

Розділ 2.

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПУБЛІЧНИХ ТА ПРИВАТНИХ ІНТЕРЕСІВ ЯК ОСНОВИ ФОРМУВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ВІДНОСИН

2.1. Поняття, роль та система публічних і приватних інтересів у сфері інвестиційних відносин

Стан дослідження проблеми співвідношення приватних і публічних інтересів в інвестиційних відносинах в сучасній науковій літературі свідчить, що упродовж всього періоду незалежності України зазначена проблематика не отримала достатньої уваги і не стала предметом широкого комплексного наукового аналізу сучасних науковців.

На перший погляд, функціонування інвестиційного законодавства достатньо збалансоване й прозоре. Україна є стороною більше 70 двосторонніх угод про захист інвестицій, однак немає універсальних міжнародних договорів, які б встановлювали односторонність до визначення понять та стандартів як правового регулювання інвестиційної діяльності, так і захисту прав іноземної власності. Аналогічна ситуація простежується і в національному законодавстві України. Так, Закону України «Про інвестиційну діяльність» кореспондують положення близько 200 законодавчих і підзаконних нормативних актів України.

З одного боку, ми бачимо державу, яка намагається створити привабливий інвестиційний клімат, надати інвесторам найбільш сприятливі політико-правові, та економічні умови. Зокрема, Україна удосконалює національне законодавство, яке відповідало б загальноприйнятим міжнародним стандартам захисту як іноземних так і національних капіталовкладень, розвиває внутрішню економіку, зміцнює дипломатичні зв'язки і міжнародну співпрацю. Іншими словами робиться все, щоб інвестори в сприятливому оточенні здійснювали свою діяльність, оскільки, чим успішніше працює реципієнт інвестицій (підприємство «інвестора»), чим більш захищені інвестиції та законні права та інтереси інвестора, тим привабливіше на міжнародній арені створюється уявлення про приймаючу державу в якості об'єкта інвестицій.

До числа не менш важливих стимулів «приймаючої» держави входять: податкове навантаження; оптимальний та прозорий механізм трансферу нових технологій, ефективна охорона прав інтелектуальної власності, якісна експертна оцінка інвестицій та об'єктів інвестування, забезпечення вільного руху капіталу, пов'язаного з надходженням прямих інвестицій, забезпечення вільного руху капіталу, пов'язаного з портфельними інвестиціями і фінансовими позиками та кредитами інвесторів; сприяння і заохочення торгівлі та прямих іноземних інвестицій в екологічно чисті товари, послуги й технології, використання збалансованих джерел відновлюваної енергії та енергозберігаючих продуктів і послуг, ефективно застосування екологічного та трудового законодавства у такий спосіб, що сприятливо впливає на торгівлю або інвестиції, забезпечення загальнодоступності інформаційно-комунікаційних технологій (ІКТ) через кращу якість послуг за доступними цінами тощо. Саме такі стимули заохочення та сприяння інвестицій визначені Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони¹.

¹ Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Угода від 30.11.2015. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

З іншого боку, інвестори визначають для себе найбільш оптимальний об'єкт для вкладень, що відповідає конкретним вимогам інвестиційного проекту. При цьому у вдалому виборі певного об'єкту зацікавлений не лише сам інвестор, але й реципієнт інвестицій, територіальна громада, держава, на території якої цей суб'єкт здійснює свою інвестиційну діяльність.

Мотивація державних органів в успіху інвестора та реципієнта в інвестиційній сфері обґрунтована різними завданнями. Найбільш важливі з них наступні: розвиток державно-приватного партнерства, підвищення лояльності національних підприємств до держави як гаранта захисту прав своїх громадян, посилення позицій держави в міжнародному співтоваристві, отримання великих податкових відрахувань, а також платежів у рамках валютного і митного контролю при поверненні інвестицій національних інвесторів з іноземної держави, чому в науці приділяється чимала увага.

У науці інвестиційного права виділяють два підходи подальшого розвитку правового регулювання міжнародних інвестиційних правовідносин. У рамках першого – завданням міжнародного інвестиційного права є формування «глобального юридичного ринку»¹, на якому держави постійно змагаються, пропонуючи найпривабливіше правове середовище для капіталовкладень інвесторів. Іншими словами, в даному випадку йдеться про приватноправову, так звану «квазі-договірну» концепцію міжнародного інвестиційного права, де окремі держави торгують своїм сприятливим правовим режимом в цілях залучення іноземного капіталу². У зв'язку з цим, складно створити єдині міжнародні стандарти в інвестиційному праві, оскільки саме відмінності правових режимів держав, що «приймають» інвестиції, а також ті індивідуальні умови, які вони можуть запропонувати конкретним інвесторам, грають першочергову роль в розвитку ринку інвестицій. На національному рівні перша група охоплює низку норм

¹ Elkins Z., Guzman A., Simmons B. *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000*. International Organ, 2006. Vol. 60. P. 811.

² Mills A. Antinomies of public and private at the foundations of international investment law and arbitration. *Journal of International Economic Law*. Vol. 14. №. 2011. 2. P. 480.

законодавчих актів України та рішень Конституційного Суду України, у яких визнається необхідність установлення пріоритету приватно-правового інтересу.

У рамках другого підходу завдання інвестиційного права полягає в послідовній систематизації і стандартизації інвестиційних правовідносин, де «одноманітність» правового регулювання є ключовим елементом розвитку інвестиційного ринку¹. У цьому випадку, інвестори зможуть спиратися на єдині стандарти захисту капіталовкладень і обирати в якості об'єкту інвестицій не ті держави, де найсприятливіший і безпечніший правовий режим, а ті, куди вкладення капіталу найбільш рентабельне.

Таким чином, зобов'язання кожної держави, зацікавленої в залученні інвестицій, повинні розглядатися як загальноприйняті, такі, що відповідають єдиному «публічному» режиму захисту інвестицій.

У законодавстві закріплюються норми у яких визнається необхідність захисту й встановлення пріоритету публічного інтересу, який зумовлений, насамперед, його особливою значущістю. На відміну від приватного інтересу, публічний – «покликаний, з одного боку, забезпечувати підвалини суспільства й держави як умови їх існування, з іншого боку – гарантувати задоволення приватних інтересів у їх одиничному й концентрованому («усередненому») прояві»².

Застосування приватноправового або публічно-правового підходу можна розглянути також на прикладі тлумачення арбітрами стандарту «справедливого і рівного відношення» приймаючої держави до інвесторів. У першому випадку, арбітри повинні виходити з пріоритету інтересів приватних інвесторів. У зв'язку з чим, забезпечити дотримання приймаючою державою передбачуваного і безпечного правового середовища для залучення іноземних інвестицій. Так, у рішенні у справі *Tecmed v United Mexican States* арбітри МЦУИС (Міжнародний центр по врегулюванню інвестиційних суперечок) констатували: «іноземний інвестор чекає, що дії приймаючої держа-

¹ Schill S. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press. 2009. Par. 108.

² Тихомиров Ю.А. *Право и публичный интерес*. Законодательство и экономика. № 3 (215). Москва. 2002. С. 4–7.

ви будуть послідовні, не двозначними і абсолютно прозорими відносно іноземного інвестора, що будуть заздалегідь відомі усі правила і вимоги, застосовані до його інвестицій, а також мети адміністративних розпоряджень, що приймаються, щоб була можливість спланувати інвестиції і відповідати таким вимогам»¹.

У іншій справі, арбітри зауважили, що арбітражу слід дозволяти невизначеності інвестиційної угоди в частині зобов'язань «приймаючої» держави з урахуванням необхідності захисту іноземних інвестицій². Таким чином, якщо виходити з такого тлумачення стандарту «справедливого і рівного відношення» (тобто інтереси приватної особи в пріоритеті), то при регулюванні іноземних інвестицій слід застосовувати приватноправові засоби (наприклад, з права власності, договірного права, міжнародного приватного права), які б забезпечили реалізацію очікувань інвестора про захист його капіталовкладень.

З приводу поділу на приватно-правовий та публічно-правовий підходи до задоволення інтересів, необхідно враховувати, що з точки зору догматизму зараз не існує чіткого ділення права на приватне і публічне³, очевидно, що таке «штучне» виділення двох концепцій лише ускладнює процес пошуку компромісу між забезпеченням прав «приймаючої» держави, інвесторів, реципієнтів. На думку А. Х. Нурієва, з якою необхідно погодитися, представляється, що саме «універсальний» баланс приватних і публічних інтересів може стати тим фундаментом, на основі якого стандартизуватиметься інвестиційне право⁴.

Міжнародні інститути і організації можуть розробити типовий двосторонній інвестиційний договір, у якому буде закріплений основний масив прав і обов'язків інвесторів і «приймаючої» держави. Але, поки існують принципи диспозитивності і автономії волі сторін в між-

¹ Tecmed v United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003. Par. 154. Подібні формулювання можна знайти в рішенні по справі LG&E v Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, 3 October 2006, par 131.

² SGS v Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6. 29 January 2004. Par 116.

³ Нуриев А. Х. К вопросу о целесообразности деления права на частное и публичное. *Ленинградский юридический журнал*. 2011. № 2 (24). С. 200–216.

⁴ Нуриев А. Х. Место баланса частных и публичных интересов в развитии международного инвестиционного права. *Международное публичное и частное право*. 2013. № 5 (74). С. 14–17.

народному інвестиційному праві, цей основний масив прав і обов'язків неминуче доповнюватиметься учасниками угод, а отже, триватиме боротьба за включення того або іншого положення в текст інвестиційного договору, що відбиває інтереси інвестора або «приймаючої» держави. Зауважимо, що ініціації арбітражного розгляду тлумачення цих положень здійснюватиметься сторонами з позицій або приватно-правової, або публічно-правової концепцій¹.

Як наголошують науковці, у сучасних умовах «баланс публічних і приватних інтересів визнається одним із основоположних конституційних принципів, на якому має ґрунтуватися правове регулювання із участю держави»², а «оптимальною є така модель встановлення балансу інтересів, за якої суспільні інтереси, формуючись із системи приватних мотивів і будучи їх складовою частиною, знаходяться в основі державних»³.

Важливе значення має поділ інтересів за суб'єктними ознаками: в залежності від носія їх можна класифікувати на приватні, колективні (групові) і публічні інтереси. О. М. Вінник визначає поняття публічних інтересів як відображених в праві відгармонізованих та збалансованих інтересів держави, всього суспільства, значної його частини, в тому числі територіальних громад, соціальних груп, особливо найбільш вразливих і слабозахищених, що потребують державної підтримки з метою уникнення кризових явищ у суспільстві, страйків та інших колективних форм протесту та самозахисту.

Питання встановлення гармонічного співвідношення публічного та приватного інтересів в інвестиційних відносинах і закріплення їх в праві постає все більше і гостріше на сучасному етапі розвитку економіки України та привертає до себе увагу вчених.

¹ Нуриев А. Х. Место баланса частных и публичных интересов в развитии международного инвестиционного права. *Международное публичное и частное право*. 2013. № 5 (74). С. 14–17.

² Козлов А. Ю. Обеспечение баланса публичных и частных интересов в процессе возмездного отчуждения недвижимого имущества, находящегося в федеральной собственности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. 28 с.

³ Логачева Н. Ю. Баланс частных и публичных интересов при построении экономических отношений как условие формирования демократического правового государства и гражданского общества. *Юридические записки (20)*. Воронеж. 2006. С. 84–99.

У сучасній юридичній науці публічні інтереси включають такі різновиди, як: державні інтереси; суспільні інтереси; національні інтереси; інтереси соціальних груп (великих і середніх). Оскільки від реалізації публічних інтересів залежить факт існування і нормального функціонування будь-якого суспільства, то саме реалізація публічного інтересу слугує передумовою і гарантією реалізації окремих приватних інтересів. Іншими словами, реалізація публічних інтересів створює середовище для реалізації приватних інтересів»¹. Приватні інтереси – інтереси окремого громадянина (фізичної особи), сім'ї, групи громадян, організації (якщо остання створена за участю – безпосередньо або опосередковано – фізичних осіб і відповідно не належить до сфери публічної – державної або комунальної – форми власності).

У публічному і приватному праві інтереси виражаються по різному – вони або взаємодіють, або суперечать один одному. В ідеалі вони повинні бути збалансовані.

Правова позиція щодо меж реалізації інтересів викладена в рішеннях Конституційного Суду України. У цьому аспекті на особливу увагу заслуговує Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року². Своїм рішенням Суд встановив, що поняття «охоронюваний законом інтерес», яке вживається в ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України та інших законах України у логічно-смисловому зв'язку з поняттям «права», слід трактувати як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтере-

¹ Жаровська І. М. Публічні та приватні інтереси у механізмі сучасної державної влади. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2010. № 525. С. 33–37. URL: <http://lawreview.chnu.edu.ua/visnuk.php?lang=ua>.

² Рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004 № 18 р у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес). URL: rada.gov.ua/rp/2004.

сам, принципам справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

Визначення меж державного регулювання економіки складає основну проблему забезпечення балансу публічних та приватних інтересів в економіці, зокрема в інвестиційній сфері. В останні десятиліття в результаті бажання відмовитися від всеохоплюючого контролю держави як атрибуту адміністративно-командної системи запроваджена державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності як напрям державної політики. Вона спрямована на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах, у порядку та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України. У зв'язку з цим ст. 1 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» прийняття регуляторних актів обмежується обов'язковим обґрунтуванням, і тому визначена проблема не може бути розв'язана за допомогою ринкових механізмів і потребує державного регулювання¹.

Розрахунок виключно на саморегулятивність економіки призвів до зниження ваги публічних інтересів і гіпертрофії інтересів приватних. Як наслідок, надії на саморегулятивність ринкової економіки не виправдали себе. Так, в Конституції України (ст. 42), ЦК України (ст. 3), ГК України (ст. ст. 42, 43) на рівні принципових положень закріплено, що кожен має право на заняття підприємницькою діяльністю, яка не заборонена законом. Такий спосіб обмеження свободи підприємницької діяльності, який встановлений в цих нормах, не відображає необхідного балансу інтересів особи та суспільства. Свобода підприємництва без урахування соціальної направленості, по-

¹ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 24.10.2003 р. № 1160-IV. *Відомості Верховної Ради України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.

треб суспільства, окремого громадянина, безпеки держави, а тільки з цілеспрямованістю на отримання прибутку призводить до негативних тенденцій, які відображають дисбаланс публічних та приватних інтересів. Тому держава повинна чітко визначити своє місце і роль в регулюванні господарської діяльності та інвестиційної на сучасному етапі. Необхідний баланс частково прослідковується в Конституції України. В розділі 2 Конституції України проголошені і закріплені права і свободи людини. Але її обов'язки перед суспільством закріплені в декількох статтях (ст. ст. 65–68). Мова йде в основному про податки, захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів, не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодувати завдані ним збитки, що для балансу інтересів недостатньо.

Українське законодавство ґрунтується на досвіді економічно розвинених країн і положень Загальної декларації прав людини. У п. 1 ст. 29 цього документа закладені фундаментальні засади гармонічного поєднання інтересів людини і суспільства: «Кожна людина має обов'язки перед суспільством, у якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи»¹. Будь-яким правам і свободам приватної особи повинні протистояти їх обов'язки перед суспільством².

Другий приклад побудови балансу інтересів відображений у Конвенції «Про захист прав людини і основних свобод і протоколів до неї» Європейський суд з прав людини зобов'язав національні суди при вирішенні спорів дотримуватися балансу між публічними і приватними інтересами, що є найважливішим кроком для справедливого судового розгляду.

При вирішенні питання про захист майнових прав Європейський суд вказує, що будь-які обмеження приватних інтересів заради підтримки публічних не повинні носити фіскального характеру, у більшості випадків обмеження приватних майнових прав мають бути допустимі лише за умови відшкодування.

¹ Загальна декларація прав людини, редакція від 10.12.1948. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

² Elkins Z., Guzman A., Simmons B. Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties. *International Organ Volume*. 2006. № 60. P. 50.

Українська держава визнана соціальною державою. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України). Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. У приведеній конституційній нормі закладене публічно-приватне начало. Але воно представлене в певній мірі абстрактно і декларативно. Стосовно економічної сфери необхідно було б вказати, що мета підприємництва – отримання прибутку шляхом задоволення суспільних потреб і публічних інтересів.

Слід зазначити, що баланс інтересів не в останню чергу забезпечується і за рахунок вироблення принципів вирішення колізій в праві. Так, Конституція України не визначає ієрархію актів усередині одного їх виду. Оскільки ГК України є кодифікованим, при виникненні колізій між його нормами і нормами інших законів як приватноправового, так і публічно-правового характеру пріоритет бажано віддавати нормам акту, що є кодифікованим. Наприклад, ч. 2 ст. 4 ЦК України закріплює, що основним актом цивільного законодавства України є ЦК України. Актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та ЦК України. Якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект Закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК України, він зобов'язаний одночасно подати проект Закону про внесення змін до ЦК України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до ЦК України.

Охорона приватних інтересів, у тому числі інтересів власників, необхідність встановлення меж їх реалізації, викликала потребу у відмежуванні приватного права від публічного. Дослідження проблеми співвідношення публічних і приватних інтересів неможливе без осмислення суті публічного і приватного інтересу в праві.