Е.Л., Суханова Є.О. та ін. Значно менше уваги в наукових публікаціях приділяло-

ся проблемам захисту переважних прав, що обумовлює потребу у їх поглибленому дослідженні.

Під захистом цивільного права розуміють реалізацію встановленого законом суб'єктивного права особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування шляхом застосування обраних самою особою чи встановлених договором або актами цивільного законодавства правоохоронних заходів – способів захисту цивільних прав [2, 67]. Таке розуміння захисту цивільних прав, на наш погляд, значною мірою стосується і переважних прав, як специфічного виду суб'єктивних цивільних прав.

Звідси і суб'єктивне право на захист переважного права у цивільних правовідносинах можна визначити як юридично закріплену можливість управненої особи – носія переважного права – використати заходи правоохоронного характеру з метою відновлення порушеного права.

Методологічною передумовою (першоосновою) дослідження права на захист переважних прав є положення ч. 1 ст. 15 ЦК України: "кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування".

Таким чином, право на захист цивільного права (у тому числі – і переважного права) виникає у особи у разі його порушення, невизнання або оспорування. Інших підстав виникнення права на захист закон не встановлює. Тому не можна погодитися з широким тлумаченням права на захист, яке приводить, наприклад, до виділення способів захисту, застосування яких дозволяє попередити порушення корпоративних прав [3, 320]. І коли способи захисту порушеного права визначаються як законодавчо закріплені заходи, за допомогою яких створюється можливість для поновлення порушеного права, припинення та попередження його порушення [4, 18], таку дефініцію не слід розуміти як визнання однією з цілей застосування способів захисту порушеного права його попередження. Попередження правопорушення може бути похідним (вторинним) результатом застосування такого способу захисту порушеного права, який зводиться до застосування заходів майнової відповідальності або способів самозахисту у вигляді оперативного-господарських санкцій, передбачених, зокрема, ст. 236 ГК України.

Застосування заходів відповідальності, спричиняючи матеріальні втрати чи створюючи йому організаційні труднощі, зазначає В.С. Щербина, спонукає правопорушника діяти з максимальною активністю, щоб виконати зобов'язання й тим самим уникнути можливого покарання.... Застосування заходів майнової відповідальності як одного з правових засобів попередження правопорушень (поряд з оперативного-господарськими санкціями) є, перш за все, реакцією на вже скоєне правопорушення, а вже потім має на меті не допустити його повторення [5, 51].

В цивілістичній науці, починаючи з середини минулого століття, дискусійним є питання щодо співвідношення понять "суб'єктивне право" і "право на захист". Не затихає ця дискусія і в сучасних наукових публікаціях. Так, одні вчені вважають, що будь-яке суб'єктивне цивільне право, крім правомочності на власні дії і на чужі дії, включає також і право на захист [6, 419; 7, 10-11; 8, 31-32], інші – виокремлюють право на захист у самостійну правомочність [9, 360-361; 10, 233-235, 258-263], виходячи з того, що можливість звернутися за примусовим захистом з'являється у володільців суб'єктивного права в момент порушення або оспорування останнього і реалізується в рамках охоронного цивільного правовідношення, яке при цьому виникає [11, 22].

Досить обґрунтовані аргументи на користь останньої позиції наведені В.А. Беловим [12, 402-405], що дає нам підстави приєднатися до неї, не заглиблюючись в дискусію. Зазначимо лише, що ще одним, крім запропонованих В.А. Беловим, вагомим, на нашу думку, аргументом на користь концепції самостійності правомочності на захист є місце норм щодо здійснення цивільних прав і норм щодо їх захисту в ЦК України: якщо перші розміщені у Главі 2 Розділу I Книги першої ЦК України, то другі – у наступній главі (Главі 3) цього розділу.

В науковій літературі тривалий час досить поширеним був погляд на порушення права, як на єдину підставу його захисту. Разом з тим висловлювалася думка, що потреба у захисті суб'єктивного права виникає тоді, коли воно порушується або виникає загроза його порушення [13, 36; 14, 76]. З цього приводу, заслуговує підтримки позиція О.Є. Богданової, яка зазначає, що загроза порушення суб'єктивного права передбачає застосування заходів охорони, а не захисту. Як зазначає авторка, категорії "захист" та "охорона" – це категорії різного правового змісту. Цивільні права охороняються до посягання, а у випадку посягання (порушення) – підлягають захисту. Заходи щодо охорони повинні бути спрямовані на попередження від можливого порушення права [15, 48-49].

Іншими словами, "захист цивільних прав" – більш вузьке поняття у порівнянні із поняттям "охорона цивільних прав", оскільки останнє охоплює всю сукупність заходів, які забезпечують нормальний хід реалізації права. Захист цивільних прав – це передбачені законом заходи охорони цивільних прав у разі їх порушення або реальної загрози порушення [16, 6].

Окремими авторами робилися також спроби запропонувати, як підставу захисту цивільного права, обставини, не пов'язані з порушенням права. В їхніх роботах висловлювалася ідея про те, що однією з підстав виникнення права на захист є спір або оспорувані права [17, 6; 18, 130-131].

Поряд з оспоруванням одним суб'єктом цивільних правовідносин права іншого суб'єкта зазначених правовідносин виділяють ще одну форму посягання на суб'єктивне цивільне право – невизнання.

Таким чином, підставами виникнення права на захист суб'єктивного цивільного права є порушення, оспорування або невизнання права.

Ці підстави закріплені сьогодні у ЦК України, який у ч. 1 ст. 15 встановив, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування.

Вважаємо, що кожна з цих підстав може мати значення і для захисту переважних прав, які можуть порушуватися, не визнаватися чи оспорюватися, а тому залежно від виду підстави виникнення права на захист має обиратися і відповідний (адекватний) спосіб захисту.

З урахуванням того, що будь-яке переважне право, встановлене цивільним законодавством, є самостійним суб'єктивним цивільним правом, можна стверджувати, що захист переважного права судом можливий способами, передбаченими ст. 16 ЦК України. У зв'язку з цим виникає низка питань, зокрема:

1) чи всі, із перелічених у ч. 2 ст. 16 ЦК України, способи захисту можуть застосовуватися у разі порушення, оспорування чи невизнання переважних прав;

2) чи можуть бути встановлені договором інші, крім передбачених законом, способи захисту переважних прав;

3) які з встановлених законом або договором способів захисту переважних прав є адекватними у разі того або іншого порушення чи протиправних посягань на переважні права особи?

Очевидно, що при виборі певного способу захисту порушеного переважного права у разі якщо конкретний спосіб не передбачений відповідною нормою, що встановлює переважне право, особа не обмежена ні в праві обирати той або інший спосіб захисту, ні у кількості обраних засобів.

Не вдаючись до докладної характеристики встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України способів захисту цивільних прав, зазначимо, що, по-перше, не всі вони, у зв'язку з специфічною правовою природою переважних прав, можуть бути застосовані судом (наприклад, навряд чи зможуть забезпечити захист переважного права такі способи як зміна правовідношення, припинення правовідношення, примусове виконання обов'язку в натурі тощо); по-друге, існуючий перелік способів захисту цивільних прав доцільно доповнити такими способами, які були б прямо спрямовані на захист переважних прав.

Зокрема, це міг би бути такий спосіб, як спонукання до вчинення певної дії, спрямованої на забезпечення реалізації переважного права носієм цього права (на зразок примусового виконання обов'язку в натурі в зобов'язальних правовідносинах).

Так, згідно з ч. 11 ст. 123 Земельного кодексу України відмова органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування у наданні земельної ділянки у користування або залишення клопотання без розгляду можуть бути оскаржені до суду. Проте, як зазначив Вищий господарський суд України в Листі від 1 січня 2010 р. "Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами" [19], судам слід брати до уваги, що чинним законодавством не передбачено такого способу захисту порушеного права землекористувача, як спонукання органу місцевого самоврядування до прийняття рішення про поновлення договору оренди землі.

Таким чином, надавши носієві переважного права змогу оскаржити відмову органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування у наданні земельної ділянки у користування, законодавець не визначив адекватного порушенню цього права способу його захисту.

Аналогічний приклад можна навести щодо права учасника товариства на оскарження рішення загальних зборів до суду, встановленого ч. 5 ст. 98 ЦК України. Звертаючись до суду, учасник товариства, зазвичай, просить визнати рішення зборів недійсним (примірний перелік підстав недійсності рішень загальних зборів товариства встановлено, зокрема, п.п. 2.11, 2.12 Рекомендацій Вищого господарського суду України від 28 грудня 2007 р. № 04-5/14 "Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин" [20]), проте такий спосіб захисту, як визнання недійсним чи незаконним рішення іншого органу (а не лише органу державної влади чи органу місцевого самоврядування), частиною 2 ст. 16 ЦК України не передбачений.

На нашу думку, слід погодитися також з пропозицією В.С.Щербини щодо доповнення ч. 2 ст. 16 ЦК України таким способом захисту цивільних прав як встановлення правовідношення, оскільки нині в ЦК України йдеться лише про зміну і припинення правовідношення [21, 18]. Встановлення правовідношення, як способу захисту переважного права судом, на нашу думку, могло б ефективно застосовуватися, наприклад, при спонуканні іншої сторони до укладання відповідного договору (купівлі-продажу, оренди, найму житла тощо), що забезпечило б реалізацію у цих випадках відповідного переважного права, належного особі.

Наприклад, ч. 4 ст. 13 Закону України "Про фермерське господарство" передбачає, що громадяни України,

які до 1 січня 2002 року отримали в постійне користування або оренду земельні ділянки для ведення фермерського господарства, мають переважне право на придбання (вкуп) земельних ділянок розміром до 100 гектарів сільськогосподарських угідь, у тому числі до 50 гектарів ріллі, у власність з розстрочкою платежу до 20 років.

Оскільки жодних способів захисту цього переважного права Законом України "Про фермерське господарство" не встановлено, постає питання щодо можливих способів його захисту у разі відмови компетентних органів від укладання відповідного договору купівлі-продажу земельної ділянки.

На наш погляд, будь-який із способів, встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України, не в змозі забезпечити настання необхідного результату – придбання громадянами земельної ділянки, окрім встановлення правовідносин шляхом зобов'язання компетентного органу укласти договір.

Інший приклад – встановлене ч. 2 ст. 10 Закону України "Про музеї та музейну справу" переважне право (за інших рівних умов) держави на придбання музейних зібрань у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності.

Держава у разі порушення чи посягання на це її переважне право може звернутися за його захистом з позовом, поданим компетентним органом, покликаним виконувати певні функції, проте вибір адекватного способу захисту зазначеного переважного права із переліку, встановленого ч. 2 ст. 16 ЦК України, видається досить проблемним. А з урахуванням того, що органи державної влади, як і сама держава, відповідно до ч. 1 ст. 8 ГК України не є суб'єктами господарювання, неможливе і застосування способів захисту, встановлених ч. 2 ст. 20 ГК України.

Можна навести ще не один подібний приклад, що лише зайвий раз підтверджує необхідність розширення переліку способів захисту прав судом, встановленого ч. 2 ст. 16 ЦК України.

Відповідно до положення абз. 2 ч. 1 ст. 16 ЦК України суд може захистити суб'єктивне цивільне право іншим способом, що передбачений договором або законом.

Що стосується інших способів захисту, передбачених законом, то класичним прикладом, на який завжди посилаються, можна вважати положення ч. 4 ст. 362 ЦК України, яким встановлено такий спосіб захисту переважного права як переведення на співвласника прав та обов'язків покупця у разі порушення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності.

Більш складним, а, до певної міри, навіть проблемним, є питання щодо встановлення способів захисту переважного права у договорі. В наукових працях вже зверталася увага на неузгодженість положень абз. 2 ч. 1 ст. 16 ЦК України і ст. 4 ЦПК України [22, 147], згідно з якою, здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законами України. Цілком очевидно, що в умовах зростання ролі договору у регулюванні суспільних відносин така неузгодженість норм ЦК України і ЦПК України має бути виправлена, про що йтиметься нижче.

Разом з тим небезспірним видається твердження щодо можливості передбачати "спеціальні способи захисту" прав учасників корпоративних правовідносин в інших, крім договору і закону, правових формах, зокрема у внутрішніх документах товариства [23, 319]. Таке твердження не викликає сумніву у разі якщо йдеться про повні та командитні товариства, установчими документами яких є засновницький договір, проте воно вочевидь суперечить закону, якщо йдеться про господарські товариства, що діють на підставі статуту (акціонер-

ні, з обмеженою і додатковою відповідальністю), або якщо таке товариство створене і діє на підставі модельного статуту (наприклад, Модельного статуту товариства з обмеженою відповідальністю [24]).

Виникнення у судовій практиці питань щодо відсутності правового регулювання тих або інших відносин і застосування у зв'язку з цим аналогії закону або аналогії права обумовлює необхідність докладніше зупинитися на проблемі застосування способів захисту, встановлених законодавцем стосовно порушення конкретних видів переважних прав, за аналогією закону.

Потреба у застосуванні аналогії закону судом, як правило, пов'язана з відсутністю законодавства, що регулює спірні відносини.

Між тим, згідно з ч. 9 ст. 8 ЦПК України, забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини.

Схожу за змістом норму містить і ч. 7 ст. 4 ГПК України, якою забороняється відмова у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

Вихід із таких ситуацій суди і знаходять у застосуванні аналогії закону, або аналогії права, на що прямо зазначається у ч. 8 ст. 8 ЦПК України: "Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)".

У зв'язку з цим заслуговує на підтримку пропозиція О.В. Кота, який відзначаючи більш вдалий підхід до вирішення проблеми застосування аналогії закону і аналогії права в ЦПК України у порівнянні з ГПК України, обґрунтував доцільність доповнення ст. 4 ГПК України окремою частиною, яка б закріплювала право господарського суду застосовувати аналогію закону і аналогію права [25, 76-79].

Застосування судом аналогії закону при розгляді справ у спорах, пов'язаних із захистом переважного права, пов'язане, по-перше, з специфікою захисту переважних прав, що унеможливує застосування універсальних способів захисту цивільних прав, встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України, і вимагає застосування спеціальних способів захисту переважних прав, адекватних виду переважного права, сфері правовідносин, в якій воно здійснюється, способу здійснення та характеру порушення (власне порушення, оспорювання або невизнання) тощо; по-друге, з відсутністю у багатьох випадках таких спеціальних способів захисту, пристосованих саме для захисту переважних прав.

Але чи завжди суди обґрунтовано і правильно застосовують аналогію закону у разі відсутності встановленого законом спеціального способу захисту переважного права?

Так, ще до прийняття Закону про АТ в судовій практиці мав місце випадок, коли при порушенні переважного права акціонера закритого акціонерного товариства (далі – ЗАТ) на придбання акції, що продавалися іншими акціонерами цього товариства, був застосований за аналогією закону такий особливий правовий наслідок як переведення на акціонера, переважне право якого на придбання акцій ЗАТ порушене, прав та обов'язків покупця (ч. 4 ст. 362 ЦК України). Подібний спосіб захисту було застосовано, зокрема, господарським судом м. Києва у справі № 24/212 (спір між ЗАТ "Оболонь" і АТЗТ "Кадет").

Нами висловлювалася думка, що ЦК України, встановив такий спосіб захисту виключно до відносин спільної часткової власності, які відсутні при здійсненні переважного права на придбання акцій ЗАТ (акціонер є одно-

осібним власником належних йому акцій або акції). Тому за аналогією закону ч. 4 ст. 362 ЦК України не може бути застосована до відносин з переважного права купівлі акцій ЗАТ відповідно до ч. 3 ст. 81 ГК України [26, 18-19].

Критичне ставлення щодо застосування зазначеного способу захисту переважного права шляхом аналогії закону висловлювалося і іншими авторами [27, 14-15; 28, 75].

Тим не менше, подібна практика була сприйнята судовими органами і знайшла закріплення у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 "Про практику розгляду судами корпоративних спорів", в п. 32 якої, зокрема, зазначалося, що продаж акціонером ЗАТ акцій з порушенням переважного права не зумовлює недійсність відповідного правочину. Наслідком такого порушення є право будь-якого акціонера ЗАТ вимагати в судовому порядку переведення на нього прав та обов'язків покупця за аналогією з нормою частини четвертої статті 362 ЦК України.

Більше того, така практика була поширена і на випадки відчуження частки (її частини) у статутному капіталі товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю, оскільки у п. 31 цієї ж Постанови Пленуму Верховного Суду України роз'яснювалося, що продаж учасником частки (її частини) з порушенням переважного права купівлі інших учасників (частина друга статті 147 ЦК України, частина друга статті 53 Закону "Про господарські товариства") не зумовлює недійсність такого правочину. У цьому разі будь-який учасник товариства має право пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця за аналогією з нормою частини четвертої статті 362 ЦК України.

З прийняттям Закону про АТ проблема захисту переважного права акціонера ПрАТ на купівлю акцій цього товариства, що пропонуються їх власником до продажу третій особі, була вирішена встановленням у ч. 5 ст. 7 Закону про АТ спеціального способу захисту порушеного права – переведення на акціонера-носія переважного права прав та обов'язків покупця акцій. Таким чином, питання щодо застосування до даних випадків порушення переважного права способу захисту за аналогією закону відпало.

Разом з тим, ця проблема залишилася стосовно відчуження частки (її частини) у статутному капіталі товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю та у майні командитного товариства.

Головним питанням, що потребує відповіді у разі застосування судом аналогії закону, є, на наш погляд, проблема з'ясування (встановлення) *подібності змісту цивільних відносин*.

В юридичній науці загальноприйнятим є погляд на зміст правовідносин (у тому числі цивільних відносин, урегульованих нормами права), як на права і обов'язки їх суб'єктів.

Тому, якщо права і обов'язки учасників цивільних відносин, не врегульованих законодавством або договором, подібні до прав і обов'язків цивільних відносин, врегульованих правовими нормами ЦК України, інших актів цивільного законодавства, у суду є всі підстави для застосування щодо нерегульованих законом або договором цивільних відносин аналогії закону. При цьому складність полягає у визначенні ступеню подібності, оскільки поняття "подібний" є оціночним.

А.Г. Діденко розуміє під оціночним таке поняття, через яке законодавець надає змогу суб'єктам реалізації правових норм в процесі такої реалізації (використанні, виконанні, дотриманні, застосуванні норми права) самим визначати міру, що відділяє один правовий стан від іншого, або правовий стан від неправового [29, 162].

Не підлягає сумніву, що застосування цивільного закону по аналогії зумовлено необхідністю заповнення прогалин в правовому регулюванні тих або інших правовідносин. У випадках застосування аналогії стосовно визначення способу захисту переважного права вона спрямована на захист прав і законних інтересів учасників цивільних відносин-носіїв переважного права у певних цивільних правовідносинах і здійснення належного правосуддя.

Але, на наш, погляд, існуючі прогалини доцільніше заповнювати іншим чином, який би не допускав суб'єктивних підходів судових органів, – шляхом врегулювання відповідних відносин у законі. Це був би найоптимальніший спосіб подолання недоліків законодавчої техніки [інших причин існування прогалин в законодавстві, що визначає способи захисту порушених переважних прав, ми не бачимо. – В.Б.] в ситуації, що склалася.

Від застосування аналогії закону при визначенні способу захисту порушеного переважного права слід відрізнити так зване *застосування mutatis mutandis*, коли законодавець прямо встановлює, що норми, які регулюють певні відносини, слід застосовувати до інших, але подібних відносин. Такий законодавчий прийом відсильного регулювання застосовано, зокрема у ч. 4 ст. 411 ЦК України, і, на нашу думку, він цілком може замінити застосування аналогії закону, а, тим більше, аналогії права.

Зокрема, з метою усунення прогалини в законодавстві, ч. 2 ст. 822 ЦК України доцільно було б доповнити прямим посиланням на спосіб захисту, встановлений ст. 362 ЦК України. При цьому, якщо використовувати за зразок положення ст. 362 ЦК України, то очевидно, що і стосовно договору купівлі-продажу житла, яке було предметом договору найму, в ч. 2 ст. 822 ЦК України доцільно передбачити обов'язок позивача (наймача-носія переважного права) внести на депозитний рахунок суду суму, яку за договором повинен сплатити покупець.

На завершення дослідження проблеми способів захисту переважних прав слід звернути увагу на протиріччя, що існує між нормою абз. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК України, яка встановлює, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений *договором* [курсив наш. – В.Б.] або законом, і ст. 4 ЦПК України, згідно з якою здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений *законами* [курсив наш. – В.Б.] України.

Безумовно, що з підвищенням ролі договору, як регулятора цивільних відносин, що отримало закріплення в ст. 6 ЦК України, а також позначилося на зміні великої кількості статей ЦК України, в яких використана конструкція на зразок "якщо інше не встановлено договором або законом", що свідчить про певний пріоритет договору над законом, положення ст. 4 ЦПК України має бути приведені у відповідність до положення абз. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК України, для чого пропонуємо викласти ст. 4 ЦПК України в такій редакції:

"Стаття 4. Способи захисту, які застосовуються судом

1. Здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси

си юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений договором або законом".

Проведене дослідження поняття і способів захисту переважних прав дозволило сформулювати деякі висновки і пропозиції, зокрема:

встановлені Цивільним кодексом України способи захисту переважних прав не завжди забезпечують адекватний захист від їх порушення, у зв'язку з цим видається за доцільне у разі встановлення в актах цивільного законодавства того або іншого переважного права одночасно передбачати спосіб його захисту;

за відсутності у законодавстві норм, що регулюють відносини, пов'язані з захистом переважних прав, суди при розгляді конкретних справ вдаються до застосування аналогії закону, яка не завжди ґрунтується на подібності правовідносин, щодо яких застосовується закон. Це ще раз підкреслює потребу у заповненні існуючих у законодавстві прогалин шляхом удосконалення чинного законодавства;

з метою розширення переліку способу захисту цивільних прав, особливо, захисту порушених переважних прав перелік способів, встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України доцільно доповнити такими способами як "встановлення правовідношення" і його різновидом – "спонукання до укладення договору";

внести зміни до ст. 4 ЦПК України, які б надавали право суду застосовувати способи захисту цивільних (у тому числі переважних) прав, не лише встановлені законом, але й передбачені договором.

Проведене дослідження деяких аспектів захисту переважних прав виявило існування низки проблем, що потребують не лише законодавчого вирішення, але і ґрунтового теоретичного аналізу, зокрема, з'ясування особливостей захисту переважних прав у речових та зобов'язальних правовідносинах.

1. Закон України від 7 липня 2010 р. "Про судоустрій і статус суддів" // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900.
2. Боднар Т.В. Захист цивільних прав при зміні і припиненні договірних зобов'язань / Т.В. Боднар // Приватне право і підприємство. 36. наук. праць. Вип.7, 2008 р. / Редкол.: Крупчан О.Д. (гол. ред.) та ін. – Київ: НДІ приватного права і підприємства Академії правових наук України. – К., 2008. – С. 66-73.
3. Корпоративне право України: підручник / В.В. Луць, В.А. Васильєва, О.Р. Кібенко, І.В. Спасибо-Фатєєва [та ін.] : за заг. ред. В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 384 с.
4. Павлов А.А. Присудження к исполнению обязанности в натуре как способ защиты гражданских прав в обязательственных правоотношениях / А.А. Павлов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 203 с.
5. Щербина В.С. Попередження господарських правопорушень / В.С. Щербина. – К.: Либідь, 1993. – 132 с.
6. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010. – 958 с.
7. Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав / Е.В. Вавилин; Российская акад. наук, Ин-т государства и права. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – 369 с.
8. Сулейменов М.К. Субъективное гражданское право и средства его обеспечения в Республике Казахстан / М.К. Сулейменов // Субъективное гражданское право и средства его обеспечения. Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной памяти профессора Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 13-14 июня 2005 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2005. – 506 с.
9. Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. / С.С. Алексеев. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 576 с.
10. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2007. – 993 с.
11. Власова А.В. Структура субъективного гражданского права: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.В. Власова. – СПб, 1998. – 28 с.
12. Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. 1. Введение в гражданское право: учебник / В.А. Белов. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – 521 с.
13. Иоффе О.С. Гражданско-правовая охрана интересов личности / О.С. Иоффе. – М.: Юрид. лит., 1969. – 324 с.
14. Ведяхин В.М., Шубина Т.Б. Защита прав как правовая категория / В.М. Ведяхин, Т.Б. Шубина // Правоведение. – 1998. – № 8. – С. 70-76.
15. Богданова Е.Е. Защита прав и интересов в договорных отношениях: монография / Елена Евгеньевна Богданова. – М.: Юнити-Дана: Закон и право, 2008. – 247. 16. Сverdlyk G.A., Strouning E.L. Защита и самозащита гражданских прав: Учебное пособие. – М.: "Лекс-Книга", 2002. – 208 с.
17. Елисейкин П.Ф. Правоохранительные нормы / П.Ф. Елисейкин // Защита субъективных прав и советское гражданское

* *Mutatis mutandis* [лат.] – змінивши те, що слід змінити; внісши необхідні зміни; з урахуванням існуючих розбіжностей // Латинская юридическая фразеология [Текст] / Составитель проф. Б.С. Никифоров. – М.: Юрид. лит., 1979, С. 164; Бабичев Н.Т., Боровский Я.М. Словарь латинских крылатых слов: 2 500 единиц [Текст] / Под ред. Я.М. Боровского. – 3-е изд., стер. – М.: Рус. яз., 1988, С. 469.

судопроизводство: Межвуз. тематическ. сборник. Вып. 2. – Ярославль: Изд-во Ярославского ун-та, 1977, С. 25-38. 18. Крашенинников Е.А. О сущности норм гражданского процессуального права / Е.А.Крашенинников // Применение права: вопросы истории, теории и практики: Межвуз. сб. – Л.: ЛГУ, С. 130 – 131. 19. Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 1. 20. Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. 21. Щербина В. Проблеми захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання (матеріально-правовий та процесуально-правовий аспекти) / В. Щербина // Українське комерційне право. – 2007. – № 8, С. 12-20. 22. Крат В.І. Переважні права: цивільно-правовий аспект / В. І. Крат: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – 218 с. 23. Корпоративне право України: підручник // В.В. Луць, В.А. Васильєва, О.Р. Кібенко, І.В. Спасиво-Фатєєва [та ін.]; за заг. ред. В.В.Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 384 с. 24. Модельний статут товариства з обмеженою відповідальністю : Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2011 р. № 1182 // ОВУ. – 2011. – № 90. – Ст. 3268. 25. Кот О.В. Судові акти в господарському процесі України : дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.04 / О.В. Кот. – К., 2011. – 221 с.

26. Боднар В. Переважне право на придбання акцій в ЗАТ: проблеми здійснення / В. Боднар // Актуальні питання державотворення в Україні. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції (24 – 25 квітня 2008 року). – К.: ВГЛ "Обрії", 2008. – Ч. 3, С. 17–19. 27. Белкіна Ю. Актуальні питання обігу акцій закритих акціонерних товариств / Ю. Белкіна // Актуальні питання державотворення в Україні. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції (24 – 25 квітня 2008 року). – К.: ВГЛ "Обрії", 2008. – Ч. 3, С. 14-15. 28. Наумкіна П. Проблема захисту переважного права акціонерів на придбання акцій в ЗАТ / П. Наумкіна // Актуальні питання державотворення в Україні. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції (24 – 25 квітня 2008 року). – К.: ВГЛ "Обрії", 2008. – Ч. 3, С. 74-76. 29. Диденко А. Оценочные понятия в гражданском законодательстве / А. Диденко // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Избранное / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: Паритет, Институт правовых исследований и анализа, 2008, С. 162-185.

Надійшла до редколегії 19.12.11

УДК 342.51

А. Стародубцев, канд. юрид. наук

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕМІЩЕННЯ ПО СЛУЖБІ ПРАЦІВНИКІВ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

В статті уточнено поняття "переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ", визначено особливості його правового регулювання та процедури реалізації.

Ключові слова: органи внутрішніх справ, державна служба.

В статье уточнено понятие "перемещение по службе сотрудников органов внутренних дел", определены особенности его правового регулирования и процедуры реализации.

Ключевые слова: органы внутренних дел, государственная служба.

A concept "moving on service of workers of organs of internal affairs" is specified in the article, the features of him are certain legal adjusting and procedure of realization.

Keywords: police, public service.

Динамізм проходження служби в органах внутрішніх справ залежить від професійного рівня, зацікавленості у службовому просуванні й підвищенні соціального статусу працівника. У сучасному становищі, забезпечення роботою, відповідно до кваліфікаційних вимог, має велике значення, оскільки гарантує стабільність матеріального становища особи, соціального статусу та забезпечує належний рівень життя [1, с. 79]. Це повною мірою стосується і працівників органів внутрішніх справ.

Проблемами проходження служби в органах внутрішніх справ займалися представники різних галузей права, зокрема В.Б. Авер'янов, М.Г. Александров, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, І.С. Гриценко, А.Т. Комзюк, Р.І. Кондратьєв, К.Ю. Мельник, О.М. Музичук, О.В. Петришин та ін., проте особливості переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ достатньо повно дотепер дослідженні не було. Проблема залишається актуальною, тому завданнями цієї статті є з'ясування поняття "переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ", уточнення правового регулювання його здійснення та характеристика процедури переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ.

Порядок переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ визначається Положенням про проходження служби рядовим та начальницьким складом органів внутрішніх справ України [2] і значно відрізняється від переміщення працівників за трудовим законодавством. Нагадаємо, що згідно з ч. 2 ст. 32 КЗпП України [3] не вважається переведенням на іншу роботу і не потребує згоди працівника переміщення його на тому ж підприємстві, в установі, організації на інше робоче місце, в інший структурний підрозділ у тій же місцевості, доручення роботи на іншому механізмі або агрегаті у межах спеціальності, кваліфікації чи посади, обумовленої трудовим договором.

Визначення поняття переміщення законодавець не наводить. Однак такі спроби намагались зробити вчені. Так, наприклад, А.Я. Кибанов під переміщенням пропонує розуміти процеси зміни місця працівників у системі

розподілу праці, а також зміни робочого місця в межах організації [4, с. 279]. З позиції О.В. Смирнова, переміщення передбачає збереження обумовлених трудовим договором місця роботи та трудової функції (змінюється лише конкретне робоче місце, конкретний структурний підрозділ, цех, відділ тощо) [5, с. 177]. На думку Г.С. Гончарової, В.В. Жернакова, С.М. Прилипка переміщення – це зміна робочого місця в межах підприємства, яка пов'язана з організацією виробництва, надання працівникові роботи без зміни трудової функції (тобто в межах професії, спеціальності, кваліфікації, посади) і місця роботи [6, с. 85]. Окремо існують думки з приводу переміщення працівників органів внутрішніх справ. Зокрема, точка зору О.В. Лавріненка полягає в тому, що не вважається переведенням на іншу роботу і не потребує згоди працівника органів внутрішніх справ переміщення на іншу посаду у тому ж органі (підрозділі, службі) внутрішніх справ, в інший структурний підрозділ у тій же місцевості, доручення іншої роботи у межах спеціальності і кваліфікації або посади, передбачуваної трудовим договором (контрактом про службу), якщо це не протипоказано за станом здоров'я [7, с. 78].

Згідно з ч. 1 ст. 18 закону України "Про міліцію" [8] порядок та умови проходження служби в міліції регламентуються Положенням про проходження служби особовим складом органів внутрішніх справ, затверджуваним Кабінетом Міністрів України. Відповідно до цього Положення, переміщення працівників органів внутрішніх справ здійснюється в чотирьох випадках: на вищій посаді – в порядку просування по службі; на рівнозначній посаді – у разі службової необхідності, з урахуванням ділових та особистих якостей, стану здоров'я, віку та підготовки за новою спеціальністю працівника; у зв'язку з початком навчання у закладах Міністерства внутрішніх справ України – при звільненні зі штатної посади, а також у разі призначення на посаду після закінчення навчання; на нижчій посаді – при скороченні штатів; за станом здоров'я згідно з висновком військово-лікарської комісії; за особистим проханням; за службовою невідповідністю,

