

РОЗДІЛ 4

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.1

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-1/22>

ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ

EFFICIENCY OF LEGAL TRANSPLANTS

**Ковалишин О.Р., к.ю.н.,
науковий співробітник**

*Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України*

Стаття присвячена аналізу проблеми ефективності правових запозичень у господарському праві України на прикладі запозичення деяких правових інститутів корпоративного права іноземних країн. Автор зазначає, що нині невирішеною проблемою є питання умов для успішного запозичення в господарському праві, яким саме чином вимірювати ефективність та успішність запозичення тієї чи іншої норми, які критерії повинні братися до уваги для оцінки ефективності правових запозичень.

У статті автор доводить, що успіх правового запозичення не може бути оцінений лише з погляду економічних переваг: зростання ВВП чи прибутків суб'єктів господарювання, зростанням вартості акцій, величини виплачених дивідендів, інвестицій чи збільшенням кількості суб'єктів господарювання з іноземними інвестиціями тощо.

Ефективні правові запозичення повинні забезпечувати досягнення соціально-економічних результатів: зниження рівня правопорушень у сфері господарських правовідносин, збільшення кількості робочих місць, створення умов для безперешкодної реалізації прав суб'єктів господарювання та інших учасників корпоративних правовідносин, зміцнення правового порядку в цілому. Тобто, повинно забезпечуватися поєднання приватних і публічних інтересів.

Універсального критерію, яким можливо було б оцінити ефективність правових запозичень, немає. Можна навести лише приблизний їх перелік, аналіз яких може дати відповідь на питання щодо ефективності, успішності правового запозичення. До таких критеріїв належать: 1) показники економічного зростання; 2) рівень інвестицій; 3) урівноваження приватних і публічних інтересів; 4) зменшення кількості корпоративних конфліктів, 5) підвищення рівня захищеності учасників корпоративних правовідносин.

До факторів, які негативно впливають на ефективність запозичень у праві, належать: 1) невідповідність місцевим соціально-економічним умовам, особливостям правової ментальності; 2) недосконалість конструювання правової норми; 3) проблема приведення у відповідність підзаконних актів; 4) надмірне використання іноземної термінології, недосконала техніка перекладу.

Ключові слова: ефективність, правове запозичення, критерії ефективності, корпоративне право, порівняльне правознавство.

Efficiency is the key organizing principle behind law and economics. The article is devoted to the analysis of the problem of effectiveness of legal transplanting in the economic law of Ukraine on the example of borrowing of some legal institutes of foreign corporate law. The author points out that there is a question of the conditions for successful borrowing in business law and it is unresolved to date. The author argues how to measure the effectiveness and success of law transplanting, which criteria must be taken into account to evaluate the effectiveness of legal borrowing.

The article argues that the success of legal borrowing cannot be measured solely in terms of economic benefits such as GDP growth or economic returns, stock value, dividend payout, level of investments, or by increasing number of foreign investment entities, etc. It is argued that effective legal borrowing should also ensure the achievement of socio-economic results: reducing the level of offenses in the field of business relationships, increasing the number of jobs, creating conditions for the realization of the business entities' rights and other participants in corporate relationship, strengthening the legal order as a whole. That means that a combination of private and public interests must be ensured.

The author concludes that there is no universal criterion for assessing the effectiveness of legal borrowing. It may be proposed just an approximate list of them, the analysis of which can answer questions about the effectiveness, success of legal borrowing. These criteria include: 1) indicators of economic growth; 2) the level of investment; 3) balancing of private and public interests; 4) reducing the number of corporate conflicts, 5) improving the level of security of participants in corporate relationships, etc.

In the article the author states the factors, that adversely affect the effectiveness of borrowing in law. Such factors are as follows: 1) inconsistency with local socio-economic conditions, features of the national legal mentality; 2) imperfection of construction of legal norm; 3) the problem of compliance with the by-laws; 4) overuse of foreign terminology, imperfect translation technique.

Key words: efficiency, legal transplant, performance criteria, corporate law, comparative law.

Постановка проблеми. Проблемі ефективності у праві останнім часом дедалі більше приділяється уваги в юридичній літературі. В підсумковому звіті «Оцінка рівня наближення чинного законодавства про компанії» Представництва ЄС в Україні зазначається, що поряд із питаннями причин і необхідності запозичення у праві слід також звертати увагу на його ефективність. У посткомуністичний період розвитку України необхідність перегляду, заміни чи реформування законодавчої бази господарського права є очевидною, оскільки потрібно «розв'язати» ринкові сили для розвитку і зростання [1, с. 29]. Навіть там, де ринкова структура і споживчі переваги є подібними, ті самі правові норми можуть бути ефективними чи неефективними залежно від інституційного чи культурного підґрунтя, якого вони стосуються.

Менш ефективні рішення можуть виправдовуватися як такі, що пропонують деяку не розподільчу користь, яка переважає ті вигоди, які продукують ефективні рішення» [2, с. 422].

Невирішеною проблемою є питання умов для успішного запозичення, а також яким саме чином вимірювати ефективність та успішність запозичення тієї чи іншої норми, які критерії повинні братися до уваги для оцінки ефективності правових запозичень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема ефективності в праві була предметом досліджень ряду науковців, серед них О.В. Ткаченко, К.З. Мазур, П.М. Рабінович, М.Г. Кравченко, Н.А. Розенфельд, Ю.М. Оборотов та інші. Наукові праці згаданих вчених в основному були зосереджені на вивченні ефективності

права чи закону загалом. Спеціальних правових досліджень, які були б зосереджені на вивченні ефективності запозичених правових інститутів чи правових конструкцій, не проводилося.

Постановка завдання. Мета дослідження полягає у з'ясуванні суті ефективності правового запозичення та факторів, які впливають на ефективність правових запозичень.

Виклад основного матеріалу. Успішність (ефективність) правового запозичення полягає в тому, щоб воно відповідало змісту і формі правової норми (інституту) системи права, з якої його було запозичено. На думку Є. Куржинські-Зінгер, запозичення норми права буде тим ефективнішим, чим меншою є різниця в цінностях і підходах до розуміння права. Рецепція буде неефективною, якщо правові трансплантати конфліктують із цінностями права країни-реципієнта [3, с. 27]. Поняття «ефективності» в його порівняльно-правовому розумінні визначається в поняттях менших операційних витрат, кращого розподілу ресурсів чи більшої свободи економічної взаємодії індивідів як «будь-яке правове пристосування, яке «вони» мають і яке «ми» хочемо мати, оскільки, володіючи ним, вони є більш заможними і впливовими» [4, с. 347].

Успішність правового запозичення полягає в тому, щоб права норма діяла таким же чином, як у країні її походження з урахуванням місцевих умов. Невдалість правового запозичення позначається ігноруванням такої правової норми або використання її в непередбачений, неочікуваний спосіб чи з неочікуваними наслідками [5, с. 137]. З точки зору економіки ефект від правових запозичень можна оцінити залежно від економічних досягнень держави (чи навпаки їх відсутності) [6, с. 462]. Таким чином, більшістю вчених ефективність правових запозичень зводиться до досягнення: 1) аналогічного впливу на суспільні правовідносини в державі, що запозичує; 2) максимального економічного ефекту.

Автори юридичної літератури зауважують, що «фокусування на економічній ефективності як ексклюзивному критерію для оцінювання права, його порівняння відповідно до цього аспекту є надзвичайно редукаційським поглядом на право і його роль у суспільстві» [7, с. 829; 8, с. 40]. На думку О.В. Ткаченка, ефективність є упередженим критерієм, залежним від ціннісних суджень [8, с. 39]. Виразом такої залежності є проблема «множинної оптимальності», де «порівняльне правознавство і економіка висувають модель ефективності в якості критерію порівняння, відповідно до якого оцінюються реальні правові інститути. Така модель не може бути побудована з посиланням лише на одну ефективність. Це означає, що існує скоріше ряд ефективних рішень, а не єдиний ефективний результат. Вибір будь-якого з них є справою ціннісних суджень, не пов'язаних з ефективністю» [2, с. 422].

На думку автора, чимало правових норм, які імплементуються у національне законодавство, взагалі можуть бути позбавлені економічного змісту. Це стосується правових запозичень не лише інших галузей права (конституційне, адміністративне, сімейне, земельне право). Для господарського права вище наведені фактори не є єдиновизначальними. Значна кількість правових інститутів корпоративного та господарського права не регулює господарські відносини, безпосередньо пов'язані з отриманням прибутку, зростанням обсягів виробництва. Тому цей фактор не може бути обраний як єдиновизначальний.

Очевидним є те, що успіх правового запозичення не може бути оцінений лише з погляду економічних переваг: зростання ВВП чи прибутків суб'єктів господарювання, зростання вартості акцій, величини виплачених дивідендів, інвестицій чи збільшення кількості суб'єктів господарювання з іноземними інвестиціями тощо. Ефективні правові запозичення повинні також забезпечувати досягнення соціально-економічних результатів: зниження рівня

правопорушень у сфері господарських правовідносин, збільшення кількості робочих місць, створення умов для безперешкодної реалізації прав суб'єктів господарювання та інших учасників корпоративних правовідносин, зміцнення правового порядку в цілому. Тобто, повинно забезпечуватися поєднання приватних і публічних інтересів.

У літературі висловлюється точка зору, що успішність правового трансплантату полягає в тому, щоб він відповідав змісту і формі правової норми (інституту), системи права, з якої його було запозичено [3, с. 27]. Цей фактор не може бути визначальним, оскільки норма права з іншого середовища цілком закономірно може вимагати відходу від ідентичного повторення правової норми в державі-донорі. Це зумовлюється специфікою національних господарських відносин, особливостями ділової культури. Іншим критерієм, існування якого можна припустити, міг би бути аналіз правозастосування. Йдеться перш за все про судову практику, динаміку правозастосування адміністративними органами. Правове запозичення можна вважати ефективним, якщо завдяки йому знижується кількість корпоративних конфліктів чи підвищується рівень захищеності інтересів учасників корпоративних спорів у суді.

Так, універсального критерію, яким би можна було оцінити ефективність правових запозичень, немає. Можна навести лише приблизний їх перелік, аналіз яких може дати відповідь на питання щодо ефективності, успішності правового запозичення. До таких критеріїв належать: 1) показники економічного зростання; 2) рівень інвестицій; 3) урівноваження приватних і публічних інтересів; 4) зменшення кількості корпоративних конфліктів, 5) підвищення рівня захищеності учасників корпоративних правовідносин

У контексті дослідження ефективності правових запозичень важливе значення має з'ясування передумов, за яких запозичення норми права буде успішним. Як слушно зауважено в науковій літературі, спонтанне непродумане запозичення без аналізу можливих наслідків приречене на невдачу [9, с. 891]. Слід враховувати ті фактори, які можуть негативно впливати на дієвість запозиченої норми чи правового інституту.

Невідповідність місцевим соціально-економічним умовам, особливостям правової ментальності. Об'єктивною умовою ефективності правових запозичень є соціокультурна сумісність суспільств, які взаємодіють [10, с. 155]. Щоб бути ефективним та успішним, правовий трансплантат повинен бути прийнятним для загальної та правової культури держави, якою запозичується [11, с. 2]. Одна із найважливіших умов ефективного правового запозичення полягає в правильній оцінці загального, окремого та особливого в правових системах суспільства-донора та суспільства-реципієнта, наявності соціальних та історичних ідентичних факторів, які обумовляють ефективну реалізацію запозичуваної конструкції. У випадку відсутності таких умов ефективність правових запозичень буде суттєво знижена чи повністю нівельована [12, с. 87]. Найчастіше причина неефективності правового запозичення полягає у несумісності іноземної правової конструкції соціально-економічним умовам держави, яка їх запозичує.

Недосконалість конструювання правової норми. Часом запозичений правовий інститут є недієвим не у зв'язку з тим, що не відповідає національним соціально-культурним умовам чи у зв'язку з відмінністю в рівні економічного розвитку. Проблема недієвості, а відповідно і неефективності запозичення, може полягати у неправильному викривленому викладенні правової норми чи звуженні її змісту.

Так, Закон України «Про акціонерні товариства» в першій редакції закріплював, що статутом товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на останніх покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його

недотримання (ч. 1 ст. 29). Хоча закон диспозитивно й дозволив укладення відповідної угоди, але норма була сконструйована таким чином, що не давала чіткої ясності щодо змісту цього договору, його форми, суб'єктного складу тощо. Зважаючи на новизну такого запозичення, його контрверсійність, існуючу судову практику різного тлумачення (варто згадати приклад корпоративних спорів між акціонерами Київстар Дж.Ес.Ем.), нормативна регламентація повинна була б бути деталізованішою.

Як наслідок, навіть за умови фактичного закріплення в праві України можливість укладення і чинність акціонерних угод на практиці була певний час під ризиком. У будь-який час певні положення могли бути визнані недійсними з урахуванням пунктів 6.1 і 6.4 рекомендацій ВГСУ від 28 грудня 2007 року № 04-5/14 [13] та пункту 9 Постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 року № 13 [14]: «відносини між акціонерами з приводу управління товариством регулюються законами України, іншими нормативно-правовими актами України та статутом товариства», питання корпоративного управління можуть бути врегульовані акціонерною угодою «тільки у випадках, прямо передбачених актами законодавства України», крім того акціонерні угоди «не можуть змінювати норми закону та статуту товариства, обмежувати права інших акціонерів (учасників) товариства».

Проблема приведення у відповідність підзаконних актів. О.Р. Кібенко зазначає, що, ухвалюючи новий законодавчий акт, законодавець часто не обтяжує себе зайвою роботою щодо приведення інших, уже діючих нормативних актів у відповідність до нового закону. У кращому випадку така робота покладається на уповноважений орган виконавчої влади (як свідчить практика, часто ним не виконується), але найчастіше законодавець обмежується зазначенням того, що до приведення у відповідність із новим законодавчим актом інші закони України діють у частині, що не суперечить цьому актові [15, с. 95–96]. На практиці мають місце непоодинокі приклади, коли певний іноземний правовий інститут чи правове положення закріплюються на рівні закону, але не функціонують у зв'язку з браком на рівні підзаконних нормативно-правових актів правових норм, які б забезпечили його функціонування.

До прикладу, 1 травня 2016 року на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» у вітчизняному корпоративному праві було запроваджено інститут непрямого позову. Нині уже сформована певна позитивна судова практика захисту міноритарних учасників (акціонерів) саме завдяки непрямому позову. Маловідомим є факт, що спроби запровадити популярний у США вид позову у вітчизняному корпоративному праві були й раніше.

Частиною 2 статті 72 першої редакції Закону України «Про акціонерні товариства» (сьогодні діє інша редакція) передбачалося, що у разі недотримання особою, зацікавленою у вчиненні товариством правочину, вимог, передбачених статтею 71 цього закону, та вчинення товариством правочину з юридичною особою, всі акції (частки, паї) якої належать цій особі та/або її афілійованим особам, товариство або будь-хто з його акціонерів має право вимагати визнання цього правочину судом недійсним і відшкодування збитків та/або моральної шкоди.

На думку О.М. Вінник, завдяки частині 2 статті 72 Закону України «Про акціонерні товариства» була фактично легалізована конструкція непрямого позову [16, с. 168]. Як зауважує А.В. Смітюх, у законі на момент його прийняття передбачалися механізми, які були покликані, вочевидь, розв'язати проблему непрямого позову, в тому числі усунути передумови виникнення конфліктів, через які акціонери змушені були подавати похідні позови [17, с. 64]. На жаль, не було внесено відповідних змін до господарського-процесуального кодексу. Таким чином, хоча акціонери де-юре отримали в 2008 році матеріальне право на

подання непрямого позову при оскарженні правочинів із зацікавленістю, але де-факто не змогли його реалізувати, оскільки не було забезпечено відповідних процесуальних умов. За весь час існування згаданої правової норми (2008–2011 рр.) не було відкрито жодного судового провадження, яке б ґрунтувалося на підставі частини 2 статті 72 Закону України «Про акціонерні товариства». Як неефективна, вищезгадана норма втратила чинність відповідно до Закону України № 2994-VI «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» від 03.02.2011 щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств» [18].

Надмірне використання іноземної термінології, недосконала техніка перекладу. Слід враховувати, що на ефективність сприйняття правового запозичення також впливає той факт, наскільки вдало відображено державною мовою суть іноземного правового інституту чи текст правової норми. При цьому повинна враховуватися уже наявна науково обґрунтована вітчизняна термінологія. Дослідниками у сфері запозичення іноземних юридичних термінів і понять зазначається низка термінологічних проблем в українському законодавстві: наявність дублетності та синонімії, термінологічних лагун, відсутність системності і впорядкованості термінології, недотримання вимог і стандартів щодо термінів, порушення законодавцем правил побудови дефініцій термінів у текстах законів та інших нормативно-правових актів. Водночас законодавча термінологія як важлива частина загального термінологічного фонду літературної мови має відповідати як правилам і нормам певної мови, так і загальнонаціональним і міжнародним стандартам щодо термінів та їх визначень [19, с. 40].

Яскравим прикладом неврахування самобутності національної системи права є запровадження посади незалежних директорів в акціонерному праві України. Інститут незалежного директора є запозиченням з англо-американського права. Його поява пов'язана з необхідністю забезпечення присутності «незалежних» членів у раді директорів компаній із метою забезпечення об'єктивного нагляду за господарською діяльністю компаній. Оскільки така особа є незалежним членом ради директорів в іноземних системах права, тому й називають її незалежним директором. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів» було закріплено необхідність призначення незалежних директорів і в Україні.

Запозичивши відповідний іноземний правовий інститут, не було враховано те, що в Україні відсутній аналогічний орган – Рада директорів. Натомість існує Наглядова рада, яка складається з членів наглядової ради. Тому, на думку автора, особливості уже сформованої вітчизняної системи корпоративного управління в цьому випадку не було враховано. Доцільніше при запозиченні іноземного правового інституту незалежних директорів віднайти такий вітчизняний аналог, який би «вписувався» в існуючу вітчизняну систему корпоративного управління та термінологічно не конфліктував із нею.

Іншим прикладом є застосування різної термінології до запозиченого з англо-американського права *shareholder's agreement*. Спочатку в Законі України «Про акціонерні товариства» та судовій практиці йшлося про акціонерну угоду. Нині правовідносини між акціонерами регулюються договором між акціонерами товариства (ст. 26-1). В Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» правочин, у якому учасники домовляються про порядок реалізації ними своїх прав, називається корпоративним договором (ст. 7). Таким чином, у вітчизняному праві товариств капіталу відсутня єдність у термінології (акціонерна угода, договір між акціонерами, корпоративний

правочин) при позначенні одного й того ж запозиченого правового інституту.

Висновки. Так, універсального критерію, яким би можна було оцінити ефективність правових запозичень, немає. Можна навести лише приблизний їх перелік, аналіз яких може дати відповідь на питання щодо ефективності, успішності правового запозичення. До таких критеріїв належать: 1) показники економічного зростання; 2) рівень інвестицій; 3) урівноваження приватних і публічних інтересів; 4) змен-

шення кількості корпоративних конфліктів, 5) підвищення рівня захищеності учасників корпоративних правовідносин.

До факторів, які негативно впливають на ефективність запозичень у праві, належать: 1) невідповідність місцевим соціально-економічним умовам, особливостям правової ментальності; 2) недосконалість конструювання правової норми; 3) проблема приведення у відповідність підзаконних актів; 4) надмірне використання іноземної термінології, недосконалість техніки перекладу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Радван А., Надзюн А., Здірук В. Оцінка рівня наближення чинного законодавства про компанії, корпоративне управління, бухгалтерський облік і аудит й існуючих практик в Україні до стандартів і практик ЄС / Підсумковий Звіт Europe Aid/129783/C/SER/Multi Представництва ЄС, 2014. 747 с.
2. Brand O. Conceptual comparisons: towards a coherent methodology of comparative legal studies / *Brooklyn Journal of International Law*. 2006–2007. Vol. 32. P. 422.
3. Eugenia Kurzynski-Singer, The Implementation of the EU Acquis in Ukraine: Lessons from Legal Transplants. *Ukrainian Private Law and the European Area of Justice, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Vol. 127, p. 21–32.
4. Mattei U., Cafaggi p. Comparative law and economics / *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. I. London: Macmillan, 1998. p. 346–352.
5. Hideki Kanda and Curtis Milhaupt, „Reexamining Legal Transplants: The director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law' in *Daniel Foote (Ed.), Law in Japan: A Turning Point* (University of Washington Press, 2007), P. 137.
6. Michele Graziadei, Comparative Law, Transplants, and Receptions, p. 442–473, in *Reimann Mathias, Zimmermann Reinhard, The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2019, 1403 p.
7. Peters A., Schmenke H. Comparative law beyond post-modernism / *International and Comparative Law Quarterly*. 2000. Vol. 49. Issue 4. P. 829.
8. Ткаченко О.В. Проблема порівняльно-правового неофункціоналізму. Підхід «порівняльне правознавство і економіка» / *Держава і право*. Вип. 47. С. 33–41.
9. Talia Y. Kharbieva, Legal Culture and legal transplants: national report of the Russian Federation, in the XVIII-th Congress of the International Academy of Comparative "Law Legal Culture and Legal Transplants", 2010, p. 877–930.
10. Weston M. An English Reader's Guide to the French Legal System. London; New York; Berg : Distributed exclusively in the US and Canada by St. Martin's Press, 1991. 155 p.
11. Louis F. Del Duca & Alain A. Levasseur, Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S. Legal System, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010, p. 1–29.
12. Скоробогатов А.В. Правовые заимствования как средство совершенствования национальной правовой системы / *Актуальные проблемы экономики и права*. 2018. Т. 12, № 1. С. 77–88.
13. Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають із корпоративних відносин : рекомендації Президії Вищого господарського суду № 04-5/14 від 28.12.2007 / URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5_14600-07.
14. Про практику розгляду судами корпоративних спорів : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 13 від 24.10.2008 / *Вісник Верховного Суду України*. 2008. № 11.
15. Кібенко О.Р. Сучасний стан і перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України : дис. док. юрид. наук: спец. 12.00.04. Х., 2006. 526 с.
16. Вінник О.М. Науково-практичний коментар Закону України «Про акціонерні товариства». К. : Юрінком Інтер, 2010. 213 с.
17. Смітюх А.В. Позови акціонерів про визнання недійсними правочинів акціонерного товариства за Законом України «Про акціонерні товариства» / *Юридичний радник*. 2009. № 2. с. 64–68.
18. Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» : Закон України № 2994-VI від 03.02.2011 року / *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2011, № 35, ст. 344.
19. Артикуца Н.В. Законодавчі терміни та їх визначення: наукові записки. *Юридичні науки*, Том 90. с. 39–44.