НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 15

КИЇВ 2016

УДК 346.26 (477) (082)
ББК 67.9 (Укр) 404 я 43
П 75

Щорічний юридичний збірник наукових праць видається з 1999 р.

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

Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 15, 2016 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2016. – 196 с.

Всебічно аналізуються та узагальнюються теоретико-методологічні підходи до розуміння приватного права в умовах правової держави, розкриваються актуальні питання цивільного права та цивільного процесу. Значна увага приділяється питанням розвитку договірних правовідносин, розглядаються проблеми сучасного житлового права. Досліджуються актуальні проблеми господарського права. Суттєва увага приділяється проблемам міжнародного приватного права.

Для вчених-правознавців, викладачів, докторантів, працівників органів державної влади та місцевого самоврядування, усіх, хто цікавиться розвитком наукової думки в юридичній галузі.

Рекомендовано до друку вченою радою
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 1 від 27 січня 2016 р.)

Р е д а к ц і й н а к о л е г і я :
О. Д. Крупчан **(головний редактор),**
М. К. Галянтич **(заст. гол. редактора)**, *А. Б. Гриняк, О. В. Дзера, А. С. Довгерт,*
В. А. Васильєва, О. А. Беляневич, В. В. Комаров, В. В. Костицький,
Н. С. Кузнєцова, Д. М. Притика, В. В. Луць, Н. М. Мироненко,
Р. А. Майданик, Я. М. Шевченко, В. С. Щербина, В. В. Проценко, І. А. Янчук

Наказом Міністерства освіти і науки України № 515 від 16.05.2016 р. збірник наукових праць «Приватне право і підприємництво» Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака внесено до переліку фахових видань України у галузі юридичних наук

Розповсюдження та тиражування без офіційного дозволу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України забороняється.
За достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах, несуть відповідальність автори.
Надруковані в інших виданнях матеріали до розгляду не приймаються.
У передрукованих публікаціях посилання на «Приватне право і підприємництво» обов'язкове.

Адреса редколегії: 01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23-А, А\С 136
www.ndippp.gov.ua ndippp@adamant.net

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016
© Автори статей

Зміст

І. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ

Бакалінська О. О. Особливості реалізації презумпції добросовісності в конкурентному праві України 5

Безух О. В. Дуалізм приватного права в регулюванні економічних відносин 10

Галянтич М. К. Поняття житлових інтересів фізичної особи 14

Гриняк А. Б. Міжнародно-правовий досвід регулювання відносин з поглинання компаній у країнах Європейського Союзу 18

Кочин В. В. Зміст та форма цивільних відносин як умови їх правомірності 21

Щербина В. С. Публічні і приватні інтереси в господарських відносинах 25

ІІ. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Бичкова С. С. Правові наслідки вчинення правочину з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства 29

Гарієвська М. Б. Окрема ухвала в цивільному процесі: проблемні питання 34

Гетманцев М. О. Категорія «інтерес» у цивільному процесуальному праві 38

Єсауленко Н. В. Оборотоздатність корпоративних прав у спадкових відносинах 42

Ільченко Г. О. Право споживача страхових послуг на отримання страхової виплати 45

Кожевникова В. О. Межі здійснення прав суб'єктів сімейних відносин 48

Левківський Б. К. Утримання дитини за домовленістю: сучасні проблеми нормативного регулювання та правозастосовної практики 53

Левківська С. А. Судовий захист прав та інтересів дитини (окремі проблеми) 57

Миронова Г. А. Особливості здійснення прав пацієнта у сфері надання паліативної допомоги 61

Первомайський О. О. Щодо поняття суб'єкта публічного права як учасника цивільних відносин 65

Резнік Г. О. Способи захисту особистих немайнових прав дитини 70

Солтис Н. Б. Правовий статус того з подружжя, який пережив спадкодавця: зарубіжний досвід 75

Шабалін А. В. Апеляційний перегляд судових рішень у справах наказного провадження 79

Шевченко О. М. Правові аспекти повернення культового майна релігійним організаціям 83

Шишка О. Р. Відносини, що регулюються цивільним законодавством України 86

Ясечко С. В. Структурні властивості системи правочинів 90

ІІІ. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Заіка Ю. О. Особливості припинення поруки в кредитних договорах 95

Міловська Н. В. Суброгація в договірних зобов'язаннях зі страхування 98

Пленюк М. Д. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення зобов'язань: нотатки до наукової дискусії 102

Пожоджук Р. В. Особливості цивільно-правової відповідальності постачальника електричної енергії за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу 107

Троцька В. М. Зобов'язання сторін договору про передання майнових прав інтелектуальної власності у випадку наявності ліцензійних договорів, укладених раніше 112

IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Бернацький М. В. Обмеження суб'єктивного права власності на житло 117

Корнієнко Ю. І. Презумпція правомірності правочину в іпотечних правовідносинах (на матеріалах судової практики) 120

Литвин Д. О. Законодавче забезпечення права на житло працівників органів внутрішніх справ 124

Примак В. Д. Об'єднання власників житла як організаційно-правова форма юридичної особи та житлово-експлуатаційна організація 127

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Беляневич О. А. Звільнення суб'єкта господарювання від відповідальності за неналежне виконання договірних зобов'язань: проблемні аспекти 131

Біленко М. С. Приватноправова природа підприємництва 135

Кицик Я. Р. Правові наслідки невідповідності господарських договорів змісту типових договорів 139

Сенюта С. Я. Поняття та підстави захисту прав суб'єктів господарювання 143

Сергійко О. В. Дерегулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі 146

Сіщук Л. В. Колізії у правовому регулюванні щодо визначення моменту виходу учасника з господарського товариства 150

Черненко О. А. Модельний статут як установчий документ суб'єкта господарювання 154

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Бондаренко-Зелінська Н. Л. Окремі аспекти альтернативного вирішення спорів при врегулюванні сімейних конфліктів 158

Ватрас В. А. Загальновизнані принципи і норми міжнародного права як джерела публічного та приватного права 162

Гринько С. Д. Формування концепції правомірної поведінки завдавача шкоди в Стародавньому Римі 166

Король В. І. Законодавчі засади трансфертного ціноутворення у зовнішньоекономічній сфері 171

Микита І. Р. Конвенція ООН про повне та часткове перевезення вантажу морем 174

Нагнибіда В. І. Правові наслідки неналежного повідомлення сторони в практиці визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 179

Попович Т. Г. Особливості регулювання реєстрації географічних зазначень в контексті імплементації Україною Угоди про асоціацію з ЄС 182

Посикалюк О. О. Ґенеза доктрини особистих немайнових прав в романській, германській та англо-американській системах приватного права 186

Шупінська О. В. Загальні засади та особливості застосування колізійної прив'язки «закон місцезнаходження речі» 191

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРЕЗУМПЦІЇ ДОБРОСОВІСНОСТІ В КОНКУРЕНТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Бакалінська О. О.,
доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу правових проблем ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено аналізу особливостей реалізації презумпції добросовісності в конкурентному праві України. Одним із проявів принципу справедливості в конкурентному праві є гарантія підтримки і захисту добросовісної конкуренції. Встановлення презумпції добросовісності в конкурентному законодавстві дає змогу стороні вільно реалізовувати свої права і обов'язки та бути захищеною від недобросовісних чи недружніх дій з боку інших учасників конкурентних правовідносин, таких як зловживання правом чи недобросовісна конкуренція.

Ключові слова: презумпція, припущення, добросовісність, презумпція добросовісності, зловживання правом.

Існування і розвиток добросовісної конкуренції в Україні пов'язується з формуванням і розвитком добрих торгових та інших чесних звичаїв у господарській діяльності. Саме завдяки цим звичаям в державі формується культура конкуренції та узгоджуються підходи та уявлення про добросовісність чи недобросовісність певної конкурентної поведінки. Положення Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначають випадки, коли презумпція добросовісності дій учасників конкурентних відносин спростовується на основі оцінки їх поведінки з боку конкурентів та правозастосовчих органів внаслідок вчинення недобросовісної конкуренції. Зазначене підтверджується також і положенням ч. 5 ст. 13 ЦК України, яка визначає, що не допускається використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. Таким чином, в чинному законодавстві, по суті, сформований і принцип, і презумпція добросовісності дій учасників конкурентних правовідносин.

Мета статті полягає у здійсненні аналізу особливостей реалізації презумпції добросовісності в конкурентному праві України, що дає можливість розширити межі застосування презумпції добросовісності та створить підвалини поширення практики захисту прав учасників конкурентного змагання від недобросовісної конкуренції не на підставі певного правового припису, а виходячи із самої презумпції.

Завданнями дослідження є визначення особливостей застосування презумпції добросовісності в конкурентному праві України, аналіз особливостей закріплення презумпції добросовісності в конкурентному праві та її вплив на формування принципів і правил добросовісної конкуренції в господарській діяльності.

Аналіз останніх досліджень. Питанням захисту добросовісної конкуренції як в Україні, так і світі присвячено дослідження українських і зарубіжних вчених, зокрема: Г. Андрощука, О. Безуха, З. Борисенко, А. Варламової, І. Дахна, А. Дерінгера, А. Кисліцина, І. Коваль, С. Кондратьєвої, О. Кондратовської, С. Кузьміної, Н. Круглової, Е. Маркварта, О. Мельниченка, І. Нойффера, С. Паращука, М. Панченко, Н. Саніахметової та інших. Разом з тим у жодному дослідженні добросовісність не розглядалася як презумпція конкурентного права, не визначалися проблеми її сприйняття та закріплення, вплив її закріплення на розвиток конкурентного законодавства і права, практику їх застосування. Все це обумовлює актуальність нашого дослідження.

Виклад основного матеріалу. Правові презумпції відіграють найважливішу роль у правовому регулюванні. Проте принцип права не має такої властивості презумпції, як спростовність. Практика застосування чинного конкурентного законодавства свідчить, що учасники конкурентного змагання діють добросовісно, а у разі порушення їх прав і законних інтересів можуть звернутися за захистом від проявів недобросовісної конкуренції. Таким чином, презумпція добросовісності підтримується презумпцією невинуватості учасника конкурентного змагання доти, доки особа, чиї права порушені недобросовісними діями конкурентів, не пред'явить своєї вимоги. Цікаво, що цей механізм захисту прав учасників конкурентного змагання поширюється на випадки запобігання та припинення фактів недобросовісної конкуренції, оскільки антимонопольне регулювання, швидше за все, застосовує презумпцію вини суб'єкта господарювання, стосовно якого здійснюється антимонопольне розслідування. Саме цей суб'єкт господарювання має доводити, що він зазнає значної конкуренції на ринку або, що угода, стороною якої він є, не буде мати негативного впливу на конкуренцію, або поведінка учасника узгодженої дії пояснюється специфікою конкурентної та регуляторної ситуації на ринку тощо.

Варто зазначити, що дослідники досить часто визнають добросовісність принципом-презумпцією приватного права, проте в більшості випадків не відокремлюють особливості цих засобів правового регулювання, що значно звужує концептуальне сприйняття добросовісності, а

також певним чином обмежує її застосування в правореалізаційному процесі. Деякі дослідники визначають, що визнання добросовісності принципом чи загальною засадою правового регулювання внаслідок універсальності регулювання приватно-правових відносин не вимагає виокремлення презумційних ознак добросовісності. На нашу думку, визнання презумпції добросовісності в конкурентному праві може мати позитивний ефект, оскільки презумпція є одним із засобів правового регулювання, за допомогою якого забезпечується вплив права на конкурентні відносини та досягається необхідна ступінь визначеності регуляторного впливу. Завдяки специфічним формам об'єктивації презумпцій в нормативних джерелах юридичними фактами визнаються лише ймовірно існуючі факти (наприклад, добросовісність поведінки учасника конкурентних правовідносин в конкретній ситуації). Встановлення в ч. 5 ст. 12 ЦК України презумпції добросовісності поведінки учасників цивільних правовідносин має дуже велике значення як для оцінки дій самих учасників правовідносин, так і для захисту їх прав та законних інтересів. Зокрема, В. С. Єм зауважує: «Оцінка законності дій по здійсненню цивільних прав і обов'язків через призму моральності не виключає самостійності принципу та презумпції розумності та добросовісності суб'єктів при здійсненні ними суб'єктивних прав і обов'язків» [1, с. 532–538].

Встановлення презумпції добросовісності, з одного боку, надає змогу стороні вільно реалізовувати свої права і обов'язки, з іншого – бути захищеною від недобросовісних чи недружніх дій з боку інших учасників конкурентних правовідносин, таких як зловживання правом чи недобросовісна конкуренція. З огляду на вищезазначене необхідно визначити, що являє собою презумпція добросовісності. Д. І. Мейєр зазначав: «визнання факта таким, що існує з відповідною вірогідністю прийнято вважати припущенням (презумпцією)» [2, с. 30]. В. А. Ойгензихт вказував, що припущення – це родове поняття, з якого необхідно виділити як окремий вид – правове припущення, яке, по своїй суті, і є презумпцією [3, с. 26]. Таким чином, варто зробити висновок, що на відміну від принципу права, який, по суті, є об'єктивною категорією, що чітко визначена в законодавстві, категорія «презумпції» характеризується значним ступенем невизначеності, і, разом з тим, правова презумпція набуває свого змісту лише в тому випадку, коли вона реалізується в об'єктивній дійсності. Досліджуючи правову природу презумпцій, Н. Ф. Качур стверджує, що не можна розглядати юридичні презумпції як принципи права. За своєю сутністю це абсолютно різні поняття, разом з тим деякі поняття презумптівного встановлення відіграють значну роль у механізмі правового регулювання, що зближує їх з керівними, основоположними началами права [4, с. 18]. Як зазначав В. А. Ойгензихт, презумпція – це універсальний колективний досвід, який спрощує процес доведення або робить його зайвим, тим самим звільняючи органи судочинства від необхідності доводити одні і ті самі факти [3, с. 27]. І тим важливіше визнання добросовісності як презумпції конкурентного права, бо презумпція, як така, не потребує доведення, оскільки доведеною вважається сама її вірогідність.

Разом з тим принцип добросовісності в конкурентному праві безпосередньо пов'язаний з презумпцією добросовісності дій учасників конкурентних відносин, яка йому кореспондує. Зокрема, Г. А. Гаджиєв справедливо зазначає, що держава не має права створювати юридичну, податкову систему, керуючись припущеннями про те, що суб'єкти економічних відносин – недобросовісні і незаконослухняні громадяни [5, с. 87]. Цікавою, на нашу думку, видається позиція С. А. Мосіна, який вважає, що презумпції в праві нерозривно пов'язані з кореспондуючими їм конституційними принципами, і кореспондуючий презумпції правовий принцип наповнює її своїм змістом і обмежує правову презумпцію цим змістом [6, с. 5–6].

Складність визначення змісту презумпції добросовісності пов'язана з необхідністю розкриття самого поняття добросовісності. Добросовісність – це морально-етична категорія, що характеризує інтелектуальні та моральні якості особистості. При цьому добро розглядається як найвище благо, а совість – як здатність людського духу пізнавати етичні цінності в їх реальності, спосіб, яким почуття цінності стає значущим для людини, моральне знання того, що добре і що погано, справедливо і несправедливо. Добросовісність як і розумність – це моральні, філософські категорії. Але, потрапляючи в сферу правових відносин, набуваючи здатності спричиняти правові наслідки, вони вимагають і спеціально-юридичного підходу до визначення, оскільки правовим регуляторам, на відміну від моральних, властива висока ступінь визначеності і конкретності [7, с. 116].

Варто зазначити, що серед науковців немає єдності у питанні об'єктивності чи суб'єктивності презумпції добросовісності в праві. Наприклад, відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» недобросовісність конкуренції є результатом оцінки дій суб'єктів господарювання, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям, тобто характеризують об'єктивну сторону конкурентних правовідносин. З огляду на це добросовісною конкуренцією є поведінка суб'єкта господарювання, що відповідає відповідним звичаям, тобто є правомірною. З іншого боку, при кваліфікації окремих видів недобросовісної конкуренції антимонопольними органами України до уваги береться суб'єктивне враження, що формується у споживача чи конкурента при

прийнятті останніми рішення про укладення угоди, придбання товару чи послуги (наприклад, при поширенні відомостей, що вводять в оману). В цьому сенсі цікавим є підхід Є. Богданова, який під добросовісністю учасників цивільних правовідносин розуміє «суб'єктивну сторону їх поведінки, тобто коли вони не знали і не могли знати про права третіх осіб на відповідне майно або про іншу свою неуповноваженість» [8]. В. Ємельянов вважає, що особу «слід вважати добросовісною в тому випадку, коли вона діє без умислу завдати шкоди іншій особі, а також не допускає самовпевненості і недбалості по відношенню до можливого завдання шкоди» [9, с. 16].

Разом з тим, досліджуючи особливості реалізації презумпції добросовісності в конкурентному праві, не варто обмежуватися лише інститутом захисту від недобросовісної конкуренції. Як і принцип добросовісності кореспондуюча йому презумпція має загальний характер. Феноменом реалізації презумпції добросовісності в конкурентному праві є те, що окремі форми монополістичної діяльності можуть бути бездоганними з точки зору добросовісності поведінки суб'єктів господарювання, що їх укладають, але можуть порушувати вимоги конкурентного законодавства і навпаки. Це, передусім, пов'язано з тим, що в конкурентному законодавстві збалансовані приватні і публічно-правові механізми впливу на конкурентні відносини та їх учасників. Крім того, в межах конкурентного права поєднані різні за спрямуванням правові інститути – антимонопольного права, захисту від недобросовісної конкуренції та правового регулювання природних монополій, які мають єдину мету, але використовують різні засоби її досягнення. Саме тому при оцінці конкурентної поведінки окремого суб'єкта на ринку щодо дотримання останнім вимог добросовісності варто оцінювати той вплив, який мають на ринок його дії. Найбільш яскраво це проявляється при оцінці поведінки суб'єкта господарювання, що займає монопольне або домінуюче становище на ринку, оскільки, якщо зазначений суб'єкт господарювання не зловживає своєю владою, його дії чи бездіяльність вважаються правомірними і добросовісними. При визначенні суб'єкта господарювання як такого, що домінує на ринку, важливим є врахування не тільки кількісних показників ринкової влади, а й якісних – чи зазнає відповідний суб'єкт істотного впливу конкуренції, що мотивує його до подальшого вдосконалення товарів, робіт, послуг та забезпечує позитивний вплив на економічну ситуацію. Аналогічна ситуація складається тоді, коли суб'єкти господарювання є учасниками узгоджених дій чи економічної концентрації, оскільки для легального вчинення багатьох узгоджених дій чи економічної концентрації необхідно довести, що їх вчинення не завдасть шкоди іншим суб'єктам господарювання та не призведе до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції на ринку. В окремих випадках норми конкурентного законодавства передбачають можливість отримання дозволу на апріорі незаконні та недобросовісні дії у разі, якщо учасники узгоджених дій доведуть, що позитивний ефект для суспільних інтересів переважає негативні наслідки обмеження конкуренції.

Навряд чи можна вважати бездоганним з точки зору добросовісності положення ч. 5 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», відповідно до якого особа, що вчинила антиконкурентні узгоджені дії, але раніше за інших учасників цих дій добровільно повідомила про це Антимонопольний комітет України чи його територіальне відділення та надала інформацію, яка має суттєве значення для прийняття рішення у справі, звільняється від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, передбаченої ст. 52 цього Закону, а органи Антимонопольного комітету України на підставі вмотивованого клопотання в інтересах розслідування справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції забезпечують конфіденційність інформації про особу.

Наведений приклад лише вказує на законодавче обмеження презумпції добросовісності дій учасників конкурентного змагання та визначає випадки, коли презумпція не діє. Обмеження сфери застосування презумпції добросовісності в конкурентному праві пояснюється, з одного боку, специфікою конкурентної боротьби і хибністю ідеї загальної добросовісності в конкуренції, оскільки головним завданням суб'єкта господарювання є перемога, з іншого боку, складність та багатоаспектність господарських зв'язків суб'єктів господарювання, ризики підприємницької діяльності, небезпеки монополізації товарних ринків та недобросовісної конкуренції призводять до зростання латентності конкурентних правопорушень. Все це змушує законодавців і правозастосовувачів вдосконалювати способи боротьби з недружньою та обмежувальною практикою суб'єктів господарювання з метою забезпечення чесного і добросовісного конкурентного змагання на ринку шляхом легалізації, по суті, недобросовісних дій конкурентів одне по відношенню до одного з метою досягнення балансу інтересів учасників конкурентного змагання, держави і споживачів.

Презумпція добросовісності є гарантією реалізації прав конкурента (що випливає з поваги його честі і гідності) при здійсненні ним прав і інтересів в процесі конкурентного змагання, що полягає у відсутності в праві та при його застосуванні зайвої підозри і осуду в діях учасників конкурентних правовідносин.

Важливість визнання добросовісності як презумпції конкурентного права актуалізується з огляду на те, що встановлення меж здійснення права на добросовісну конкуренцію безпосередньо

пов'язане з можливістю виходу суб'єктами конкурентних правовідносин за ці межі, тобто вчинити зловживання правом. Вихід за межі при здійсненні права на добросовісну конкуренцію, як правило, пов'язується з необхідністю оцінки конкурентної поведінки суб'єкта господарювання як такої, що суперечить вимогам добрих звичаїв, доброї совісті, добросовісності, розумності та справедливості. Як зазначає О. Волков, шикана є єдиною формою зловживання правом, при якій діяння вчиняється з винятковим і прямим умислом. Але навіть за таких умов порушник права може переконати себе, що він діяв не завдаючи нікому шкоди, тобто без всякої провини. І така впевненість випливає із суб'єктивності людини, з її можливості створювати для себе або для інших видимість добра. І тут необхідно оперувати поняттям більш широким ніж умисел або навіть намір особи. Таким поняттям є добросовісність [10]. Підкреслимо, що в законодавстві та правозастосовній практиці багатьох держав право на захист від проявів недобросовісної конкуренції засноване саме на теорії зловживання правом, а сама недобросовісна конкуренція розглядається як форма зловживання правом на підприємницьку діяльність, або шикана [11, с. 33–35; 42].

Презумпція добросовісності зобов'язує всіх учасників конкурентних правовідносин здійснювати суб'єктивні права з метою досягнення своїх інтересів таким чином, щоб при цьому не заподіювалася шкода законним правам та інтересам інших учасників правовідносин. Варто погодитися з думкою Т. Ю. Дроздової, що добросовісним здійсненням прав буде їх здійснення відповідно до принципу доброї совісті, тобто здійснення з урахуванням інтересів іншої сторони [12, с. 110]. Здійснення права відповідно до принципу доброї совісті, зазначає Л. В. Щенникова, виключає зловживання ним [13]. Тобто встановлення в конкурентному праві презумпції добросовісності надає змогу врахувати все різноманіття господарського обороту та, за певних умов, стати критерієм оцінки поведінки суб'єкта господарювання в конкуренції [14, с. 6].

Українська доктрина щодо зловживання правом належним чином не розроблена, у результаті чого чинне законодавство й судова практика поки що не мають єдиних підходів до вирішення цієї проблеми. Інша проблема пізнання природи зловживання суб'єктивним правом полягає в нерозумінні його сутності. Так, правознавці і юристи-практики, що визнають аналізоване правове явище, занадто спрощено підходять до ознак, що його характеризують. Розглянутий феномен тлумачиться ними як «вживання суб'єктивного права на зло». Цілком очевидно, що будь-яке зловживання правом являє собою соціально шкідливу поведінку, з якою необхідно боротися як на законодавчому, так і на правозастосовному рівнях. Навіть у тих країнах, де доктрина зловживання правом нараховує не одну сотню років, законодавчі методи виявляються не завжди ефективними, а суди постійно стикаються з проблемою правильної кваліфікації різноманітних зловживань правом.

Більшість теоретиків права та цивілістів розглядають поняття «зловживання правом» як антипод поняття «добросовісність» або як саме порушення принципів-презумпцій добросовісності, розумності та справедливості, визначених в ст. 3 ЦК України. Поняття добросовісності є визначальним не тільки для цивільно-правового регулювання, а й для інституту захисту від недобросовісної конкуренції. Варто зазначити, що добросовісна конкуренція є передумовою розвитку не тільки конкурентного середовища, а й держави в цілому. З огляду на це визнання в ст. 13 ЦК України недобросовісної конкуренції формою зловживання правом дає підстави для дослідження цього поняття з точки зору цивілістичної концепції зловживання правом та визначення концептуальних засад захисту добросовісної конкуренції в Україні.

Як свідчить практика, при застосуванні чинного законодавства в діяльності Антимонопольного комітету України дедалі частіше трапляються випадки, коли дію, що має ознаки кількох проявів недобросовісної конкуренції, неможливо кваліфікувати однозначно або має місце зовсім «нове» порушення, яке не охоплюється чинним законодавством. За таких умов доцільно застосовувати положення ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», тобто шляхом посилань на те, що відповідна поведінка «порушує торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності» припиняти її. У цьому разі саме загальна заборона, що міститься у ст. 1 Закону та ст. 13 ЦК України, надає змогу належним чином захистити права суб'єктів господарювання. Посилання на звичаї ділового обороту, добропорядність, розумність, справедливість при встановленні заборони недобросовісної конкуренції в ст. 13 ЦК України визначають межі правомірної поведінки учасників конкурентних правовідносин.

Зокрема, С. А. Паращук вказує: «...для припинення недобросовісної конкуренції конструкція зловживання правом використовується, в основному, тоді, коли суб'єкт підприємництва здійснює певні конкурентні дії, не передбачені спеціальними нормами чинного законодавства, які суперечать загальним правовим принципам (добросовісності, розумності, справедливості тощо)» [15, с. 93].

У судовій практиці України захист прав суб'єктів господарювання на добросовісну конкуренцію шляхом безпосереднього звернення до норм ст. 13 ЦК України практично не трапляється. Більшість юристів-практиків, зазвичай, звертаються до норм ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» чи, навіть, ст. 10bis Паризької конвенції про охорону промислової власності, проте така

кваліфікація фактів недобросовісної конкуренції досить часто не визнається судом або оскаржується в суді вищої інстанції. На нашу думку, положення ст. 13 ЦК України можуть застосовуватись як «резервні» при кваліфікації фактів недобросовісної конкуренції в тих випадках, коли суб'єктивні права порушуються, а застосувати норму спеціального законодавства або неможливо, або її застосування не має необхідного ефекту.

Таким чином, презумпція добросовісності в конкурентному праві є спростовною презумпцією, що передбачає добросовісність дій учасників конкурентного змагання, їх свідоме та відповідальне ставлення до власних вчинків, врахування інтересів інших суб'єктів господарювання та споживачів, вимог розумності та справедливості при прийнятті рішень, укладанні угод та вчиненні інших дій в процесі конкурентного змагання.

Список використаної літератури:

1. *Ем В. С.* Осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей // Гражданское право. Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. – М., Бек, 2004. – Т. 1. – С. 532–538.

2. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Часть 1. – М.: Статут, 1997. – С. 29–31.

3. *Ойгензихт В. А.* Презумпции в советском гражданском праве. – Душанбе: Ирфон, 1976. – С. 26.

4. *Качур Н. Ф.* Презумпции в советском семейном праве. Дис... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1982. – С. 18.

5. *Гаджиев Г. А.* Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М.: Юристь, 2002. – С. 87.

6. *Мосин С. А.* Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М.: РГБ, 2007. – С. 5–6.

7. *Кузнецова О. А.* Презумпции в российском гражданском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург: РГБ, 2001. – С. 116–117.

8. *Богданов Е.* Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция, 1999. – № 9. – С. 12.

9. *Емельянов В.* Пределы осуществления гражданских прав // Российская юстиция, 1999. – № 6. – С. 16.

10. *Волков А.* Презумпция добросовестности и разумности действий при осуществлении гражданских прав. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://ab-irbis.ru/upload/iblock/0d9/6c0fae4fc736feda695a489.pdf.

11. *Зименкова О. Н.* Правовое регулирование борьбы с недобросовестной конкуренцией в ЕЭС и в странах–членах сообщества. Дис. ... канд. юрид. наук. – М.: РГБ, 2006. – С. 33–35, 42–43.

12. *Дроздова Т. Ю.* Добросовестность в российском гражданском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. – Иркутск: РГБ, 2004. – С. 110.

13. *Щенникова Л. В.* Принципы гражданского права: достижения цивилистики и законодательный эффект// Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2. – М.: Статут, 2002. – С. 58.

14. *Малиновский А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 6.

15. *Паращук С. А.* Недобросовестная конкуренция: содержание и правовые средства ее пресечения. Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1995. – С. 93.

The article is dedicated to analysis of peculiarities of good faith presumption implementation in competition law of Ukraine. Guarantee of support and protection of fair competition is one of fairness principle occurrence in competition law. Establishment of good faith presumption in competition legislation enables the party to exercise rights and obligations freely on the one hand, and to be protected against unfair or unfriendly activities of other participants of competitive legal relationships such as abuse of right or unfair competition on the other hand.

Статья посвящена анализу особенностей реализации презумпции добросовестности в конкурентном праве Украины. Одним из проявлений принципа справедливости в конкурентном праве является гарантия поддержки и защиты добросовестной конкуренции. Закрепление презумпции добросовестности в конкурентном законодательстве позволяет лицу свободно реализовывать свои права и обязанности и быть защищенным от недобросовестных или недружественных действий со стороны других участников конкурентных правоотношений, таких как злоупотребление правом или недобросовестная конкуренция.

ДУАЛІЗМ ПРИВАТНОГО ПРАВА В РЕГУЛЮВАННІ ЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИН

Безух О. В.,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено порівнянню регулювання особистих та економічних приватноправових відносин та дослідженню дуалізму приватного права.

Ключові слова: приватне право, господарське право, приватноправові відносини, економічні відносини, господарські відносини.

Однією з цілей «Угоди про асоціацію» між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, яку ратифіковано Законом України від 16.09.2014 № 1678-VII, є запровадження умов для посилених економічних та торговельних відносин, які сприятимуть поступовій інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС, у тому числі завдяки створенню поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі, та підтримання зусилля України стосовно завершення переходу до діючої ринкової економіки, у тому числі шляхом поступової адаптації її законодавства до acquis ЄС.

У країнах розвинутих ринкових економік прослідковується чітке розмежування між цивільними і комерційними відносинами та їх правовим регулюванням. Так, у «Вступному законі до Торгового уложення» Німеччини визначено, що правила «Цивільного уложення» застосовуються у комерційних справах лише у випадках, коли «Торговим уложенням» або «Вступним законом до Торгового уложення» не встановлено інше [1].

У Франції разом з Цивільним кодексом Франції, прийнятим в 1804 р., з 1807 р. діє Комерційний кодекс Франції, який в новій редакції прийнято в 2007 році. Дана обставина пояснюється багатовіковим дотриманням французьким законодавцем принципу дуалізму системи французького приватного права. Згідно з наведеним принципом природа та характер цивільних та підприємницьких правовідносин мають суттєві відмінності та специфіку, які потребують використання окремих механізмів правового регулювання [2].

Оцінка наявності двох кодексів є різною. Так, В. Ф. Попондопуло вважає, що у Франції при цьому виходять з критерію виділення підприємницьких відносин як самостійного предмета правового регулювання, а в Німеччині ці відносини є частиною структури предмета цивільного права. Підприємницькі відносини – це відносини, що регулюються цивільним (приватним) правом, учасниками яких є спеціальні суб'єкти цивільного права – підприємці. На підприємців і відносини за їх участю, що регулюються цивільним правом, поширюється особливий правовий режим [3].

Слід звернути увагу на суперечливість такої позиції, яка фактично підтверджує неможливість врегулювання підприємницьких відносин цивільним законодавством, оскільки особливий суб'єкт і особливий правовий режим передбачають наявність іншого законодавства ніж цивільне законодавство та іншого механізму правового регулювання підприємницьких відносин, який базується на інших правових принципах.

При цьому в Україні, на думку В. М. Махінчука, саме поява інших, відмінних від цивільно-правових засад регулювання підприємницької діяльності і призводить до колізій у правозастосуванні [4]. Але дана проблема пов'язана не з об'єктивними закономірностями права, а, скоріше за все, з правосвідомістю та правовою необізнаністю суб'єктів застосування права. Колізійність різноманітних правових норм є закономірністю правової дійсності, тому право передбачає чіткі механізми подолання таких правових колізій [5].

Незважаючи на успішний європейський досвід щодо виокремлення з приватного права цивільного права, що регулює приватні особисті відносини, і комерційного права, що регулює економічні відносини, та механізмів їх правового регулювання, в Україні нав'язується хибна думка, що відносини в сфері господарювання мають регулюватися підгалузями цивільного та адміністративного права [6].

Існує думка, що у XX ст. остаточно закріпилася тенденція до відмови від дуалізму приватного права. Всі найновіші кодифікації приватного права в зарубіжних країнах (ЦК Швейцарії 1907 р., скасування Торгових кодексів Італії (1942 р.) та Португалії (1966 р.), ЦК Нідерландів (1992 р.) та провінції Квебек (1994 р.), Росії (1994 р.) та інших країн СНД) вже відбуваються в рамках єдиного Цивільного кодексу, що остаточно закріпило тенденцію розвитку приватного права у нашому столітті – відмову від дуалізму приватного права.

ЦК України, створений відповідно до зазначеної тенденції, своїм регулюванням на єдиних приватноправових принципах охоплює всю сукупність цивільно-правових відносин, у тому числі й приватноправові відносини у сфері підприємництва.

З огляду на це ідеї щодо необхідності для України мати «підприємницький», «торговий», «комерційний», «господарський» чи інші подібні кодекси слушно розглядаються як запрошення України до середньовіччя або, принаймні, спроба повернення до правничого менталітету минулого (А. С. Довгерт) [7].

А. С. Довгерт дуже слушно звернувся до правничого менталітету. Чи можливо порівняти правничий менталітет в Україні з менталітетом, наприклад, в Швейцарії або Нідерландах, де розвинуті торгові звичаї, поняття та цінність ділової репутації, безпосередньо як правові норми застосовуються принципи справедливості та добросовісності економічних відносин, економічної конкуренції, які передбачають не приватний егоїзм, що притаманно цивільному праву України, а баланс між інтересами всіх учасників ринкових відносин.

Крім цього, є намагання ввести нас в оману. В 1995 р. прийнято Комерційний кодекс Естонії [8], в 2000 та 2007 р. оновлено Комерційний кодекс Франції [9], в 2009 році прийнято Модельный торговый кодекс для держав –учасниць СНД [10], в 2011 році прийнято Комерційний кодекс Турції.

Чи можливо відмовитися від дуалізму приватного права? На нашу думку, вищенаведені судження виникають унаслідок маніпулювання певними фрагментами правової дійсності та жодним чином не зачіпають закономірностей розвитку правових відносин в економічній сфері та їх принципової відмінності від особистих відносин, оскільки об'єкт відносин в наведених різновидах правовідносин є різним. Відповідно, механізми регулювання особистих та економічних відносин, які в умовах ринкової економіки складають певну сукупність, є різними, що об'єктивно породжує дуалізм.

Об'єктом цивільних відносин є об'єкти цивільного права, визначені ЦК України. В економічному обороті здійснюється передача певних об'єктів, які є, в тому числі, об'єктами цивільного права, але які в умовах ринку набувають правовий статус товару, від одних суб'єктів до інших. Як справедливо зазначав К. Маркс, капіталіст виробляє товар не заради самого товару, його споживчої вартості або особистого споживання. Його цікавить відношення додаткової вартості, тобто надлишку вартості, з яким він продає товар, до всього капіталу, витраченого на виробництво товару. Інтерес капіталіста – завуалювати це співвідношення і внутрішній зв'язок надлишкової вартості та витраченого капіталу [11]. Теорія додаткової вартості є визнаною в усьому світі. Цей принцип, визначений К. Марксом, є одним з головних в розумінні змісту всіх господарських відносин в ринкових умовах та економічної конкуренції, яка виникає унаслідок приватної автономії та незалежності учасників економічних ринкових відносин (приватні відносини).

Можливість збільшувати додаткову вартість (прибуток) у співвідношенні з витраченим капіталом і є головним економічним стимулом підприємництва та конкуренції, який досягається за допомогою правомірних та неправомірних заходів, застосування яких і підлягає врегулюванню. Не випадково правовим принципом регулювання господарських відносин у ст. 6 ГК України визначено свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом. Безмежна свобода у погоні за отриманням прибутку руйнує чесні і справедливі економічні відносини. У зв'язку з цим свобода підприємницької діяльності вимагає встановлення меж та правил її існування як гарантія існування певного господарського правового порядку.

М. О. Козачук слушно визначив поняття «обмеження свободи підприємницької діяльності (в розумінні суб'єктивного права) як звуження змісту (умов та засобів, що складають правомочності) та/або обсягу (кількісних показників правомочностей) права на підприємницьку діяльність, а також як правила, що визначає та окреслює зміст свободи підприємницької діяльності та/або її обсяг» [12], тобто свобода підприємницької діяльності в ринкових умовах має свій зміст, обсяг та порядок реалізації, що визначені правилами економічної конкуренції, відмінними від визначених ЦК України.

Розглядаючи правила підприємництва та економічної конкуренції через призму її свободи, слід зазначити, що, за визначенням Д. Ролза, будь-яку свободу можна пояснити за допомогою трьох моментів: вільнодіючі суб'єкти, обмеження, від яких вони вільні, і те, що вони можуть робити або не робити [13]. Слід звернути увагу, що наявність обмежень, від яких суб'єкти господарювання вільні, передбачає також обмеження, від яких вони не вільні. Встановлення того, що суб'єкти економічних відносин можуть робити або не робити передбачає те, від чого вони не вільні.

Обмеження у сфері приватної господарської діяльності, в тому числі стосовно економічної конкуренції, прямо встановлені нормативними документами та становлять відповідні правила захисту економічної конкуренції та функціонування господарського правового порядку. Спроможність здійснювати або не здійснювати ті чи інші дії в сфері господарювання існує не абстрактно, а в контексті взаємодії всіх учасників ринку, які створюють ринкові відносини або ринок відповідних товарів. Ринкові відносини передбачають наявність певних принципів, стандартів, правил, які регулюють такі відносини.

Кожний учасник ринку вправі вступати чи не вступати в такі відносини, що становить його особисту свободу. Але коли суб'єкт відносин вступає в господарські ринкові відносини, він вправі очікувати від інших учасників відсутності перешкод щодо вільного доступу на ринок, свободи економічної діяльності при дотриманні встановлених або визнаних правил здійснення господарської

діяльності, вимагати припинення неправомірних дій в конкуренції та відшкодування збитків. Тільки у випадку дотримання всіма учасниками ринку певних правил та єдиного розуміння сутності таких відносин ці відносини є дійсно вільними. Враховуючи різноманітність інтересів учасників ринкових відносин, цього не відбувається, тому для забезпечення нормального функціонування ринку держава встановлює правила, які є обов'язковими для всіх, хто вступає в такі відносини.

Наприклад, Закон України «Про здійснення державних закупівель» встановлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти, метою яких є створення конкурентного середовища у сфері державних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції.

Законом визначено процедури та механізми укладення договорів за державні кошти, які є обов'язковими. Дотримання вимог закону забезпечує отримання реального економічного результату – перемогу у конкуренції з іншими суб'єктами господарювання найбільш ефективного суб'єкта господарювання. Слід зазначити, що механізм врегулювання відносин купівлі-продажу у цивільному праві та економічні відносини купівлі-продажу на ринку за участю держави та інших учасників ринку є різними не тільки за змістом, а й за правовою природою (способом правового регулювання виникаючих відносин).

Аналізуючи необхідність та сутність таких заходів, можна стверджувати, що фактично держава прямо або опосередковано виступає як конкурент по відношенню до приватних осіб, які орієнтуються тільки на власні досить обмежені економічні ресурси. Коли приватні особи втрачають ринкові позиції, вони стають банкрутами та усуваються з ринку. Державні структури спираються на державні ресурси, які, по-перше, є набагато більшими ніж приватні, по-друге, вони часто-густо не є результатом господарювання та ефективних економічних рішень, а отримані унаслідок перерозподілу результатів праці інших. Тому, за слушним визначенням К. Екштайна, державні структури завжди виступають на ринку «як недобросовісні конкуренти». Цим структурам завжди властивий елемент «направленості на монополізацію» [14].

Варто акцентувати увагу на тому, що в економічних відносинах їх суб'єкти виступають не як особистості, а, в першу чергу, як економічні суб'єкти, волю яких визначають економічні закономірності. Так, додаткова вартість (прибуток) може виникнути лише унаслідок реалізації товару споживачам, що відбувається за допомогою правочинів, які оформлюють факт економічних відносин. Разом з тим, як справедливо зазначає В. М. Махінчук, «об'єкт цивільно-правового правочину, як правило, не призначений для одержання прибутку його сторонами або ж прибуток не є його основною метою» [15]. Тобто здійснення правочину є обов'язковим, але не достатнім елементом у підприємницьких відносинах, оскільки він не враховує фактор прибутку підприємця і виникаючими у зв'язку з цим інтересами та взаємовідносинами між учасниками ринку, які є економічно нерівними. При цьому, скільки б ми не стверджували, що відносини засновані на юридичній рівності та вільному волевиявленню їх учасників, в економічних відносинах досягнути цього дуже складно. Часто-густо економічні відносини засновані на феномені ринкової влади (існування реальної можливості впливати на умови обороту товару на ринку або намагання її отримати), коли економічно більш могутній суб'єкт приватних відносин диктує свою волю, має фактичну владу над більш слабким суб'єктом.

Прибуток підприємця, як матеріальне благо, знаходиться у взаємозв'язку з іншими благами-станами та благами-процесами, які можуть виникати у підприємця завдяки економічній конкуренції та, в свою чергу, впливають на інших учасників ринкових відносин. При цьому цими благами-станами (наприклад, певний ринковий стан) та благами-процесами (наприклад, умови обороту товару, доступ до матеріальних ресурсів тощо) користуються й інші учасники ринкових відносин, але в різному ступені та з різною метою. При цьому володіння одними благами впливає на можливість володіння іншими. Так, можливість впливати на умови обороту товарів на ринку може привести до монопольного стану. Наявність монопольного стану суб'єкта господарювання або можливість впливати на умови обороту товарів на ринку створює додатковий прибуток та інші матеріальні блага.

Існує тенденція, що підприємець, який намагається отримати перемогу за рахунок ліпшого співвідношення додаткової вартості і вкладеного капіталу, почне контролювати й інші блага (стани та процеси), що існують та виникають на ринку. І було б неправильно зіставляти бажання отримувати прибуток із наявністю добросовісності в діях підприємця. Як зазначав К. Маркс, забезпечте капіталу 10 % прибутку і капітал згоден на всяке застосування, при 20 % він стає жвавим, при 50 % позитивно готовий зламати собі голову, при 100 % він зневажає всі людські закони, при 300 % немає такого злочину, на який він не ризикнув би піти, хоча б під страхом шибениці [16].

Таким чином, не врахування об'єктів правових відносин та інтересів різних учасників ринкових відносин (на нашу думку, це неможливо в ЦК України, який надає перевагу особистому інтересу, власнику конкретного права) призводить до ігнорування сукупності об'єктивних законів права, яка становить основу всіх різноманітних зв'язків правових явищ і є багаторівневою. Складне

ієрархічне підпорядкування об'єктивних законів, що проявляється у зв'язку елементів найбільш простих явищ, на кшталт норми права, правовідношення, нормативно-правового акта, які виступають компонентами інших, більш складних системних утворень [17]. Таким системним утворенням є ринок (сукупність ринків) та сукупність виникаючих економічних відносини на ньому.

Слід повернутися до основоположних понять права, які відверто ігноруються, але які можуть бути підтверджені емпіричним шляхом. Механізм правового регулювання в теорії права визначається як результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини із метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до вимог певного соціального ладу, який здійснюється за допомогою певних правових засобів. Відповідно до вимог певного соціального ладу в економічних відносинах таким соціальним ладом є економічний устрій. В різні історичні часи суспільство мало різну економічну організацію (устрій), тоді як особисті інтереси, чесноти залишалися тими самими. Тому, наприклад, в Україні дуже популярно досліджувати рецепцію римського права в цивільне законодавство України. Але хіба можна нормативно-організаційний вплив у рабовласницькому господарстві Древнього Риму переносити та порівнювати із впливом, потрібним сучасній ринковій економіці? Відповідь на це риторичне питання є очевидною.

По-друге, в сучасному Європейському праві в складі єдиного господарського права виділяють приватне господарське право, під яким розуміють норми матеріального права, що визначають правове положення економічних суб'єктів [18]. Приватне господарське право встановлює порядок обміну товарів на ринку між виробниками, торговцями та споживачами. Ці правила в межах приватної автономії допускають індивідуальні відхилення у правовідносинах між сторонами договору. Публічне господарське право встановлює правовідношення учасників економічного життя з державою[1]. Воно орієнтується на забезпечення економічного добробуту суспільства, досягнення народногосподарського балансу та соціальної справедливості, постійно зіставляючи, оцінюючи та компенсуючи різноманітні приватні та публічні інтереси. Отже, публічне (господарсько-адміністративне) право превалює над свободами, які випливають з приватного господарського права та модифікують їх [19]. Чи можна ігнорувати таку дійсність?

Таким чином, цивільні відносини завжди пов'язані із інтересом конкретної особи, об'єктом відносин є конкретний об'єкт цивільних прав без урахування прав та інтересів інших осіб, які існують і діють поряд. Економічні відносини в умовах ринку передбачають систему відносин різних учасників, які діють як економічні суб'єкти, що мають різні, іноді конфліктні інтереси, пов'язані із різними об'єктами відносин, що домінують щодо різних учасників таких відносин (прибуток, інші блага-стани та блага-процеси для суб'єктів господарювання, задоволення певних споживчих потреб для споживачів, економічна конкуренція як складова господарського правового порядку).

Регламентування економічних відносин, де учасники розглядаються, насамперед, як економічні суб'єкти, що діють в умовах ринку як складної вертикально та горизонтально інтегрованої системи та цивільних відносин, де головним є особисті інтереси їх учасників, потребує різних механізмів правового регулювання та фактично за масивом законодавства є різним.

Мета правового регулювання, яка обумовлена існуванням кількох об'єктів в ринкових відносинах, принципи, порядок виникнення, припинення правовідносин, реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків у поведінці конкретних осіб, яка призводить до досягнення мети правового регулювання, застосування санкцій в цивільних і економічних (господарських) відносинах є різними, що об'єктивно обумовлює наявність різних режимів правового регулювання.

Наявність різних механізмів і режимів правового регулювання ринкових відносин економічних суб'єктів та особистих цивільних відносин об'єктивно створює дуалізм приватного права при регулюванні приватних відносин.

Список використаної літератури:

1. *Торговое* уложение Германии / Пер. с нем. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 237.

2. *Коммерческий* кодекс Франции/ Предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В. Н. Захватаева. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 1272 с. – С. 24.

3. *Попондопуло В.Ф.* Модельный торговый кодекс (закон о торговле) для государств – учасников СНГ: концепция и структура. http://pravo.news/finansovoe-pravo-rossii-kniga/modelnyiy-torgovyiy-kodeks-zakon-torgovle-dlya-17867.html.

4. *Махінчук В. М.* Дуалізм приватного права: до постановки питання // Цивільне право та цивільний процес: актуальні питання. – С. 58.

[1] *Наведені* правовідносини між державою та учасниками економічного життя (виробниками, торговцями та споживачами) є набагато ширшими та різноманітнішими, ніж прийняте в Україні їх трактування як відносин влади та підпорядкування між органами влади, організаційно-господарських повноважень та суб'єктами господарювання.

5. *Тихомиров Ю. А.* Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие. – М.: 2000. – 394 с.

6. *Господарсько-правове* регулювання суспільних відносин в Україні: монографія / За ред. док. юрид. наук, проф. Р. Б. Шишки. – К.: «МП Леся», 2015. – С. 33.

7. *Дуалізм* приватного права [Електронний ресурс] / http://pidruchniki.com/1281041946516/pravo/dualizm_privatnogo_prava.

8. *Коммерческий* кодекс [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon24.ee/pravovyje-akty-estonii-na-russkom-jazyke/kommercheskij-kodeks/.

9. *Коммерческий* кодекс Франции [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://ru.wikipedia.org/wiki/Коммерческий_кодекс_Франции.

10. *Модельный* торговый кодекс для государств–участников СНГ [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997_n01.

11. *Маркс К.* Капітал. – К.: Державне вид-во політичної літератури УРСР, 1980. – С. 45–47.

12. *Козачук* М. О. Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України. [Текст]: автореф. дис…. канд. юрид. наук: 12.00.04 / Козачук Микита Олександрович. – Київ, 2011 р. – С. 3.

13. *Ролз* Дж. Теория справедливости. – Новосибирск, Изд-во Новосиб. ун-та, 1995. – С.182.

14. *Экштайн К.* Основные права и свободы по Российской Конституции и Европейской Конвенции. – М.: NOTA BENE, 2004. – С. 340.

15. *Махінчук В. М.* Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 83.

16. *Dunning T. J.*, Trade's Unions and Strikes: Their Philosophy and Intention. – London: Published by the author, and Sold by M. Harley, No 5, Raquet court, Fleet street, E.C. 1860. – P. 35–36. – 52 p., цитата по: К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения. Изд. 2-е. – Т. 23. – С. 770.

17. *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – С. 55.

18. *Основы* германского и международного экономического права. Учебное пособие // Х. Й. Шмидт-Тренц, Ю. Плате, М. Пашке и др. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2007. – С. 42.

19. *Штобер Р.* Хозяйственно-административное право / Пер. с нем. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 13.

The article is devoted to the comparison of regulation of private personal and economic relations and the dualism of private law.

Статья посвящена сравнению регулирования личных и экономичных частноправовых отношений и дуализму частного права.

ПОНЯТТЯ ЖИТЛОВИХ ІНТЕРЕСІВ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

Галянтич М. К.,
доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті комплексно досліджується на понятійному рівні термін «житловий інтерес» з метою єдиного розуміння термінології в різних нормативних документах. Проводиться відмежування поняття суб'єктивного житлового права та законного житлового інтересу, загальний та спеціальний інтерес.

Ключові слова: житловий інтерес, житлове право, охоронюваний законом інтерес, право на захист.

Дослідження міжгалузевої категорії «інтерес» визначається тим, що захист житлових прав нерозривно пов'язаний із проблемою правового забезпечення суспільних інтересів, основу яких складають інтереси окремих фізичних осіб. В статтях 3, 15–21, 69, 67 ЦК України широко використовується категорія «захист інтересу», хоча зміст цього поняття не розкривається.

Слід зазначити, що реалізація особистих немайнових прав, визначених ст. 270 ЦК, певним чином пов'язана з реалізацією житлового інтересу фізичних осіб. Узагальнюючи позиції вчених, можна дійти висновку, що в сфері цивільного права враховуються як об'єктивні, так і суб'єктивні інтереси. Варто погодитися з В. П. Грибановим [1, с. 154], який вважав, що взаємозв'язок інтересу і суб'єктивного права подвійний. По-перше, у більшості випадків інтерес є передумовою виникнення, здійснення і захисту цивільних прав, оскільки, як правило, саме інтерес передує зародженню суб'єктивного

права і визначає динаміку правовідносин, що виникли. По-друге, задоволення інтересу правомочної особи є метою будь-якого суб'єктивного права, що виступає як правовий засіб задоволення інтересів.

У широкому значенні інтересом у праві визнається прагнення особи повніше задовольняти свої потреби і бажання, що прямо не формалізовано в конкретному суб'єктивному праві, проте не суперечить праву як такому. Саме через реалізацію та захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві України розглядає І. В. Венедиктова [2, с. 165]. Конституційний Суд України дав визначення поняттю «охоронюваний законом інтерес»: як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права 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 інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

У структурі законного інтересу виділяють два елемента: прагнення суб'єкта користуватися конкретним соціальним благом; звернення в деяких випадках за захистом до компетентних органів [3]. Визначенню поняття інтерес у цивільному праві, його змісту (ознак) в цивільному праві приділялася певна увага, проте це питання залишається досить складним і дискусійним.

Слід зазначити, що охоронювані законом інтереси можна розглядати як права і свободи людини. Так, П. П. Андрушко визначив, що поняття «охоронювані законом інтереси» є найбільш широким і включає в себе також права і свободи людини і громадянина, які є різновидом інтересу, та конкретизовані і чітко визначені в Конституції України [4, с. 89]. Так, у ст. 47 Конституції України серед основних прав і свобод людини та громадянина проголошено право кожного на житло. Воно є одним з основних прав, адже житло – важливе соціальне благо, яке лежить в основі життєдіяльності кожної людини і нормального розвитку суспільства. Захист житлового інтересу важливий через те, що без його належного забезпечення неможливим є розвиток людини як соціальної істоти.

Сучасне розуміння житлового інтересу ґрунтується на визнанні його як права людини, яке відповідним чином має захищатися, незважаючи на те, що воно не отримало свого нормативного закріплення. Природний характер права на житло свідчить про те, що це право належить як дієздатній особі, так і особам, дієздатність яких є неповною внаслідок віку чи стану здоров'я або повністю недієздатним особам [5, с. 108].

Поняття «право на житло» безпосередньо пов'язане з поняттям «реалізація права на проживання», що випливає із житлового інтересу. Як зазначає П. П. Андрушко [4, с. 87]: «Інтерес – це, з одного боку, конкретне матеріальне та/або нематеріальне благо, отримати, набути яке чи досягти яке або зберегти яке чи мати можливість (потенційну) одержати чи набути яке або користуватись яким прагне (бажає) особа, а з іншого боку, – це прагнення особи отримати таке благо, користуватися ним. Тобто житловий інтерес означає не тільки те, що держава гарантує та бере на себе обов'язок сприяти тому, щоб кожна фізична особа була забезпечена житлом та гарантувати його недоторканність.

Прихильники включення інтересу до змісту суб'єктивного права оперують поняттям «інтерес» як загальновідомим поняттям, не намагаючись навіть розкрити його зміст. В юридичній літературі поняття «інтерес» вживається в різних значеннях [1, с. 154]. Взаємозв'язок інтересу і суб'єктивного права викликав серед окремої частини юристів думку, що інтерес входить до самого змісту суб'єктивного права [6, с. 44]. Інші автори хоча і відзначають важливе значення інтересу в праві, але вважають інтерес моментом зовнішнім стосовно суб'єктивного права і не включають його до змісту останнього [7, с. 20–21]. Проте інтерес, на відміну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони [4, с. 85]. Проте це тільки частина охоронюваного законом інтересу, за такої постановки питання не може йтися про його правовий захист. В основі будь-якого суб'єктивного права лежить той чи інший типовий інтерес, спільний для всіх членів даного суспільства. Захист суб'єктивного права являє собою водночас і захист охоронюваного законом інтересу. Право про захист інтересу захищається не тільки у складі відповідного суб'єктивного права. Наприклад, суб'єкти житлового права можуть мати і такі інтереси, що не опосередковуються певними суб'єктивними правами, а існують самостійно, наприклад, у формі охоронюваних законом сталих інтересів на поліпшення житлових умов.

При розкритті поняття «охронюваний законом інтерес» В. І. Венедиктова, зокрема, визначає його в самому широкому змісті як незаборонене домагання. Охоронюваний законом інтерес у цивільному праві авторка пропонує розуміти як усвідомлене суб'єктом права домагання отримати певне матеріальне (нематеріальне) благо або змінити правовий статус, що спонукає суб'єктів права вчиняти конкретні дії, знаходиться у правовому полі та забезпечене підтримкою держави, здійснюється у формі дозволу і відображається в конкретних відносинах [6, с. 3].

Відносини у сфері захисту суб'єктивних прав та законних інтересів, що охороняються, є складовою частиною житлових прав. Право на захист житлових прав знаходиться в структурі суб'єктивного права на житло частково конкретизоване в нормах ЦК, СК, і з моменту порушення

самого суб'єктивного права задіюються механізм цивільно-правового захисту і виникнення відповідного обов'язку в правопорушника поновити порушене суб'єктивне житлове право. В юридичні літературі виділяють поняття охоронюваний законом інтерес в широкому розумінні. Так, О. І. Чепис під законними інтересами у цивільно-правовому змісті пропонує розуміти лише не опосередковані правом інтереси, що у широкому змісті збігаються в обсязі з соціально-економічними (фактичними) інтересами, що не суперечать нормам права, основам правопорядку й моральності, найбільше відповідає основним началам цивільного права, заснованого на диспозитивному регулюванні відносин юридично рівних суб'єктів [9, с. 551–559]. Проте лише частина (складова) законного інтересу конкретизована в Конституції України, ЦК України та деяких інших нормативних актах, де використовуються поняття «інтерес», «законні інтереси» та «охоронювані законом інтереси», хоча і неможливо зрозуміти значення, яке вкладається у поняття «інтерес» [2, с. 165].

Праву на житло притаманні кілька юридичних інтересів: реалізувати природне право на житло; стабільно користуватися займаним жилим приміщенням; покращувати свої житлові умови; за вільним розсудом, в межах закону, використовувати жиле приміщення; захищати житлові інтереси від незаконного (без достатньої правової підстави) вилучення житла; недопускати обмеження житлових прав та інтересів фізичної особи.

Як зазначає П. П. Андрушко, законний інтерес відображає лише прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, це прагнення у межах сфери правового регулювання до користування якимось конкретним матеріальним або нематеріальним благом [4, с. 85]. Тобто, зважаючи на те, що житлове законодавство регулює як житлові, так і пов'язані з ними інші майнові та немайнові відносини, поняттям «житлові інтереси» охоплюються різні види інтересів, що виникають у різних суб'єктів права. Слід зазначити, що норми цивільного права рівною мірою мають забезпечувати інтереси як фізичних, так і юридичних осіб, переважно у сфері цивільного обороту. Водночас норми житлового права покликані вирішувати питання законного інтересу не кожної фізичної особи, а дотримання спільних інтересів. Аналіз чинного законодавства свідчить про те, що житлові права безпосередньо пов'язані з інтересами, вони стосуються невизначеного кола фізичних осіб, поєднані з інтересами окремих груп та категорій таких осіб. Тому дотримання житлових інтересів окремих осіб, чи їх окремих категорій, не має призводити до конфлікту інтересів.

В Законі України «Про запобігання корупції» конфлікт інтересів визначається як суперечність між особистими майновими, немайновими інтересами особи чи близьких їй осіб та її службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання наданих їй службових повноважень.

Тому житлові інтереси слід розглядати як засіб забезпечення балансу вкрай різноманітних і різнорівневих інтересів. Адже саме намагання реалізації житлових інтересів є тим фактором, що зумовлює набуття ним певних суб'єктивних прав. З іншого боку, більшість правомірних інтересів задовольняється і отримує захист саме у формі того чи іншого суб'єктивного права, тобто житлові інтереси мають знаходитися у структурі суб'єктивного житлового права.

Також можна констатувати, що між загальними нормами, що містяться в ЦК України, і спеціальним житловим законодавством є певні неузгодженості, що виявляються у різному змісті житлових прав та інтересів фізичних осіб, які визначаються різними нормативними актами приватноправового і публічно-правового спрямування.

Слід погодитися з І. О Дзерою, яка поняття «охоронюваний законом інтерес» розуміє як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві [10, с. 685]. Поняття «охоронюваний законом інтерес», яке вживається в ст. 15 ЦПК України у зв'язку з поняттям «права, що виникає з житлових відносин», треба розуміти як прагнення до користування конкретним житлом та/або нематеріальним благом, яке забезпечує житло, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві, 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 інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

Від інтересу особи залежить і захист суб'єктивного права, зокрема, звернення чи ні особи з вимогою захисту права, вибір органу і способу захисту, коли закон йому таке право вибору надає. Задоволення інтересу управомоченої особи є метою будь-якого суб'єктивного права, що виступає як правовий засіб задоволення інтересів [11, с. 26].

Питання захисту житлових прав фізичних осіб, що більшою мірою не конкретизовані за умов чинності застарілого ЖК УРСР 1083 р., набуває дедалі більшої актуальності, що зумовлено специфікою таких прав та недостатності їх нормативно-правового забезпечення. При цьому держава гарантує правовий захист шляхом відшкодування матеріальної та моральної шкоди (ст. 16, 280 ЦК України).

Для житлових інтересів характерним, зокрема, є те, що носіями цих прав являються всі фізичні особи, які мають право на житло, що полягає у закріпленні не тільки загального інтересу, а й

юридичну можливість захищати його. Житлові права та інтереси є парними категоріями. Наприклад, житлові інтереси щодо дотримання режиму недоторканності житла ґрунтуються на речовому праві володіння та користування конкретним житлом.

Спільні риси між суб'єктивними правами і законними інтересами визначав А. В. Малько [11, с. 26]: вони обумовлені матеріальними і духовними умовами життя суспільства; сприяють розвитку і вдосконаленню соціальних зв'язків, фіксуючи в собі певне поєднання особистих і суспільних інтересів; несуть певне регулятивне навантаження, виступаючи своєрідними способами правового регулювання; припускають задоволення власних інтересів особистості, виступаючи своєрідними юридичними засобами (інструментами) реалізації даних інтересів; мають диспозитивний характер; виступають в якості самостійних елементів правового статусу особи; представляють собою юридичні дозволи; їх здійснення пов'язується в основному з реалізацією; є об'єктами правової охорони і захисту, що гарантується державою; визначають собою свого роду міру поведінки, специфічний критерій законних діянь.

Інтерес є лише передумовою для набуття конкретних суб'єктивних прав і обов'язків. І. О. Дзера правомірно звертає увагу на те, що ні в ЦК України, ні в інших актах законодавства не надається визначення поняття «інтерес», а єдине застереження, яке міститься у ЦК, про те, що захисту підлягає лише той інтерес, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства [10, с. 685]. Тому питання захисту житлових інтересів фізичних осіб вважаємо за доцільне розглядати в структурі захисту належних суб'єктивних житлових прав, тобто прав, які виникли у них у зв'язку із реалізацією ними права на житло. А під реалізацію житлового інтересу слід розуміти не абстрактну можливість, а реальне домагання через правові механізми здійснення особою права на захист. Загальне цивільне та спеціальне житлове законодавство регулює відносини щодо захисту суб'єктивних житлових прав та законних інтересів, що включає дотримання особистих немайнових прав, що виникають у фізичних осіб у разі користування житлом.

Виходячи із зазначеного, житлові інтереси можна класифікувати: 1) за матеріальною ознакою – як майнові і немайнові; 2) за суб'єктивним складом – як односторонні або багатосторонні; 3) юридично формалізовані та неформалізовані. Отже, визначення суті житлових інтересів громадян полягає головним чином у визначенні їх юридичного змісту. Житловим інтересам притаманна неформалізована специфічність. Аналіз конституційних норм доводить, що житлові інтереси можуть бути реалізовані різними способами. Право на задоволення житлового інтересу обмежується дією норми ст.13 ЦК України «Межі здійснення цивільних прав».

Право на захист цивільних прав та інтересів відповідно до ст. 15 ЦК виникає у кожної особи у випадку порушення, невизнання або його оспорювання. Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства і не порушує інтересів інших осіб.

Таким чином, проблема законних інтересів, їх співвідношення з суб'єктивними правами є досить важливою в сучасній науці житлового права, а її послідовне закріплення буде створювати умови для удосконалення правового регулювання в різних сферах суспільного життя.

Отже, житловий інтерес фізичних осіб: 1) або відображається в об'єктивному праві, або випливає з його загальних нормативно закріплених засад; 2) відповідає загальному благу і законним інтересам інших фізичних осіб; 3) правовий захист гарантується державою у спосіб, передбачений ст. 16 ЦК України.

Список використаної літератури:

1. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. Изд.2-е, стереотип. – М.: Статут. – 2001. – 411 с.

2. *Венедиктова И. В.* Охраняемый законом интерес в гражданском праве: монография / И. В. Венедиктова. – Х.: Точка, 2012. – 508 с.

3. *Википедия* / Інтерес (право) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yandex.ua/yandsearch?lr=143&oprnd=7276685294&text.

4. *Андрушко П. П.* Категорія «інтерес» у кримінальному праві / Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 81/2009. – С. 85– 89.

5. *Галянтич М. К.* Житлове право України: навч. посібник / М. К. Галянтич. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 108.

6. *Толстой Ю. К.* К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л.: ЛГУ, 1959. – С. 44.

7. *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь.– М.: Госюриздат, 1950. – С. 20–21.

8. *Венедиктова І. В.* Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві: автореферат дис. на здоб. наук. ступ. докт. юрид. наук: 12.00.03 / І. В.Венедиктова. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – 2013. – 40 с.

9. *Чепис О. І.* Законний інтерес як категорія цивільного права / О. І. Чепис // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 551–559 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-1/09hoikcp.pdf.

10. *Дзера І. О.* Загальні правові засади захисту цивільних прав та інтересів// Договірне право. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С.685.

11. *Малько А. В.* Субъективное право и законный интерес // Правоведение / А. В. Малько. – 1998. – № 4. – С. 58–70.

The article explores the complex on the conceptual level, the term «housing interest» in order to understand the terminology in the various regulations. Also distinguishes the concept of subjective rights and legitimate residential housing interest, general and special interest.

В статье комплексно исследуется на понятийном уровне термин «жилищный интерес» с целью понимания терминологии в различных нормативных документах. Проводится разграничение понятия субъективного жилищного права и законного жилищного интереса, общий и специальный интерес.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ДОСВІД РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З ПОГЛИНАННЯ КОМПАНІЙ У КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСКОГО СОЮЗУ

Гриняк А. Б,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
завідувач відділу проблем договірного права НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

В статті аналізуються питання, пов'язані з вивченням міжнародно-правового досвіду регулювання відносин з поглинання компаній крізь призму таких моделей, як: англосаксонська, американська та європейська. Встановлено, що Директива про поглинання не носить імперативного характеру, дозволяючи державам-учасницям на національному рівні відмовитись від застосування того чи іншого запропонованого директивою механізму правового регулювання досліджуваних правовідносин.

Ключові слова: правосуб'єктність компаній, поглинання, фондовий ринок, захисні засоби, концентрація капіталу, контрольний пакет акцій.

Аналізуючи питання, пов'язані з вивченням міжнародно-правового досвіду регулювання відносин з поглинання, насамперед слід зазначити, що термін поглинання є недостатньо дослідженим і часто вживається науковцями по-різному та не має відповідного законодавчого закріплення. На нашу думку, під поняттям поглинання в широкому його значенні слід розуміти придбання на погоджених умовах одним комерційним товариством контрольного пакету акцій (долей, паїв) в статуті іншого товариства для управління останнім. При цьому під контрольним пакетом акцій (долей, паїв) в статутному капіталі товариств розуміється 51% акцій (долей, паїв), що надають можливість особі, яка здійснює поглинання, встановити контроль над управлінням товариством.

Поряд з «директивним методом» Римським договором про Європейський Союз (далі – ЄС) передбачається формування єдиного механізму регулювання концентрації капіталу шляхом укладення міжнародних конвенцій на підставі ст. 293 Римського договору про ЄС, за якою держави-члени вступають в міру необхідності в переговори для того, щоб врегулювати проблему перенесення компанією свого місцезнаходження в іншу країну без втрати первісної правосуб'єктності і можливості поглинання компаній, створених відповідно до національного законодавства різних держав-членів.

Інститут поглинань завжди пов'язують з двома моделями – «дружнім» та «ворожим» поглинанням. «Ворожі» поглинання традиційно вважають основною проблемою англо-американського світу. Законодавство, що регулює «ворожі» поглинання, спрямоване на застосування захисних засобів радою директорів товариства та забезпечення рівності усіх акціонерів через регулювання порядку придбання акцій у акціонерів товариства, що поглинається, та сплати за такі акції однакової та справедливої ціни, а також надання акціонерам достатньої і вчасної інформації про поглинання.

Натомість в державах континентальної Європи «ворожі» поглинання не так широко поширені, оскільки інституційні інвестори характеризуються більшим ступенем стабільності, порівняно з країнами англосаксонської системи права, адже зорієнтовані на довгострокові капіталовкладення, саме тому «ворожі» поглинання тут не поширені. Так, структура інституційних інвесторів, скажімо у

Німеччині та Франції, характеризується більшою стабільністю та не сприяє виникненню «ворожих» поглинань, що, як наслідок, позначається на відповідному правовому регулюванні.

За теорією інституційних інвестицій вважається, що інвестори у Великій Британії прагнуть швидкого прибутку і тим самим сприяють «ворожим» поглинанням. Серед інших причин, що сприяють «ворожим» поглинанням в англо-американській моделі, можна виділити розпорошене володіння акціями відкритих акціонерних товариств. Цей фактор надає можливість інвесторам посилити свій вплив за рахунок збільшення ризиків під час інвестування.

Слід звернути увагу на те, що саме термін «логічне розуміння поглинання» як дружнього, так і ворожого в зарубіжних країнах істотно відрізняється від подібних транзакцій в Україні. Під дружнім злиттям і поглинанням на західних ринках розуміється, насамперед, процес, при якому покупець подає до уповноваженого органу заяву про довіреності, що після схвалення компетентним органом направляється акціонерам, які на загальних зборах акціонерів приймають рішення щодо її схвалення або ж несхвалення. Під недружнім поглинанням розуміється, насамперед, розсилка безпосередньо акціонерам листів, що містять намір покупця придбати акції компанії [1, с. 79]. Тобто перший критерій розмежування дружніх та ворожих поглинань полягає в поведінці покупця, а саме: до кого звернувся покупець з пропозицією про купівлю. Другий критерій пов'язаний з поведінкою органу управління товариства – ради директорів товариства. У разі публічного звернення про купівлю до ради директорів останній розглядає пропозицію, оцінює її ефективність з економічної точки зору для акціонерів товариства та приймає рішення, чи є пропозиція дружньою, чи ворожою.

У багатьох європейських державах поглинання регулюються сукупністю комплексних норм, що в основному містяться у праві товариств, договірному праві, законодавстві про біржі, а також у правилах, що регулюють розкриття фінансової інформації. У більшості випадків законодавства щодо поглинань держав-членів обмежені до регулювання певних видів операцій та відрізняються виходячи зі специфіки ринку.

У Німеччині поглинання регулюються на рівні спеціального законодавства. В Бельгії основа для регулювання поглинань була закріплена на законодавчому рівні в 1964 р., а першим органом, що займався контролем цього питання, була Банківська комісія. Швейцарія наразі не має законодавства про публічні пропозиції поглинань. Так, Кодекс поглинань Швейцарії наслідує правову модель Кодексу Сіті Великої Британії.

У більшості європейських систем законодавство про поглинання обмежує застосування захисних засобів виконавчим органом товариства, що поглинається. Більшість континентальних систем права роблять розмежування між захисними засобами, що можуть бути вжиті до та після оголошення про пропозицію на придбання акцій. Однак у багатьох державах ці захисні засоби дозволені до тієї міри, доки дозволяють попередити поглинання в принципі. На основі цього можемо зробити висновок, що ступінь захисту інтересів акціонерів там значно нижчий, порівняно з захистом інтересів товариства в цілому, його стабільності та довгостроковості планувань інвестицій.

Наприклад, німецьке законодавство, хоча і встановлює певні заборони виконавчому органу на вжиття захисних заходів без попередньої згоди акціонерів, є значно лояльнішим ніж законодавство Великої Британії. Німецьке законодавство надає можливість вчинення виконавчим органом певних захисних заходів за згодою наглядової ради та вимагає від виконавчого органу надавати акціонерам обґрунтований висновок стосовно усіх умов поглинання.

З метою узгодження європейського досвіду злиття та поглинань в окремих країнах була прийнята Директива про придбання акцій та долей компанії № 2004/25/РЄ як основа уніфікованого європейського права. Зазначимо, що Директива поширює свою дію на пропозиції про покупку шляхом придбання акцій публічних компаній, діяльність яких регулюється законодавством країн ЄС, за умови, що такі акції (всі або частково) допущені до обігу на регульованому ринку в одній або кількох країнах ЄС. Директива не поширюється на компанії, акції яких не обертаються на фондовому ринку [2, с. 273]. При цьому Директива застосовується як до добровільної, так і до обов'язкової пропозиції про покупку. Важливим є і той факт, що не всі види акцій підпадають під дію Директиви. Під акціями розуміються акції, що можуть відчуватися та дають право голосу [3, с. 15].

Загалом же Директива ґрунтується на таких основних принципах: принципі невтручання, принципі рівності, принципі доступності інформації, принципі справедливої ціни, принципі взаємності, які відображені як в преамбулі Директиви, так і в основному її тексті. Зокрема, виходячи з принципу «невтручання» (ст. 9 Директиви) після публічного оголошення про майбутню угоду будь-який захисний механізм, яким захоче скористатися рада директорів (наглядова рада) компанії-«мішені», підлягає попередньому схваленню на загальних зборах акціонерів такої компанії. З метою полегшення застосування цього правила в таких випадках Директива вимагає від держав–членів ЄС прийняття норм, що вимагають скликання загальних зборів акціонерів у найкоротші строки. Відповідно до Директиви активний пошук альтернативних покупців не є порушенням правила «невтручання». Що стосується рішень, прийнятих до публічного оголошення про майбутню угоду і не реалізованих на момент такого оголошення, то загальні збори акціонерів повинні розглянути ті з

них, які не є рішеннями, прийнятими в рамках повсякденної діяльності компанії, і які можуть якимось чином перешкоджати успішному здійсненню угоди.

Аналізуючи принцип рівності, зазначимо, що він є ключовим принципом, відображеним у Директиві. Згідно з ним всім акціонерам компанії-«мішені», що володіють акціями однакового класу, мають бути надані рівні права. Зазначений принцип застосовується до акціонерів компанії-«мішені» у всіх випадках поглинання: добровільному (акціонери самостійно продають свої акції) чи обов'язковому (акціонери змушені продати свої акції відповідно до вимог чинного законодавства).

Згідно з принципом взаємності, якщо компанія, що застосовує правила, передбачені ст. 9 та/або 11 Директиви, робить це з причини необхідності або вона самостійно приймає таке рішення, то держава–член ЄС, де компанія-«мішень» зареєстрована, має право звільнити останню від необхідності дотримання таких правил, за умови, що набувач цих правил не дотримується. Схожа ситуація може виникнути, коли набувач зареєстрований в державі–члені ЄС, яка прийняла рішення про утримання від застосування правил, передбачених ст. 9 та/або 11 Директиви, а компанія-«мішень» знаходиться у державі–члені ЄС, яка, навпаки, вирішила ці правила застосувати. Таким чином, як вбачається з вищенаведеного, принцип взаємності не надає компаніям такого права безпосередньо, а дозволяє державам–членам ЄС на свій розсуд вирішувати надавати таке право тій чи іншій компанії, чи ні.

Аналізуючи принцип справедливої ціни, слід зазначити, що Директива розглядає його в двох площинах. По-перше, у випадку, коли передбачено обов'язкову пропозицію, набувач зобов'язаний запропонувати справедливу ціну, яка визначається як «найбільш висока ціна, яку б заплатив набувач за такі ж акції протягом строку, який визначається державами–членами ЄС. При цьому такий строк не може бути менше шести місяців і більше дванадцяти місяців до оголошення про поглинання» [3, с. 17]. По-друге, набувач зобов'язаний запропонувати ціну рівну найбільш високій ціні, що була заплачена за акції після оголошення про поглинання, якщо така ціна перевищує раніше запропоновану. Водночас держави–члени ЄС вправі частково відійти від застосування правила про найбільш високу ціну, однак зважаючи на те, що компетентний регулюючий орган вносить зміни виключно у виняткових випадках і такі зміни в ціні не суперечать правилу про обов'язкову пропозицію.

Після того, як в результаті поглинання в розпорядженні набувача знаходиться переважна більшість акцій компанії-«мішені», він має право «витіснити» акціонерів, що залишилися, запропонувавши їм справедливу ціну за їхні акції. Разом з тим процедура витіснення акціонерів може бути використана лише в тому випадку, якщо набувач в результаті поглинання або стане власником не менше 90% акцій компанії-«мішені», або придбає не менше 90% акцій компанії-«мішені». Виключно в цих випадках набувач вправі вимагати від акціонерів, що залишилися, продати належні їм акції за справедливою ціною.

Водночас Директива також захищає права акціонерів, що залишилися в меншості після закінчення операції з поглинання, шляхом вимоги від акціонера, який володіє контрольним пакетом акцій, викупу належних їм акцій за справедливою ціною. Санкції за порушення, вчинені у процесі поглинання компаній, мають бути передбачені національним законодавством. Більше того, відповідно до положень Директиви акціонерам компанії-«мішені» має бути надано достатньо часу, щоб прийняти обдумане рішення щодо пропозиції про купівлю. Пропозиція, зроблена набувачем, має діяти не менше двох, але не більше десяти тижнів з моменту його опублікування у встановленому порядку.

Щодо принципу доступності інформації Директива передбачає широкий перелік інформації щодо пропозиції про викуп акцій, з якою мають бути ознайомлені акціонери компанії-«мішені». Серед іншого в нього входить така інформація: а) умови щодо пропозиції про викуп; б) інформація про набувача, у випадку якщо це юридична особа – найменування, вид та юридична адреса; в) інформація про акції, що підлягають викупу; г) максимальний і мінімальний відсоток або кількість акцій, які планується придбати; д) інформація щодо фінансування пропозиції тощо. Директивою також передбачено, що вся необхідна інформація має подаватися до уповноваженого регулятивного органу на його вимогу. Визначаються також мінімальні вимоги до змісту документа, що містить пропозицію. Для запобігання маніпулюванню ринками та інсайдерською діяльністю вся інформація про поглинання, яка може вплинути на ринок капіталів, має розкриватися таким чином, щоб зменшити ризик маніпулювання. Всі документи, що стосуються пропозиції, мають бути вчасно та оперативно доступні для ознайомлення акціонерам товариства, що поглинається. Правила щодо розкриття інформації мають визначати конфіденційність інформації про поглинання перед оголошенням пропозиції з метою уникнення маніпулювання ринками. Коли буде оголошено про намір зробити пропозицію щодо придбання акцій, відомості про покупця негайно слід розкрити акціонерам виконавчого органу товариства [1, с. 94].

Разом з тим у Звіті Комісії європейських співтовариств «Щодо імплементації Директиви про поглинання», підготовленому 21.02.2007 р., наголошується, що багато держав не поділяють низки позицій Комісії Європейських співтовариств. Наприклад, Франція виключила можливість застосування норми множинного голосування. Крім того компаніям, що діють під французькою юрисдикцією, надано право самостійно приймати рішення про включення цього правила до установчих документів компанії. Для цього необхідно ухвалити відповідне рішення на загальних зборах акціонерів і повідомити про своє рішення уповноважений орган, що регулює питання ринку цінних

паперів. Однак, незважаючи на часткову імплементацію Францією Директиви № 2004/25/РЄ, на практиці державні органи можуть заблокувати будь-яку угоду, незважаючи на позицію акціонерів.

Показовою в цій ситуації є така справа. В кінці лютого 2006 р. італійська енергетична компанія Enel оголосила про плани придбання франко-бельгійської компанії Suez (енергетика, водопостачання і переробка сміття). Коли Enel оголосила про свій інтерес до активів Suez, французька влада зайняли «оборонну позицію» і заявили про свою «стурбованість». Уряд Франції вважав за краще варіант злиття Suez з газовою компанією Gos de France, щоб створити потужну енергетичну компанію на французькому ринку і поступово розширювати її на ринки інших країн. Угода з Enel могла призвести до «втрати суверенітету Франції в галузі енергетики». Саме французький уряд ініціював злиття Suez з Gos de France. Альянс GdF-Suez викликав різкі протести в уряді Італії [4].

Виходячи зі змісту Директиви, певне коло питань має регулюватись національним законодавством відповідно до принципу субсидіарності. До них належить регулювання втрати чинності пропозиції, перегляду пропозиції, конкуренції пропозицій, повідомлення результатів пропозиції, невідкличність пропозиції. Зміст цих правил залишено на розсуд держав-членів, які повинні гарантувати, що ухвалені норми не суперечать загальним принципам Директиви. Забороняється запроваджувати обмеження на вільний обіг цінних паперів та на право голосу.

Зважаючи на наведене, зазначимо, що аналізована нами директива не носить імперативного характеру, дозволяючи державам-учасницям на національному рівні відмовитись від застосування того чи іншого запропонованого механізму та встановлює єдині правові норми щодо контролю та регулювання злиттів і поглинань компаній в рамках Європейського Союзу. Законодавство, що регулює поглинання товариств, – це якраз те законодавство, яке яскраво ілюструє відмінності у корпоративному праві держав–членів ЄС.

Водночас на сьогодні в Україні майже відсутнє законодавство, яке б чітко урегульовувало цю сферу відносин, оскільки характеризується множинністю діючих законодавчих актів, які регулюють статус юридичних осіб різних організаційно-правових форм, а також відсутністю єдиного закону, що регулює вказану сферу правовідносин.

Список використаної літератури:

1. *Вербов С. В.* Регулювання угод зі злиття та поглинання в приватному праві: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. В. Вербов. – К., 2014. – С. 79, 94.

2. *Кибенко Е. Р.* Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии / Е. Р. Кибенко. – Киев. Издательство «Юстиниан», 2003. – С. 273.

3. *Directive* 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids. // OJ L 142, 30.04.2004. – P. 12–23.

4. *Costa v. Enel,(*Case 6/64), Giudice conciliatore di Milano, Sezione, ordinanza del 16/01/1964 21/01/1964 (RG 1907/63) [Електронный ресурс]. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:EN:PDF.

The paper examines issues related to the study of international legal regulation of relations experience with acquisitions in the light of the following models: Anglo-Saxon, American and European. It was established that the Directive does not Thirteen is imperative, enabling States Parties at the national level to waive the application of a proposed directive mechanism of legal regulation investigated relationships.

В статье анализируются вопросы, связанные с изучением международно-правового опыта регулирования отношений по поглощению компаний через призму таких моделей, как: англосаксонская, американская и европейская. Установлено, что Директива о поглощении не носит императивного характера, позволяя государствам-участникам на национальном уровне отказаться от применения того или иного предложенного директивой механизма правового регулирования исследуемых правоотношений.

ЗМІСТ ТА ФОРМА ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН ЯК УМОВИ ЇХ ПРАВОМІРНОСТІ

Кочин В. В.,
кандидат юридичних наук, учений секретар НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються загальні умови правомірності цивільних відносин. Визначається зміст фактичних відносин, його співвідношення з законодавчо передбаченою структурою відносин, а також необхідність відповідного оформлення цивільних відносин.

Ключові слова: цивільне право, правові відносини, зміст відносин, форма відносин.

Юристам здається, що вони знають, з якою реальністю вони мають справу, тільки до тих пір, коли їх про це не запитують. Якщо ж їх запитають, то їм вже доводиться самим або запитувати і дивуватися, або ж за необхідністю вирішувати одне з найскладніших питань теорії пізнання.

Є. В. Спекторський

Взаємодія людини у соціумі породжує виникнення відповідних прав та обов'язків, які у своїй сукупності складають певні суспільні відносини. Для юридичної наука така взаємодія є правовими відносинами, де одна сторона на основі правових норм вимагає від іншої сторони виконання певних дій або ухилення від них, а інша сторона повинна виконати ці вимоги, що охороняються державою [2, с. 335]. Будь-яка фактична взаємодія набуває ознак правовідносин у тому випадку, коли такі відносини: 1) суспільні; 2) ідеологічні; 3) виступають юридичним виразом економічних, політичних, сімейних та інших відносин; 4) виникають, припиняються або змінюються на основі правових норм; 5) у їх межах суб'єкти пов'язані між собою суб'єктивними правами і юридичними обов'язками; 6) передбачають, що взаємна поведінка учасників індивідуалізована і чітко визначена; 7) мають вольовий характер; 8) охороняються державою [2, с. 335–336].

Таким чином, не всі суспільні відносини є правовими, адже для надання їм цієї якості вони мають «пройти» відповідний шлях. Зокрема, йдеться про такі стадії: 1) виникнення суспільних зв'язків; 2) розвиток фактичних відносин; 3) оформлення відносин як суспільних [4, с. 404–407]. При цьому саме зміст та форма суспільних відносин є визначальними умовами для віднесення суспільних відносин до відповідного виду, а також щодо можливості належного правового регулювання суспільних відносин.

Зважаючи на це, маємо на меті здійснити комплексний аналіз таких умов існування цивільних відносин як їх зміст та форма. Це дозволить сформувати не лише теоретичний погляд на правове регулювання цивільних відносин, а й надасть практичну можливість для правильної реалізації норм приватного права.

У першу чергу, слід зупинитися на понятті «зміст цивільних відносин», до яких належать особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ч. 1 ст. 1 ЦК України). О. Р. Шишка, досліджуючи предмет цивільних відносин, робить висновок, що цивільні відносини є цілим, а особисті немайнові та майнові відносини – частинами одного, цілого; що, у свою чергу, формує певний «союз» відносин – біцефальну модель, що поєднує майнові та немайнові відносини [8, с. 158–159].

Дійсно, виокремлення у ЦК України лише двох груп цивільних відносин надає змогу комбінувати їх для формування окремих відносин, які можна назвати цивільними. Так, окрім традиційних для цивільного права речових, зобов'язальних, деліктних чи відносин інтелектуальної власності, нині йдеться про підгалузі, які вийшли з «лона» цивільного права як корпоративне право, житлове право, а також такі галузі права як екологічне, земельне, які мають у своїй структурі предмета правового регулювання приватні права та інтереси. Таким чином, слід погодитися з Р. А. Майдаником, що цивільне і приватне право мають однаковий предмет і методи правового регулювання, а складові приватного права (сімейне, земельне, спадкове, підприємницьке тощо) охоплюються цивільним правом, оскільки мають своїм предметом відносини між юридично рівними учасниками, які регулюються на засадах диспозитивності [3, с. 74–75].

Предмет правового регулювання є ширшим поняття, ніж зміст правових відносин, оскільки останній розглядається лише як сукупність прав та обов'язків. При цьому зміст правовідносин повинен мати юридичний характер, а їх реалізація має перебувати у відповідній сфері правового регулювання. Класичним прикладом можуть слугувати відносини власності. Так, ст. 41 Конституції України передбачена конституційна засада відносин власності, яка знаходить своє логічне відображення книги третьої ЦК України. Разом з тим окремо регулюються відносини щодо забезпечення права громадян на житло (ЖК УРСР), окремо – відносини володіння, користування і розпорядження землею (ЗК України). Хоча для особи особливої різниці щодо суспільної взаємодії з іншими особами відносно її власності на землю чи житло немає. Більш того, у разі порушення цих суспільних зв'язків (абсолютних чи відносних) наслідком буде перенесення цих суспільних відносин до публічної сфери, зокрема щодо притягнення винної особи до відповідальності, передбаченої нормами КК України чи КУпАП, чим забезпечується конституційний принцип непорушності власності. Знову таки, для особи з точки зору її соціальних зв'язків, цікавитиме лише відновлення чи компенсація порушення. Таким чином, соціальні відносини підлягають відповідному (належному) правовому регулюванню, внаслідок чого вони можуть змінюватися залежно від цього правового регулювання.

Формування цивільних відносин, в першу чергу, здійснюється шляхом позитивації природного права. С. П. Рабінович виділяє такі принципи цього процесу: 1) онтологічні; 2) деонтологічні; 3) гносеологічні; 4) комунікативно-інтерпретаційні [6, с. 131–132]. Далі, залежно від юридичного змісту (передбаченості правом відповідних прав та обов'язків), фактичні суспільні відносини можуть набувати того чи іншого виду, формуючи тим самим предмет галузі права. Таким чином, зміст цивільно-правових відносин має перебувати в межах предмета цивільного права. При цьому, окрім безпосереднього змісту відносин, необхідно вести мову про суб'єктів відносин, правовий статус яких також має бути в межах правового регулювання цивільного права, власне як і правовий режим об'єкта. Тим самим формується сутність (суть) цивільних відносин.

Передумовою участі особи у правових відносинах є реалізація відповідного інтересу. Спрямованість особи на реалізацію того чи іншого інтересу породжує необхідність здійснення конкретних дій або утримання від них. При цьому особа може реалізовувати лише охоронювані законом інтереси. Державне забезпечення реалізації відповідних прав та обов'язків формує відповідний статус. Ілюстрацією цього механізму є реалізація підприємницького інтересу фізичною особою. Так, людина як учасник правових відносин може здійснювати підприємницьку діяльність набувши статусу фізичної особи – підприємця або опосередковано шляхом створення юридичної особи. При цьому реалізація одного і того самого інтересу породжує різні правові статуси.

Правове регулювання визначає також правовий режим об'єкта правових відносин, тому виникнення, зміна чи припинення правових відносин щодо матеріальних та нематеріальних благ залежить від правильного застосування належних норм матеріального права до фактичних суспільних відносин. Наприклад, ст. 348 ЦК України передбачено порядок припинення права власності на майно, яке не може їй належати. На практиці йдеться про неможливість набуття у власність права власності на земельні ділянки іноземцями, тобто спочатку особа правомірно набуває права власності в порядку спадкування, внаслідок чого зобов'язана здійснити її відчуження, реалізуючи публічну політику зі збереження землі у власності громадян України.

З точки зору філософії права, на рівні сутності права воно є ідеальною реальністю відносин між людьми, тобто вона є ідеальним буттям, сутністю якого є належність. Як наслідок, зміст права виражається у ментальних установках, ідеях і теоріях, знаково-символічній формі норм та інститутів, людських діях і відносинах, тобто в різних проявах правової реальності [7, с. 134]. Таким чином, беззаперечним є те, що правові відносини можуть складатися виключно між правосуб'єктними особами (фізичними чи юридичними особами) та мають абсолютну чи відносну юридичну природу щодо об'єктів цих відносин. Саме цивільне право, на нашу думку, може забезпечити ідеальну рівність відносин – ідеальне буття на основах визнання свободи волі та принципової можливості норми належного у суспільстві.

Сформувавши уявлення про зміст цивільно-правових відносин, слід визначити їх форму. Форма буття права виражає динаміку правової реальності у світі ідей (ідея права), світі знакових форм (правові норми і закони), світі взаємодії між соціальними суб'єктами (правове життя) [7, с. 139].

Ідея права передбачає найзагальніший та абстрактний вираз права як суспільного явища. Вона не позбавлена відповідного законодавчого закріплення, що виражається для цивільного права у його основних положеннях, передбачених ст. 1–10 ЦК України. Далі формуються відповідні правила поведінки у суспільстві через створення, в першу чергу, норм законодавства. Нарешті соціальні дії суб'єктів відносин «вмикають» механізм правового регулювання. Такі дії формуються відповідно до психічно-вольового ставлення суб'єкта до права шляхом його невизнання, бажання підкорятися чи внаслідок повного його визнання. На практиці такі дії осіб породжують виникнення цивільних відносин, які відповідно до ст. 11 ЦК України визначені через категорію «юридичні факти».

Вважаємо за доцільне звернути увагу на світ знакових форм як найбільш практичну площину форми права та правових відносин. Під формою розуміється зовнішнє вираження явища, тому форма відносин, на нашу думку, це зовнішнє закріплення фактичних суспільних відносин. Виходячи з підстав виникнення, можна встановити форму цивільних відносин, порівнявши власне підставу та наслідок відповідних дій особи.

Так, цивільні права та обов'язки виникають з: 1) договорів та інших правочинів; 2) створення літературних творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; 3) завдання майнової (матеріальної) чи моральної шкоди іншій особі; а також безпосередньо з актів цивільного законодавства, актів органів державної влади, органів влади АРК або органів місцевого самоврядування, з рішення суду, у разі настання чи ненастання певної події. Таким чином, логічно допустити існування договірної чи іншої правочинної форми відносин; іншої форми відносин, що передбачена відповідними актами публічної влади. Практичне значення такого поділу полягатиме у необхідності документального закріплення (підтвердження) існування тих чи інших цивільних відносин.

Цивільне законодавство України передбачає низку норм, які регулюють необхідність відповідної форми відносин. Зокрема, йдеться про форму правочину (ст. 205 ЦК України) з вимогами щодо їх

нотаріального посвідчення (ст. 209 ЦК України) та державної реєстрації (ст. 210 ЦК України), реєстрацію подій та дій, які нерозривно пов'язані з фізичною особою (Закон України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану»), реєстрацію прав на нерухомість (Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень») та інші.

Бездокументарна форма відносин також має місце під час існування цивільних відносин. На нашу думку, така форма відносин характеризує реальний стан існування права, що може виражатися таким регулюванням: 1) презумпція правомірності набуття права власності (ст. 328 ЦК України), а також порядок визнання права власності у разі невизнання, оспорювання цього права іншою особою або у разі втрати документа, який засвідчує право власності (ст. 392 ЦК України); 2) фактичне володіння чужим майном (ст. 397 ЦК України); 3) випадки правомірного використання твору без згоди автора (ст. 444 ЦК України) та інше.

Фактичне існування цивільних відносин ґрунтується на двох принципах: 1) рівність учасників та диспозитивність регулювання; 2) можливість визнання учасниками фактичних відносин на основі свободи договору та легітимації звичаїв. Однак не слід забувати про те, що такі фактичні відносини не повинні суперечити принципам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Деталізуючи ці положення, стверджуємо, що йдеться про можливість існування цивільних відносин, зміст та форма яких не складають передбачений законом склад публічного правопорушення.

Фактичність цивільних відносин має передбачати належний правовий захист прав та інтересів учасників цих відносин. Головним чином йдеться про державне забезпечення відносин шляхом можливості застосування державного примусу у випадках їх порушення, зокрема, у випадку невизнання особами змісту чи форми відносин. Тому існує група відносин, які є цивільно-правовими за змістом та формою, але мають певні особливості, зокрема, існують так звані натуральні зобов'язання, які є змішаними, неповними (недосконалими), не мають судового захисту, а також є способом досягнення справедливості.

Такий процес розвитку відносин є нормальним, оскільки відбувається розширення кола фактичних відносин, які за змістом та формою є цивільними. Це спричинено відходженням від нормативістського підходу до розуміння права, інноваційним розвитком суспільства, заснованим на моральності, а також стрімким розвитком підприємництва. Як стверджував М. В. Цвік, перетворення фактичних відносин у правові відбувається шляхом офіційного визнання та надання відносинам юридичного захисту держави, що простежується, зокрема, саме у нормах ЦК України [5, с. 78–79].

Більш того, усвідомлення індивідуумами приватних інтересів, їх акумулювання в інтереси відповідних соціальних груп сформує в державі належне здійснення публічними утвореннями суб'єктивних цивільних прав, зокрема, речових, корпоративних, зобов'язальних тощо. Г. В. Ф. Гегель, розглядаючи громадянське суспільство, стверджував, що корпорація (об'єднання осіб) під наглядом державної влади має право займатися власними інтересами в межах виключних інтересів [1, с. 208]. Саме цей процес спостерігається в Україні, адже лише сьогодні громадський цивільний інтерес відокремився від державного.

Таким чином, слід зробити такі висновки щодо змісту та форми цивільних відносин. Правомірність фактичних приватних відносин розуміється як їх відповідність принципам цивільного права, а також відповідність нормам цивільного законодавства в межах договірної свободи. Зміст цивільних відносин складають фактичні відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, що складаються з приводу особистих немайнових та майнових благ. Учасники цих відносин діють у формі, що дозволяє стверджувати про визнання відносин між ними, закріплюючи ці відносини в порядку, передбаченому законом. Разом з тим потребують окремого дослідження відносини, які перебувають у правовій площині, однак їх зміст та форма не передбачена законом.

Список використаної літератури:

1. *Гегель Георг Вільгельм Фрідріх.* Основи філософії права, або Природне право і державознавство / Пер. з нім. Р. Осадчука та М. Кухніра. – К.: Юніверс, 200. – 336 с.

2. *Загальна* теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. док. юрид. наук , проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.

3. *Майданик Р. А.* Цивільне право як сфера приватного права України / Р. А. Майданик // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 65–80.

4. *Общая* теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е, перераб. и доп. Отв. ред. проф. М. Н. Марченко. Том 2. – М.: ИКД «Зерцало-м», 2002. – 528 с.

5. *Правовая* система Украины: история, состояние и перспективы: в 5-ти т. / Нац. акад. прав. наук Украины; редкол. В. Я. Таций [и др.]. – Х.: Право, 2011. – Т. 1: Методологические и

историческо-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины / Под общ. ред.: М. В. Цвика, А. В. Петришина. – 2011. – 896 с.

6. *Рабінович С. П.* Юснатуралізм у приватному праві (західноєвропейська традиція): монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. – 136 с.

7. *Філософія* права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. / За ред. док. філос. наук, проф. О. Г. Данильяна. – Харків: Право, 2009. – 208 с.

8. *Шишка О. Р.* Біцефальна модель правовідносин у механізмі цивільно-правового регулювання / О. Р. Шишка // Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна (30 травня 2015 р.). – Харків: Харківський національний університет внутрішніх справ, 2015. – С. 153–161.

The article examines the general conditions of legality civil relations. Determine the actual content of the relationship, its relationship with the structure laid down by law relationships, and the need to design appropriate civil relations.

В статьях рассматриваются общие условия правомерности гражданских отношений. Определяется содержание фактических отношений, его соотношение с законодательно предусмотренной структурой отношений, а также необходимость соответствующего оформления гражданских отношений.

ПУБЛІЧНІ І ПРИВАТНІ ІНТЕРЕСИ В ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИНАХ

Щербина В. С.,
доктор юридичних наук, академік НАПрН України, професор,
головний науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака,

У статті розглядаються проблеми співвідношення публічних і приватних інтересів в господарських відносинах та їх вирішення шляхом урегулювання в Господарському кодексі України.

Стверджується, що на відміну від ЦК України, якому подібна термінологія не відома, ГК України широко застосовує такі терміни і юридичні конструкції, як «узгодження», «оптимальне узгодження», «врахування», «поєднання» інтересів названих вище суб'єктів, що, на нашу думку, є свідченням не публічного, а публічно-приватного характеру його норм.

Ключові слова: публічні інтереси, приватні інтереси, баланс публічних і приватних інтересів.

На сучасному етапі розвитку демократичного суспільства в нашій країні дедалі більше уваги привертають до себе категорії «інтерес», «публічний інтерес», «приватний інтерес», що виступають важливими елементами системи соціальних цінностей.

Слід зазначити, що проблема інтересу у праві та визначення співвідношення приватних і публічних інтересів у різних сферах життєдіяльності завжди викликала і викликає потяг дослідників до її дослідження та розв'язання.

Не є винятком і сфера економіки, особливість дискусій щодо приватноправових і публічно-правових аспектів правового регулювання в якій доповнюється до того ж ще й протистоянням різних наукових шкіл – цивільного і господарського права.

Так, питанням співвідношення приватних і публічних інтересів при правовому регулюванні підприємницької діяльності присвячено дослідження О. Я. Курбатова [1], співвідношенню приватних і публічних інтересів в правовому регулюванні реклами – Б. О. Дзгоєвої [2]. Проблеми правового забезпечення публічних і приватних інтересів в господарських товариствах досліджувала О. М. Вінник [3], приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин – О. Д. Крупчан [4, с. 5–8] тощо.

Така увага науковців до проблеми інтересу в господарському праві обумовлена тим, що поєднання публічно-правових і приватноправових засад є характерним для господарського законодавства, норми якого регулюють господарські відносини, що виникають у процесі організації (публічно-правовий аспект) та здійснення господарської діяльності (приватноправовий аспект) між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання. На такій позиції стоять представники господарсько-правової науки.

Зміст поняття «охоронюваний законом інтерес» частково розкрито в рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р., проте, як і раніше, поняття, розмежування і співвідношення публічних і приватних інтересів по-різному тлумачаться в правовій літературі.

Як і в часи Стародавнього Риму, сьогодні публічні інтереси пов'язують з публічним правом, як однією із складових (поруч з приватним правом) права взагалі, не завжди акцентуючи увагу на тому, що право є похідним по відношенню до інтересу, оскільки виражає і захищає його притаманними йому засобами і способами.

Так, за твердженням римського юриста Ульпіана, зафіксованим у Дігестах Юстиніана, «Вивчення права розпадається на два положення: публічне і приватне (право). Публічне право, яке (відноситься) до становища Римської держави, приватне, яке (відноситься) до користі окремих осіб; існує корисне в суспільному відношенні і корисне в приватному відношенні»* [5, с. 83].

Втім намагання вчених різних часів провести чітку межу між приватним і публічним правом, так само, як і між публічними і приватними інтересами, не лише не давало бажаного результату, а, навпаки, незалежно від історичного періоду, в якому здійснювалися такі дослідження, тільки посилювало дискусію, яка в Україні (так само, як і в деяких інших пострадянських державах) затихла наприкінці 20-х років минулого століття у зв'язку з пануванням у юридичній науці теорії єдності права і відродилася з новою силою, переважно, завдяки працям вчених-цивілістів, наприкінці XX–початку XXI ст. під час розробки проектів Цивільного і Господарського кодексів України.

Термін «інтерес» є і в одному, і в іншому кодексі. Різниця полягає хіба що в тому, що законодавець в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) вживає термін «інтерес», тоді як в Господарському кодексі України (далі – ГК України) він здебільшого оперує словосполученням «законний інтерес».

Втім, якщо в ЦК України йдеться про цивільні права та інтереси особи, фізичної особи, малолітніх та неповнолітніх осіб, підопічного, юридичної особи, що свідчить про, загалом, приватноправовий характер норм цього кодексу (посилання на інтереси держави і суспільства в ч. 1 ст. 203 ЦК України аж ніяк не можна вважати заслугою розробників проекту ЦК України), то спектр інтересів, щодо яких йдеться в ГК України, значно ширший. Це «інтереси суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому» (ч. 1 ст. 9 ГК України); «загальнодержавні і місцеві інтереси» (ч. 1 ст. 10 ГК України); «суспільні інтереси» (ч. 5 ст. 11 ГК України); «інтереси суспільства, держави, територіальних громад, суб'єктів господарювання та громадян» (ч. 1 ст. 17 ГК України) тощо.

При цьому, на відміну від ЦК України, якому подібна термінологія не відома, ГК України широко застосовує такі терміни і юридичні конструкції, як «узгодження», «оптимальне узгодження», «врахування», «поєднання» інтересів названих вище суб'єктів, що, на нашу думку, є свідченням не публічного, а публічно-приватного характеру його норм.

Такий «подвійний» характер норм ГК України викликає критику з боку вчених-цивілістів, які, відстоюючи «чистоту» ЦК України як «кодексу приватного права», заперечують проти включення до ГК України норм приватноправового характеру, виходячи з постулату щодо неможливості поєднання в одному кодексі (законі, іншому нормативно-правовому акті) публічно-правових і приватноправових норм. Зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва «поєднання в одному законі приватних і публічних засад з різними методами, функціями та іншими атрибутами» розцінює як «методологічно неправильний підхід» [6, с. 58].

При цьому не звертається увага на те, що, попри оцінку його як «кодексу приватного права», ЦК України містить чималу кількість норм, що належать до публічно-правових.

Слід зазначити, що відомий і авторитетний романіст Й. О. Покровський, характеризуючи в «Історії римського права» значення Законів XII таблиць (першого писаного кодексу), зазначає, що за загальною свідомістю римлян вони, говорячи словами римського історика Тита Лівія (59 р. до н. е. – 17 р. н. е.), стали «fons omnis publici privatique juris» – джерелом всього публічного і приватного права [7, с. 121]. Так що поєднання в одному кодексі приватних і публічних норм – не таке вже виняткове і неприпустиме явище, як дехто намагається довести. Та й практика нормотворення (особливо у сфері правового регулювання відносин у сфері господарювання) це підтверджує.

Реалії сьогоднішнього життя набагато складніші, ніж ми собі уявляємо. Господарське життя, сфера господарювання – не виняток. Різноманіття суб'єктів права власності і господарювання, захист прав яких забезпечує держава, зумовлює її регулюючий вплив на економіку, без якого остання набуде ознак стихійного ринку, де перевагу буде віддано лише приватним інтересам і де ігноруватимуться інтереси суспільства, держави.

Допустити цього держава не може. Тому і не сприймаються нею безапеляційні, не обґрунтовані нічим, крім бажання «зруйнувати Карфаген», заклики і пропозиції окремих вчених-цивілістів щодо скасування ГК України.

Світова історія розвитку комерційного (господарського) законодавства свідчить, що закони на зразок комерційних (торгових) кодексів приймаються і діють в державах різних регіонів нашої планети – у Північній та Центральній Америці (США, Панама), в Європі (Естонія, Іспанія, Латвія,

* Переклад з рос. – автора статті.

Нідерланди, Німеччина, Словаччина, Туреччина, Франція, Чехія), на Далекому Сході (Корея, Таїланд, Японія) тощо. Цілком очевидно, що значна частина норм цих кодексів і законів, багато з яких було прийнято протягом останніх 20–30 років, покликана врегульовувати відносини у сфері підприємництва (господарювання) з позицій поєднання і узгодження приватних і публічних інтересів.

Заперечення проти поєднання в ГК України публічних і приватних норм інколи супроводжуються аргументом щодо можливої заміни господарсько-правового регулювання застосуванням адміністративно-правового (з його методом «влади-підпорядкування») і цивільно-правового (з методом рівності учасників цивільних відносин) регулювання.

Академік РАН В. В. Лаптєв зазначає, що Цивільний кодекс Російської Федерації включає приватноправові норми про підприємницьку діяльність, але не охоплює публічно-правових норм, що її стосуються. Відсутність загальних норм, що належать до публічно-правової регламентації господарської діяльності, компенсується використанням норм адміністративного права для регулювання економіки. Іншими словами, зазначає В. В. Лаптєв, публічно-правове регулювання будується не на господарсько-правовій основі, а за принципами «поліцейського» права, яке хоч і потрібне для боротьби з адміністративними правопорушеннями, але жодною мірою не відображає специфіки державного регулювання господарської діяльності [7, с. 20–21].

Наведені вище приклади кодифікації комерційного (торгового) законодавства в інших державах також певною мірою спростовують думку про те, що так звані «вертикальні» і «горизонтальні» відносини у сфері господарювання могли б бути врегульовані виключно за допомогою норм двох галузей законодавства – адміністративного і цивільного.

Наукою господарського права обґрунтовано положення про те, що особливістю господарських відносин, якщо розглядати їх на макрорівні, є їх комплексний характер, що знаходить свій вияв у нерозривній єдності, у тісному переплетенні організаційних і майнових елементів, що вимагає адекватного підходу до їх правового регулювання. Саме ГК України і є тим об’єднуючим, інтегруючим норми публічного і приватного права законом, що об’єктивно відображає потребу в комплексному правовому регулюванні господарських відносин у їх єдності, а тому будь-яке відступлення від такого комплексного підходу призведе до того, що «єдиний господарський механізм функціонуватиме як людське тіло, від якого відділено голову, – мозок окремо, тулуб окремо» [8, с. 112–113].

У зв’язку з цим варто хоч би стисло звернутися до історичного екскурсу становлення і розвитку науки загалом і юридичної зокрема.

З науки античного світу, що мала риси натурфілософії (і охоплювала певні вчення про право), предметом вивчення якої була природа загалом, в V ст. до н. е. як самостійна галузь пізнання почала виділятися математика, в IV ст. до н. е. – основи астрономії, хімії, що, зрештою, через два з половиною тисячоліття розвитку науки привело до того, що сьогодні на основі досягнень математики, фізики, хімії, біології та інших наук сформувалися і розвиваються молекулярна біологія, генетика, хімічна фізика, кібернетика, біокібернетика, біоніка тощо [9, с. 12–16], які теж, очевидно, пройшли нелегкий шлях народження і боротьби за існування. Проте на цьому тлі дивним видається те, що як і півстоліття тому вчені-юристи дискутують про основні і другорядні, самостійні і комплексні галузі права (і відповідні галузі законодавства та кодифікацію їх норм), всіляко оберігаючи «своє», «рідне» від будь-яких «зазіхань». Чого варті одні лише публікації в наукових та періодичних виданнях у зв’язку з розробленням і прийняттям ГК України, які містили далекі від науки і потреб практики характеристики цього кодексу.

Аналіз положень ГК України та інших нормативно-правових актів господарського законодавства свідчить про змішаний, «публічно-приватний» характер їх норм, що відповідає існуванню у сфері економіки як публічних, так і приватних інтересів, і зумовлений забезпеченням державою соціальної спрямованості економіки (ч. 4 ст. 13 Конституції України), а також тим, що у сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) і поточну (тактичну) економічну і соціальну політику, спрямовану на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів су’єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому (ч.1 ст. 9 ГК України). Завдяки такому поєднанню «публічних» і «приватних» норм в одному нормативно-правовому акті, на нашу думку, якраз і можна досягти найефективнішого правового регулювання відносин у сфері господарювання, де тісно переплітаються інтереси особи, суспільства, держави.

Діалектика публічних і приватних інтересів в державному регулюванні економіки знаходить своє відображення у тому, що зазначені інтереси можуть взаємодіяти (поєднуватися) між собою, можуть суперечити одні іншим, можуть узгоджуватися чи враховуватися.

Разом з тим протиставлення публічних і приватних інтересів у державному регулюванні економіки правовими засобами є неприпустимим, оскільки саме шляхом упорядкування публічно-правового регулювання приватноправових відносин можна досягти оптимального (залежно від соціально-економічних умов, політичного розвитку суспільства, завдань конкретного історичного періоду) співвідношення публічних і приватних інтересів.

З урахуванням викладеного вважаємо, що головним завданням держави залишається досягнення такого співвідношення шляхом застосування економічних чи адміністративних методів регулюючого впливу на економіку, а також різноманітних засобів і механізмів регулювання господарської діяльності.

Як зазначають В. Ф. Яковлєв і Е. В. Талапіна, досягнення балансу публічного і приватного права в регулюванні економіки є одночасно і метою, і необхідною умовою її ефективного функціонування [10, с. 13].

В контексті нашого дослідження баланс публічних і приватних інтересів в економічній сфері, у випадках, коли йдеться про державне регулювання економіки, – це, як правило, тимчасове явище, це лише один із можливих станів їх співвідношення (їх рівновага), який, на нашу думку, не можна визначати як мету (проміжну чи кінцеву) регулюючого впливу держави.

Вважаємо, що про баланс інтересів можна говорити у разі, якщо йдеться про юридично рівноправних учасників тих або інших відносин (наприклад, інтереси сторін в господарському договорі). В усіх інших випадках держава в особі її уповноважених органів обирає найбільш оптимальні, на її думку, методи (адміністративні чи економічні) впливу на економіку, на поведінку суб'єктів господарювання, залежно від того, які саме інтереси – приватні чи публічні вона збирається відстоювати, і якими нормами права – приватними чи публічними вона цього прагнутиме досягти.

Список використаної літератури:

1. *Курбатов А. Я.* Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности / А. Я. Курбатов. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР». – 2001. – 212 с.

2. *Дзгоева Б. О.* Соотношение частных и публичных интересов в правовом регулировании рекламы: монография / Б. О. Дзгоева. – М.: Проспект. – 2009. – 128 с.

3. *Вінник О. М.* Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. Монографія / О. М. Вінник. – К.: Атака. – 2003. – 352 с.

4. *Крупчан О. Д.* Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин / О. Д. Крупчан // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 12, 2013 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України. – 2013. – С. 5–8.

5. *Дигесты* Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: «Статут». – 2002. – С. 83.

6. *Спасибо-Фатєєва І. В.* Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр. / І. В. Спасибо-Фатєєва. – Х.: Золоті сторінки, 2012. – С. 58.

7. *Покровский И. А.* История римского права / И. А. Покровский. – Вступит. статья, переводы с лат., науч. ред. и коммент. // А. Д. Рудокваса. – СПб.: Издательско-торговый дом «Летний сад», 1998. – С. 121.

8. *Лаптев В. В.* Современные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права / В. В. Лаптев // Предпринимательское право в XXI веке: преемственность и развитие. – М., 2002. – С. 20–21.

9. *Щербина В. С.* Господарське право: підручник / В. С. Щербина. – 6-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 112–113.

10. *Крушельницька О. В.* Методологія і організація наукових досліджень: науковий посібник / О. В. Крушельницька. – К.: Кондор, 2003. – С. 12–16.

11. *Яковлев В. Ф., Талапина Э. В.* Роль публичного и частного права в регулировании экономики // В. Ф. Яковлев, Э. В. Талапина // Журнал российского права. – 2012. – № 2. – С. 13.

The article deals with the relationship between public and private interests in economic relations and their solution by settling the Commercial Code of Ukraine.

Alleged unlike the Civil Code of Ukraine, where similar terminology is not known, the Civil Ukraine widely used and legal terms such constructions as «reconciliation», «optimal coordination», «consideration», «combination» interests of the above entities , in our opinion, is not evidence of public and public- private nature of the rules.

В статье рассматриваются проблемы соотношения публичных и частных интересов в хозяйственных отношениях и их решение путем урегулирования в Хозяйственном кодексе Украины.

Утверждается, что в отличие от ГК Украины, которому подобная терминология не известна, ГК Украины широко применяет такие термины и юридические конструкции, как «согласование», «оптимальное согласование», «учет», «сочетание» интересов названных выше субъектов, что, по нашему мнению, является свидетельством не публичного, а публично-частного характера его норм.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВЧИНЕННЯ ПРАВОЧИНУ З МЕТОЮ, ЩО СУПЕРЕЧИТЬ ІНТЕРЕСАМ ДЕРЖАВИ І СУСПІЛЬСТВА

Бичкова С. С.,
доктор юридичних наук, професор

У статті охарактеризовано поняття та сутність правових категорій «інтереси держави і суспільства», «моральні засади суспільства» та «публічний порядок», за допомогою яких визначаються критерії для встановлення нікчемності або оспорюваності правочинів, що вчинені всупереч таким порядкам, інтересам чи засадам, а також до яких прив'язуються їх правові наслідки. На підставі проведеного дослідження розроблено науково обґрунтовані пропозиції щодо удосконалення чинного цивільного законодавства України.

Ключові слова: інтереси держави і суспільства, моральні засади суспільства, публічний порядок, правочин, нікчемний правочин, оспорюваний правочин.

Згідно із ч. 1 ст. 203 ЦК України зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. При цьому недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені, у тому числі, цією нормою, є підставою його недійсності (ч. 1 ст. 215 ЦК України).

Щодо окремих недійсних правочинів законодавець передбачає спеціальні правові наслідки їх вчинення. Зокрема, таким є правочин, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства (ст. 228 ЦК України). Однак у законі не визначено, що охоплюється поняттями «інтереси держави і суспільства» та «моральні засади суспільства». Розуміння ж змісту означених категорій є важливим для встановлення порядку визнання правочину недійсним у відповідних випадках, для застосування правових наслідків залежно від того, чи є цей правочин нікчемним, чи оспорюваним.

На практичне значення розв'язання окресленого питання вказується й у Листі Міністерства юстиції України «Про порядок визнання правочинів недійсними» від 30 жовтня 2008 р. № 1022-0-1-08-19, в якому йдеться саме про правочини, вчинені з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, а також які порушують публічний порядок.

Науковці (І. А. Бірюков, С. О. Бородовський, О. В. Дзера, В. І. Жеков, О. В. Перова, З. В. Ромовська, І. В. Рущак, І. В. Спасибо-Фатєєва, С. В. Томчишен та ін.) в межах своїх наукових розвідок зупинялися на окремих проблемних аспектах вчинення правочину, що порушує публічний порядок, або з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства. Однак окреслені вище питання до сьогодні так і не знайшли свого однозначного розв'язання.

Зважаючи на указане, метою цієї статті стало визначення правових категорій «інтереси держави і суспільства», «моральні засади суспільства» і «публічний порядок», встановлення правових наслідків вчинення правочину залежно від його спрямування: з метою порушення публічного порядку чи з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства, його моральним засадам, а також розроблення науково обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення норм ЦК України.

Якщо уважно придивитися до положень цивільного законодавства, присвячених правочинам, відразу привертає увагу невідповідність ч. 1 ст. 203 ЦК України, в якій визначається одна із вимог, що її додержання є необхідним для чинності правочину, назві ст. 228 ЦК України, в якій встановлюються правові наслідки недодержання цієї вимоги.

Так, в ч. 1 ст. 203 ЦК України передбачається, що зміст правочину не може суперечити: 1) актам цивільного законодавства; 2) інтересам держави і суспільства; 3) моральним засадам суспільства.

У назві ж ст. 228 ЦК України «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства» з'являється «порушення публічного порядку» як додаткова підстава недійсності правочину, а також «забуто» про моральні засади суспільства. Водночас у змісті аналізованої норми вже визначаються правові наслідки вчинення правочину всупереч моральним засадам.

Звичайно, будь-який недійсний правочин суперечить, щонайменше, актам цивільного законодавства, тому некоректно буде вести мову в окремій нормі щодо правових наслідків правочину, вчиненого з порушенням цієї вимоги. Поряд із цим ми вважаємо, що порушення публічного порядку є завжди дією, що суперечить інтересам держави і суспільства.

На думку В. І. Жекова, «порушення публічного порядку» охоплює також і поняття «порушення моральних засад суспільства», «невідповідність моральності суспільства» та деякі суміжні категорії [1, с. 12].

Але тоді навіщо у ЦК України виокремлено таку правову категорію поряд з недодержанням вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам,

розмежовано їх? До отримання відповіді на поставлене запитання будемо вбачати, що законодавець мав на це вагомі причини. А тому для уникнення суперечностей між нормами права, закріпленими у ч. 1 ст. 203 і ст. 228 ЦК України, непорозумінь при їх тлумаченні слід внести зміни до ч. 1 ст. 203 ЦК України, виклавши її таким чином: «зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам, а також порушувати публічний порядок». Одночасно з цією ж метою та задля забезпечення відповідності змісту ст. 228 ЦК України її назві, до останньої необхідно додати «його моральним засадам».

Зазвичай, і законодавець, і науковці оминають проблеми визначення таких правових категорій, як «інтереси держави і суспільства», «моральні засади суспільства» і «публічний порядок». Однак у ст. 228 ЦК України передбачено різні правові наслідки для недійсних правочинів залежно від того, всупереч яким вимогам вони були укладені. Тому спробуємо розібратися, що становить зміст указаних категорій.

М. В. Руденко правильно зауважив, що термін «інтереси держави» має невизначений зміст, і в кожному конкретному випадку необхідно встановити, порушені чи ні інтереси окремої особи або держави. На його думку, інтереси держави – це закріплена Конституцією та законами України, міжнародними договорами (іншими правовими актами) система фундаментальних цінностей у найбільш важливих сферах життєдіяльності українського народу і суспільства [5, с. 13].

Конституційний Суд України конкретизував певною мірою, що є найважливішими сферами життєдіяльності українського народу, і визначив: державні інтереси – це інтереси, пов’язані з потребою у здійсненні загальнодержавних дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб’єктів права власності та господарювання тощо (п. 3 Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/99 від 8 квітня 1999 р. у справі про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді).

Своєю чергою, суспільні (громадські) інтереси – це суб’єктивні матеріальні права, свободи або інтереси, які одночасно належать кожній особі як члену суспільства чи певної спільноти та суспільству чи цій спільноті взагалі [4, с. 768]. Тобто вчинення правочину всупереч суспільним інтересам характеризується одночасним порушенням прав, свобод та інтересів кожного члена суспільства окремо і всіх його членів разом.

Як приклади порушень, вчинених з метою, суперечною інтересам держави і суспільства, у науковій літературі наводяться, зокрема, «ухилення від оподаткування, одержання незаконного доходу, заволодіння майном, вилученим з обігу або обмеженим в обігу, вчинення правочину з ознаками злочину, адміністративного правопорушення, делікту» [6, с. 13].

Моральні засади цивілізованого суспільства вчені вбачають у певних загальнолюдських цінностях, як-от: добро, розумність, справедливість, чесність, повага до іншої особи та її інтересів тощо [9, с. 272].

Хоча окремі науковці пропонують уникати розширеного тлумачення аналізованого поняття, оскільки, на їх думку, в іншому разі це може призвести до довільного визнання недійсним правочину, в якому поведінка його учасників не містить ознак істотної суспільної небезпеки. За таких обставин правочин, який суперечить моральним засадам суспільства, має визнаватися недійсним, якщо ці моральні засади прямо чи в загальній формі закріплені нормативно [2, с. 347], якщо антиморальність правочинних дій прямо передбачена законом [6, с. 6–7].

Більш-менш конкретні орієнтири встановлення моральних засад суспільства допомагає визначити ст. 2 Закону України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 року. Так, на території нашої держави забороняються виробництво та поширення продукції, яка:

1) має порнографічний характер;

2) пропагує війну, національну та релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України;

3) пропагує фашизм та неофашизм;

4) принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою;

5) пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь;

6) принижує особистість, є проявом знущання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей;

7) пропагує невігластво, неповагу до батьків;

8) пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички.

При цьому виробництво та обіг у будь-якій формі продукції еротичного характеру та продукції, що містить елементи насильства та жорстокості, дозволяються виключно за умови дотримання обмежень, встановлених законодавством.

Звідси можна зробити висновок, що правочин, метою якого було, наприклад, передання права власності на твір, в якому пропагується неповага до батьків (за умови, що цей твір не підпадає під ознаки, визначені у ч. 2 ст. 4 Закону України «Про захист суспільної моралі»), суперечить моральним засадам суспільства.

Публічний порядок законодавець розглядає як синонім основам правопорядку (ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Із цим погоджуються і науковці. В результаті термін «публічний порядок» розуміється як оціночний критерій, елементи якого закріплені у публічно-правових нормативних актах держави, що визначають основи державного ладу, політичної системи та економічної безпеки держави [9, с. 435–437]. О. В. Перова додає, що такі основи перебувають у постійному розвитку, їх зміна не допускається волевиявленням приватних осіб [3, с. 7].

Такої самої позиції дотримується і Пленум Верховного Суду України, який у п. 12 своєї Постанови «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 р. № 12 визначив, що під публічним порядком належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо).

Натомість, на думку І. В. Рущака, поняття «публічний порядок», яке вживається у ст. 228 ЦК України, слід розуміти у вузькому, спеціальному «суто цивілістичному» значенні, за яким його порушення не повинно виходити за межі переліку соціально-небезпечних дій з ознаками правочину, що перелічені у ч. 1 вказаної статті [6, с. 5, 11].

На відміну від правочинів, що вчинені всупереч інтересам держави і суспільства, його моральним засадам, у ЦК України окреслено ознаки правочину, що порушує публічний порядок. Ним є правочин, якщо він спрямований на:

1) порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина;

2) знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади;

3) незаконне заволодіння майном фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади.

Згідно із п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р. № 9 такими є правочини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема правочини: спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об’єктами права власності українського народу – землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами (ст. 14 Конституції України); щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об’єктів цивільного права, тощо.

Як вбачається з наведеного, Пленум Верховного Суду України навів лише приклади правочинів, що частково охоплюються вищевиокремленими пунктами 2 і 3. При цьому вища судова установа нашої держави роз’яснила, що усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об’єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не є такими, що порушують публічний порядок (п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р. № 9).

Із таким висновком важко погодитися, оскільки правочин, що порушує публічний порядок, може бути спрямований на порушення не лише конституційних прав і свобод людини і громадянина, пов’язаних із обігом об’єктів права власності, а й інших, визначених у ст. 21–68 Конституції України прав і свобод.

Спрямованість правочину, що порушує публічний порядок, виявляється завдяки встановленню мети відповідного волевиявлення на момент його здійснення. А тому при визнанні правочину таким, що порушує публічний порядок, необхідно встановити наявність вини у формі умислу хоча б однієї сторони [9, с. 440]. Відсутність умислу при вчиненні правочину, що порушує публічний порядок, на настання протизаконного результату, в тому числі завдання шкоди з необережності, може тягнути нікчемність правочину за іншими підставами, визначеними законом, або відмову заінтересованій особі в задоволенні позову [8, с. 189].

Подібної позиції дотримується і Пленум Верховного Суду України, який також вважає, що при кваліфікації правочину за ст. 228 ЦК України має враховуватися вина, яка виражається в намірі порушити публічний порядок сторонами правочину або однією зі сторін. Доказом вини може бути вирок суду, постановлений у кримінальній справі, щодо знищення, пошкодження майна чи незаконного заволодіння ним тощо (п. 18 указаної Постанови від 6 листопада 2009 р. № 9).

Зважаючи на таке роз’яснення, суди відмовляють у задоволенні позовних вимог у разі відсутності відповідного вироку суду. Так, скасовуючи рішення суду першої інстанції й ухвалюючи нове рішення у справі за позовом про витребування майна з чужого незаконного володіння, апеляційний суд виходив із того, що договір купівлі-продажу спірного будинку від 5 вересня 2012 р. вчинено на

підставі довіреності, якої позивач не складала, а тому вказаний договір укладено з метою незаконного заволодіння майном ОСОБА_6, що порушує публічний порядок і свідчить про нікчемність правочину в силу положень ст. 228 ЦК України. Проте суд касаційної інстанції не погодився з таким висновком і скасував рішення апеляційного суду Запорізької області від 13 березня 2014 р., зазначивши, що матеріали справи не містять доказів того, що, станом на момент розгляду справи, вироком суду, постановленим у кримінальній справі, встановлена вина будь-яких осіб, яка виражена в намірі незаконно заволодіти нерухомим майном позивача [7].

В. І. Жеков в результаті аналізу змісту ч. 1 ст. 228 ЦК України свого часу дійшов висновку, що за певних умов вчинення правопорушення – правочину, який порушує публічний порядок, можливе і без наявності вини осіб, які його уклали [1, с. 4].

Однак вчений не врахував: якщо вчинено правопорушення, вина завжди наявна, хоча і може бути виражена не тільки в формі умислу, а й у формі необережності. При цьому законодавча конструкція «він (тобто правочин) був спрямований», що використовується в ч. 1 ст. 228 ЦК України, підкреслює наявність умислу у винної особи. Адже спрямувати свої дії на настання певного результату можна лише свідомо. Хоча із цим все одно виникає проблема. Відповідно до ч. 2 ст. 228 ЦК України правочин, який порушує публічний порядок, є нікчемним. А тому, хто і на якому етапі має встановлювати наявність умислу сторони (сторін) при його укладенні? Адже, якщо недійсність правочину встановлена законом, тобто правочин є нікчемним, визнання його недійсним судом не вимагається (ч. 2 ст. 215 ЦК України). Таким чином, встановлювати спрямованість правочину на порушення публічного порядку суд буде лише у разі, коли потрібно підтвердити його нікчемність або застосувати правові наслідки вчинення такого правочину на вимогу заінтересованої особи.

Законодавець розрізняє правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, і правочину, вчиненого з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

Для першого – спеціальних правових наслідків в ЦК України не передбачено. Отже, правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, визначаються загальними правилами (ст. 216 ЦК України). Тобто такий правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов’язані з його недійсністю. Зокрема, правовим наслідком укладення відповідного правочину є двостороння реституція: кожна із сторін зобов’язана повернути іншій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування.

Крім того, якщо у зв’язку із вчиненням правочину, який порушує публічний порядок, завдано збитків та моральної шкоди другій стороні або третій особі, вони підлягають відшкодуванню винною стороною.

Спочатку у ЦК України не передбачалося правових наслідків вчинення правочину з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. При цьому у ст. 208 ГК України наслідки вчинення господарських зобов’язань з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, регламентувалися. Науковці неодноразово наголошували на необхідності заповнення такої прогалини і усуненні розбіжностей між подібними нормами ЦК України і ГК України [2, с. 391; 9, с. 442–443,]. І нарешті, у 2010 р. було внесено зміни до ст. 228 ЦК України.

На сьогодні у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним. Тобто, на відміну від правочину, що порушує публічний порядок, цей правочин належить до оспорюваних.

Обов’язковою умовою для ухвалення судом рішення про визнання недійсним правочину в означеному випадку, крім встановлення факту, що він вчинений всупереч інтересам держави і суспільства, його моральним засадам, є встановлення наявності хоча б у однієї із сторін вини в формі умислу на вчинення його саме з такою метою.

Від наявності умислу на вчинення правочину з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, в однієї або у двох сторін розрізняються і правові наслідки: 1) за наявності умислу в обох сторін – у разі виконання правочину обома сторонами – в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за правочином, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в дохід держави все одержане нею і все належне – з неї першій стороні на відшкодування одержаного; 2) за наявності умислу лише в однієї із сторін все одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в дохід держави.

Певною мірою виходячи за межі предмета цієї наукової розвідки, необхідно звернути увагу, що законодавець «помилився» в термінології при внесенні змін до ст. 228 ЦК України і використав слово «угода», хоча мова йшла про вчинений правочин. Тому слід виправити таку необачність і замінити фразу «одержане ними за угодою» на «одержане ними за правочином».

Також слід акцентувати, що в юридичній літературі зазначається про необхідність врахування при застосуванні положень ст. 228 ЦК України норм, що їх містять ст. 241, 330, 387, 388 [9, с. 441], правових наслідків, передбачених у гл. 83 ЦК України [1, с. 14]. Проте детальний розгляд указаних аспектів виходить за межі нашої наукової розвідки, зважаючи на встановлені нормативні обсяги, і становить перспективні напрями подальших наукових досліджень.

Повертаючись до правових наслідків аналізованих правочинів, хотілося б підкреслити, що залишається незрозумілим законодавчий підхід до їх визначення. У ЦК України передбачено нікчемність правочину, який порушує публічний порядок, зважаючи на важливість дотримання такого порядку для забезпечення у державі належного рівня безпеки, однак встановлюються «слабкіші», загальні для всіх недійсних правочинів, якщо інше не встановлено законом, правові наслідки його вчинення. При цьому правочин, спрямований проти інтересів держави і суспільства, його моральних засад, визнається законодавцем оспорюваним, тобто, якщо жодна із заінтересованих осіб не заперечуватиме його дійсність, він буде залишатися дійсним. Отже, законодавець вважає його певною мірою «менш небезпечним» порівняно з першим указаним правочином. Проте для останнього встановлюються «жорсткіші» правові наслідки – стягнення одержаного за ним або належного винній стороні на відшкодування виконаного в дохід держави (тобто конфіскація).

Вбачається, навіть якщо і розмежовувати такі правочини, не можна встановлювати суворіші правові наслідки для правочину, який законодавець вважає менш суспільно небезпечним. Для правочину, що порушує публічний порядок, мають бути встановлені тотожні, як і для правочину, який суперечить інтересам держави і суспільства, його моральним засадам, правові наслідки.

У підсумок можна зазначити, що, насправді, на практиці доволі важко розмежувати порушення вчиненням правочину публічного порядку і спрямованість правочину на мету, що суперечить інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Адже в будь-якому разі порушення публічного порядку здійснюється всупереч інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Тому час покаже доцільність встановлення у ЦК України різних правових наслідків для таких правочинів.

Список використаної літератури:

1. *Жеков В. І.* Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. І. Жеков. – О., 2006. – 20 с.

2. *Науково*-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. / [Кузнєцова Н. С., Дзера І. О., Коссак В. М. та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – [2-ге вид. перероб. і доп.]. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. 1. – 832 с.

3. *Перова О. В.* Недійсність правочину, який порушує публічний порядок: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. В. Перова. – Х., 2010. – 15 с.

4. *Проблеми* теорії та практики цивільного судочинства: [моногр.] / [Комаров В. В., Тертишніков В. І., Баранкова В. В. та ін.]; за заг. ред. В. В. Комарова. – Х.: Харків юрид., 2008. – 928 с.

5. *Руденко М. В.* Теоретичні проблеми представництва прокуратурою інтересів держави в арбітражних судах : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.10 «Судоустрій, прокуратура та адвокатура» / М. В. Руденко. – Х., 2001. – 36 с.

6. *Рущак І. В.* Правочини, що порушують публічний порядок, і їх недійсність: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. В. Рущак. – К., 2012. – 19 с.

7. *Ухвала* Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 лютого 2015 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42784690.

8. *Цивільне* право України. Загальна частина: [підруч.] / [Бірюков І. А., Заіка Ю. О., Бичкова С. С. та ін.]; за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заіки. – К.: Правова єдність, 2014. – 510 с.

9. *Цивільний* кодекс України: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 4: Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки / [Бобко Т. В., Бородовський С. О., Дришлюк А. І. та ін.]; за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: Вид-во «Страйд», 2010. – 768 с.

The article describes the concept and essence of such legal categories as «state and society interests», «moral foundations of society» and «public order» with the aid of which the criteria for establishing the invalidity or voidability of the legal actions that committed contrary to this order, the interests or principles and which are connected to their legal consequences. Scientifically reasonable propositions for current civil legislation of Ukraine improvement are elaborated on the basis of the research made.

В статье охарактеризованы понятие и сущность правовых категорий «интересы государства и общества», «моральные основы общества» и «публичный порядок», с помощью которых определяются критерии для установления ничтожности или оспаривания правомочностей, совершенных вопреки таким порядкам, интересам или принципам, а также к которым привязываются их правовые последствия. На основании проведенного исследования разработаны научно обоснованные предложения по усовершенствованию действующего гражданского законодательства Украины.

ОКРЕМА УХВАЛА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Гарієвська М. Б.,
молодший науковий співробітник НДІ приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглянуто правову природу окремої ухвали у цивільному судочинстві, проаналізовано норми Цивільного процесуального кодексу України щодо порядку постановлення окремої ухвали, акцентовано увагу на необхідності вдосконалення законодавчої регламентації питань, що стосуються окремої ухвали.

Ключові слова: суд, повноваження суду, окрема ухвала.

Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України), визначаючи повноваження суду як носія судової влади, встановлює, що суд, крім виконання функцій, пов'язаних із безпосереднім вирішенням судових справ, уповноважений виносити окремі ухвали, які мають бути ефективним засобом дотримання законності, забезпечення судом захисту прав і свобод людини.

В даному випаду слід звернути увагу на те, що подібної позиції притримується і низка науковців, які зазначають, що окрема ухвала є «дієвим засобом запобігання правопорушенням» [6, с. 190], «ефективним засобом дотримання законності, забезпечення судом захисту прав і свобод людини» [11, с. 270], «непрямим способом забезпечення законності» [9, с. 472]. Заслуговує на увагу і думка О. Жоги, яка зазначає, що «цей процесуальний інститут відомий ще з радянських часів і являє собою не власне судові повноваження судів, а деякі їхні наглядові, за своєю суттю, функції, спрямовані на підвищення правосвідомості та правопорядку» [4].

Так, відповідно до ст. 211 ЦПК України суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону і встановивши причини та умови, що сприяли вчиненню порушення, може постановити окрему ухвалу і направити її відповідним особам чи органам для вжиття заходів щодо усунення цих причин та умов [1].

Подібні до національного законодавства України норми щодо можливості постановлення судом, який розглядає справу в порядку цивільного судочинства, окремої ухвали, як засобу реагування на виявлені порушення закону, містить цивільне процесуальне законодавство інших країн. Так, ч. 1 і 2 ст. 265 ЦПК Азербайджанської Республіки, ч. 1 ст. 325 ЦПК Республіки Білорусь, ч. 1 ст. 253 ЦПК Республіки Казахстан, ч. 1 ст. 227 ЦПК Киргизької Республіки, ч. 1 ст. 226 ЦПК Російської Федерації містять припис, згідно з яким суд, виявивши при розгляді справи порушення закону й установивши причини й умови, що сприяли вчиненню правопорушення, має право постановити окрему ухвалу й направити її відповідним особам та органам для вжиття заходів з усунення цих причин та умов. Отже, зміст цієї правової норми полягає в тому, що суду надається право звернути увагу на порушення закону та інші недоліки – причини й умови, що сприяли порушенню у діяльності підприємств, установ, організацій, причому не тільки тих, що беруть участь у спорі, а й будь-яких інших.

Однак у постанові Пленуму ВСУ «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» від 12.06.2009 р. № 2 зазначено, що розглядаючи справи, суд відповідно до ст. 211 ЦПК має виявляти причини та умови, що сприяли вчиненню порушення закону, і постановляти щодо них окремі ухвали та направляти їх відповідним органам та особам. Отже, з аналізу норм ЦПК України випливає, що постановити окрему ухвалу є правом суду, то з аналізу вказаної Постанови можна зробити висновок, що суд зобов'язаний виявляти причини та умови, що сприяли вчиненню порушення закону, і постановляти щодо них окремі ухвали. На нашу думку, є недоцільним визначати як обов'язок суду виявлення порушення закону та постановлення окремої ухвали, тому виконання такого обов'язку не завжди буде можливим. Доходимо висновку, що постановлення окремої ухвали є правом суду і його можна віднести до дискреційних повноважень суду.

З'ясовуючи правову природу окремої ухвали, слід звернути увагу на те, що питання щодо її суті в процесуальній науці розглядається неоднозначно. Ю. М. Чуйков відмітив, що окрема ухвала постановлюється судом – органом держави, наділеним владними повноваженнями, що знаходить своє віддзеркалення в окремій ухвалі, а тому вона має владний характер для адресата й, безумовно, сприяє виконанню судом превентивних заходів по виявленню й попередженню правопорушень [12, с. 50].

Вчений-процесуаліст Е. М. Мурадьян зазначає, що окремі ухвали дають можливість суду при виявленні різних негативних явищ суспільно-економічного та правового життя впливати на них, сприяючи усуненню виявлених помилок, перешкод, порушень. При цьому суд активно впливає на правопорушників і акцентує увагу на недоліках у роботі підприємств і організацій, вимагаючи компетентного рішення від осіб, щодо яких спрямована окрема ухвала. У результаті зміцнюється правовий і суспільний порядок, нормалізується діяльність підприємств і організацій [11, с. 2].

Суб'єктне коло осіб, що мають право на оскарження окремих ухвал, має особливості на відміну від суб'єктів оскарження інших судових рішень. Суб'єктами оскарження останніх є: 1) особи, що беруть участь у справі; 2) особи, які не брали участі у справі, але суд вирішив питання про їх права та обов'язки; 3) прокурор незалежно від участі у розгляді справи з метою представництва інтересів громадянина або держави в суді.

Окрему ж ухвалу відповідно до ч. 2 ст. 211 ЦПК України може бути оскаржено особами, інтересів яких вона стосується, у загальному порядку, встановленому ЦПК України [1]. Оскільки питання, за якими постановлено окрему ухвалу, можуть взагалі не стосуватися прав та обов'язків осіб, що беруть участь у справі, то звернутись із апеляційною скаргою на судове рішення можуть і особи, що не брали участі у розгляді справи, питання про матеріальні права та обов'язки яких не розглядались судом. Тому уявляється, що суб'єктне коло оскарження окремої ухвали є більшим, ніж «класичне» коло оскарження судового рішення, що встановлено ст. 292 та 324 ЦПК України [3, с. 140].

Направляти окрему ухвалу також дозволяється особам і органам, які не обов'язково мають бути учасниками процесу. У наведеній нормі передбачено лише право на оскарження цієї ухвали особами, яких вона стосується. Суд може постановити окрему ухвалу про наявність підстав для розгляду питання щодо притягнення до відповідальності лише стосовно осіб, рішення, дії чи бездіяльність яких визнаються протиправними [11, с. 271]. Проте відкритим залишається питання, на яке «порушення закону» вправі реагувати суд. Враховуючи положення ч. 1 ст. 211 ЦПК України, природу окремої ухвали та загальні засади судочинства, можемо стверджувати, що досліджуване рішення надає можливість суду відреагувати на будь-яке порушення закону.

Суд виносить окрему ухвалу в нарадчій кімнаті й викладає у вигляді окремого документа, який має бути підписаний усім складом суду. Якщо справа розглядається колегіальним складом суддів, суддя, який не згоден з окремою ухвалою, має право викласти письмово свою окрему думку.

Окрема ухвала має складатися зі вступної, описової, мотивувальної та резолютивної частин. У вступній частині зазначаються назва суду, місце і час постановлення окремої ухвали, склад суду, секретар, учасники судового розгляду, їх прізвище, ім'я та по батькові, короткий зміст судового рішення. У мотивувальній частині вказуються підстави для винесення окремої ухвали, встановлені судом обставини, якими вони підтверджуються. У резолютивній частині суд дає можливі рекомендації щодо усунення таких підстав і зазначає, кому адресовано окрему ухвалу для виконання, строки для вжиття відповідних заходів і повідомлення про них суду, а також строк і порядок оскарження окремої ухвали.

Окрема ухвала має бути обґрунтованою і вмотивованою. Вона може бути винесена тільки на підставі матеріалів, досліджених у суді, та має містити вказівку на дійсні причини й умови, які сприяли порушення закону. Обставини, які належать до причин і умов, що сприяли порушення закону, підлягають всебічному, повному та об'єктивному дослідженню в судовому засіданні. У мотивувальній частині окремої ухвали мають бути викладені доводи, за якими суд дійшов висновку про допущені порушення законності, розкрито суть допущених порушень, вказано конкретні нормативні правові акти, вимоги яких порушено, а також особи, чиї дії (бездіяльність) призвели до порушення законності.

Суд не може винести окрему ухвалу (постанову), яка за своїм змістом ставить під сумнів законність та обґрунтованість прийнятого у цій справі рішення [2].

Переконливість окремої ухвали, її виховне значення багато в чому залежать від викладу мотивувальної частини. Перш за все, має дотримуватися сувора логіка викладу фактичних даних. Іноді судді занадто докладно розписують зміст, зупиняючись на дріб'язкових і другорядних деталях, або, навпаки, роблять надто короткі, схематичні записи. Необхідно, щоб при прочитанні документа адресат з першого разу зрозумів суть поставленого перед ним питання.

Іноді суд в окремій ухвалі по конкретній справі наводить факти, виявлені в ході розгляду інших справ, навіть розглянутих іншим складом суддів. Це неправильно, оскільки в даному судовому процесі обставини з інших справ не були і не могли бути предметом дослідження. Більш доцільно

вивчити судову практику певної категорії справ та за результатами узагальнення направити відповідну інформацію [8].

Даючи рекомендації в окремій ухвалі (постанові) про вжиття заходів для усунення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину, суд не вправі втручатися в оперативну і господарську діяльність підприємства, установи, організації чи наперед вирішувати, яке конкретно стягнення необхідно накласти на особу, винну у створенні причин та умов, що сприяли вчиненню злочину [2].

Під час розгляду однієї справи суд може винести кілька окремих ухвал (постанов), якщо вони стосуються різних питань. Про вжиті заходи протягом місяця з дня надходження окремої ухвали має бути повідомлено суд, який постановив окрему ухвалу.

Окремі ухвали можуть бути постановлені і при закінченні розгляду справи без ухвалення рішення (закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду), а також за наявності певних умов й до закінчення її розгляду. Окрема ухвала не впливає на розвиток і результат процесу і не стосується питань, що безпосередньо стосуються розгляду справи [5, с. 50].

Окрема ухвала суду є актом правосуддя, оскільки їй властиві як загальні риси, характерні для інших актів правосуддя, так і специфічні, які відмежовують її від останніх. Окрема ухвала – це правовий акт, що являє собою предмет виняткової компетенції суду; постановляється в умовах суворого дотримання процесуальної форми; набирає законної сили нарівні з іншими актами правосуддя; носить обов’язковий характер; у одній цивільній справі може бути постановлено кілька окремих ухвал; такі ухвали мають самостійний предмет впливу – негативні явища [13, с. 101].

За своїм характером окремі ухвали істотно відрізняються від інших ухвал суду першої інстанції, в яких обговорюються матеріальні й процесуальні права сторін й інших осіб, які беруть участь у справі. На відміну від них, окремі ухвали по суті не впливають на розвиток і результат процесу і не стосуються питань, що безпосередньо належать до розгляду цивільної справи [13, с. 100].

Окрема ухвала відповідає всім вимогам акту застосування права:

1) виноситься лише судом у встановленому законом порядку;
2) має державно-владний характер;
3) містить індивідуально-конкретні правові приписи;
4) має юридичну силу, в необхідних випадках забезпечується державним примусом.

Як акт застосування права окрему ухвалу викликає виникнення, зміна і припинення правовідносин [7, с. 68].

Відповідно до ст. 320 ЦПК України апеляційний суд у випадках і в порядку, встановлених ст. 211 цього Кодексу, може постановити окрему ухвалу. Суд може також постановити окрему ухвалу, в якій зазначити порушення норм права і помилки, допущені судом першої інстанції, які не є підставою для скасування рішення чи ухвали суду першої інстанції. Згідно з п. 22 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» від 24 жовтня 2008 року № 12 апеляційні суди постановляють окремі ухвали та направляють їх відповідним особам і органам для вжиття ними необхідних заходів у порядку, встановленому ст. 211 ЦПК України, як щодо виявлених при розгляді справи причин та умов, що сприяли порушенню закону, так і щодо порушення норм права та помилок, зокрема тяганини, інших недоліків під час розгляду справи, допущених судом першої інстанції, що не фіксуються в судовому рішенні апеляційного суду.

Окремі ухвали про допущені судом першої інстанції порушення норм права і помилки направляються для їх усунення та з метою запобігання їх виникненню (залежно від характеру та кількості) до суду першої інстанції чи судді, які розглядали справу, або до відповідної кваліфікаційної комісії суддів. Отже, саме по собі скасування судового рішення не є підставою для постановлення окремої ухвали, якщо відсутні для цього підстави та умови, передбачені законом.

Викликає науковий інтерес і порядок оскарження окремої ухвали. Відповідно до ч. 2 ст. 211 ЦПК України окрему ухвалу суду першої інстанції може бути оскаржено особами, інтересів яких вона стосується, у загальному порядку, встановленому вказаним Кодексом, тобто в апеляційному та касаційному порядках. Інша справа, якщо суб’єкт оскарження окремої ухвали намагається реалізувати право на оскарження вказаного процесуального документа, постановленого судом апеляційної інстанції. У такому випадку уявляється, що оскарження окремої ухвали апеляційного суду до суду касаційної інстанції навряд чи можна вважати належною процедурою оскарження зазначеного акта суду апеляційної інстанції, оскільки окрема ухвала останнього не містить вимог, що ставляться п. 1 ч. 1 ст. 324 ЦПК України відносно того, що касаційному оскарженню підлягають рішення суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку. А у випадках застосування ст. 320 ЦПК України окрема ухвала апеляційним судом не переглядається, а постановляється ним, так би мовити, первісно, за умов, викладених ст. 211 ЦПК України при перегляді судового рішення в апеляційному провадженні. Навряд чи можна вважати окрему ухвалу апеляційного суду ухвалою,

постановленою судом апеляційної інстанції за результатами апеляційного розгляду. Обумовлюється така точка зору тим, що при постановленні вказаним судовим органом окремої ухвали не вирішується питання про юридичну долю рішення, що є об'єктом перегляду в апеляційному порядку. Не є окрема ухвала апеляційного суду і ухвалою, що перешкоджає подальшому провадженню по справі (п. 2 ч. 1 ст. 324 ЦПК України) [3, с. 141].

Отже, при вирішенні питання про постановлення окремої ухвали суд має виходити з того, що мають бути виявлені порушення закону, однак, на нашу думку, ці порушення повинні бути грубими, суд повинен встановити причини та умови, що сприяли вчиненню порушення. Вжиті заходи щодо усунення цих причин та умов мають сприяти поновленню прав та охоронюваних законом інтересів. Суд може постановити окрему ухвалу як з власної ініціативи, так і з ініціативи позивача чи інших осіб, які беруть участь у справі. Вважаємо, що у разі подання обґрунтованого клопотання про необхідність постановлення окремої ухвали воно повинно бути задоволено, незважаючи на те, що вирішення зазначеного питання віднесено законом до дискреційних повноважень суду.

Список використаної літератури:

1. *Цивільний процесуальний* кодекс України від 18.03.2004 р. [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

2. *Про практику* винесення судами окремих ухвал (постанов) у кримінальних справах: постанова Пленуму Верховного Суду України від 28.03.2008 р. № 3 [Текст] // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 4. – С. 8.

3. *Гусаров К. В.* Особливості окремої ухвали у цивільному судочинстві [Текст] / К. В. Гусаров // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 2. – С. 139–141.

4. *Жога О.* В борьбе с процессуальными диверсиями не все средства хороши / О. Жога [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://jurliga.ligazakon.ua/news/2010/3/31/22160.htm.

5. *Жушман М. В.* Окрема ухвала суду в системі актів судової влади [Текст] / М. В. Жушман // Проблеми законності. – 2011. – Вип. 115. – С. 48–53.

6. *Кот О. В.* Судові акти в господарському процесі України [Текст]: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.04 / О. В. Кот. – К., 2011. – 211 с.

7. *Майорова Л. В.* Частные определения судов и их классификация [Текст] / Л. В. Майорова // Правоведение. – 1982. – № 3. – С. 68–70.

8. *Матеров Н. В.* Частное определение арбитражного суда / Н. В. Матеров [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.lawmix.ru/comm/7510.

9. *Мурадьян Э. М.* Частные определения суда по гражданским делам [Текст]: автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук / Э. М. Мурадьян. – М., 1969. – 16 с.

10. *Пасенюк О. М.* Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / [О. М. Пасенюк, О. Н. Панченко, В. Б. Авер'янов]; заг. ред. О. М. Пасенюка. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 704 с.

11. *Сьоміна В. А.* Окрема ухвала адміністративного суду першої інстанції: деякі проблеми правового регулювання [Текст] / В. А. Сьоміна // Державне будівництво та місцеве самоврядування: зб. наук. пр. Нац. акад. прав. наук України, НДІ держ. буд. та місц. самоврядування. – Х. : Право, 2012. – Вип. 23. – С. 268–274.

12. *Чуйков Ю. Н.* Частное определение в гражданском судопроизводстве. – М.: Мосиздат, 1974. – 189 с.

13. *Шиманович О. М.* До питання про класифікацію ухвал суду першої інстанції в цивільному процесі України [Текст] / О. М. Шиманович // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – Серия «Юридические науки». – 2007. – Том 20 (59). – № 1. – С. 95–102.

The article examines the legal nature of individual decisions in civil proceedings, analyzed the provisions of the Civil Code of Ukraine concerning the procedure of adoption of separate decisions, attention is focused on the need to improve the legal regulation of issues related to a particular decision.

В статье рассмотрены правовая природа частного определения в гражданском судопроизводстве, проанализированы нормы Гражданского процессуального кодекса Украины относительно порядка вынесения частного определения, акцентировано внимание на необходимости совершенствования законодательной регламентации вопросов, касающихся частного определения.

КАТЕГОРІЯ «ІНТЕРЕС» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

Гетманцев М. О.,
науковий співробітник НДІ приватного
права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано поняття категорії «інтерес» у цивільному процесуальному праві, а також досліджено такі різновиди інтересу в цивільному судочинстві, як приватний, державний та суспільний, які є рівнозначними об'єктами захисту в рамках цивільних процесуальних правовідносин.

Ключові слова: інтерес, цивільне процесуальне право, державний інтерес, суспільний інтерес, приватний інтерес, законний інтерес.

На сучасному етапі розвитку вітчизняної системи права, на тлі об'єктивного процесу глобалізації та модернізації усієї правової сфери, коли українське суспільство і його державно-правовий механізм перебувають у перехідному стані, саме правова конструкція «інтерес» набуває нових ракурсів для цього наукового дослідження. Дисбаланс інтересів, присутніх на регіональному та загальнодержавному рівні, не може не вплинути на рівень законодавчого закріплення усіх пов'язаних з легальною регламентацією поняття «інтерес» у нормативно-правових актах різних галузей права і, водночас, обумовлює значні труднощі у правозастосовній діяльності судових органів, які покликані розглядати і вирішувати різноманітні спори, у тому числі і ті, що виникають із охоронюваних законом інтересів.

У таких умовах правова конструкція «інтерес», яка сприяє сутнісному розумінню права та потребує адекватного нормативного виразу, набуває актуального не лише соціально-політичного, а й процесуально-правового значення, що вимагає формулювання теоретично обґрунтованого підходу до механізму можливого використання цієї дефініції у цивільних процесуальних правовідносинах.

У радянський період більшість правників сприйняли соціальне трактування інтересу як об'єктивного явища, що виражає безпосередню залежність людини від умов існування суспільства. Досі дослідження цього поняття у вітчизняній юридичній науці пов'язано з розвитком загальнотеоретичних уявлень про сутність та значення інтересу у праві в цілому (С. С. Алєксеєв, Н. В. Вітрук, В. П. Грибанов, О. С. Іоффе, Д. А. Керімов, В. М. Кудрявцев, О. В. Малько, В. П. Сальніков, В. В. Субочєв, Ю. О. Тіхоміров, Ю. К. Толстой, Л. С. Явич тощо). У цивільному процесуальному праві спірні та суперечливі питання «інтересу» в цивільному процесі досліджували С. С. Бичкова, І. В. Венедиктова, О. Г. Дріжчана, Р. Є. Гукасян, С. Я. Фурса, Д. М. Чечот, Н. О. Чечіна, М. Й. Штефан, М. М. Ясинок та інші. Водночас, попри всебічну наукову розробку проблемних аспектів інтересів у правовій сфері в цілому та цивільному процесі зокрема, ціла низка питань цієї теми досі не отримала ґрунтовного аналітичного осмислення та необхідного вирішення. Зокрема, в юридичній науці відсутня єдина позиція щодо поняття, процесуально-правової природи, сутності та видів категорії «інтерес» у цивільному процесуальному праві.

Саме це і обумовило вибір теми наукового дослідження та вплинуло на формулювання його мети для визначення змісту категорії «інтерес» у цивільному процесуальному праві, що, у свою чергу, призвело до постановки таких теоретичних завдань: 1) установити зміст загальновживаного та галузевого розуміння поняття «інтерес»; 2) сформулювати авторське визначення цієї категорії; 3) дослідити різновиди інтересу у цивільному процесуальному праві.

Лінгвістичне походження слова «інтерес» сягає грецької юриспруденції (поняття «*íḗtérḗçē*» означало важливість, знаковість, цікавість), натомість сучасне етимологічне значення цієї дефініції охоплює у своєму змісті кілька значень: 1) виняткову увагу до чого-небудь; 2) бажання осягнути зміст певного явища, пізнати та зрозуміти його; 3) цікавість, допитливість; 4) вигоду, користь, зиск [1, с. 321]. Стародавній римський юрист Д. Ульпініан затвердив поняття «інтерес» в основу фундаментального розмежування права на публічне (jus publicum) та приватне (jus privatum), оскільки для першого характерні державницькі інтереси, а для другого – інтереси окремих осіб [2, с. 222]. До сучасного правового глосарію категорія «інтерес» була запроваджена німецькими юристами другої половини XIX ст. Сформульоване Р. Ієрингом розуміння прав, як юридично захищених інтересів, здійснило величезний вплив на праці видатних німецьких науковців Г. Еллінека, Ф. Регельсбергера, А. Тона та ін. Саме Р. Ієринг ідентифікував інтерес у абстрактно-теоретичній формі в якості правової категорії, і тому він справедливо вважається засновником юриспруденції інтересів, що визнаються одночасно і детермінантами, і змістом, і метою права [3, с. 83]. Ці праці були використані як підґрунтя для наукових досліджень дореволюційними вченими, адже, як зазначає Н. М. Коркунов, саме розмежування інтересів надає можливість провести межу між правом і не правом [4, с.39]. Роки радянського режиму наклали свій відбиток на законодавче регулювання, теоретичне осмислення та практику застосування досліджуваної дефініції, що супроводжувалося фактичним запереченням феноменологічного гуманізму поняття «інтерес» не лише в цивільному процесі, а й у праві в цілому.

Інквізиційна сутність радянського суду спростовувала значимість охоронюваних законом інтересів учасників розгляду справи, хоча на загальнонауковому рівні по-різному декларувалися закріплення і охорона прав, свобод та інтересів особи. При цьому законодавчі згадки цього поняття не містили жодного роз'яснення змісту категорії «інтересі» у чинному тоді праві, і навіть численні постанови, роз'яснення та ухвали Пленуму ВС СРСР не надавали з цього приводу жодних коментарів. Науковці того часу намагалися втілювати в життя ідеологічно обґрунтоване розуміння права як зведену в закон волю панівного класу, що не залишало вільного простору для використання більш демократичної категорії «інтерес». Лише з другої половини минулого століття правники почали повертатися до важливості виділення терміна «інтерес» не лише у практиці правопізнання, а й на доктринальному рівні. Наприклад, А. Г. Здравомислов стверджував, що інтерес являє собою єдність об'єктивного і суб'єктивного у праві [5, с. 82].

На сучасному етапі рівень теоретичного осмислення процесу трансформації соціальних інтересів індивідуумів у процесуально-правову сферу через окреслення використаних законодавцем похідних і дотичних до категорії «інтерес» понять, вочевидь, теж не відповідає потребам нормотворчої, правореалізаційної та інтерпретаційної практики. Тоді як вітчизняне цивільне процесуальне право досі не виробило уніфікованого розуміння поняття «інтерес» у цивільному процесі, представники різних галузевих дисциплін поширюють власне розуміння поняття «інтерес», зокрема, виражаючи зміст цієї категорії через дефініції «прагнення» (І. П. Андрушко [6, с. 129]), «домагання» (І. В. Венедиктова [7, с. 154]), «благо» (О. І. Чепис [8, с. 553]) тощо. З огляду на специфічний предмет і метод правового регулювання кожна галузь права характеризується відмінним змістовим наповненням категорії «інтерес», що не властива іншим, насамперед процесуальним гілкам правової системи. Тому, незважаючи на органічний і взаємообумовлений зв'язок усіх галузей права національної правової системи, дефініції, запропоновані вченими–представниками матеріального права, не можуть бути сприйняті наукою цивільного процесуального права.

Хоча і у матеріальних, і в процесуальних правовідносинах змістом виступає сукупність прав (*як міри можливої, допустимої поведінки*) і обов'язків (*як міри необхідної, обов'язкової поведінки*) конкретного суб'єкта, проте, на нашу думку, ці правові категорії у практичній реалізації супроводжуються ще одним елементом змісту – інтересом (*як міри бажаної, очікуваної поведінки*). Тим більше, що Конституційний Суд України визначає правовий інтерес як такий, що перебуває виключно у логічно-смисловому зв'язку із суб'єктивними правами і обов'язками, але прямо ними не опосередковується, тобто виходить за межі останніх [9]. Тобто, незважаючи на деталізоване законодавче закріплений правового статусу особи, лише наявність конкретного інтересу у носія цих гіпотетичних прав і обов'язків є тією спонукальною потребою, яка змушує потенційного учасника правовідносин своїми вольовими діями перетворюватися на реальну сторону врегульованих правом зв'язків. Інакше кажучи, без фактичної заінтересованості особи задекларовані права і обов'язки суб'єкта імовірних правовідносин так і не будуть реалізовані, оскільки громадянин, юридична особа чи держава не матимуть підстав для їх здійснення.

Також для будь-яких правовідносин характерною і поширеною є ситуація, за якої їх виникненню, зміні чи припиненню мають передувати певні передумови. І якщо юридичною передумовою виникнення, зміни чи припинення правовідносин є норма права, правовідносини, правосуб'єктність і юридичні факти, то у якості матеріальних передумов виділяють саме наявність відповідного інтересу, що обумовлений потребами потенційного учасника відповідних правовідносин отримати у кінцевому рахунку очікуваний від цих стосунків результат. Ми вважаємо, що така потреба отримати бажаний зиск від відповідних правовідносин і є інтересом особи у найбільш загальному розумінні. З огляду на наведене очевидно, що зміст категорії «інтерес» не може зводитися до поняття «благо» (О. І. Чепис [8, с. 553]), яке буде підсумковим результатом дії (бездіяльності) особи під впливом свого інтересу. Так само, на нашу думку, неможливо розкривати зміст категорії «інтерес» через поняття «домагання» (І. В. Венедиктова [7, с. 154]) і «прагнення» (І. П. Андрушко [6, с. 129]), які виступають як триваючий процес намагання щось отримати; тоді як інтерес, на нашу думку, є тією спонукальною потребою, що змушує його носія прагнути і домагатися отримання бажаного результату – блага. Інакше кажучи, прагнення задовольнити будь-яку потребу індивіда у суспільних правовідносинах отримує форму інтересу, що у кінцевому рахунку призводить до здобуття певного матеріального чи немайнового відповідника такого інтересу у вигляді відповідного блага. Таким чином, інтерес є сполучною ланкою між бажаним результатом (благом) і способом його досягнення (прагненням).

Повертаючись до категорії «інтерес» у цивільному процесуальному праві можемо стверджувати, що це поняття являє собою своєрідну спонукальну потребу, яка змушує потенційного учасника відповідних правовідносин діяти певним чином задля фактичної реалізації свого прагнення отримати конкретне благо, що у випадку порушення, невизнання чи оспорювання призводить до можливості вдаватися до судової форми захисту у порядку цивільного судочинства.

Що ж стосується цивільного процесуального законодавства, то поширене раніше поняття «охоронюваний законом інтерес» та дещо спрощений його варіант «законні інтереси» відтепер у тексті ЦПК України не вживається. Натомість законодавець досить часто оперує категорією «інтерес» (наприклад, ч. 1 ст. 1 ЦПК України), що, на нашу думку, є більш концентрованим виразом феноменології науково-теоретичного розуміння заінтересованості в цивільному процесі, а тому більше відповідає сутності досліджуваного комплексного поняття і, при цьому, не суперечить правилам законодавчої техніки. Варто зазначити, що цивільне процесуальне законодавство містить чисельні згадки досліджуваного поняття у різних текстуальних формах. Насамперед, це стосується процесуально-правового статусу суб'єктів спірного матеріального і безспірного правовідношення, де категорія «інтерес» має первинне значення. Так, згідно з ч. 1 ст. 3 ЦПК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Інакше кажучи, можливість звернення до суду за захистом законодавець ставить у пряму залежність від наявності у особи певного інтересу. Окрім цього, очевидними є й інші зовсім різнопланові характеристики поняття «інтерес» у цивільному процесуальному праві, а саме: 1) категорія «інтерес» перебуває на одному щаблі з визначальними об'єктами захисту у цивільному процесі – правами та обов'язками (ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 410 ЦПК України тощо); 2) заінтересованість у результаті розгляду справи є однією з підстав для відводу судді (п. 2) ч. 1 ст. 20, ч. 5 ст. 31 ЦПК України); 3) саме заінтересовані особи є учасниками справ окремого і наказного провадження (ч. 2 ст. 26, ч. 4 ст. 235, ч. 2 ст. 370 ЦПК України); 4) порушення інтересів інших осіб може стати на заваді у прийнятті визнання позову відповідачем, у відмові від позову позивача, у визнанні мирової угоди (ст. 174, 175 ЦПК України); 5) окрема ухвала може бути оскаржена особами, інтересів якої вона стосується (ч. 2 ст. 211 ЦПК України) та інші.

Більше того, результатом судової реформи останніх років стала докорінна зміна чинного процесуального законодавства у бік посилення його диспозитивних начал. Оновлення цивільних процесуально-правових приписів відчутно вплинуло і на розвиток нормативного закріплення правового статусу заінтересованих осіб, значно розширивши систему їх процесуальних прав і свобод. Так, заінтересовані особи, як учасники цивільних процесуальних правовідносин, є носіями цілої низки процесуальних прав, зокрема: 1) право на відповідне звернення до суду, якщо судовим рішенням було порушено їх права, свободи чи інтереси (ч. 3 ст. 14 ЦПК України); 2) право ініціювати забезпечення доказів до пред'явлення позову (ч. 3 ст. 133 ЦПК України); 3) право одержувати докази для представлення їх суду (ч. 3 ст. 137 ЦПК України); 4) право діяти через представника (ч. 1 ст. 38 ЦПК України), законного представника (ст. 39 ЦПК України), спеціально уповноваженого на це органу держави (ст. 45 ЦПК України); 5) наділення цивільною процесуальною правоздатністю (ч. 1 ст. 28 ЦПК України) тощо.

Законодавець закріпив за особами, які є носіями особливого інтересу у перебігу чи результатах розгляду цивільної справи, цілий комплекс процесуальних прав і свобод, що, безумовно, є свідченням гарантованої рівності прав усіх учасників цивільного судочинства. Очевидно, що при визначенні обсягу процесуально-правового регулювання статусу заінтересованих осіб враховано той факт, що вони є самостійними суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин, наділені власною правосуб'єктністю та переслідують свої цілі, ініціюючи розгляд певної справи у порядку цивільного судочинства чи долучаючись до раніше відкритого провадження. При цьому саме категорія «інтерес» є класифікуючим правовим критерієм відмежування процесуально-правового статусу та ролі в цивільному процесі заінтересованих осіб, як носіїв відповідного інтересу.

Варто зазначити, що на міжнародному рівні використовується більш загальне, родове поняття – «інтереси правосуддя», закріплене, наприклад, у § 3 (c) ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), § 3 (d) ст. 14 ч. III Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (1966 р.). Більше того, гл. 3 кн. I «Загальні положення» розд. I «Основні положення» ЦК України носить назву «Захист цивільних прав та інтересів», а судовий захист цивільного права та інтересу відповідно до п. 5) ч. 1 ст. 3 ЦК України є однією з загальних засад цивільного законодавства. Водночас сучасне цивільне процесуальне право демонструє множинний підхід до легальної класифікації інтересів у цивільному процесі. Зокрема, ч. 1 ст. 4 ЦПК України виділяє інтереси фізичних осіб, інтереси юридичних осіб, інтереси держави та суспільства. Поряд із цим ч. 2 ст. 3 ЦПК України розрізняє державні, суспільні та приватні інтереси, тобто інтереси осіб.

Говорячи про приватні інтереси суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, слід зазначити, що саме вони є основним об'єктом захисту у порядку цивільного судочинства, і це закріплено навіть у нормах матеріально-правових галузей права. Зокрема, ч. 2 ст. 15 та ч. 1 ст. 16 ЦК України відзначають, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Як наголошує І. В. Венедіктова, інтерес є завжди індивідуальним, спеціальним; і навіть якщо він певним чином зачіпає інші інтереси, збігається з ними, вони не ототожнюються між собою, оскільки завжди окреслюється суб'єктивним станом

окремої особи і йде далі від схожого інтересу іншої особи [7, с. 156]. Що стосується державних інтересів у цивільному процесі, то цивільно-процесуальних норм, направлених на їх захист, насправді чимало у чинному цивільному процесуальному законодавстві. Прикметно, що державні інтереси можуть бути зафіксовані у тексті відповідних статей ЦПК України у двох формах: 1) *прямого законодавчого закріплення*, при якому відповідна норма цивільного процесуального законодавства містить у своєму змісті безпосередню текстуальну вказівку на державні інтереси. Так, позов про визнання необґрунтованими активів та їх витребування подається в інтересах держави (ч. 1 ст. 233^1 ЦПК України); 2) *опосередкованої законодавчої регламентації*, при якій зміст відповідних статей цивільного процесуального законодавства не містить прямої текстуальної вказівки на державні інтереси, проте загальнодержавний характер виконуваних процесуальних дій є очевидним. Зокрема, ст. 45 ЦПК України передбачає випадки можливої участі у цивільному процесі органів державної влади для захисту прав, свобод та інтересів інших осіб. Інакше кажучи, виконуючи свої офіційні повноваження з представництва інтересів інших осіб, ці державні органи цим самим реалізують в цивільному судочинстві інтереси держави щодо захисту, наприклад, малозабезпечених верств населення.

Якщо необхідність цивільного процесуального захисту державних та приватних інтересів є безсумнівною, то щодо поширення процесуальної охорони на суспільні інтереси у цивільному судочинстві висловлюються кардинально відмінні точки зору. Проте всупереч думок окремих науковців, які заперечують можливість повноцінного захисту суспільних інтересів у рамках цивільного процесу (мотивуючи доцільність їх розгляду у порядку адміністративного або конституційного судочинства), вважаємо, що вони є рівнозначним об'єктом судової охорони, оскільки охоплюються поняттям завдань цивільного судочинства (ч. 1 ст. 1 ЦПК України). Більше того, чисельні норми матеріально-правових галузей права, в свою чергу, стосуються саме законодавчої регламентації суспільних інтересів. Наприклад, використання власності на землю не може завдавати шкоди правам і свободам громадян та *інтересам суспільства* (ч. 3 ст. 1 ЗК України); сімейні відносини регулюються, якщо це можливо з точки зору інтересів їх учасників та *інтересів суспільства* (ч. 3 ст. 7 СК України); жилі будинки і жилі приміщення не можуть використовуватися громадянами на шкоду *інтересам суспільства* (ч. 2 ст. 10 ЖК України) тощо. Оскільки у порядку цивільного судочинства суди можуть розглядати справи щодо захисту прав, свобод чи інтересів, які виникають із цивільних, житлових, земельних, трудових відносин (п. 1) ч. 1 ст. 15 ЦПК України) – а вищезгадані кодифіковані джерела цих галузей права якраз і передбачають наявність у врегульованих ними правовідносинах суспільного інтересу – тому є достатньо підстав для умовиводу про поширення дії механізму цивільного процесуального регулювання і на суспільні інтереси за правилами цивільного судочинства.

Наступні ґрунтовні дослідження правової категорії «інтерес» мають важливе значення для більш оптимального розуміння різних положень цивільного процесуального права, що є вкрай необхідним на сучасному етапі розвитку цивільного процесу, оскільки слугує важливим каналом формування процесуального законодавства та є основою правозастовної діяльності правоохоронних органів, без якої неможливе усвідомлення соціального призначення цивільного процесуального права та належне використання цивільних процесуальних норм.

Список використаної літератури:

1. *Тлумачний* словник української мови: 75 000 слів [Текст] / За заг. ред. В. І. Рубіканського. – Х.: Основа, 2008. – 1000 с.

2. *Смышляев А. Л.* Домиций Ульпиан и его труды [Текст] / А. Л. Смышляев // Вестник древней истории. – 1985. – № 4. – С. 221–226.

3. *Иеринг Р.* Интерес и право [Текст] / Р. Иеринг. – Ярославль, 1880. – 300 с.

4. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. Издание восьмое [Текст] / Н. М. Коркунов. – СПб.: Изд. Юр. Кн. Маг. Н. К. Мартынова, 1908. – 354 с.

5. *Здравомыслов А. Г.* Потребности, интересы, ценности [Текст] / А. Здравомыслов. – М.: Политиздат, 1986. – 223 с.

6. *Андрушко І. П.* Категорія «інтерес» у конституційному праві: поняття та зміст [Текст] / І. П. Андрушко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 10. – С. 122–130.

7. *Венедіктова І. В.* Категорія охоронюваного законом інтересу в цивільному праві України [Текст] / І. В. Венедіктова // Приватне права. – № 1. – 2013. – С. 146–158.

8. *Чепис О. І.* Законний інтерес як категорія цивільного права [Текст] / О. І. Чепис // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 551–559.

9. *Рішення* Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 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) [Текст] // Офіційний вісник України. – 2004. – № 50. – Ст. 3288.

The article deals with the concept of the category «interest» in the civil procedural law and investigated the following types of interest in civil proceedings, as a private, state and public, which are equivalent objects of protection under civil procedural legal.

В статье проанализировано понятие категории «интерес» в гражданском процессуальном праве, а также исследованы такие разновидности интереса в гражданском судопроизводстве, как частный, государственный и общественный, которые являются равнозначными объектами защиты в рамках гражданских процессуальных правоотношений.

ОБОРОТОЗДАТНІСТЬ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ У СПАДКОВИХ ВІДНОСИНАХ

Єсауленко Н. В.,
здобувач НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті аналізується діюче законодавство та досліджуються різноманітні наукові підходи щодо сутності корпоративних прав, обґрунтовується власна наукова позиція. Зазначається складний комплексний характер корпоративних прав та їх неподільність. Робиться висновок, що корпоративні права належать до майнових, які можуть виступати об'єктом спадкування.

Ключові слова: корпоративні права, майнові права, немайнові права, акція у акціонерному товаристві, частка у статутному (складеному) капіталі товариства з обмеженою відповідальністю, пай у виробничому кооперативі, спадщина, спадкування.

Практика цивільного обороту де-факто визначає, що корпоративні права можуть виникати в юридичних осіб корпоративного типу, які створені з метою отримання прибутку та подальшого його розподілу між учасниками. Цивільним і Господарським кодексами України (далі – ЦК України, ГК України), законами України «Про господарські товариства», «Про кооперацію» тощо передбачено шість основних організаційно-правових форм підприємницьких товариств: повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, акціонерне товариство та виробничий кооператив. Саме в результаті їх створення в учасників виникають особливі майнові та немайнові права, які прийнято називати корпоративними правами.

У сучасному суспільстві обіг корпоративних прав є не менш поширеним, аніж обіг речей. Справа в тому, що корпоративні права мають вартісну оцінку, потрапляють до сфери цивільно-правового регулювання і виступають предметом цивільно-правових угод, можуть відчужуватися, успадковуватися. Проте ЦК України не містить такого поняття, як корпоративні права. У законодавчому акті фігурують лише права учасників господарських товариств, а саме: брати участь в управлінні товариством у порядку, визначеному в установчому документі, крім випадків, встановлених законом; брати участь у розподілі прибутку товариства і одержувати його частину (дивіденди); вийти у встановленому порядку з товариства; здійснити відчуження часток у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві, у порядку, встановленому законом; одержувати інформацію про діяльність товариства у порядку, встановленому установчим документом; інші права, встановлені установчим документом товариства та законом (ст.116 ГК України).

Термін «корпоративні права» міститься у ГК України та Законі України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. № 514 (далі – Закон України). Так, згідно з ч. 1 ст. 167 ГК України корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 2 Закону України корпоративні права – це сукупність майнових і немайнових прав акціонера – власника акцій товариства, які випливають з права власності на акції, що включають право на участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами.

Таким чином, у вищевказаних статтях наводяться ключові повноваження учасника господарського товариства. Причому корпоративні права для всіх видів господарських товариств подібні за своїм змістом та є матеріальним благом, заради якого їх набуває особа. Такі права складаються як з прав майнового характеру (на дивіденди, на частку у майні під час ліквідації товариства та ін.), так і немайнових прав (на участь в управлінні товариством, метою якого є отримання прибутку, право на

інформацію). При цьому, як зазначають І. В. Спасибо-Фатєєва та Т. Дуденко, майновий інтерес у корпоративних прав так тісно пов'язаний з немайновим, що неможливо навіть визначитися з тим, який з них є первісний [1, с. 89]. Враховуючи таку особливість корпоративних прав в українській правовій науці, виникають різні думки щодо їх сутності. Так, панує думка, що корпоративні права не тотожні зобов'язальним, а є окремим видом майнових прав [2, с. 492–493], деякі вчені характеризують їх як такі, що поєднують ознаки зобов'язальних і речових та є видом цивільних прав [3, с. 23–28], деякі в поглядах на природу корпоративних прав виділяють три концепції, а саме: речово-правову, зобов'язально-правову та власне корпоративну [4, с. 225]. Існують й інші позиції, які зводяться до відмежування права участі в товаристві від корпоративних прав, де перше – є особистим немайновим правом, а інші – різновидом безтілесного майна [5, с. 118–124]. Проте постає питання, як можна їх розмежувати, якщо набуття права участі у господарському товаристві неможливе без набуття майнових прав? Як зазначає С. І. Шимон, немайнові права слідують за майновими, наслідуючи їхню юридичну долю [6, с. 225]. З таким висновком важко не погодитися. Крім того, чинне законодавство згадує «немайнові права, що мають грошову вартість». Згідно з ч. 1 ст. 23 Закону України у разі розміщення акціонерним товариством цінних паперів їх оплата здійснюється грошовими коштами або за згодою між товариством та інвестором – майновими правами, немайновими правами, що мають грошову вартість, цінними паперами (крім боргових емісійних цінних паперів, емітентом яких є набувач, та векселів), іншим майном. Частина 2 ст. 115 ЦК України встановлює, що вкладом до статутного (складеного) капіталу господарського товариства можуть бути гроші, цінні папери, інші речі або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом. Протиставлення «майнові, які мають грошову оцінку» та «інші, які мають грошову оцінку» наштовхує на висновок, що «інші» – це немайнові права, які мають грошову оцінку. Однак, якщо право має грошову оцінку, то назвати його немайновим складно, бо здатність до оцінювання в грошах і є головною ознакою майнового права [6, с. 228].

Більш того, за загальним правилом, корпоративні права є відчужуваними, що вказує на їх майновий характер. У статях 127, 130, 135, 147, 166 ЦК України зазначено, що права учасника можуть переходити до інших осіб в порядку правонаступництва та в порядку спадкування, хоча об'єктом права вони не є. Так, оборотоздатність корпоративних прав забезпечують, наприклад, акції у акціонерному товаристві, частки у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю, паї у виробничому кооперативі, які цивільне законодавство визначає об'єктами права власності. Але слід зазначити, що оскільки корпоративним правам притаманний і майновий характер, вони можуть бути об'єктом права та об'єктом спадкування.

Відомо, що будучи складним об'єктом, спадщина представляє собою єдність прав та обов'язків спадкодавця [8, с. 6–16]. Відповідно до ст. 1218 ЦК України до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Таким чином, законодавець не вказує у статті перелік визначених предметів, речей, майна. Вказаний підхід відповідає ст. 177 ЦК Україні, у якій перелік об'єктів визначений невичерпним чином, із зазначенням щодо можливості віднесення до об'єктів крім речей, іншого майна, майнових прав, а також інших матеріальних та нематеріальних благ.

Аналіз правової сутності акції надає можливість стверджувати, що право участі особи в акціонерному товаристві не є особистим немайновим правом, бо воно не має нерозривного зв'язку з особою та може переходити до іншої особи разом з правом власності на акцію [9, с. 62], тому під час спадкування акцій до спадкоємця померлого акціонера переходять усі корпоративні права, які йому належали. Отже, до складу спадщини входять корпоративні права, які посвідчені акцією.

Таке саме становище займає вкладник командитного товариства. Так, чинним законодавством не передбачено обмежень щодо обігу їх часток у цивільному обороті, в тому числі при спадкуванні. Але слід звернути увагу на те, що спадкування акцій в акціонерному товаристві можливе тільки за умови, якщо померлий акціонер набув на останню право власності, оскільки Закон України встановив, що кожний засновник акціонерного товариства має оплатити повну вартість придбаних акцій до його створення. Таким чином, якщо померлий акціонер не набув право власності на акції, об'єктом спадкування буде лише право на отримання акції у власність.

Разом з тим вищевказана позиція не є безспірною щодо інших господарських товариств, наприклад, щодо товариства з обмеженою відповідальністю. Так, І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що до складу спадщини входить сама частка у статутному капіталі, а не права участі; набути ж усіх корпоративних прав, тобто не лише права на частку, а й права участі в товаристві, можливо за згодою інших учасників товариства, якщо це передбачено статутом товариства [10, с. 33–35]. Проте В. М. Кравчук зазначає, що коли йдеться про такий вид майна, як частка в статутному капіталі товариства, то об'єктом спадкування є не частка, як така, а права та обов'язки спадкодавця, пов'язані з такою часткою [11, с. 350].

Розглядаючи питання щодо спадкування частки у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю, слід зазначити, що майнові права учасника товариства з обмеженою

відповідальністю ЦК України пов'язує з правом власності на частку у статутному капіталі, яка підтверджує сукупність прав і обов'язків, що набуває учасник товариства з обмеженою відповідальністю. Успадковуючи частку у статутному капіталі, спадкоємець набуває право власності на таку частку, яке переходить до спадкоємців померлого учасника з дня відкриття спадщини. Якщо нотаріусом видається свідоцтво про право на спадщину, де зазначено, що до спадкового майна входить частка у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю, спадкоємець померлого учасника фактично стає учасником цього товариства. Отже, спадкоємець може набувати статусу учасника товариства одночасно з набуттям права власності на частку, якщо статутом товариства такий перехід не передбачений за згодою його учасників. Тобто до складу спадщини будуть входити усі корпоративні права, які належали померлому учаснику. При цьому право власності на частку у статутному капіталі у спадкоємців виникає незалежно від того, повністю або частково спадкодавець сплатив вклад (ст. 147 ЦК України). Але, якщо спадкоємець померлого учасника відмовився від вступу до товариства або учасники відмовили спадкоємцю у прийнятті, об'єктом спадкування не є корпоративні права, оскільки спадкоємець не може бути власником частки та не стає учасником товариства. Йдеться тільки про спадкування права на одержання вартості частини майна, що пропорційна його частці у статутному капіталі (ст. 48 ЦК України).

Щодо аналізу правової сутності паю у виробничому кооперативі, то так само як й частка у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю, пай у виробничому кооперативі є об'єктом спадкування, підтверджує сукупність прав і обов'язків, що набуває його член, може бути оборотоздатним об'єктом, але відповідно до ст. 166 ЦК України можуть бути передбачені обмеження при спадкуванні. Але набуття права власності на пай у виробничому кооперативі також є неможливим без виникнення права участі у ньому, тому після смерті його члена спадкоємці можуть успадковувати корпоративні права, які належали померлому члену виробничого кооперативу або успадковувати право на отримання вартості паю.

Підсумовуючи наведене, можна зробити висновок, що акція, пай, частка у статутному капіталі, під якими розуміється корпоративне право, це суб'єктивне право (майнового характеру) акціонера, члена та учасника товариства, а саме, корпоративні права, які зумовлені участю та які визначають обсяг прав і повноваження учасника. Але структура корпоративних прав, які мають учасники господарських товариств, досить складна, оскільки охоплює майнові та немайнові права. Усі ці права функціонально між собою пов'язані (є неподільними, тобто реалізація їх можлива тільки спільно, оскільки чинним законодавством не передбачений механізм окремого їх існування), та з них складається зміст відносин участі в господарських товариствах. Сутність корпоративних прав зводиться до майнової сутності (корпоративні права є оборотоздатними, відчужуваними правами, що мають вартісну оцінку), що надає змогу стверджувати про можливість включення саме їх до складу спадщини.

Список використаної літератури:

1. *Спасибо-Фатєєва І.* Правова природа майнових і корпоративних прав, їх оборотоздатність та деякі аспекти застави / І. Спасибо-Фатєєва, Т. Дуденко // Юридичний радник: Журнал юристів України. – 2005. – № 2 (4) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: htth // www.yurradnik.com.ua/ stride/ur/index.php?m=archive&y=2005&mag=4&art=89.

2. *Лапач В. А.* Система объектов гражданских прав : теория и судебная практика / В. А. Лапач. – М.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 492–493.

3. *Спасибо-Фатеева И. В*. Акционерные общества: корпоративные правоотношения / И. В. Спасибо-Фатеева. – Х.: Право, 1998. – С. 23–28.

4. *Яворська О.* Майнові права як об'єкти цивільного обороту /О. Яворська // Вісник Львівського Університету імені Івана Франка. Серія юрид. – 2011. – Вип. 53.– С. 225.

5. *Вінник О. М.* Деякі аспекти вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин / О. М. Вінник // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. – С.118–124.

6. *Теорія* майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин: монографія / С. І. Шимон. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – С.225.

7. Белов А. В. «Наследование» и «наследственное правопреемство»: фактическое отношение и его правовая форма / В. А. Белов // Наследственное право. – 2014. – № 1. – С. 6–16.

8. *Швиденко О. С.* Акція як об'єкт права власності: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03 / Швиденко Олександр Сергійович. – К., 2006. – С. 62.

9. *Спасибо-Фатеева И. В.* Какие права возникают у наследника участника ООО и когда он их может реализовать? / И. В. Спасибо-Фатеева // Все о бухгалтерском учете. – 2014. – № 26. – С. 33–35.

10. *Кравчук В. М.* Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: монографія. – Львів: Край, 2009. – С. 350.

The purpose of the article is analysis of the current legislation and research of various scientific approaches to the essence of corporate rights, scientific substantiation of my own position about investigated issues. Based on the analysis the article indicates the complicated nature of complex corporate rights and their indivisibility. There is a conclusion regarding the possibility of including corporate rights into property rights, which may be the subject of inheritance.

В статье анализируется действующее законодательство и исследуются различные научные подходы относительно сущности корпоративных прав, обосновывается собственная научная позиция. Указывается на сложный комплексный характер корпоративных прав и их неделимость. Делается вывод о том, что корпоративные права относятся к имущественным правам, которые могут выступать объектом наследования.

ПРАВО СПОЖИВАЧА СТРАХОВИХ ПОСЛУГ НА ОТРИМАННЯ СТРАХОВОЇ ВИПЛАТИ

Ільченко Г. О.,
старший викладач кафедри цивільного права та процесу УДУФМТ, м. Київ;
здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено з'ясуванню змісту права споживача страхових послуг на отримання страхової виплати, виокремлення й розмежування понять страхової виплати та страхового відшкодування, а також визначення особливостей здійснення страхової виплати. Акцентується увага на тісному взаємозв'язку права споживача страхової послуги на страхову виплату та права страховика на відмову у здійсненні страхової виплати.

Ключові слова: страхова виплата, страхове відшкодування, споживач страхової послуги, здійснення страхової виплати, підстави для відмови.

Зміст та порядок здійснення права споживачів страхових послуг на отримання страхової виплати було й залишається об'єктом суперечок між страховиками та страхувальниками, що свідчить про актуальність дослідження даного питання, яке на сьогодні є недостатньо вивченим у цивілістичній доктрині.

Дослідження права споживачів страхових послуг на отримання страхової виплати має ґрунтуватися на наукових працях, присвячених вивченню різних аспектів цивільних прав та у сфері страхування зокрема. Серед них слід виділити праці Т. В. Боднар, В. О. Гринюк, В. В. Ельбрехт, Н. В. Міловської, В. М. Никифорака, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Я. М. Романюка. Проте зміст та порядок здійснення права страхувальників (споживачів страхових послуг) на страхову виплату (страхове відшкодування) потребує окремого самостійного дослідження.

На нашу думку, першочергово слід розглянути зміст поняття «право на страхову виплату». При з'ясуванні змісту та сутності цього поняття доцільно звернутися до нормативно-правових джерел.

Так, у ст. 2 Закону України «Про страхування» [1] *страхова виплата* визначається як грошова сума, яка виплачується страховиком відповідно до умов договору страхування при настанні страхового випадку. Страхові виплати за договором страхування життя здійснюються в розмірі страхової суми (її частини) та (або) у вигляді регулярних, послідовних виплат обумовлених у договорі страхування сум (ануїтету). Розмір страхової суми та (або) розміри страхових виплат визначаються за домовленістю між страховиком та страхувальником під час укладання договору страхування або внесення змін до договору страхування, або у випадках, передбачених чинним законодавством.

У свою чергу, *страхове відшкодування* – це страхова виплата, яка здійснюється страховиком у межах страхової суми за договорами майнового страхування і страхування відповідальності при настанні страхового випадку. Страхове відшкодування не може перевищувати розміру прямого збитку, якого зазнав страхувальник. Непрямі збитки вважаються застрахованими, якщо це прямо передбачено договором страхування. У разі коли страхова сума становить певну частку вартості застрахованого предмета договору страхування, страхове відшкодування виплачується у такій же частці від визначених по страховій події збитків, якщо інше не передбачено умовами страхування.

Таким чином, страхова виплата – це грошова сума, яка виплачується страховиком відповідно до умов договору страхування *життя*, а страхове відшкодування – це страхова виплата, яка здійснюється страховиком у межах страхової суми за договорами *майнового страхування* і страхування *відповідальності*. Тобто й страхова виплата, й страхове відшкодування – це грошова сума, яка виплачується страховиком за договором страхування при настанні страхового випадку. Підтримуємо позицію Л. О. Майстренко та Я. М. Романюка, які вважають поняття «страхове

відшкодування» видовим стосовно родового поняття «страхова виплата» [2, с. 42]. Вони доводять, що підстави для відмови у страхових виплатах за ст. 991 ЦК України [3] та для відмови у страхових виплатах або страховому відшкодуванні за ст. 26 Закону України «Про страхування» − ідентичні за змістом, тому далі за текстом вживатиметься родове поняття «страхова виплата», що означатиме також і страхове відшкодування у правовідносинах майнового страхування й страхування відповідальності. Саме стосовно виплати цієї грошової суми та її розміру виникає найбільше спорів між споживачами страхових послуг та страховиками.

Відповідно до ч. 4 ст. 16 Закону України «Про страхування» договір страхування серед іншого має містити умови здійснення страхової виплати та причини відмови у страховій виплаті.

Поряд із цим відповідно до ч. 2 ст. 17 Закону України «Про страхування» Правила страхування поряд з іншим повинні містити порядок і умови здійснення страхових виплат; строк прийняття рішення про здійснення або відмову в здійсненні страхових виплат; причини відмови у страховій виплаті або виплаті страхового відшкодування.

У більшості випадків договори страхування містять відсильні норми, згідно з якими ті чи інші питання регулюються Правилами страхування, що є невід'ємною частиною договору. З урахуванням цього споживачі страхових послуг мають не тільки де-юре ознайомлюватися з цими Правилами (шляхом підписання договору страхування), а й де-факто (шляхом безпосереднього ознайомлення з текстом цих Правил). Це пов'язано, в першу чергу, з тим, що в Правилах страхування можуть бути деталізовані норми щодо порядку та умов здійснення страхової виплати або містяться певні винятки тощо. Це є важливим з огляду на те, що судова практика демонструє формальний підхід до оцінки обставин ознайомлення страхувальника з Правилами страхування.

Так, ухвалою колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 лютого 2014 року було встановлено, що згідно з п. 3.5, Страхового акта від 18 березня 2009 р. № К-414 ОСОБІ_7 відмовлено у виплаті страхового відшкодування на підставі п. 16.3 Умов страхування, згідно з якими не визнається страховим випадком знищення або пошкодження транспортного засобу, його частин деталей, приладів, обладнання, що виникло в результаті пожежі внаслідок короткого замикання в системі електроживлення.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 988 ЦК України страховик зобов'язаний ознайомити страхувальника з умовами та правилами страхування. Відповідно до п. 12 договору страхування страхувальник з «Правилами добровільного страхування наземного транспорту» та Умовами страхування є ознайомленим. Умови страхування є невід'ємною частиною цього договору.

Отже, ОСОБА_6, підписуючи договір страхування, підтвердила свою згоду на те, що вона ознайомлена з Умовами страхування.

Пунктом 16.3 Умов страхування передбачено, що не визнаються страховим випадком втрата, знищення або пошкодження ТЗ, його частин, деталей, приладів, обладнання, які сталися внаслідок: пожежі з причини порушення правил техніки безпеки під час користування легкозаймистими рідинами, або пошкодження вогнем, що виник всередині ТЗ внаслідок дії системи електрозапалювання двигуна внутрішнього згоряння, короткого замикання в системі електроживлення, куріння та інше.

За таких обставин суди попередніх інстанцій, стягуючи страхове відшкодування, дійшли помилкового висновку про те, що ОСОБА_6 не була ознайомлена з Умовами страхування, а тому пожежа автомобіля внаслідок короткого замикання в електромережі або потрапляння бензину на розігріті деталі двигуна автомобіля є страховим випадком відповідно до п. 7 договору страхування [4]. В результаті розгляду справи рішення суду першої інстанції та апеляційного суду було скасовано, а справу передано на новий розгляд до суду першої інстанції.

Згідно зі ст. 25 Закону України «Про страхування» та ст. 990 ЦК України, що визначають порядок і умови здійснення страхових виплат та страхового відшкодування, здійснення страхових виплат і виплата страхового відшкодування проводиться страховиком згідно з договором страхування на підставі заяви страхувальника (його правонаступника або третіх осіб, визначених умовами страхування) і страхового акта (аварійного сертифіката), який складається страховиком або уповноваженою ним особою (аварійним комісаром) у формі, що визначається страховиком.

Підставою для відмови страховика у здійсненні страхових виплат або страхового відшкодування згідно зі ст. 991 ЦК України та ст. 26 Закону України «Про страхування» є:

1) навмисні дії страхувальника або особи, на користь якої укладено договір страхування, спрямовані на настання страхового випадку. Зазначена норма не поширюється на дії, пов'язані з виконанням ними громадянського чи службового обов'язку, в стані необхідної оборони (без перевищення її меж) або захисту майна, життя, здоров'я, честі, гідності та ділової репутації. Кваліфікація дій страхувальника або особи, на користь якої укладено договір страхування, встановлюється відповідно до чинного законодавства України;

2) вчинення страхувальником – фізичною особою або іншою особою, на користь якої укладено договір страхування, умисного злочину, що призвів до страхового випадку;

3) подання страхувальником свідомо неправдивих відомостей про предмет договору страхування або про факт настання страхового випадку;

4) отримання страхувальником повного відшкодування збитків за майновим страхуванням від особи, винної у їх заподіянні;

5) несвоєчасне повідомлення страхувальником про настання страхового випадку без поважних на це причин або створення страховикові перешкод у визначенні обставин, характеру та розміру збитків;

6) інші випадки, передбачені законом.

Умовами договору страхування можуть бути передбачені також інші підстави для відмови у здійсненні страхових виплат, якщо це не суперечить закону.

Таким чином, наведений вище перелік підстав для відмови страховика у здійсненні страхової виплати або страхового відшкодування не є вичерпним, що на практиці пов'язано з додатковими ризиками виникнення суперечки між страхувальником та страховиком.

Зазначені вище підстави для відмови у здійсненні страхової виплати або страхового відшкодування застосовуються до «недобросовісних» споживачів страхових послуг, які вчиняють, як правило, навмисні дії з метою отримання майнової вигоди від страхування. Тому логічно, що наведені вище підстави для відмови у страховій виплаті або страховому відшкодуванні не можуть застосовуватися відносно добросовісних споживачів страхових послуг, які, як правило, опиняються перед проблемою заниження належної їм суми страхової виплати.

Рішення про відмову у страховій виплаті приймається страховиком у строк, що не перевищує передбачений Правилами страхування, та повідомляється страхувальнику в письмовій формі з обґрунтуванням причин відмови. Відмову страховика у страховій виплаті може бути оскаржено страхувальником у судовому порядку.

Слід зазначити, що негативний фінансовий стан страховика не є підставою для відмови у виплаті страхових сум (їх частин) або страхового відшкодування страхувальнику. Навіть у разі, якщо Нацкомфінпослуг анулює дію ліцензії на певний вид страхування, то це лише означає, що страхова компанія не може укладати нові договори страхування з даного виду страхування, а щодо вже укладених договорів страхування страхова компанія має виконувати у повному обсязі взяті на себе договірні обов'язки.

За договором страхування споживач страхової послуги має право на відшкодування реальних збитків, які за договором підпадають під страхове відшкодування. Водночас слід звернути увагу на те, що саму шкоду споживачу страхових послуг завдає не страховик, а інша третя особа (заподіювач шкоди, винна особа). Між споживачем страхової послуги та заподіювачем шкоди у даному випадку виникають деліктні правовідносини, за змістом яких заподіювач шкоди має відшкодувати завдану шкоду. У разі, коли деліквент відшкодує завдану ним шкоду, то страховик не повинен нічого відшкодовувати. В іншому випадку – страховик в межах існуючого між ним та споживачем страхової послуги страхового зобов'язання має відшкодувати понесені споживачем збитки (в межах страхової суми).

Стосовно останніх суджень слід наголосити на тому, що між страховиком і споживачем страхових послуг існують договірні правовідносини, за якими відшкодування страховиком збитків не є мірою цивільно-правової відповідальності страховика, а є його обов'язком, тобто, відшкодовуючи понесені споживачем збитки, страховик лише виконує свій договірний обов'язок в натурі. Виконання обов'язку в натурі означає вчинення саме тих дій, які страховик (боржник) зобов'язаний був виконати на основі договору страхування.

Вважаємо слушним зауваження С. І. Шимон, яка зазначає, що за правом країн континентальної правової сім'ї обов'язок виконати зобов'язання в натурі є основним, а вимога щодо грошової компенсації збитків, як суто майнова санкція, розглядається як другорядна. Якщо виконання зобов'язання в натурі фізично можливе та на цьому наполягає кредитор, то за романо-германським правом суд зобов'язаний винести рішення про примусове виконання боржником обов'язку в натурі [5, с. 105].

Серед позовів, що подаються споживачами страхових послуг, більша частина стосується саме стягнення страхової виплати. Тобто склалася така судова практика, коли споживачі страхових послуг, звертаючись до суду із позовом про стягнення страхової виплати, ототожнюють її з усіма збитками, які вони зазнали в результаті страхового випадку.

На нашу думку, таке ототожнення не є коректним і слід розмежовувати, які збитки покриваються страховою виплатою, а які ні [6].

У випадках коли страхова сума не покриває всі збитки споживача страхових послуг, останній має право в межах деліктних правовідносин звернутися з вимогою до заподіювача шкоди про відшкодування тієї суми збитків, що перевищує ліміт відповідальності страховика.

Підсумовуючи проведене дослідження, слід зазначити, що *право споживача страхової послуги на отримання страхової виплати – це право на грошову суму, яка виплачується страховиком відповідно до умов договору страхування при настанні страхового випадку в межах страхової суми.* Це право

найчастіше порушується або не визнається страховиком, який застосовує різні підстави для відмови у виплаті страхового відшкодування. Серед них можуть бути такі:

– несвоєчасне повідомлення страхової компанії страхувальником про настання страхової події;
– невідповідність розміру завданої шкоди характеру і обставинам страхового випадку;
– норми, що містяться у Правилах страхування;
– тощо.

Порядок здійснення страхової виплати визначається у договорі страхування та Правилах страхування.

Список використаної літератури:

1. *Про страхування*: Закон України, станом на 01.04.2015 // Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80.

2. *Майстренко Л. О., Романюк Я. М.* Особливості підстав для відмови страховика від здійснення страхової виплати // Вісник Верховного Суду України. – 2015. − № 5 (177). – С. 41–48.

3. *Цивільний* кодекс України: прийнятий 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

4. *Ухвала* колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 лютого 2014 року. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. − Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37071504.

5. *Шимон С. І.* Цивільне і торгове право зарубіжних країн: навч. посібник (курс лекцій). – К.: КНЕУ, 2004.− 220 с.

6. *Ільченко Г. О.* Відшкодування збитків споживачів страхових послуг за договором страхування // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 14, 2015 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – С. 66 – 69.

The article is devoted to clarify the content of the rights of consumers of insurance services for insurance compensation, isolation and differentiation of the concepts of insurance payment and insurance compensation, as well as to determine the characteristics of the insurance payment. Focuses on the close relationship the rights of consumers of insurance services for insurance payment and the right of an insurer to refuse payment of the insurance.

Статья посвящена выяснению содержания права потребителя страховых услуг на получение страховой выплаты, выделение и разграничение понятий страховой выплаты и страхового возмещения, а также определение особенностей осуществления страховой выплаты. Акцентируется внимание на тесной взаимосвязи права потребителя страховой услуги на страховую выплату и права страховщика на отказ в осуществлении страховой выплаты.

МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

Кожевникова В. О.,
доцент кафедри цивільного та трудового права
Київського університету права

Статтю присвячено аналізу доктринальних підходів до правової категорії межі здійснення прав. Виявлено низку меж здійснення прав суб'єктів сімейних відносин. Обґрунтовано позицію, що межі здійснення прав в сімейних відносинах слід поділяти на суб'єктивні, часові межі здійснення прав та вимоги здійснення права у відповідності з його визначенням.

Ключові слова. Суб'єкт, сімейні відносини, суб'єктивні межі, часові межі, право вимоги, здійснення суб'єктивних прав, особисті немайнові права, майнові права.

Незважаючи на існування ч. 1 ст. 13 ЦК України, яка визначає межі здійснення цивільних прав та проголошує, що цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства, межі здійснення сімейних прав на сьогодні залишаються позбавленими чіткого законодавчого визначення. Проблемою є відсутність у СК України правових норм, які б установлювали межі здійснення прав суб'єктів сімейних відносин.

Наявність певних закріплених законодавцем меж надасть можливість суб'єктам сімейних відносин формулювати свою поведінку у чітко визначеному правовому полі. З правомірного здійснення прав суб'єктами сімейних відносин важливим залишається встановлення загальних, визначених орієнтирів, керуючись якими особа могла б здійснювати свої права в межах закону, не порушуючи при цьому права інших.

Вагомий внесок у розробку доктрини «правова категорія межі здійснення прав» зробив Є. О. Мічурін [1, с. 456], у дослідження проблеми «межі здійснення суб'єктивних цивільних прав» – М. О. Стефанчук [2, с. 184], П. М. Рабінович [3, с. 8] досліджував «загально-теоретичний аспект меж здійснення прав людини», Л. В. Красицька присвятила цьому працю «Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей» [4, с. 492], О. В. Сінєгубов [5, с. 39] спробував визначити проблематику та методологію «здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб».

Метою цієї статті є: на підставі розробленої цивільно-правової доктрини, присвяченої проблемам меж здійснення прав фізичних осіб, установити сутність правової категорії межі здійснення прав суб'єктів сімейних відносин, визначити її правову природу та нормативні підстави встановлення.

Наше завдання – визначити особливості меж здійснення особистих немайнових та майнових прав суб'єктів сімейних відносин, удосконалити правовий механізм і порядок установлення меж здійснення прав, які б мали застосовуватись саме до суб'єктів сімейних відносин.

Здійснення шлюбно-сімейних відносин – відносин між чоловіком та дружиною, батьками та дітьми, між близькими родичами – є особливою формою суспільних відносин. Вони зумовлюються у своєму формуванні, розвитку та проявленні базисом, тобто економічним ладом суспільства на відповідному етапі його розвитку та становлення. Відповідно до цього у кожному соціально-економічному ладі існують свої специфічні шлюбно-сімейні відносини, визначений тип сім'ї.

На етапі становлення та стрімкого розвитку українського суспільства одним з пріоритетних завдань є побудова та постійне вдосконалення правової системи сімейного права з метою забезпечення її ефективності формування та задоволення потреб населення. Суб'єктивне сімейне право як елемент складу правовідношення відіграє в доктрині важливу роль. На даному етапі цьому питанню приділяється пильна увага.

В науці сімейного права на доктринальному рівні відсутнє цілісне дослідження загальнотеоретичних підстав меж здійснення особистих немайнових прав всіх без винятку суб'єктів сімейних правовідносин.

Чинний СК України визначає порядок та особливості меж здійснення особистих немайнових прав подружжя, батька, матері, дитини та інших членів сім'ї. Як слушно зазначає Л. В. Красицька, «здійснення сімейних прав відбувається під впливом певних чинників, визначених законом чи договором, завдяки чому й досягається правовий результат, на який розраховувала управомочена особа – носій суб'єктивних прав» [4, с. 110–111]. Тому виникає потреба у дослідженні правових чинників та з'ясуванні сутності поняття межі здійснення прав суб'єктами сімейних правовідносин.

Правова категорія межі здійснення прав у цивілістичній науці є більш розробленою порівняно з наукою сімейного права. Однак варто зазначити, що правова категорія меж здійснення прав знаходить своє відображення майже в усіх правових інститутах як цивілістичної науки, так і науки сімейного права. Сімейно-правова доктрина на основі цивілістичних розробок має удосконалювати правову категорію здійснення та межі здійснення, яка б застосовувалась до необмеженого кола суб'єктів сімейних правовідносин.

Проблемі встановлення меж здійснення суб'єктивного права в цивілістиці було присвячено низку робіт ще в минулому столітті. Так, відомий радянський вчений М. М. Агарков одним із перших досліджував вказану проблематику та в результаті проведеної роботи встановив, що «з одного боку, шукати межі цивільних прав необхідно та природно в першу чергу в законі» [6, с. 118]. Установлюючи цивільну дієздатність особи, а також те й інше суб'єктивне право, закон установлює їх зміст, а тим самим і межу. З такого твердження автора випливає, що законність або незаконність дій суб'єкта правовідносин завжди можна чітко встановити.

О. М. Труба в результаті дослідження меж здійснення цивільних прав дійшов висновку, що існуючі межі здійснення доцільно поділити на дві групи. До першої групи автор відніс межі здійснення цивільних прав, прямо передбачених законом як загальних або приватних нормативних заборон та обмежень. До другої групи меж здійснення цивільних прав було віднесено межі, визначені судом при вирішенні конкретного спору на підставі судового розсуду [7, с. 144]. Такий висновок автора є необґрунтованим через те, що судові органи, керуючись вимогами закону, в своєму судовому рішенні також установлюють межі дозволеної поведінки для того чи іншого суб'єкта правовідносин. Як відомо, рішення суду не має узагальнювального характеру. Такий поділ меж здійснення прав для цивілістичної науки та для науки сімейного права є неприйнятним і певною мірою викликає такі зауваження: по-перше, межі цивільних прав установлюються для всіх прав та є приналежними для всіх суб'єктів як цивільних, так і сімейних правовідносин; по-друге, межі

здійснення суб'єктивного права можуть установлюватись тільки законом або актами чинного законодавства. Рішення суду не встановлює межу суб'єктивного цивільного права суб'єкта. Якщо йдеться про межу здійснення сімейного права, то варто зазначити також, що ні рішення суду, ні рішення органу опіки та піклування, який також уповноважений вирішувати спори щодо участі у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо (цей орган також своїм рішенням не вправі встановлювати межі здійснення прав батьками, окреслені у ст. 158 СК України), не встановлює межу суб'єктивного цивільного права для суб'єктів сімейних правовідносин. Тому дослідження проблемних питань меж здійснення особистих немайнових та майнових прав суб'єктів сімейних правовідносин неможливе без визначення правової категорії межі здійснення цивільних прав, яка є найбільш розробленою у цивілістичній науці.

У російській науці цивільного права найбільш розробленим вважається підхід професора В. П. Грибанова щодо обмежень у сфері здійснення прав. Оскільки здійснення суб'єктивного права являє собою реалізацію можливостей, покладених у зміст права, автор дійшов висновку, що сутність суб'єктивного права включає в себе лише можливу поведінку управомоченої особи, а відмінність здійснення права від суб'єктивного права полягає в тому, що здійснення права являє собою вчинення реальних конкретних дій, пов'язаних з втіленням цієї можливості в дійсність [8, с. 44]. А. Н. Труба з цього приводу стверджує, що «співвідношення між поведінкою, яка складає зміст суб'єктивного права, та поведінкою, яка складає зміст здійснення права, вбачається, перш за все, як співвідношення між можливістю та дійсністю. Як наслідок, поведінка, що є складовим змістом суб'єктивного права, і поведінка, що є складовим змістом процесу його здійснення, співвідносяться як об'єктивне та суб'єктивне» [7, с. 144]. Так, В. П. Грибанов вважає, що зміст суб'єктивного цивільного права охарактеризовано як загальний вид можливої поведінки уповноваженої особи, санкціонований об'єктивним правом, на відміну від чого зміст процесу його здійснення зводиться до здійснення управомоченою особою реальних, конкретних дій, в яких відображено як волю самої управомоченої особи, так і специфічні особливості даного конкретного випадку [8, с. 145]. Отже, вищевказані особливості, на думку професора, відрізняють межі суб'єктивного права від меж його здійснення.

Крім того, В. П. Грибанов визначає кілька меж здійснення суб'єктивних прав:

– суб'єктивні межі, визначені рамками цивільної дієздатності;

– часові межі, що являють собою встановлені законом строки здійснення цивільних прав;

– вимоги здійснення права відповідно до його визначення [8, с. 146].

Не викликає сумнівів правильність такого підходу автора, адже дійсно, суб'єктивні межі здійснення особистих немайнових та майнових прав визначені рамками цивільної дієздатності особи, разом з тим – певними часовими межами, в рамках яких особа має змогу здійснювати права та виконувати пов'язані з цим обов'язки. Причому суб'єкти цивільних правовідносин мають здійснювати свої права не лише для задоволення власних потреб, а й такі права мають бути співзвучними із суспільними правами та інтересами в цілому.

Будемо керуватися положенням ст. 8 СК України, яка дозволяє застосовувати до регулювання сімейних відносин ЦК України, якщо правовідносини (сімейні) не врегульовані повною мірою актами сімейного законодавства. Тому на підставі цього вбачається за доцільне (з метою вдосконалення існуючих підходів до меж здійснення особистих немайнових та майнових прав суб'єктів сімейних відносин) використати правові конструкції меж здійснення, розроблених у цивільному праві, та на підставі цього визначити і розробити правовий підхід до меж здійснення прав суб'єктів сімейних відносин.

Щодо меж здійснення особистих немайнових та майнових прав суб'єктів сімейних правовідносин, то в сімейному праві, так само як і в цивільному, суб'єктивні межі здійснення права визначаються кордонами (рамками) дієздатності особи.

Отже, в сімейному праві України можна встановити такі межі здійснення прав суб'єктами сімейних правовідносин:

1) суб'єктивні межі, визначені рамками цивільної дієздатності;

2) часові межі, тобто встановлені актами сімейного законодавства строки здійснення сімейних прав;

3) вимоги здійснення права відповідно до його визначення.

Суб'єктивні межі здійснення сімейних прав визначені рамками цивільної дієздатності. Так, дитина здійснює свої суб'єктивні права лише в тих межах, які дозволені їй залежно від її віку, якого наразі дитина досягла. Дитина, яка не досягла чотирнадцяти років (малолітня особа), має право самостійно вчиняти дрібні побутові правочини та здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняється законом (ст. 31 ЦК України). Тобто від імені малолітньої дитини майнові права здійснюють її батьки задовольняючи інтереси своєї дитини.

Неповнолітня дитина (від чотирнадцяти до вісімнадцяти років) має значно ширші межі здійснення своїх особистих немайнових та майнових прав. Крім вчинення дрібних побутових правочинів, передбачених ст. 31 ЦК України, така дитина має право самостійно розпоряджатися

своїм заробітком, стипендією або іншими доходами; самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом; бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи; самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку).

Усі ж інші правочини неповнолітня дитина здійснює за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників (ст. 32 ЦК України). Отже, аналіз положень цивільного, сімейного законодавства, який установлює дієздатність особи, свідчить про те, що суб'єктивні межі здійснення прав визначені рамками цивільної дієздатності, оскільки дитині, залежно від її віку, законодавець установлює певні межі здійснення суб'єктивних прав.

Однак не всі сучасні науковці розділяють такий підхід. Так, Л. В. Красицька з цього приводу зазначає, що недоцільно визначати суб'єктивні межі здійснення суб'єктивних прав та межі здійснення суб'єктивних цивільних прав залежно від способу здійснення, зважаючи на те, що саме суб'єкт і визначає межі здійснення права. Суб'єкт, як носій суб'єктивного права, маючи певний обсяг дієздатності, здійснює свої права в певних межах певними способами, які він обирає самостійно, тобто вчиняє фактичні чи юридичні дії з реалізації правомочностей, що складають зміст суб'єктивного права. Засоби примусового здійснення чи захисту належного особі суб'єктивного права більше спрямовані не на визначення певних вимог, меж для здійснення суб'єктивних прав, а на забезпечення можливості здійснення суб'єктивних прав. Вони реалізуються в охоронних правовідносинах, а не в регулятивних, в яких і визначаються межі здійснення суб'єктивних прав [4, с. 195]. Така позиція науковця вбачається спірною, оскільки дитина самостійно не може визначати межі здійснення права, межі здійснення права визначає закон (акти цивільного, сімейного законодавства). У разі відсутності повної цивільної дієздатності малолітня, неповнолітня дитина не може повною мірою здійснювати свої майнові права та обирати при цьому способи здійснення таких прав самостійно. Тому досить логічним видається застосування розроблених у цивілістиці визначених рамок цивільної дієздатності як суб'єктивної межі здійснення прав та використання їх у науці сімейного права, причому такий підхід має відповідне нормативне закріплення в чинному законодавстві.

Часові межі здійснення прав. Не виникає сумнівів, що часові межі, тобто встановлені актами сімейного законодавства строки здійснення сімейних прав, мають місце в сімейному законодавстві України. Здійснення суб'єктивного сімейного права є обмеженим часовими межами. Так, за договором про патронат, орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття (ст. 252 СК України). Тобто, за загальним правилом, дитина вважається приналежною до сім'ї патронатного вихователя, і такий вихователь виконує, по суті, батьківські функції до того часу, доки вона не досягла повноліття. З моменту досягнення повної цивільної дієздатності договір патронату припиняє (втрачає) свою юридичну дію. Те ж саме можна сказати і про виховання дитини у прийомній сім'ї та виховання дитини у дитячому будинку сімейного типу. Права та обов'язки батьків та дітей (третіх осіб у вигляді органу опіки та піклування) діють у певних часових межах, впродовж відповідного проміжку часу, протягом якого дитина має право виховуватись у такій сім'ї.

Так, Л. В. Красицька, досліджуючи проблеми здійснення прав дітей, слушно стверджує, що стосовно межі здійснення особистих і майнових прав батьків та дітей слід зазначити, що права дитини можуть бути здійснені лише протягом певного часу, коли людина має статус дитини – до досягнення нею повноліття [4, с. 196]. Тому автор говорить, що, виходячи з цього, і батьківські права мають триваючий характер, проте тимчасовий, тобто й батьки здійснюють свої права по відношенню до дитини впродовж певного проміжку часу. Так, ч. 4 ст. 136 СК України чітко встановлює, що оспорювання батьківства можливе лише після народження дитини та до досягнення нею повноліття. Тому законодавцем чітко встановлено часові рамки, в межах яких батько (мати), які записані в свідоцтві про народження батьком (матір'ю) дитини, можуть оспорювати своє батьківство (материнство). Якщо ж такий строк батьком (матір'ю) пропущено, особа позбавляється такого права.

Часові межі здійснення права за своєю правовою природою представляють найбільший інтерес та, разом з тим, найбільшу складність їх застосування, такий стан, у свою чергу, свідчить про найбільше практичне значення за умов сьогодення.

Разом з тим конструкцію часових меж здійснення суб'єктивних прав можна застосовувати не лише до батьків та дітей, а й до інших суб'єктів сімейних правовідносин. Так, сурогатне материнство є різновидом сімейних правовідносин [9, с. 11]. Права та обов'язки сторони договору також здійснюють упродовж певних часових меж.

Так, Р. А. Майданик договір сурогатного материнства визначає як договір, де одна сторона (подружжя або окрема особа, які не здатні мати власну дитину) передає свій генетичний матеріал для її народження іншій стороні – сурогатній матері, яка зобов'язується виносити, народити дитину,

зачату методом екстракорпорального запліднення [10], і передати її після народження першій стороні, яка зобов'язується забрати дитину і компенсувати витрати сурогатної матері на умовах цього договору [11, с. 19]. Тобто після успішного завершення процедури імплантації ембріона та у випадку настання вагітності особа-замовник і сурогатна мати вступають у достатньо тривалий період, протягом якого вони є сторонами договору та зобов'язуються виконувати низку пов'язаних з цим зобов'язань один стосовно одного. Однак з моменту народження дитини та передання її стороні договору – батькам-замовникам, сімейно-правові відносини між сторонами договору сурогатного материнства припиняються. Отже, сурогатна мати та батьки замовники (батько-замовник) здійснюють свої особисті немайнові та майнові права один стосовно одного виключно протягом строку дії договірних відносин. Тому вищевказані суб'єкти сімейного права також здійснюють свої права в певних часових межах.

Вимоги здійснення права відповідно до його призначення, як відомо, вітчизняний законодавець відносить до меж здійснення цивільних прав. Проте такий підхід є досить дискусійним у цивілістичній науці, і тому залишається не прийнятим сучасними розробниками сімейно-правової доктрини.

Так, яскравий представник цивілістичної науки Й. О. Покровський зазначав, що здійснення права з метою завдати іншому шкоди має назву зловживання правом [12, с. 118]. М. М. Агарков писав, що дії, які називають зловживанням правом, здійснюються за межами права [6, с. 99]. Тобто відповідно до зазначеного, на думку автора, межі здійснення сімейного права визначають належну, законну поведінку суб'єкта правовідносин і ступінь захисту таких прав. Дія суб'єкта в межах певних прав користується юридичною захищеністю, а дія, яку особа вчиняє поза межами права, не підлягає юридичному захисту.

Розробник доктрини сімейного права Л. В. Красицька також є прихильником вищевказаних цивілістичних підходів та з цього приводу зазначає, що здійснення права з метою завдати шкоди іншій особі є порушенням меж здійснення суб'єктивного права, тому проблему зловживання правом доцільно розглядати окремо від меж здійснення права [4, с. 203]. Однак сьогодні така позиція авторитетних вчених залишається досить суперечливою.

Вимоги здійснення права відповідно до його призначення відомий представник цивілістичної науки В. П. Грибанов [8, с. 46] відносить до меж здійснення цивільних прав. Ще ЦК УРСР передбачав низку положень, які надавали можливість захисту уповноваженою особою належних їй суб'єктивних прав. Можливість суб'єктів захищати належне їм суб'єктивне право прямо передбачено і в чинному ЦК та СК України (так, особа має право на самозахист своїх прав від їх порушень, ч. 1 ст. 18 ЦК України). Аналіз вказаної норми свідчить про те, що термін «самозахист» включає в себе як вчинення фактичних дій, так і застосування заходів оперативного впливу для захисту суб'єктивного права.

В. В. Луць справедливо вважає обґрунтованою позицію В. П. Грибанова, відповідно до якої зміст права на захист включає можливість уповноваженої особи самостійно здійснювати захист порушеного суб'єктивного права власними діями з дотриманням норм права [13, с. 37]. У подальшому дослідник В. С. Ем та професор В. П. Грибанов зазначають, що до захисних дій можуть належати й дії, що вчиняються уповноваженою особою до ненастання порушення суб'єктивного цивільного права [14, с. 413]. Не варто заперечувати факту існування в особи права вчиняти дії, спрямовані на недопущення порушень права та вчинення відповідних дій, які з цього права випливають. Крім того, В. В. Луць слушно вважає, що таке право є не складовою права на захист, а самостійним суб'єктивним цивільним правом. Дії щодо його реалізації є звичайним здійсненням цього права [13, с. 42]. Разом з тим такий підхід підтримується й національним сімейним законодавством України, яке не допускає дії особи, що вчиняється з наміром завдати шкоди іншій особі, крім того, не допускається будь-яке зловживання правом, яке може існувати в інших формах (ч. 3 ст. 13 ЦК України).

Безумовно, в сімейному праві також існує заборона щодо вчинення протиправних дій. Так, при здійсненні прав батьків та дітей не допускається вчинення дій з наміром завдати шкоди іншій особі [4, с. 203]. Тому можна стверджувати, що вчинення активних дій з метою недопущення порушення права суб'єктів сімейних відносин є самостійним здійсненням цього права та існує поза межами зловживання права.

Тому під межами здійснення сімейних прав варто розуміти міру можливої поведінки особи при здійсненні нею будь-якого суб'єктивного сімейного права, встановленого для віх суб'єктів правовідносин.

Отже, межі є основною складовою частиною будь-якого суб'єктивного права суб'єкта цивільних (сімейних) правовідносин, оскільки за відсутності меж право перестає існувати та впливати на суспільні відносини.

У сімейному праві України суб'єктивні межі здійснення особистих немайнових та майнових прав визначені рамками цивільної дієздатності особи, разом з тим певними часовими межами, в рамках яких особа має змогу здійснювати права та виконувати пов'язані з цим обов'язки. Причому суб'єкти цивільних правовідносин мають здійснювати свої права не лише для задоволення власних потреб, а й такі права мають бути співзвучні суспільним правам та інтересам у цілому.

До меж здійснення сімейних прав слід віднести вимогу, що не допускає дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншим суб'єктам. Таке право є не складовою права на захист (зловживанням права), а самостійним суб'єктивним цивільним правом. Дії щодо його реалізації є звичайним здійсненням цього права.

Під межами здійснення сімейних прав варто розуміти міру можливої поведінки особи при здійсненні нею будь-якого суб'єктивного сімейного права, встановленого для всіх суб'єктів правовідносин.

Список використаної літератури:

1. *Мичурин Е. О.* Осуществление и ограничение вещных прав: моногр. / Е. О. Мичурин. – М.: Юрист, 2011. – 340 с.

2. *Стефанчук М. О.* Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав / М. О. Стефанчук. – К.: КНТ, 2008. – 184 с.

3. *Рабінович П. М.* Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) / П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 6. – С. 8.

4. *Красицька Л. В.* Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей: моногр. / Л. В. Красицька. – Донецьк, 2014. – 492 с.

5. *Сінєгубов О. В.* Здійснення особистих немайнових прав осіб, що не досягли повноліття: автореф. дис. …док. юрид. наук: 12.00.03. / О. В. Сінєгубов. – К., 2015. – 39 с.

6. *Агарков М. М.* Проблемы злоупотребления правом в советском гражданском праве // Цивилистическая практика. – 2002. – № 3. – С. 118.

7. *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданських прав // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 44.

8. *Коренга Ю. В.* Договір сурогатного материнства в сімейному праві України: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ю. В. Коренга. – Луцьк, 2014. – С. 11 (195 с.).

9. *Екстракорпоральне* запліднення – процес, у ході якого яйцеклітини запліднюються спермою поза межами організму. Назва цієї медичної технології походить від двох латинських слів extra – зовні і corpus – тіло. Також має назву запліднення in vitro «у пробірці», англ. IFV – In vitro fertilization.

10. *Майданик Р. А.* Репродуктивні права. Сурогатне материнство / Р. А. Майданик. – К.: Алерта, 2013. – С. 19 (48 с.)

11. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – Изд. 4-е, испр. – М.: Статут, 2003. – С. 118.

12. *Особливості* здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин: моногр. / За заг. ред. академіка НАПрН України В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 320 с.

13. *Гражданское право*: в 2-х т.: учеб. / [В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. И. Коваленко и др.]; отв. ред. Е. А. Суханов. – М.: БЕК, 2002. – Т. 1. – С. 413.

This article analyzes the doctrinal approaches to the legal category of the border right. A number of the boundaries of the rights of subjects of family relations. Reasoned position that the boundaries of the rights in family relations should be divided into subjective, the border guards of the rules and requirements of the law in accordance with its definition.

Статья посвящена анализу доктринальных подходов к правовой категории границы осуществления прав. Установлено ряд границ осуществления прав субъектов семейных отношений. Аргументировано позицию, что границы осуществления прав в семейных отношениях нужно разделять на субъективные, часовые границы осуществления прав и требование осуществления права в соответствии с его определением.

УТРИМАННЯ ДИТИНИ ЗА ДОМОВЛЕНІСТЮ: СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ

Левківський Б. К.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглянуто правовідносини, які виникають між батьками дитини з приводу її утримання. Обґрунтовано, що чинне сімейне законодавство України передбачає можливість виконання платником аліментів обов'язку по утриманню дитини з власної ініціативи у будь-який спосіб, а не

виключно у спосіб, передбачений чинним Сімейним кодексом України. Доведено, що чинне сімейне законодавство країни не містить обов'язкової письмової форми такого правочину, як домовленість між батьками щодо утримання дитини.

Ключові слова: захист, аліменти, права батьків і дітей, платник аліментів, забезпечення потреб дитини.

У 2004 році набув чинності новий Сімейний кодекс України, який протягом одинадцяти років зазнав чисельних змін, доповнень та тлумачень. Не є виключенням і глава п'ятнадцята Сімейного кодексу України (далі – СК України), яка регулює питання утримання дитини, майже кожна норма закріплена у даній главі зазнала змін.

Сімейний кодекс України щодо регулювання правовідносин по утриманню батьками своєї дитини містить низку новел, які на той час надали можливість більш вільного врегулювання питань утримання батьками своєї дитини, дозволили батькам самостійно визначати форму, спосіб виплати аліментів без звернення до відповідного суб'єкта владних повноважень. Можливість врегулювання питань щодо утримання дитини відповідає суті сімейних правовідносин, а також принципам регулювання сімейних правовідносин, зокрема тих, які закріплені ч. 9 ст. 7 СК України, яка встановлює, що сімейні правовідносини регулюються на засадах справедливості, добросовісності та розумності, відповідно до моральних засад суспільства.

Відповідно до чинного СК України батьки зобов'язані утримувати дитину до її повноліття (ст. 180 СК). Звичайно, турбота про дитину не полягає виключно у її матеріальному забезпеченні, однак маємо визнати, що саме матеріальне забезпечення відіграє у житті дитини, у її становленні як повноцінного члена нашого суспільства не останню роль.

Утримання дитини є моральним, соціальним та юридичним обов'язком батьків, оскільки дитина в силу своїх фізіологічних особливостей залежна від батьків, потребує сумлінного виконання батьками покладених на них обов'язків. Протягом тривалого часу людство, спостерігаючи за виконанням батьківських обов'язків щодо утримання дитини, напрацьовувало певні правила, яких мають дотримуватися батьки, методи та процедури захисту права дітей на утримання, засоби впливу на батьків, які неналежно виконують свої обов'язки [1, с. 56].

З метою забезпечення інтересів дитини у сімейному законодавстві закріплено норми, які надають можливість врегулювати відносини між батьками щодо виховання дитини договором, визначати за домовленістю спосіб виконання обов'язку щодо її утримання (ст. 181 СК), передбачено можливість відрахування коштів на утримання дитини з власної ініціативи того з батьків, який проживає окремо від дитини (187 СК), норма, закріплена в ст. 189 СК, передбачає можливість батьків врегулювати питання щодо виплати коштів на утримання дитини договором, передати дитині нерухоме майно у власність, як специфічний спосіб виконання обов'язку по утриманню дитини (ст. 190 СК).

Однак, незважаючи на наявність значної кількості новел, практика застосування норм матеріального права свідчить про те, що на сьогодні у нормативному регулюванні даних правовідносин залишається безліч обмежень, прогалин, протиріч, що не тільки не сприяє захисту прав та інтересів всіх учасників даних правовідносин, а й породжує неоднозначні судові рішення у справах про стягнення аліментів, які не тільки не відповідають засадам регулювання сімейних правовідносин, а у деяких випадках і принципам законності та обґрунтованості судового рішення.

У науковій літературі традиційним є аналіз чинного законодавства та правозастосовної практики з метою виявлення прогалин у нормативному регулюванні та розробка пропозицій щодо удосконалення захисту прав та інтересів дитини як найнезахищенішого суб'єкта аліментних правовідносин. Справедливо зазначалося, що проблема в аліментному правовідношенні, як правило, пов'язана не з нормативним закріпленням на рівні матеріального права тієї або іншої норми, а із можливістю реалізації учасниками цих правовідносин наданих їм прав, своєчасним впливом на недобросовісного носія обов'язку, який не виконує покладених на нього батьківських функцій по утриманню дитини, забезпеченню їй належних умов життя, через правові механізми.

Свого часу питання захисту суб'єктивних сімейних прав дитини на утримання досліджували такі відомі вчені, як З. Ромовська, І. Жилінкова, С. Індиченко, Л. Савченко та ін. Однак, незважаючи на наукову розробленість даної теми, багато питань залишаються дискусійними.

Більшість науковців залишає поза увагою проблему зловживання правами того з батьків, хто проживає разом з дитиною та діє не в інтересах дитини, а виключно з метою завдання шкоди (як правило, з мотивів помсти або примусу до вирішення майнових питань) тому з батьків, хто проживає окремо від дитини, безпідставно звертається до суду з метою отримання судового рішення про стягнення аліментів. Такі випадки на сьогодні непоодинокі, а судді, незважаючи на норми матеріального права, які закріплюють можливість виконання обов'язку по утриманню дитини в добровільному порядку, а також порушуючи завдання цивільного судочинства, безпідставно задовольняють вимоги стягувача, порушуючи при цьому права того з батьків, хто не порушує закон.

З огляду на зазначене виникає нагальна необхідність удосконалення захисту прав того з батьків, хто, діючи у межах чинного законодавства, добровільно надає утримання дитині з метою недопущення застосування відносно законослухняного громадянина санкцій сімейно-правового характеру.

Як зазначалося на початку даної статі, СК України передбачає можливість врегулювання сімейних відносин за домовленістю (ч. 2 ст. 7). Зазначену норму доповнює спеціальна норма ч. 1 ст. 181 СК яка надає право батькам визначити за домовленістю способи виконання обов'язку по утриманню дитини. Відповідно до ст. 189 СК батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину.

З урахуванням змісту зазначених норм можна дійти висновку, що законодавець, закріплюючи у чинному СК право батьків на визначення способу виконання обов'язку по утриманню дитини, розмежовує дві форми, в яких може бути в добровільному порядку врегульовано батьками питання участі в утриманні дитини того з батьків, котрий проживає окремо від дитини – за домовленістю та шляхом підписання договору.

При першому наближенні до сутності цих термінів і в контексті СК України очевидна їх відмінність, котра випливає вже із самого використання їх законодавцем для формулювання тієї чи іншої норми. Зокрема, ч. 6 ст. 18 вказує, що способом захисту сімейних прав може бути відшкодування матеріальної або моральної шкоди, якщо це передбачено СК України або договором, і не згадує домовленості. А в інститутах Особливої частини Кодексу кожен із вказаних термінів використовується самостійно. Так, виключно про домовленість йдеться у: ст. 63, яка передбачає рівність прав дружини та чоловіка на володіння, користування і розпорядження спільним сумісним майном, якщо інше не встановлено домовленістю між ними; ч. 1 ст. 71, за якою неподільні речі присуджуються одному з подружжя, якщо інше не визначено домовленістю між ними; ч. 1 та ч. 2 ст. 181, згідно з якою за домовленістю між батьками можуть визначатися способи виконання ними обов'язку утримувати дитину [2].

В окремих випадках ці терміни протиставляються: у ч. 1 ст. 70 вказано, що частки дружини та чоловіка у спільному сумісному майні є рівними, якщо інше не визначено домовленістю між ними або шлюбним договором. З цього очевидно, що автори СК України закладали різний зміст у поняття договору та домовленості й це зрозуміло, адже у протилежному випадку немає сенсу в уведенні двох різних термінів [2].

Щодо відмінності форм домовленості та договору про сплату аліментів на дитину. Так, СК України не містить вимог щодо форми, якою має бути закріплено батьками домовленість щодо утримання дитини, на відміну від договору про сплату аліментів.

Домовленість відповідно до словника з українського літературного слововживання – це досягнення певної умови, вирішення чогось [3, с. 125]. Вбачається, що домовленість може бути досягнута як в усній, так і в письмовій формі. Незалежно від форми закріплення такої домовленості, вона буде обов'язковою до виконання, а у випадку порушення умов такої домовленості і буде виникати право на звернення до суду з метою захисту прав та інтересів дитини, а не того з батьків, котрий з нею проживає. На відміну від домовленості, договір про сплату аліментів на дитину має обов'язкову письмову форму з наступним нотаріальним посвідченням.

Відповідно до п. 17 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 № 3 за відсутності домовленості між батьками про сплату аліментів на дитину, той із них, з ким вона проживає, вправі звернутися до суду з відповідним позовом [4].

Відповідно до зазначеної позиції Пленуму Верховного Суду України право на звернення до суду, з позовом про стягнення аліментів на дитину, у того з батьків, хто проживає з дитиною, виникає лише за наявності двох обставин: відсутня домовленість між батьками щодо утримання дитини та той з батьків, хто проживає окремо від дитини, не виконує своїх обов'язків по утриманню дитини.

Зі змісту наведеного положення вбачається, що у Постанові також вживається термін «домовленість», що підтверджує самостійність даного терміна та його незалежність від терміна «договір».

Ознайомлення з судовими рішеннями різних інстанцій у справах про стягнення аліментів, на жаль, доводить, що суди задовольняють позовні вимоги про стягнення аліментів незалежно від того, чи надає у добровільному порядку той з батьків, котрий проживає окремо від дитини, кошти на її утримання у розмірі, достатньому для задоволення потреб дитини, чи ні, чи було досягнуто батьками домовленості про спосіб, періодичність та форму утримання дитини.

На жаль, доводиться констатувати, що суди не розрізняють домовленість між батьками та договір про сплату аліментів між батьками як дві окремі форми, а ототожнюють ці дві форми (поняття), що, у свою чергу, призводить, у випадку наявності такої домовленості між батьками, до безпідставного задоволення позовних вимог про стягнення аліментів.

Звичайно, можна стверджувати, що у випадку звернення до суду не має значення, чи було досягнуто домовленості між батьками, чи ні, оскільки особа має право звертатися на захист свого або права та інтересу особи, в інтересах якої вона діє, а домовленість втрачає свою силу.

Однак це є невірним, оскільки у такому разі слід звернути увагу на те, що у випадку наявності домовленості між батьками щодо способу, розміру, порядку, форми та періодичності надання утримання дитини тим з батьків, котрий проживає окремо від дитини, за умови виконання домовленості, мова не може йти про притягнення цього з батьків до відповідальності сімейно-правового характеру, якою і є стягнення аліментів, тобто не можна говорити про правомірність застосування судом способу захисту, визначеного п. 2 ч. 2 ст. 18 СК – примусове виконання добровільно не виконаного обов'язку. У випадку наявності між батьками дитини домовленості щодо участі у її матеріальному утриманні, яка виконується без будь-яких порушень, звернення до суду з метою захисту прав та інтересів дитини може відбуватися виключно з підстав, якщо розмір утримання, який було обумовлено батьками, не забезпечує інтересів та потреб дитини, тобто виключно з позовною заявою про збільшення розміру аліментів, що відповідає способу захисту сімейного права, передбаченого п. 7 ч. 2 ст. 18 СК – зміна правовідношення. У випадку якщо домовлености між батьками було досягнуто, умови домовленості виконуються беззаперечно, а інтереси дитини повністю задовольняються саме завдяки домовленості – законні підстави для звернення до суду відсутні.

Одним із показових прикладів судових помилок, безпідставного задоволення позовних вимог про стягнення аліментів, тобто протизаконного притягнення до сімейно-правової відповідальності законослухняного громадянина, є стягнення аліментів за рішенням суду навіть у випадках наявності домовленості між батьками щодо утримання дитини та сумлінного виконання цієї домовленості платником упродовж кількох років.

Показовим є справа № 752/10317/14-ц, яка розглядалася Голосіївським районним судом міста Києва. Відповідно до рішення суду було стягнуто аліменти з особи, яка упродовж двох років надавала утримання малолітній дитині у розмірі 5000 (п'яти тисяч) гривень щомісячно, кожного п'ятого числа місяця. Попри те, що судом було встановлено, що платник коштів сумлінно виконує свої батьківські обов'язки, бере як особисту участь у вихованні дитини, так і сплачує додаткові витрати на дитину у значному розмірі, суд задовольнив вимоги позивача – стягнув аліменти у частці від заробітку у розмірі 1/3 від усіх видів доходу.

Рішенням Апеляційного суду міста Києва (справа № 22-ц/796/1562/2015) рішення суду першої інстанції було скасовано, ухвалено нове рішення, відповідно до якого було відмовлено у задоволенні позову у зв'язку з тим, що позивач діє не в інтересах дитини, а переслідує виключно власні інтереси, намагається зводити рахунки з відповідачем. Апеляційним судом міста Києва було встановлено, що платник відповідно до домовленості з отримувачем сплачує на користь дитини щомісячно суму коштів, яка повністю задовольняє потреби дитини відповідно до віку, а відтак відсутні підстави для стягнення аліментів з такого платника у примусовому порядку.

Не погодившись з рішенням Апеляційного суду міста Києва, позивач звернулася до суду касаційної інстанції, який своєю ухвалою скасував рішення Апеляційного суду міста Києва та залишив у силі рішення суду першої інстанції (ухвала від 08 липня 2015 року ВССУ № 6 – 9382 св 15). Цікавим є висновок, який міститься в цій ухвалі, відповідно до якого та обставина, що відповідач в добровільному порядку надає грошові кошти позивачеві, може свідчити лише про наявність однієї з форм участі батька в утриманні дитини. Обґрунтовуючи свої висновки, суд нижче зазначив, що факт існування між сторонами спору договору про сплату аліментів на дитину не знайшов свого підтвердження під час розгляду справи, а тому апеляційним судом не вірно трактовано положення ст. 180–182 СК України та зроблено помилковий висновок, що добровільна матеріальна допомога, яку надає позивач на утримання дочки, є підставою для відмови у примусовому стягненні аліментів на її утримання.

Відповідно до п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судове рішення у цивільній справі» від 18 грудня 2009 р. № 14 рішення суду як найважливіший акт правосуддя покликане забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини та здійснення проголошеного Основним Законом України принципу верховенства права. У зв'язку з цим суди повинні неухильно додержуватись вимог про законність і обґрунтованість рішення у цивільній справі (ч.1 ст. 213 ЦПК).

Рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства відповідно до ст. 2 ЦПК, вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин відповідно до ст. 8 ЦПК, а також правильно витлумачив ці норми [5].

Висновок ВССУ по наведеній справі є небезпечним, оскільки може підірвати ті принципи (засади), які було закладено у СК України. Вбачається, якщо така правова позиція не буде змінена, норми СК України, які дозволяють врегулювати відносини між батьками шляхом домовленості, втратять свою значимість. Дана помилкова позиція свідчить про нерозуміння суті сімейних відносин, нерозуміння відмінності домовленості та договору про сплату аліментів. Але найголовніше, що таке легковажне ставлення до сімейних правовідносин, до сімейного законодавства призвело до незаконного та необґрунтованого застосування санкції сімейно-правового характеру, покладення на особу, яка не порушує норм матеріального права, обов'язку виконати ті норми права, які ця особа виконує добровільно та сумлінно.

На жаль, це не єдина справа, яка була вирішена з порушенням прав саме платника (зобов'язаної особи), який сумлінно виконує свої обов'язки по утриманню дитини.

Вбачається, що з метою недопущення у майбутньому притягнення до відповідальності сімейно-правового характеру особи, яка виконує свої обов'язки, діє виключно відповідно до чинного законодавства, враховує інтереси дитини, слід внести низку змін до СК України.

З метою комплексного вирішення окресленої проблеми необхідно змінити:

1) ч. 2 ст. 7 СК України, виклавши в такій редакції: «Сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю та/або договором між їх учасниками»;

2) ч. 1 ст. 181 СК України, виклавши в такій редакції: «Способи виконання батьками обов'язку утримувати дитину визначаються за домовленістю між ними або за рішенням суду».

Внесення такого роду змін до чинного законодавства України дозволить своєчасно забезпечувати потреби дитини, а також забезпечувати права платника, того з батьків, котрий сумлінно виконує свої обов'язки по утриманню дитини, удосконалити судовий порядок стягнення аліментів на дитину.

Список використаної літератури:

1. *Левківський Б. К.* Утримання дитини за домовленістю: сучасні проблеми нормативного регулювання та правозастосовної практики // Приватне право і підприємництво. – 2013. – Вип. 12. – С. 56–58.

2. *Шимон С.* Поняття і юридичне значення «домовленості» як волевиявлення суб'єктів цивільного права /С. Шимон // Юридична Україна [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravnuk.info/urukrain/1016-ponyattya-i-yuridichne-znachennya-domovlenosti-yak-voleviyavlennya-sub-yektiv-civilnogo-prava.html.

3. *Головащук С. І.* Словник-довідник з українського літературного слововживання. – К.: Наук. думка, 2004. – 448 с.

4. *Про застосування* судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 р. № 3 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/2087068D9528277DC325718F0027174A?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=2087068D9528277DC325718F0027174A&Count=500&.

5. *Про судове рішення* у цивільній справі: Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 року № 14 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09.

The article describes the relationship arising between the child's parents about child support. Proved that the current family law Ukraine provides for the execution debtor duty of maintaining the child's own initiative in any way, not only in the manner prescribed by the current Family Code of Ukraine. It is proved that the current family law of the country does not contain the mandatory written form of the transaction as an agreement between the parents regarding child support.

Analysis of court decisions in cases of alimony for the maintenance of the child. Given the outcome of the legal analysis of judgments the ways of improving the current family law Ukraine to protect the rights of the maintenance payer.

В статье рассмотрены правоотношения, возникающие между родителями ребенка по поводу его содержания. Обосновано, что действующее семейное законодательство Украины предусматривает возможность выполнения плательщиком алиментов обязанности по содержанию ребенка по собственной инициативе любым способом, а не исключительно способом, предусмотренным действующим Семейным кодексом Украины. Доказано, что действующее семейное законодательство страны не содержит обязательной письменной формы договоренности между родителями по содержанию ребенка.

СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ (ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ)

Левківська С. А.,
аспірантка НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглянуто основні проблеми, які виникають під час судового захисту прав та інтересів дитини. Доведено, що лише системні зміни нададуть можливість забезпечити належний захист прав та інтересів дитини.

Ключові слова: захист, аліменти, права батьків і дітей, платник аліментів, забезпечення потреб дитини, судовий захист.

Реформування сімейного законодавства Україна розпочала від дня проголошення незалежності. Незважаючи на існування двох альтернативних проектів, законодавець традиційно для вітчизняного сімейного права ухвалив концепцію окремого кодифікованого акта.

На жаль, навіть з прийняттям Сімейного кодексу Україна далека від регулювання сімейних відносин на більш ліберальних засадах, ми і досі намагаємося регулювати сімейні правовідносини з позиції тотального регулювання, а не з позицій широкої диспозитивної поведінки в сімейних правовідносинах.

Сучасний СК України, закріплюючи норми щодо регулювання правовідносин по утриманню батьками своєї дитини, закріпив значну кількість новел. Відповідно до змісту цих новел батькам було надано значних прав вирішувати всі питання у договірному порядку. Із введенням новел законодавець намагався одночасно вирішити дві проблеми: закріпити договірний порядок вирішення всіх питань виховання дитини та розвантажити суди, оскільки справи щодо стягнення аліментів на той час були найчисельнішими.

У СК України було закріплено норми, які надають батькам дитини право врегулювати відносини щодо виховання дитини у договірному порядку, визначати за домовленістю спосіб виконання обов'язку щодо її утримання (ст. 181 СК). Однією з найбільш цікавих є новела, яка передбачає можливість для платника аліментів на власний розсуд, без попередньої домовленості з іншим з батьків визначати розмір аліментів на дитину та порядок їх сплати, оскільки СК передбачено можливість відрахування коштів на утримання дитини за письмової заяви платника до бухгалтерії установи або підприємства, в якій він працює (187 СК). Спірною, але також прогресивною, на думку законодавця, є норма, закріплена в ст. 189 СК України, яка передбачає можливість батьків врегулювати питання щодо виплати коштів на утримання дитини договором, передати дитині нерухоме майно у власність (ст. 190 СК).

Однак, незважаючи на таку кількість новел та систематичні зміни, які здійснюються саме у гл. 15 СК України, нагальними проблемами чинного законодавства України так і залишаються проблеми, які виникають та тісно пов'язані з вирішенням спорів між батьками, особами, які замінюють батьків, батьками та уповноваженими державою органами щодо виховання дітей, тобто проблема вирішення саме сімейних конфліктів.

Як доведено практикою та чисельними науковими працями найефективнішою формою захисту сімейних прав та інтересів є юрисдикційна форма, зокрема, судовий захист порушеного, оспореного чи невизнаного права, оскільки саме він забезпечує особі найефективніший захист порушеного або оспорювання права. Саме в судовому порядку може бути захищене будь-яке порушене (оскаржене) право дитини.

Актуальність теми даної статті зумовлена необхідністю виявлення тих проблем, які виникають на практиці, з метою подальшої розробки відповідних удосконалень сімейного права, приведення його у відповідність із міжнародно-правовими актами, що регулюють права дитини, з урахуванням Європейського вектора розвитку приватного права України, а також зміною правозастосовної діяльності судів у справах, пов'язаних з вихованням дітей.

Також актуальність теми визначається відсутністю на сьогодні в судовій практиці єдиних підходів при розгляді спорів про дітей, проблемами, що виникають в ході виконання судових рішень по даній категорії справ.

У науковій літературі традиційним є аналіз чинного законодавства та правозастосовної практики з метою виявлення прогалин у нормативному регулюванні та розробка пропозицій щодо удосконалення захисту прав та інтересів дитини, в якій справедливо зазначається, що проблеми захисту прав та інтересів дитини є найактуальнішими та мають бути усунуті у найкоротші терміни.

Проблеми захисту прав та інтересів дитини досліджували такі відомі вчені, як: З. Ромовська, І. Жилінкова, Л. Савченко, А. Красицька та інші. Однак, незважаючи на наукову розробленість даної теми, багато питань залишаються дискусійними.

На жаль, більшість науковців залишає поза увагою проблему зловживання батьківськими правами, проблему забезпечення дитині можливості реалізації процесуальних прав. З огляду на зазначене виникає потреба удосконалення захисту прав дитини, закріплених як матеріальним, так і процесуальним правом.

Намагаючись реформувати своє законодавство, Україна, як і більшість країн, створила механізми для рецепції тих норм, які є прийнятними для нашого суспільства та відповідають його інтересам та моральним засадам.

Так, з метою створення умов для регулювання правовідносин на рівні міжнародних стандартів Україна також погодилася із застосуванням норм Міжнародних договорів. Відповідно до Закону України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. частиною національного законодавства України стали міжнародні договори, ратифіковані Україною. Зазначеним Законом встановлено, що

саме він встановлює порядок укладення, виконання та припинення дії міжнародних договорів України з метою належного забезпечення національних інтересів, здійснення цілей, завдань і принципів зовнішньої політики України, закріплених у Конституції України та законодавстві України [1].

Протягом понад двох десятиліть Україна ратифікувала низку міжнародних договорів, які безпосередньо стосуються прав та інтересів дитини. Зокрема, Україна ратифікувала Конвенцію про права дитини, взяла на себе обов'язок по забезпеченню якнайкращого захисту прав дитини. Так, відповідно до ст. 3 Конвенції про права дитини в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Держави-учасниці зобов'язуються забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і з цією метою вживають всіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів. Держави-учасниці забезпечують, щоб установи, служби і органи, відповідальні за піклування про дітей або їх захист, відповідали нормам, встановленим компетентними органами, зокрема, в галузі безпеки й охорони здоров'я та з точки зору численності й придатності їх персоналу, а також компетентного нагляду [2].

Удосконалюючи своє законодавство, особливо приділяючи увагу механізмам захисту прав неповнолітніх, Україна сприйняла низку стандартів ООН. Зокрема, Організацією Об'єднаних Націй було розроблено та впроваджено Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх – так звані Пекінські правила, які були прийняті 29 листопада 1985 р. Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 40/33, які вводять нові стандарти при здійсненні правосуддя щодо неповнолітніх. Однією з вимог даних стандартів є необхідність визначення можливості розуміти ті обставини, в яких знаходиться дитина, тобто встановлення розумового розвитку дитини. З цією метою стандарти передбачають залучення психологів, фахівців з дитячої психології. Однак, на жаль, при розгляді спорів, пов'язаних з вихованням дітей, і органи опіки та піклування (Служби у справах дітей), і суди, попри існуючі міжнародні стандарти, майже не залучають до участі фахівців у дитячій психології та/або педагогів, соціальних працівників.

Оскільки метою судового процесу за участю малолітньої або неповнолітньої дитини, насамперед, має бути захист саме прав дитини, що може досягатися судовим рішенням, спрямованим на відновлення внутрішньосімейних відносин в інтересах дитини, а не в інтересах одного з батьків, як це зазвичай відбувається на практиці, судам слід неухильно дотримуватися норм, які надають процесуальні права дитині.

Проблеми вирішення справ, пов'язаних з вихованням дітей, в даний час вимагають комплексного дослідження з метою підвищення ефективності судового захисту порушених (оскаржених) прав дитини, однак, на жаль, суди ігнорують право дитини навіть на отримання інформації щодо розгляду судом спору, який прямо стосується інтересів дитини.

Щодо забезпечення процесуальних прав дитини в Україні слід зазначити, що попри норму ст. 27-1 ЦПК України, яка зобов'язує суд сприяти здійсненню малолітньою або неповнолітньою особою своїх прав, а також дитина має право висловлювати свою думку в суді, як правило, суди ігнорують цю норму. У випадку надходження клопотання від законного представника щодо необхідності заслуховування думки дитини суди відмовляють у задоволенні цього клопотання, мотивуючи свою відмову саме недопущенням негативного психологічного впливу на дитину, при цьому сталої судової практики у цьому питанні не існує. Суд може відмовити надати можливість висловити свою думку як неповнолітній, так і малолітній дитині.

З метою забезпечення права дитини на висловлення своєї думки щодо спору, який прямо її стосується, вбачається за необхідне закріпити в чинному ЦПК України норму, відповідно до якої суд буде зобов'язаний заслухати думку дитини, якщо психолог визначить, що дитини за своїм розумовим розвитком здатна розуміти предмет спору та висловити свою позицію щодо спору в об'єктивній для сприйняття людини формі.

Дитина відповідно до чинного законодавства України у рідких випадках виступає стороною спору. Норми чинного Цивільного процесуального кодексу України, зокрема ст. 28 ЦПК України, встановлюють, що всі фізичні особи мають цивільну процесуальну правоздатність, тобто здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони мають також і діти, однак здатність особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді мають фізичні особи, які досягли повноліття, а в окремих випадках неповнолітні.

Відповідно до норми ст. 39 ЦПК України права, свободи та інтереси малолітніх, а також неповнолітніх захищають їх законні представники, як правило, це батьки.

Окремо слід зазначити, що відповідно до норми ст. 27-1 ЦПК України малолітня або неповнолітня дитина може здійснювати процесуальні дії і виконувати процесуальні обов'язки, передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Саме з огляду на зазначені вище положення ми вважаємо, що малолітня або неповнолітня дитина у справах, які безпосередньо стосуються її прав та обов'язків, є стороною спору, а не третьою особою, оскільки саме дитина, як суб'єкт спірного правовідношення, буде відчувати (нести) всі правові наслідки судового рішення, яке винесено за позовом одного з батьків (або осіб, які їх замінюють).

Поняття сторони в цивільному процесі безпосередньо пов'язується з матеріально-правовим відношенням, який став предметом судового розгляду. Представляє інтереси дитини в суді, як правило, законний представник – батьки, оскільки представники органу опіки та піклування у низці категорій справ не беруть участь. Так, зокрема, при вирішенні питання щодо визначення способу участі одного з батьків у вихованні дитини орган опіки та піклування (служба у справах дітей) не залучається.

У зв'язку з викладеним вбачається за необхідне доповнити загальні процесуальні положення про сторони в цивільному судочинстві вказівкою на те, що становище позивача в процесі можуть займати малолітні або неповнолітні діти, на захист прав яких порушується провадження у цивільній справі, незалежно від наявності у них процесуальної дієздатності.

Щодо виникнення конфлікту інтересів батьків і дітей. Досить цікавим та малодослідженим у цивілістичній літературі є питання щодо конфлікту інтересів батьків, як законних представників дитини і самої дитини. Якщо між інтересами батьків і дітей у судовому процесі виникає конфлікт, вбачається за необхідне забезпечувати кожній малолітній або неповнолітній дитині, як учаснику цивільного процесу, безкоштовну юридичну допомогу незалежно від присутності в процесі законних представників. Таким представником дитини має бути обов'язково особа, яка має вищу юридичну освіту, досвід забезпечення інтересів громадян у цивільному процесі у справах, які пов'язані з сімейними спорами, тобто виникають з сімейно-правових відносин. З метою забезпечення прав та інтересів дитини, визначення можливості участі дитини у цивільному процесі також, на нашу думку, є обов'язковою участь психолога.

Спеціалізація судів та/або суддів. Вважаємо за необхідне звернути увагу на проблему спеціалізації суддів та судів, яка тривалий час обговорюється в Україні.

Так, сімейні суди як окремі суди існують в багатьох державах світу. Протягом тривалого часу спеціалізовані сімейні суди довели свою ефективність та дозволили на більш високому рівні здійснювати захист прав та інтересів учасників сімейних правовідносин, зокрема і дітей.

Так, спеціалізовані сімейні суди, зокрема, функціонують в Німеччині [3], хоча коли заходить дискусія щодо можливості створення сімейних судів в Україні, всі пригадують досвід виключно Японії, як країни, в якій найдовше функціонують такі спеціалізовані суди. Досвід країн, в яких існують спеціалізовані сімейні суди, доводить, що здійснення правосуддя у таких країнах ефективніше, а поодинокі помилки, які виникають при вирішенні сімейних спорів, мінімальні. Саме тому ми вважаємо, що для розгляду справ, пов'язаних із захистом прав та інтересів дитини, має бути введена відповідна спеціалізація судів та/або суддів.

З огляду на окремі процесуальні проблеми розгляду спорів, пов'язаних із захистом прав та інтересів дитини, на яких було наголошено у цій статті, ми вважаємо за необхідне окреслити такі напрями удосконалення чинного законодавства з метою удосконалення захисту прав та інтересів дитини:

1. Доповнити загальні процесуальні положення про сторони в цивільному судочинстві вказівкою на те, що становище позивача в процесі можуть займати малолітні або неповнолітні діти, на захист прав яких порушується провадження у цивільній справі.

2. Закріпити в чинному ЦПК України норму, відповідно до якої у разі існування або виникнення конфлікту інтересів законного представника дитини та самої дитини суд зобов'язаний залучити до участі у справі незалежного представника дитини, яким може бути особа, яка має вищу юридичну освіту та досвід забезпечення інтересів громадян у цивільному процесі у справах, які пов'язані з сімейними спорами, тобто виникають з сімейно-правових відносин.

3. Закріпити в чинному ЦПК України норму, відповідно до якої суд буде зобов'язаний заслухати думку дитини, якщо психолог визначить, що дитини за своїм розумовим розвитком здатна розуміти предмет спору та висловити свою позицію щодо спору в об'єктивній для сприйняття людини формі.

4. З метою забезпечення належного захисту прав та інтересів учасників сімейних правовідносин, зокрема дітей, для розгляду справ, пов'язаних із захистом прав та інтересів дитини повинна бути введена відповідна спеціалізація судів та/або суддів.

Список використаної літератури:

1. *Про міжнародні договори України*: Закон України від 05 червня 2014 р. № 1323-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

2. *Про ратифікацію Конвенції про права дитини*: постанова Верховної Ради УРСР від 27 лютого 1991 р. № 789-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 13. – Ст. 145.

3. *Канішева К. М.* Діяльність спеціалізованого суду Німеччини з вирішення сімейних спорів / К. М. Канішева. – [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://visnyk.univd.edu.ua/?controller=service &action=download&download=9558 (дата звернення 29.09.2015 р.).

The problems arise in practice in the judicial protection of the rights and interests of the child. Because of the variety of problems existing today in the exercise of judicial protection, allocated mainly to the common features, which are classified into four main groups. We prove that the only systemic change will ensure adequate protection of the rights and interests of the child.

В статье рассмотрены проблемы, возникающие на практике при судебной защите прав и интересов ребенка. Доказано, что только системные изменения позволят обеспечить надлежащую защиту прав и интересов ребенка.

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ ПАЦІЄНТА У СФЕРІ НАДАННЯ ПАЛІАТИВНОЇ ДОПОМОГИ

Миронова Г. А.,
кандидат філософських наук, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджуються особливості правосуб'єктності паліативних хворих. Розглядаються особливості здійснення прав на медичну інформацію та вибір методів лікування у сфері надання паліативної допомоги.

Ключові слова: принцип особистої автономії, права пацієнта, паліативна допомога.

Права пацієнта на вибір методів лікування та інформовану згоду на медичне втручання належать до фундаментальних прав людини. Сучасна європейська доктрина інформованої згоди пацієнта, до якої прагне долучитися й Україна, основана на принципі поваги до гідності людини, її прав на самовизначення, на самостійне прийняття рішень із важливих питань стосовно життя та здоров'я. У європейській юрисдикції «свобода погодитись чи відмовитись від конкретного методу лікування чи обрати альтернативний метод лікування має першорядне значення для принципів самовизначення й особистої автономії людини» [1].

В Україні добровільна інформована згода пацієнта також є умовою правомірності проведення будь-якого медичного втручання. Принцип інформованої згоди знайшов вираження, зокрема, у ст. 28 Конституції України. Права пацієнтів в Україні на вибір лікувального закладу, лікаря, методів лікування, а також на відмову від лікування закріплено у ст. 284 ЦК України, ст. 43 Основ законодавства України з охорони здоров'я.

Особливого значення та актуальності у світлі негативних медико-соціальних та демографічних процесів сучасності набуває проблематика правового забезпечення надання паліативної та хоспісної допомоги. За даними національних та міжнародних експертів, «в Україні щороку близько 500 тисяч осіб потребують паліативної та хоспісної допомоги, зокрема, дорослих і дітей, в термінальних стадіях онкологічних і серцево-судинних захворювань, СНІДу і туберкульозу, хворих з важкими травматичними і дегенеративними ураженнями головного і спинного мозку, периферичної нервової системи і опорно-рухового апарату, інвалідів та людей похилого віку тощо» [2].

Питання розвитку хоспісної та паліативної допомоги в Україні привертають до себе все більше уваги останнім часом. У 2010 р. було створено Всеукраїнську громадську організацію «Українська ліга сприяння розвитку паліативної та хоспісної допомоги». У 2011 р. паліативну допомогу було включено як окремий вид медичної допомоги шляхом внесення змін до Основ законодавства України про охорону здоров'я. З 2015 р. започатковано видання міжнародного науково-практичного журналу «Реабілітація та паліативна медицина». Але здебільшого цей напрям здобув висвітлення у контексті медико-соціального забезпечення та адміністративно-правового супроводження. Саме цим аспектами присвячено основні публікації з теми. Водночас цивільно-правовий зріз проблеми не знайшов свого адекватного дослідження у вітчизняній правовій думці, що негативно відображається на формуванні нового для України виду медичної допомоги. Адже повнолітні паліативні хворі не тільки потребують уваги та допомоги, вони є фізичними особами, які володіють всіма суб'єктивними цивільними правами, передбаченими у ЦК України та спеціальному законодавстві. Отже, на часі акцентування уваги на необхідності дослідження особливостей правового регулювання відносин з надання паліативної медичної допомоги методом приватного права. Саме тому предметом статті обрано особливості здійснення особистих немайнових прав на медичну інформацію та вибір методів лікування суб'єктами правовідносин з надання паліативної допомоги.

Паліативна допомога – це активний загальний догляд за пацієнтами, хвороба яких не реагує на лікування. За розумінням ВООЗ, паліативна допомога є підходом, що покращує якість життя пацієнтів та членів їх сімей, у ситуації, пов'язаній із хворобою, що загрожує життю пацієнта, через попередження та послаблення його страждань шляхом ранньої ідентифікації та точної оцінки та лікування болю і полегшення інших фізичних, психосоціальних та духовних проблем. Головна мета паліативної допомоги: підтримка якості життя в її фінальному періоді, максимальне полегшення фізичних та моральних страждань пацієнта та його близьких, збереження людської гідності пацієнта на порозі неминучого – закінчення біологічного життя людини [3, с. 7–8]. Суб'єктами отримання паліативної допомоги є пацієнти в активній фазі розвитку онкологічних, церебро- та серцево-судинних хвороб, термінальних стадіях СНІДу, туберкульозу, цукрового діабету, хворі на нейродегенеративні сенільні хвороби.

Права паліативних хворих походять від прав, закріплених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.). Зокрема, це: право на життя (ст. 2), заборона катувань (ст. 3) та право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8). Ці права однаково належать як здоровим, так і хворим, отже, кожен має право або дозволити медичне втручання у свій організм, або відмовитися від такого. У європейській традиції будь-який захід, що здійснюється проти волі пацієнта, вважається дією, що спричинила тілесне ушкодження. (Проте принцип особистої автономії, як правило, не трактується в аспекті права на активні втручання від інших людей, то ж лікуючий лікар не матиме обов'язку вчинити захід, який не є медично доцільним).

Такий підхід походить від європейських етико-правових цінностей та традиційно відстоюється та рекомендується у документах Ради Європи. Оскільки Україна тільки встає на цей цивілізаційний шлях, варто врахувати напрацьовані європейською спільнотою принципи та правові конструкції, які можна застосувати в урахуванням національних особливостей у вітчизняне правове поле.

Вихідний принципом, який є наріжним та проходить червоною стрічкою через всі відповідні документи Ради Європи, є принцип особистої автономії та самовизначення паліативного хворого. Як визначено у ключовому документі з даного питання – Резолюції ПАРЄ № 1649 (2009 р.) «Паліативна допомога: модель інноваційної медичної та соціальної політики» [4], система паліативної допомоги повинна забезпечувати можливості для самовизначення людині, яка має серйозне захворювання, страждає на перманентний біль або перебуває у стані відчаю. Це означає, що автономія є обов'язковою вимогою для визначення суб'єктивної формули здоров'я та включає в себе свободу самостійно вирішувати, як справлятися з хворобою і смертю. Так, відповідно до європейських правових стандартів стосовно надання паліативної та хоспісної допомоги право на автономію та самовизначення розпадається на три аспекти та, відповідно, реалізується шляхом впровадження відповідних правових засобів: право на отримання повної медичної інформації; право на вибір методів лікування та догляду; право на складання та врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнта. Ці три аспекти є складовими міжнародно-правових стандартів щодо медико-соціального обслуговування паліативних пацієнтів та послідовно викладені у документах Ради Європи починаючи з 1976 року.

У Рекомендації щодо прав хворого і помираючого (1976 р.) [5] ПАРЄ констатує, що права на особисту гідність, цілісність та інформацію мають бути чітко визначені та гарантовані кожній людині, та рекомендує, що лікарі мають, в першу чергу, дізнаватися про волю хворого щодо лікування, яке пропонується. У Рекомендації 1418 (1999 р.) щодо захисту прав людини і гідності невиліковно хворих і помираючих [6] серед найсуттєвіших загроз, які існують на сучасному етапі, для дотримання прав паліативних хворих названо «штучне продовження процесу вмирання або використання непропорційних заходів медичного характеру без згоди пацієнта». У зв'язку з цим ПАРЄ закликає уряди держав-членів встановити етичні правила поводження з особами, які наближаються до кінця життя, та на цій основі визначити медичні та юридичні керівні принципи та норми національного законодавства у цій сфері. Зокрема, це стосується вимоги вдосконалення законодавства щодо впровадження юридичних інструментів захисту прав невиліковно хворих на самовизначення та забезпечення юридичної сили та критеріїв дійсності завчасних розпоряджень та медичного заповіту, складених дієздатною особою, стосовно відмови від певних медичних процедур.

Як видно, принцип особистої автономії та самовизначення хворого є вихідним, який має бути реалізованим за допомогою приватноправового методу регулювання правовідносин за участю паліативних хворих через надання суб'єктам конкретних суб'єктивних прав, за допомогою яких вони зможуть реально визначати свою волю у правовідносинах з надання паліативної допомоги. Золотим стандартом цих прав є особисті немайнові права на отримання інформації та на власний вибір щодо лікування та догляду. Здійснення даних прав, безумовно, має свої особливості у правовідносинах з надання паліативної допомоги.

Стосовно права людини на медичну інформацію у ст. 10 Конвенції про права людини та біомедицину (1997 р.) зазначено: «1. Кожна особа має право на повагу до її особистого життя стосовно інформації про її здоров'я. 2. Кожна особа має право на ознайомлення із будь-якою зібраною про її здоров'я

інформацією. Однак бажання осіб не отримувати такої інформації має також поважатися. 3. У виняткових випадках в інтересах пацієнтів здійснення викладених у п. 2 прав може обмежуватися законом». Враховуючи наведене, у європейській паліативній практиці вважається за правило повідомляти правдиву медичну інформацію пацієнту, якщо він хоче її знати, або особам, яких визначає хворий.

Принципове значення у лікуванні та обслуговуванні паліативних хворих має вимога розглядати пацієнта як повноцінного учасника прийняття рішень з питань програм лікування його захворювання. Така повноцінна участь має ґрунтуватися на повному інформуванні про характер захворювання, відомі методи лікування, їхню ефективність, можливі ускладнення. Проте найбільш важливою особливістю процесу інформування паліативного хворого є той факт, що позитивного прогнозу щодо лікування тут немає взагалі, то ж ключовим елементом прийняття рішення має бути комунікативна складова та інформація про вплив хвороби та пропонованого лікування на прогнозовану тривалість та якість життя. Тому процес інформування та прийняття підсумкового рішення щодо пацієнтів на термінальних стадіях хвороби може виглядати так: «Принцип інформованої згоди [у паліативній медицині] враховує всю складність людського страждання. Лікар, звісно, знає лише частину з них, тож може та повинен інформувати хворого про можливості медицини та варіанти дії в обставинах, що склалися. У ході розмови з пацієнтом розкривається зміст та сенс клінічної ситуації, спектр можливостей сучасної медицини, наслідки лікування для сімейного, професійного, психологічного життя пацієнта, обговорюються існуючі ризики, варіанти фінансових витрат. Пацієнт приміряє пропоновані варіанти до своїх звичок, амбіцій, фінансових можливостей, обирає ризики» [7].

Отже, цілком доречно, що саме паліативний хворий має право зробити нелегкий вибір: визначити свій особистий баланс між тривалістю та якістю життя. В той же час важливим аспектом професійної роботи з такими пацієнтами є повідомлення негативної (неприємної) правдивої інформації, що є мистецтвом делікатно повідомляти погані новини. Фахівці наводять такі варіанти правильного з деонтологічної точки зору спілкування з інкурабельним раковим хворим.

Наприклад, замість констатації «у вас рак» краще сказати: «обстеження свідчить, що це – різновид злоякісної пухлини». Не припустимо вживати категоричне «вам залишилося жити три місяці». Правильно сказати: «можливо, час обмежений».

У світлі сучасних етичних вимог стосовно автономії, гідності та індивідуальності пацієнта паліативного хворого особливого значення набувають завчасно висловлені побажання, які є важливим інструментом процесу прийняття медичних рішень та новітніми засобами ефективного захисту права і гідності невиліковних хворих. Правовий статус таких документів, в першу чергу, визначається правилом ст. 9 Конвенції про права людини та біомедицину (1997 р.): «Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше». Всесвітня організація охорони здоров'я визначає попередні медичні вказівки пацієнта, як «механізм, за допомогою якого компетентна людина висловлює свої побажання стосовно обставин, в яких він або вона більше не в стані приймати раціональні та обґрунтовані рішення щодо власного лікування. Зазвичай, «попереднє розпорядження» належить до запитів щодо утримання життєпідтримуючого лікування в кінці життя, які зроблені в письмовій формі у вигляді заповіту та / або довіреності» [8].

З 2009 р. у ПАРЄ розпочинається рух за впровадження у національних правових системах механізмів врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнтів. Спеціальні принципи щодо статусу та юридичних механізмів інституту завчасного планування лікування та догляду викладені у Рекомендаціях Комітету міністрів «Про принципи, що стосуються довготривалих доручень та попередніх розпоряджень на випадок недієздатності» Rec (2009 р.) 11 [9]. «Довготривала довіреність» у документі визначається як юридичний документ, який складається дієздатним повнолітнім з метою, що він залишається в силі або вступає в силу у випадку недієздатності довірителя. Довірителем є особа, що видає довіреність; особа, уповноважена діяти від імені довірителя, є представником. Довготривала довіреність складається в письмовій формі, в ній має бути чітко вказано, що документ вступає в силу або залишається в силі в разі недієздатності довірителя. Дієздатні довірителі мають можливість відкликати довіреність в будь-який час. «Попередні директиви» відповідно до Рекомендацій – це інструкції чи побажання, зроблені дієздатними дорослими щодо питань, які можуть виникнути в разі їхньої недієздатності.

На даний момент питання просування попередніх розпоряджень людини щодо майбутнього медичного втручання знаходиться під пильним наглядом та постійною увагою органів Ради Європи. Так, в період травень – грудень 2011 р. у ПаАЄ тривали слухання на тему «Living wills and the protection of health and human rights» (Прижиттєві заповіти та захист здоров'я і прав людини), результатом яких стало прийняття важливих документів – Резолюції 1859 (2012 р.) [10] та Рекомендацій 1993 (2012 р.) під спільною назвою «Захист прав та гідності людини з урахуванням раніше висловлених побажань пацієнтів».

Зокрема, у Резолюції 1859 (2012 р.) ПАРЄ рекомендує державам-членам: підписати, ратифікувати і повністю виконувати Конвенцію про права людини та біомедицину, якщо вони ще цього не зробили (п. 6.1);

застосовувати Рекомендації Комітету міністрів CM/Rec (2009 р.) 11 (п. 6.2); переглянути у разі необхідності відповідне національне законодавство з метою його поліпшення (п. 6.3); для країн, які не мають спеціального законодавства з цього питання, необхідно: розробити плани заходів з кінцевою метою прийняття відповідного законодавства стосовно попередніх розпоряджень – медичного заповіту та довготривалої довіреності з питань охорони здоров'я; передбачити інформаційно-просвітницьку кампанію для широкої громадськості, а також медичних та юридичних працівників з метою роз'яснення нових положень та реалізації нового законодавства на практиці (п. 6.3.1); заохочувати самовизначення дієздатних дорослих людей за допомогою попередніх розпоряджень та надавати цим формам пріоритет над іншими заходами захисту (п. 7.1); забезпечити доступність попередніх розпоряджень у формі заповіту або довіреності, отже, уникати складних форм або інших формальностей (п. 7.5).

Україна визнала актуальною для себе проблему впровадження нового інституту 25 січня 2012 р., коли представник країни Сергій Соболєв взяв участь у голосуванні з питання підтримки доповіді ПАРЄ 12804 «Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients» (Doc. 12804). Тричі пан Соболєв голосував «In favour» (так) на підтримку тексту доповіді та важливості прийняття до уваги висловлених рекомендацій [11].

Щодо адекватного перекладу основних термінів українською мовою слід зазначити, що всі основні терміни, що використовуються у концепції завчасного планування лікування та догляду, звичайно, є англійського походження. На сьогодні із багатьох міжнародних документів в офіційному перекладі маємо лише текст Конвенції про права людини та біомедицину. В документі використовується термін «попередньо висловлені побажання пацієнта» для оригінального англійського «previously expressed wishes of patients». Щодо термінів «Advance Directive», «Living Will», «Health Care Surrogate/Proxy/Agent», то переклад здебільшого здійснювався авторами, що працювали з документами, на власний розсуд, хоча й близько до змісту оригіналу.

Але нещодавно на сайті ПАРЄ було опубліковано офіційний текст Резолюції 1859 (2012 р.) [12] російською мовою «Принятие во внимание заблаговременно высказанных пожеланий пациентов как средство защиты прав и достоинства человека». В тексті документа використовуються три вказані основні терміни російською мовою у такому вигляді: «Заблаговременные распоряжения» (Advance Directive), «Волеизъявление относительно медицинских вмешательств в будущем» (Living Will) та «Доверенности на случай утраты дееспособности» (Health Care Surrogate/Proxy/Agent). Враховуючи наведене, оригінальний термін Living Will доцільно передавати українською як «Волевиявлення щодо медичного втручання на майбутнє».

У 2011 р. у медико-правовому просторі України відбулася соціально значуща подія – паліативну допомогу було легалізовано. У ст 8 паліативну допомогу було додано до переліку видів медичної допомоги, які кожен громадянин має право отримати безоплатно у державних та комунальних закладах охорони здоров'я. Також згідно із Законом України від 07.07.2011 № 3611-VI [13] у тексті профільного закону Основи законодавства України про охорону здоров'я з'явилася стаття 35-[4] «Паліативна допомога», в якій зазначено: «На останніх стадіях перебігу невиліковних захворювань пацієнтам надається паліативна допомога, яка включає комплекс заходів, спрямованих на полегшення фізичних та емоційних страждань пацієнтів, а також надання психосоціальної і моральної підтримки членам їх сімей».

Пліативна допомога в Україні набула законодавчого визначення та державного визнання. Це значний крок у гуманізації суспільства. Тепер на часі кропітка робота з формування правового механізму регулювання цієї галузі медико-соціальної допомоги, зокрема, цивільно-правових засобів здійснення прав паліативних хворих на засадах визнаних міжнародно-правових стандартів.

Таким чином, основне правило європейського приватного права стосовно того, що нікого не можна піддавати медичному втручанню без його згоди, на практиці означає, що людина як пацієнт має безумовне право на інформований вибір методів лікування і на відмову від втручання, яке з суб'єктивної точки зору є неприйнятним, а медичні працівники повинні поважати цей вибір.

Зобов'язання держави поважати і захищати гідність невиліковно хворої людини походить від юридичного визнання недоторканості людської гідності на всіх етапах її життя. У такий спосіб захист здоров'я, прав та гідності паліативних хворих залишається найважливішим завданням національної правової системи.

Список використаної літератури:

1. *Рішення* Європейського суду з прав людини від 10 червня 2010 р. у справі «Релігійна община Свідків Єгови м. Москва проти Російської Федерації» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.portal-credo.ru/site/?act=lib&id=2743.

2. *Глушко Л. В.* Удосконалення викладання паліативної та хоспісної допомоги на етапі післядипломної підготовки лікарів-терапевтів та лікарів загальної практики – сімейної медицини [Електронний ресурс] // Л. В. Глушко, Н. З. Позур, О. Р. Сарапук// Практична медицина. − 2010. − Т. 16. – № 6. − С. 119–124. − Режим доступу: http://archive. nbuv.gov.ua/portal/chem_biol/prmed/2010_6/Glushk.pdf.

3. *Князевич В. М.* Привітання // Реабілітація та паліативна медицина. − 2015. − № 1(1).

4. *Резолюція* 1649 (2009) «Паллиативное лечение: образец инновационного подхода к здравоохранению и социальной политике [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5BRussian_documents%5D/%5B2009%5D/%5bJan2009%5d/Res1649_rus.asp.

5. *Рекомендації* ПАРЕ «Про права хворих і вмираючих» № 779 (1976 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta76/EREC779.htm#1.

6. *Protection* of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying. Recommendation. Doc: 1418 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails E.asp?FileID=16722.

7. *Ведерникова В. Г., Серова И. А.* Паллиативная антропология в коллизиях права // Медицинская психология в России: электрон. науч. журн. 2010. – № 3 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// medpsy.ru (http://www.mprj.ru/archiv_global/2010_3_4/nomer/nomer11.php).

8. *A glossary* of terms for community health care and services for older persons [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/68896/1/WHO_WKC_Tech.Ser._04.2.pdf.).

9. *Recommendation CM/Rec* (2009) 11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563397&Site=CM.

10. *Resolution* Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients RES 1859 (2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11402.

11. *Списки* за результатами голосування [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assembly.coe.int/ASP/Votes/BDVotesParticipants_EN.asp?VoteID=34105&DocID=13639.

12. *Резолюція* «Принятие во внимание заблаговременно высказанных пожеланий пациентов как средство защиты прав и достоинства человека» 1859 (2011) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/[Russian_documents]/%5b2012%5d/%5bJan2012%5d/Res 1859_rus.asp.

13. *Закон України* Про внесення змін до Основ законодавства України про охорону здоров'я щодо вдосконалення надання медичної допомоги // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 14. – Ст. 86.

This article is devoted to peculiarities of the legal identity of the palliative patients.The initial legal framework for medical treatment of these patients is based on the principle of personal autonomy and self-determination. The author considers peculiarities of realisaton of the right to medical information and choice of methods of medical treatment in the sphere of palliative assistance.

Статья посвящена исследованию правосубъектности паллиативных пациентов. Анализируются особенности осуществления прав на медицинскую информацию и выбор методов лечения в сфере предоставления паллиативной помощи.

ЩОДО ПОНЯТТЯ СУБ'ЄКТА ПУБЛІЧНОГО ПРАВА ЯК УЧАСНИКА ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Первомайський О. О.,
кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню поняття суб'єкта публічного права як учасника цивільних відносин. Розглянуто співвідношення цього поняття з поняттям юридичної особи публічного права. Виокремлено такі види суб'єктів публічного права, як держава Україна, органи державної влади тощо.

Ключові слова: цивільні відносини, суб'єкти публічного права, держава Україна, територіальні громади, органи державної влади, органи місцевого самоврядування.

Відповідно до ч. 2 ст. 2 ЦК України можливими учасниками цивільних відносин є: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші *суб'єкти публічного права* (курсив наш – О. П.).

Проблематика участі суб'єктів публічного права в цивільних відносинах вже була об'єктом наукових досліджень. Зокрема, цьому питанню в тій чи іншій мірі присвячено праці таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як: Ю. М. Андрєєв [1], Ю. В. Білоусов, С. О. Іванов [2], Т. В. Боднар [3], Ю. М. Дзера [4], О. М. Клименко [5], І. В. Ткач [6].

Водночас поза прискіпливою увагою науковців залишилися питання визначення змісту поняття «суб'єкт публічного права» як можливого учасника цивільних відносин та виявлення тих видів чи організаційно-правових форм юридичних осіб, в яких суб'єкт приватного права як родове поняття може реально існувати та брати участь у цивільних відносинах.

З огляду на наведене *метою* цієї статті є виявлення змісту поняття суб'єкта публічного права як можливого учасника цивільних відносин та виокремлення тих видів суб'єктів публічного права, які можуть брати участь у цивільних відносинах.

Аналіз фахової цивілістичної літератури надає можливість констатувати, що незважаючи на вказівку саме на *суб'єктів публічного права* як можливих учасників цивільних відносин, поняття «суб'єкт публічного права» залишається поза увагою науковців та доктрини цивільного права. Більш того, акцент наукової дискусії щодо місця держави Україна, територіальних громад, органів державної влади та інших суб'єктів публічного права в систематиці учасників цивільних відносин на сьогодні переважно пов'язується зі з'ясуванням змісту поняття «юридична особа публічного права» та можливістю або не можливістю застосування цього поняття щодо держави України, органів державної влади тощо [7–10].

Внаслідок чого поняття «суб'єкт публічного права» в більшості випадків ігнорується фахівцями в сфері приватного права, а тому існуючі наукові дослідження цього поняття є радше винятком, ніж загальним правилом [11, 12].

Таким чином, відбулася своєрідна підміна тези, відповідно до якої прибічники судження про визнання держави Україна, територіальних громад та їх органів влади юридичними особами публічного права, фактично не сприйняли, по-перше, факт легального закріплення в ст. 2 ЦК України та застосування стосовно держави Україна, територіальних громад та інших подібних учасників цивільних відносин такого поняття як «суб'єкт публічного права», а не поняття «юридична особа публічного права», по-друге, існування наукової потреби у визначенні співвідношення цих понять, тобто, з одного боку, поняття «суб'єкт публічного права», а з іншого – «юридична особа публічного права».

У свою чергу, прибічники визнання держави та територіальних громад суб'єктами *sui generis* цивільних відносин, з урахуванням їх наукової позиції, звісно, не застосовують для правової характеристики держави та інших подібних суб'єктів ні поняття юридичної особи публічного права, ні поняття суб'єкта публічного права в контексті положень ч. 2 ст. 2 ЦК України, внаслідок чого поняття «суб'єкт публічного права» у будь-якому разі залишається поза увагою науковців.

Враховуючи наведений вище невтішний висновок, слід визнати, що оскільки легальну вказівку на існування такого поняття як *суб'єкт публічного права* містить чинний ЦК, то первинною підставою для подібного наукового агностицизму в цьому питанні є знову ж таки чинний ЦК. Останнє твердження ґрунтується на тій обставині, що вказуючи на зазначене поняття в ст. 2, ЦК у подальшому, у тому числі в гл. 9–11, жодного разу текстуально не відтворює відповідний термін.

Звісно, подібна особливість в мінімальному використанні терміна «суб'єкт публічного права» може бути пояснена тим, що чинний ЦК України як кодекс приватного права й не має містити норм-визначень поняття суб'єкта публічного права чи інших норм, які або б розтлумачували його суть чи зміст, або б прямо регулювали відносин за участю суб'єктів публічного права. Однак слід визнати, що на відміну від поняття та терміна «суб'єкт публічного права» поняття та відповідний термін – «юридична особа публічного права» в тексті ЦК застосовується неодноразово, прикладом чого можуть бути, зокрема, ст. 81, 82, 167–169, 329 ЦК України, а тому текстуальне ігнорування в ЦК поняття та терміна «суб'єкт публічного права» виглядає не зовсім послідовним.

Важливо, що, вказуючи в ч. 2 ст. 2 ЦК України в перший та останній раз на можливу участь в цивільних відносинах саме *суб'єктів публічного права*, ЦК в цій же ст. 2 прямо не містить положення, яке б вказувало на існування поняття *юридичних осіб публічного права* та, відповідно, на цей різновид юридичних осіб як можливих учасників цивільних відносин. Доречне в цьому сенсі запитання: «Чи можна в якості такої вказівки розглядати положення ч. 1 ст. 2 ЦК, в якій вказується на поняття «юридичної особи»?» не має легкої та швидкої відповіді, а тому потребує проведення відповідного дослідження.

При цьому можна констатувати, що жодна стаття ЦК України, у тому числі згадані вище ст. 81, 82, 167–169, а також ст. 318, 1173–1175 ЦК, спільне тлумачення яких з використанням, наприклад, формально-логічного методу, надало б можливість визначити співвідношення понять «суб'єкт публічного права», з одного боку, та «юридична особа публічного права» – з іншого, не містить одночасної вказівки на ці два терміни та поняття.

Внаслідок чого майже єдиним методологічним шляхом для досягнення визначеної у цій статті мети, а саме: виявлення змісту поняття суб'єкта публічного права як можливого учасника цивільних відносин та виокремлення тих видів суб'єктів публічного права, які можуть брати участь у цивільних відносинах, є системне тлумачення різних положень ЦК.

З метою здійснення такого тлумачення норм ЦК України першочергово слід підкреслити, що в ч. 2 ст. 2 ЦК в незакритому переліку перелічуються ті можливі учасники цивільних відносин, які,

власне, й є *суб'єктами публічного права*, а саме: держава Україна, іноземні держави, територіальні громади тощо. При цьому в тексті ч. 2 ст. 2 ЦК прямо текстуально не вказується на таких суб'єктів, як органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні чи комунальні підприємства та установи тощо.

Навпаки, згідно з положеннями ст. 167–169 ЦК, в яких зазначено форми участі держави Україна, Автономної Республіки Крим та територіальних громад в цивільних відносинах, вказується на те, що зазначені суб'єкти можуть створювати *юридичні особи публічного права*, а саме: державні підприємства, комунальні підприємства, навчальні заклади тощо.

Таким чином, останні, по-перше, також в незакритому переліку зараховані до юридичних осіб публічного права, по-друге, текстуально не визнані суб'єктами публічного права. Нарешті, по-третє, й це головний висновок, що слідує з положень чинного ЦК України, поняття «суб'єкт публічного права» та «юридична особа публічного права» не є тотожними.

Чинне вітчизняне цивільне законодавство не містить легальних положень, які б вказували на суть та зміст поняття *суб'єкта публічного права* чи співвідношення останнього з поняттям *юридичної особи публічного права.*

Не містить відповіді на питання щодо змісту та суті поняття суб'єкта публічного права не лише цивільне, а й конституційне, господарське та інше вітчизняне законодавство, тобто на сьогодні фактично відсутнє легальне визначення цього поняття.

Усуває цю прогалину теоретична юриспруденція, зокрема, в працях фахівців з теорії права, адміністративного права тощо є пряме чи опосередковане звернення до цього поняття.

А. В. Лавренюк, досліджуючи поняття суб'єкта публічного права, пропонує розуміти під останнім особу, створену в установленому нормами публічного права порядку, ціллю діяльності та спрямованістю волі якої є вираження та забезпечення публічного інтересу (реалізація прав та свобод людини і громадянина, формування держави та суспільства у цілому), яка має компетенцію для створення норм права та (або) участі в публічно-правових відносинах, що надана їй нормами публічного права [13, с. 7]. Висловлене власне визначення поняття суб'єкта публічного права і в працях інших науковців [14, 15].

Звісно, у цивільному праві не формується самостійне розуміння поняття суб'єкта публічного права та не пропонується визначення цього суб'єкта, а тому наведене вище тлумачення поняття суб'єкта публічного права може бути прийняте за основу.

Водночас слід визнати, що надання цим суб'єктам можливості брати участь у цивільних відносинах актуалізує проблему з'ясування суті та змісту цього поняття та визначення можливих видів суб'єктів публічного права й для представників цивільного права, оскільки не кожен учасник суспільних відносин має юридичну здатність до участі у цивільних відносинах, що може бути витлумачена як здатність, у тому числі, до володіння правом власності, укладення та виконання договору тощо.

Внаслідок чого розцінюємо згадування в ч. 2 ст. 2 ЦК України про такого учасника цивільних відносин як суб'єкт публічного права, як ту обставину, існування якої зобов'язує вчених-цивілістів до визначеності у питанні з'ясування суті та змісту цього поняття, та виявлення тих видів суб'єктів публічного права, які можуть бути учасниками цивільних відносин.

Керуючись наведеними міркуваннями, констатуємо ознаки суб'єкта публічного права:

– ціллю створення та діяльності цього суб'єкта є забезпечення задоволення публічного інтересу;

– створення суб'єкта публічного права не залежить від приватної волі та приватного інтересу особи.

Водночас критично мають бути сприйняті такі згадувані вище ознаки суб'єкта публічного права, як: а) створення в установленому нормами публічного права порядку, б) наявність компетенції для нормотворення чи здійснення іншої владної та (або) публічної діяльності.

Заперечення в застосуванні першої з цих ознак щодо поняття суб'єкта публічного права пов'язане з тим міркуванням, що й будь-яка юридична особа приватного права створюється в установленому нормами права порядку, при цьому частина норм, які регулюють ці процеси, можуть бути визнані нормами публічного права, оскільки пов'язані з державною реєстрацією юридичної особи.

Не є ознакою, яка вказує на риси суб'єкта публічного права як учасника цивільних відносин, й вказівка на наявність у цього суб'єкта певної компетенції. В цьому аспекті відстоюємо думку стосовно того, що під час участі в цивільних відносинах суб'єкти публічного права позбавлені влади, а тому не мають компетенції, а, як наслідок з цього, й не використовують її. Отже, ця ознака не характеризує суб'єкта публічного права як учасника цивільних відносин.

Підтверджуємо істинність тези про нетотожність понять «суб'єкт публічного права» та «юридична особа публічного права». Легальним доказом такої нетотожності є процитовані вище положення ЦК, які жодного разу текстуально не поєднують ці поняття в межах однієї статті або частини статті.

Крім того, що не менш важливо, чинний ЦК України визнає юридичних осіб публічного права різновидом такого родового поняття як «юридична особа».

Нарешті, в обґрунтування тези про нетотожність понять «суб'єкт публічного права» та «юридична особа публічного права» слід додатково враховувати, що структура ЦК, його термінологія, понятійній апарат та контекстуальний аналіз не надають змоги визнати державу Україна, іноземні держави, територіальні громади юридичними особами чи юридичними особами публічного права, незважаючи на існування протилежних за змістом думок науковців.

В сенсі останнього зауваження доречно зазначати, що, на наше переконання, визнання держави Україна, іноземних держав, територіальних громад юридичними особами публічного права, а, як наслідок з цього, й юридичними особами є близькою перспективою як сучасної доктрини, так і практики. Проте навіть у разі поширення поняття юридичної особи публічного права на таких суб'єктів як держава Україна, іноземні держави, територіальні громади не станеться повного ототожнення понять «суб'єкт публічного права» та «юридична особа публічного права», оскільки поза межами обсягу першого залишаться окремі суб'єкти публічного права, наприклад, Президент як голова держави та голова міста, селища або села як одноособовий виконавчий орган в місцевому самоврядуванні. Зрозуміло, що зазначені суб'єкти виникають та існують з метою задоволення певного публічного інтересу, однак відомо також те, що вони не є штучними утвореннями.

Незважаючи на нетотожність понять «суб'єкт публічного права» та «юридична особа публічного права», принципово важливо, що в їх порівняльній характеристиці може бути виокремлена спільна ознака: наявність *публічного інтересу* в їх діяльності. В розумінні важливості цієї спільної ознаки слід підкреслити ту обставину, що існування цього публічного інтересу для вказаних суб'єктів обґрунтовує в більшості випадків потребу самої їх участі в цивільних відносинах, оскільки задоволення останнього альтернативним шляхом, наприклад участі в публічних відносинах чи у інший спосіб, є або неможливим, або малоефективним. Отже, поняття «суб'єкт публічного права» та «юридична особа публічного права» мають не лише відмінні, а й спільні ознаки.

Таким чином, поняття суб'єкта публічного права як в сьогоденні, так і в подальшій перспективі має розглядатися як поняття, що має більший обсяг в порівнянні з поняттям юридичної особи, оскільки, за загальним правилом, будь-яка юридична особа публічного права може розглядатися як суб'єкт публічного права, тоді як не всі суб'єкти публічного права можуть бути визнані юридичними особами публічного права.

З урахуванням наведеного вище та з огляду на положення ЦК України можна стверджувати, що учасниками цивільних відносин можуть бути два види суб'єктів публічного права:

– суб'єкти публічного права, які водночас мають статус юридичної особи публічного права;

– суб'єкти публічного права, які не є юридичними особами публічного права, однак здатність до участі в цивільних відносинах одержали в силу прямої вказівки закону.

Системне тлумачення положень не лише цивільного, а й іншого чинного законодавства, зокрема ст. 2, 81, 167–169 ЦК України, ст. 73–78 ГК України, ч. 10 ст. 51 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», ст. 4 Закону України «Про місцеві державні адміністрації», ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» тощо, дає змогу дійти висновку стосовно того, що до суб'єктів публічного права, як можливих учасників цивільних відносин, належать:

– держава Україна;
− Автономна Республіка Крим;
− територіальні громади сіл, селищ та міст;
− іноземні держави;
− органи державної влади (центральні та місцеві);
– органи місцевого самоврядування;
– органи влади Автономної Республіки Крим;
– державні установи (фонди та заклади);
– комунальні установи (фонди та заклади);
– державні та казенні підприємства;
– комунальні підприємства [16, с. 96].

Дискусійним є зарахування до суб'єктів публічного права таких учасників цивільних відносин, як Національні акціонерні компанії, Державні акціонерні товариства та компанії, самоврядні організації, політичні партії, громадські об'єднання, релігійні організації тощо. Проте, згадуючи про існування також поняття юридичної особи публічного права, можемо висловити припущення, що вказані вище суб'єкти мають, перш за все, бути визнані юридичними особами публічного права, а дискусія щодо їх зарахування до різновидів суб'єктів публічного права має бути продовжена.

Незавершеність дослідження щодо виявлення повного переліку видів суб'єктів публічного права має своїм наслідком й те, що в сьогоденні не можуть бути виявлені та якісно досліджені субординаційні, координаційні та кореляційні зв'язки між ланками цієї системи. Потреба в проведенні такого дослідження не викликає сумнів, наприклад, в аспекті виявлення змісту та характеру взаємодії різних суб'єктів публічного права в межах відносин державної та комунальної власності або під час укладення та виконання договорів за їх участю.

Останнє міркування ґрунтується на переконанні у тому, що володіння державним або комунальним майном певним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, державним чи комунальним підприємством або установою має похідний характер від права державної або комунальної власності та здатності держави та територіальних громад бути реальними, а не фіктивними власниками. А отже, без з'ясування суб'єктного складу цих відносин, зменшується перспектива повноцінного дослідження змісту відносин державної та комунальної власності.

У свою чергу, в більшості випадків укладення приватноправового договору за участю суб'єкта публічного права характеризується й такою ознакою як наявність в останнього правоздатності до укладення договору або від власного імені, або від імені держави чи відповідної територіальної громади. Так, дії Фонду Державного майна України як суб'єкта договірних відносин з купівлі-продажу або оренди можуть бути кваліфіковані як дії самої держави, а отже, зазначений орган державної влади не є суб'єктом, а лише органом, тобто частиною справжньої сторони та суб'єкта цих договірних відносин – держава Україна.

Підсумовуючи окреслену проблематику з'ясування суті та змісту поняття «суб'єкт публічного права», виявлення видів останнього поняття в контексті участі суб'єктів публічного права в цивільних відносинах, зазначимо, що вирішення цієї проблеми є потребою не лише цивільного права (з огляду на те, що згідно зі ст. 2 ЦК України ці суб'єкти є учасниками цивільних відносин), а вітчизняної юриспруденції у цілому. А тому є впевненість, що більший ступінь визначеності в цьому питанні є доволі близькою перспективою.

Список використаної літератури:

1. *Андреев Ю. Н.* Участие государства в гражданско-правових отношениях [Текст]. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юр центр Пресс», 2005. − 355 с.

2. *Білоусов Ю. В., Іванов С. О.* Участь органів державної влади у цивільних відносинах: монографія. − Харків: Харків юридичний, 2012. – 484 с.

3. *Боднар Т. В.* Органы государственной власти и органы местного самоуправления как субъекты договорных отношений в сфере предпринимательства [Текст] / Т. В. Боднар // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 4 / Под ред. Р. А. Майданика. − К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – С. 181–202.

4. *Дзера Ю.М.* Держава як учасник цивільних правовідносин: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ю. М. Дзера; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2011. – 20 с.

5. *Клименко О. М.* Держава як суб'єкт цивільного права [Текст] /О. М. Клименко // Юриспруденція: теорія і практика [Центр правових досліджень Фурси]. – 2005. – № 2 (4). – С. 27–31.

6. *Ткач І. В.* Держава Україна як суб'єкт недоговірних зобов'язань: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / І.В. Ткач; НДІ приватного права і підприємництва імені акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України. – К., 2014. – 20 с.

7. *Кучеренко І. М.* Юридичні особи публічного права як суб'єкти цивільних правовідносин [Текст] / І. М. Кучеренко // Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики / Кол. монографія; За ред. Я. М. Шевченко. – К.: Юридична думка, 2007. − С. 168–214.

8. *Майданик Р. А.* Юридические лица публичного права в украинском и международном праве [Текст] / Р. А. Майданик // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 3 / Под ред. Р. А. Майданика – К.: Алерта; Центр учебной литературы, 2010. − С. 119–179.

9. *Примак В. Д.* До питань про сенс і критерії розмежування юридичних осіб публічного та приватного права [Текст] / В. Д. Примак // Юридична Україна. – № 2. – 2004. – С. 43–49.

10. *Чиркин В. Е.* Необходимо ли понятие юридического лица публичного права / В. Е. Чиркин // Государство и право.−2006.− № 5.− С. 25–27.

11. *Лавренюк А. В.* Субъект публичного права: единство понятия как многоаспектного явления в российской правовой системе [Текст] / А. В. Лавренюк // Право и государство: теория и практика. – М.: Право и государство. – 2007. – № 5. – С. 21–26.

12. *Первомайський О. О.* Участь суб'єктів публічного права в цивільних відносинах: засади та форми [Текст] / О. О. Первомайський // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 11, 2012 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – С. 52–62.

13. *Лавренюк А. В.* Субъекты публичного права: теоретико-правовое исследование: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.01 [Текст]. – М., 2007. – 20 с.

14. *Архипов С. И.* Субъект права: теоретическое исследование [Текст] / С. И. Архипов // – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 469 с.

15. *Якимов А. Ю.* Статус субъекта права (теоретические вопросы) [Текст] / А. Ю. Якимов // Государство и право, 2003. − № 4. − С. 5–10.

16. *Спасибо-Фатєєва І. В.* Деякі проблеми, пов'язані з участю держави Україна в цивільно-правових відносинах [Текст] / І. В. Спасибо-Фатєєва // Вісник Академії правових наук України, 2006.– № 4.– С. 93–98.

The article is devoted to research the concept of the subject of public law as a member of civil relations. Examined correlation of this concept with the concept of a legal entity of public law. Allocated such types of entity of public law as the state of Ukraine, bodies of public authority and so forth.

Статья посвящена исследованию понятия субъекта публичного права как участника гражданских отношений. Рассмотрено соотношение этого понятия с понятием юридического лица публичного права. Выделены такие виды субъектов публичного права, как государство Украина, органы государственной власти и тому подобное.

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ДИТИНИ

Резнік Г. О.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються способи захисту особистих немайнових прав дитини. Обґрунтовується необхідність виокремлювати додаткові способи захисту особистих немайнових прав дитини. Окрема увага приділяється самозахисту.

Ключові слова: захист, спосіб захисту, самозахист.

Реалізуючи будь-яку норму або виявивши порушення будь-якого свого права чи інтересу, особа стикається з головною проблемою: обрати спосіб захисту свого порушеного права чи інтересу [1, с. 124].

Розмежовуючи засоби і способи захисту, Т. М. Підлубна доводить, що засоби захисту – це інструменти реалізації способів захисту. Саме тому вона пропонує внести зміни до Конституції України, зокрема до ч. 5 ст. 55, в якій застосувати більш доцільний термін «способи захисту», і викласти її в такій редакції: «Кожен має право будь-якими не забороненими законом способами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» [2, с. 7].

У сучасній цивілістичній доктрині під способом захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, зазвичай, розуміють закріплені в законі матеріально-правові заходи примусового характеру, за допомогою яких відбувається поновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і вплив на правопорушника [3, с. 121].

Спосіб захисту – це певна модель поведінки особи, якій належить право на захист, або такої особи разом з іншими особами. Проте головну роль у такій моделі відіграє особа, якій належить право на захист, оскільки саме така особа ініціює захист та організовує діяльність інших осіб, які беруть або мають взяти у ньому участь, скеровує їх діяльність переконанням або примусом для того, щоб вона відповідала обраній цим суб'єктом моделі захисту його прав чи інтересів [4, с. 11].

Є визначення способів захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів як правових прийомів, що передбачені договором, законом або звичаєм ділового обороту, за допомогою яких заінтересована особа, право якої порушено, не визнано чи оспорено, має змогу припинити його порушення, здійснити його відновлення і в такий спосіб реалізувати надане їй суб'єктивне цивільне право на захист [2, с. 7].

Способи захисту можна поділити на загальні та спеціальні. Загальні способи захисту сформульовані в ст. 16 ЦК України. Значення цієї норми права виявляється не лише в практичній площині, а й в теоретичній, оскільки однією зі спільних ознак для всіх цивільних прав (майнових й особистих немайнових) та інтересів є способи їх захисту. Щодо спеціальних способів захисту, то вони встановлюються законодавцем лише у точно визначеній сфері суспільних правовідносин [5, с. 157–158].

О. В. Толстая пропонує класифікувати способи захисту особистих немайнових прав відповідно до того, якою мірою порушення перешкоджають здійсненню прав і які їх наслідки. За цим критерієм можна розрізняти способи: а) що забезпечують реалізацію; б) спрямовані на відновлення положення, що існувало до порушення; в) основною метою яких є надання компенсації за наслідки порушення особистих немайнових прав [6, с. 47].

Ці та інші способи захисту цивільних прав у різних комбінаціях можуть бути спрямовані на вирішення різних завдань. Залежно від характеру цих завдань можна виділити: 1) способи превентивного

(попереджувального) характеру, основним призначенням яких є запобігання цивільним правопорушенням у майбутньому. Зокрема, це може бути визнання права на спадкування за малолітньою чи неповнолітньою особою; при вирішенні житлових спорів, коли перед судом постає питання про визнання за малолітньою чи неповнолітньою особою права на житлову площу; 2) способи, які безпосередньо спрямовані на захист майнової сфери особи, але які не здійснюють матеріальний вплив на правопорушника. До них належать: витребування власником свого майна із чужого незаконного володіння; усунення перешкод у здійсненні права, які створюють інші особи; повернення осіб у попередній стан, якщо правочин визнається недійсним; повернення потерпілому безпідставно набутого іншою особою майна; 3) способи, безпосередньо спрямовані на захист майнової сфери потерпілої сторони і здійснюють відповідний матеріальний вплив на правопорушника, наприклад: стягнення з управителя майном малолітньої і неповнолітньої особи завданих збитків та упущеної вигоди за невиконання або за неналежне виконання зобов'язань; відшкодування потерпілій стороні збитків, які виникли внаслідок невиконання чи неналежного виконання зобов'язання; відшкодування малолітній чи неповнолітній особі шкоди, завданої протиправними діями іншої особи [7, с. 54].

Через те, що існує багато цивільно-правових способів захисту прав, деякі дослідники пропонують їх поділити, наприклад, на чотири групи: 1) способи, застосування яких можливо лише через суд (визнання права; визнання оспорюваного правочину недійсним; визнання недійсним акта державного органу чи органу місцевого самоврядування); 2) способи, які застосовуються не тільки судом, а й державними органами, що наділені повноваженнями із захисту цивільних прав в адміністративному порядку (припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення); 3) способи, що можуть бути використані стороною правовідношення як за допомогою суду, так і самостійно (відшкодування збитків; стягнення неустойки); 4) самозахист, захист цивільних прав без участі суду [8, с. 46].

Існує думка щодо необхідності використання для захисту прав та інтересів неповнолітніх осіб, які порушуються в сім'ї, як судової, так і адміністративної (альтернативної) форми захисту, яка може застосовуватися у передбачених законом випадках (органами опіки та піклування, службою у справах неповнолітніх тощо). Зазначені форми захисту існують не ізольовано одна від одної, а перебувають між собою у тісному зв'язку, що передбачає їх взаємодію [9, с. 4–5].

Натомість Н. О. Давидова пропонує поділити способи захисту на дві групи. До першої групи, на її думку, входять ті способи, в результаті застосування яких не виникає нове правовідношення. У цьому випадку лише визнається та забезпечується існування спірного правовідношення або припиняється дія, що порушує право. Нових матеріальних правовідносин не виникає при визнанні права і примусовому виконанні обов'язку в натурі – тут лише підтверджується право та обов'язок, що існували до правопорушення, але закладена в правовідношенні погроза примусу реалізується в дійсному примусі [10, с. 124]. До цієї групи способів захисту можна віднести пп. 1, 3, 5, 7 ч. 2 ст. 16 ЦК України.

До другої, більш чисельної групи способів захисту, входять ті, що породжують нове правовідношення, реалізація якого може бути забезпечена силою державного примусу. Наприклад, визнання правочину недійсним та застосування правових наслідків недійсності; відновлення становища, яке існувало до порушення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди. До цієї групи можна віднести пп. 2, 4, 6, 8, 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України [10, с. 125].

Крім того, способи захисту поділяють на міри відповідальності і міри захисту, які не пов'язані із застосуванням відповідальності [11, с. 33].

Натомість, на думку Р. О. Стефанчука, класифікація способів захисту особистих немайнових прав має виглядати так: а) превентивно-пресікальні способи захисту, тобто ті з них, які спрямовані на попередження та припинення порушення, оспорення, невизнання особистого немайнового права чи реальної загрози вказаних дій; б) відновлювальні способи захисту, тобто ті з них, які спрямовані на відновлення порушеного права; в) компенсаційні способи захисту, тобто ті з них, які спрямовані на додаткове компенсування збитків, що пов'язані із порушенням особистого немайнового права [12, с. 194].

Така ідея стала досить популярною у вітчизняній юридичній літературі. Однак важливість такого підходу до класифікації способів захисту немайнових прав полягає, насамперед, у тому, що був запропонований цілісний та єдиний підхід до розуміння способів захисту суб'єктивних цивільних прав.

Так, основними підставами вибору способів захисту цивільних прав та інтересів, зазвичай, вважають: 1) свободу вибору суб'єктом захисту виду способу захисту; 2) обов'язковість легального переліку способів захисту; 3) можливість застосування способів захисту за аналогією; 4) відповідність предмета позову встановленим способам захисту цивільного права та інтересу; 5) належне з'єднання і рішення конкуренції позовів [13, с. 15].

При цьому слід зауважити, що способи захисту цивільних прав мають матеріально-правовий характер, оскільки безпосередньо забезпечують захист права або охоронюваного законом інтересу, являють собою один із елементів методу цивільно-правового регулювання і є похідними від сутності

правовідносин, які становлять предмет цивільного права. Норми цивільного права дають можливість суб'єктам правовідносин самостійно вирішувати питання про обсяг прав і обов'язків, а також про використання наданого права, зокрема, права на захист та способів захисту цих прав [11, с. 7].

Загальний перелік способів наводиться в ст. 16 ЦК України. Відтак відповідно до п. 2 названої статті способами захисту цивільних прав та інтересів можуть бути: 1) визнання права; 2) визнання правочину недійсним; 3) припинення дії, яка порушує право; 4) відновлення становища, яке існувало до порушення; 5) примусове виконання обов'язку в натурі; 6) зміна правовідношення; 7) припинення правовідношення; 8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; 9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди; 10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

Частково положення ст. 16 ЦК України повторює ст. 18 СК України, яка передбачає захист сімейних прав через: встановлення правовідношення; примусове виконання добровільно не виконаного обов'язку; припинення та анулювання правовідношення; припинення дій, які порушують сімейні права; відновлення правовідношення, яке існувало до порушення права; відшкодування матеріальної або моральної шкоди; зміна правовідношення; визнання незаконними рішень, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб.

Окремими авторами доводиться існування способів захисту цивільних прав та інтересів, які є змішаними за своїм змістом, оскільки поєднують елементи відшкодування збитків та стягнення неустойки, а тому не можуть бути визнані лише відшкодуванням збитків, а саме: стягнення мінімального розміру упущеної вигоди за умови одержання доходів порушником права (ч. 3 ст. 22 ЦК України) та відшкодування збитків у подвійному розмірі як правовий наслідок вчинення правочину під впливом обману або насильства (ст. 230, 231 ЦК України) [4, с. 7].

Ще в радянський період було висловлено припущення, що для захисту немайнових прав існують тільки визначені способи: визнання права; відновлення положення, що існувало до порушення права; припинення дій, що порушували право [14, с. 193]. У зв'язку з цим М. М. Малеїна звертає увагу на те, що закон не обмежує можливість застосування тільки названих способів захисту. А тому особисті немайнові права можуть захищатися будь-якими передбаченими законом способами з урахуванням того чи іншого виду цих прав [15, с. 40].

Варто погодитися з тим, що особливістю захисту особистих немайнових прав є те, що не всі універсальні способи захисту цивільних прав, наведені в ст. 16 ЦК України, можуть бути застосовані до особистих немайнових прав. Лише частина способів захисту цивільних прав може розглядатися як способи захисту особистих немайнових прав [13, с. 91].

Наприклад, розглядаючи здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на ім'я, Р. Ю. Молчанов встановив, що право на ім'я у суді може бути захищено у такі способи: визнанням права на ім'я; вимогою про припинення дій, що порушують це право; визнанням угоди, за якою надано згоду на використання імені, недійсною; відновленням становища, яке існувало до порушення права, у тих випадках, коли порушене суб'єктивне регулятивне право може бути реально відновлено; зміною та припиненням правовідносин; покладенням на порушника обов'язку відшкодувати шкоду, що виникла внаслідок порушення права; компенсацією моральної шкоди; визнанням незаконними рішень, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їх посадових осіб [16, с. 7].

Неможливість застосування всіх способів захисту цивільних прав до особистих немайнових прав вже доводилась в юридичній літературі. Пропонувалось з цією метою використовувати лише такі способи: визнання особистого права, якщо воно порушене чи оспорюється; припинення дій, що порушують особисте право; вчинення позитивних дій, що спрямовані на усунення наслідків порушення і забезпечують відновлення права [17, с. 86].

Виходячи з викладеного, з'ясуємо, у який спосіб захищаються особисті немайнові права дітей.

Розпочнемо з того, що багато цивільно-правових способів захисту особистих немайнових прав не можна використати в сімейних відносинах, а тому вони і не передбачені сімейним правом. Так, окрім загальних способів захисту, окремими нормами ЦК України встановлюються ще й спеціальні способи захисту. При цьому у сімейному законодавстві відсутня диференціація способів захисту порушених прав на загальні й спеціальні.

Російський вчений Ю. Ф. Беспалов до способів, які використовуються для захисту прав дитини, відносить: позбавлення батьківських прав, усиновлення, відміну усиновлення та інші способи захисту особистих немайнових прав дітей [18, с. 151].

У сімейному праві України використовуються такі способи захисту прав дитини, як позбавлення батьківських прав та їх обмеження, поновлення батьківських прав та відміна обмеження, усиновлення та таємниці усиновлення тощо. У тих випадках, коли батьки не виконують або виконують свої

обов'язки з виховання дитини неналежним чином, а також зловживають батьківськими правами, вони можуть бути позбавлені батьківських прав.

У даному випадку позбавлення батьківських прав можна вважати одним із способів захисту прав і законних інтересів дитини, а також мірою, що застосовується судом для поновлення порушених прав дитини.

Існує також інша точка зору, відповідно до якої позбавлення батьківських прав означає порушення прав дитини жити і виховуватися у сім'ї і захищати дане право можливо шляхом повернення дитини у сім'ю [19, с. 7]. У такому випадку застосовується специфічний спосіб захисту порушеного права – відновлення батьківських прав.

Беззаперечно, позбавлення батьківських прав є виключною мірою сімейно-правової відповідальності і одним із найбільш дієвих способів захисту особистих немайнових прав дитини. З позбавленням батьків батьківських прав припиняються дії, що порушують немайнові права дитини.

Стосовно обмеження батьківських прав М. В. Логвінова запропонувала в якості сімейно-правового заходу захисту прав та інтересів неповнолітньої дитини при невинній поведінці батьків запровадити новий інститут сімейного права – обмеження батьківських прав. Автор встановила, що підставою для застосування такого заходу захисту буде виступати критерій небезпеки залишення дитини у батьків (одного з них) за наявності обставин, які не залежать від батьків (їх психічного розладу, тривалої хвороби, яка перешкоджає батькам виконувати свої батьківські обов'язки, існування небезпеки передачі дитині важкого захворювання) [20, с. 5].

Обмеження батьківських прав як спосіб захисту прав дітей дещо відрізняється від позбавлення батьківських прав. Основною метою застосування такого заходу є захист дитини від негативного впливу її батьків. Обмеження батьківських прав як спосіб захисту використовується у випадках, коли загроза для дитини виникла не з вини власних батьків.

Ще одним способом захисту прав і інтересів дитини є усиновлення. Усиновлення сприяє реалізації права дитини, яка залишилася без батьківського піклування, перш за все, права жити і виховуватися у сім'ї і права на його захист. Усиновлення є не тільки альтернативним судовим способом захисту прав дитини, що забезпечує примусову реалізацію її прав, а й найбільш ефективною формою соціального захисту дітей, які залишилися без батьківського піклування. Дана позиція підтверджується тим, що усиновлення максимально забезпечує інтереси не лише дітей, що залишилися без батьківського піклування, а й батьків, які не можуть мати власних дітей.

Разом із цим захистом немайнового права дитини є така гарантія захисту, як «таємниця усиновлення». Відомо, що в Україні за розголошення таємниці усиновлення передбачена кримінальна відповідальність. Крім того, відповідальність покладається і на посадових осіб та працівників медичних закладів, які дізнаються про усиновлення через посаду або роботу, якщо розголошення або оприлюднення таємниці усиновлення має тяжкі наслідки. Проте нині активно обговорюється питання про скасування таємниці усиновлення з метою усунення перешкод у процесі контролю і нагляду за вихованням дітей у прийомних сім'ях. На нашу думку, така ініціатива матиме більше негативних наслідків, ніж позитивних, оскільки інформація про те, що батьки, які виховують дитину, є нерідними, завдасть значної шкоди дитині і, насамперед, несформованій дитячій психіці.

При цьому, якщо пропозиція скасування таємниці усиновлення реалізується, необхідно вжити додаткових заходів, які зможуть мінімізувати можливі негативні наслідки такої реформи та захистити права та інтереси дітей-сиріт.

Відповідно до п. 4 ст. 169 СК України у випадках зміни на краще поведінки особи, позбавленої батьківських прав, та обставин, що були підставою для їх позбавлення, суд після відповідної перевірки може постановити рішення відповідно до інтересів дитини про поновлення батьківських прав. Поновлення батьківських прав є способом захисту не лише права дитини на проживання і виховання у сім'ї та права на спілкування з батьками, а й способом захисту прав батьків.

Окремо хотілося б звернути увагу на способи самозахисту особистих немайнових прав дитини.

Вибір способу самозахисту і межі його реалізації визначаються особливостями конкретного порушеного цивільного права. Відтак способи самозахисту включають у себе дві основні групи способів захисту суб'єктивних цивільних прав: 1) способи, що полягають у вчиненні уповноваженою особою дозволених законом дій фактичного характеру, спрямованих на захист її суб'єктивних цивільних прав; 2) способи, що полягають у застосуванні уповноваженою особою стосовно правопорушника заходів оперативного впливу [21, с. 13].

К. О. Гориславський, розглядаючи проблему самозахисту, вважає, що це є складне поняття, яке охоплює багато різних за своїм змістом категорій, що об'єднані однією метою – надати людині можливості для здійснення нею захисту життя, здоров'я, прав і свобод власними силами. До переліку цих категорій автор включає: 1) право необхідної оборони як спосіб захисту від протиправних дій злочинців і правопорушників; 2) право діяти у стані крайньої необхідності як спосіб захисту життя та здоров'я від небезпеки природного, техногенного характеру тощо; 3) передбачене законодавством України право звертатися до державних

органів, установ, посадових осіб, засобів масової інформації з письмовими зверненнями як спосіб опосередкованого самозахисту порушених прав і свобод; право на страйк; 4) самозахист цивільних прав як спосіб поновлення порушеного права; 5) право відмовитися від виконання злочинних наказів (розпоряджень) [22, с. 9–10].

Розглядаючи самозахист прав та інтересів дитини за цивільним та сімейним правом, О. А. Негода зазначає, що значним є питання щодо способів самозахисту, оскільки спосіб захисту є підставою для виникнення, зміни та припинення правовідношення, тобто юридичним фактом. Аналіз відповідних норм сімейного законодавства дає підстави для висновку, що способами самозахисту батьками дитини виступають необхідна оборона та крайня необхідність. Так, батьки мають право на необхідну оборону своїх дітей, наприклад, усуваючи намагання інших сторонніх осіб заволодіти дитиною. Незгоду з прийнятими батьками рішеннями щодо виховання дитина може виражати у відмові вчиняти дії, які вони від неї вимагають, виловлювати свою позицію, переконувати батьків у недоцільності їх вимог тощо [23, с. 392]. Певна річ, що питання про способи самозахисту особистих немайнових прав дитини не є вирішеними повною мірою, тому потребують подальшого дослідження.

Отже, детальний аналіз положень СК України дає можливість виділити додаткові способи захисту особистих немайнових прав дитини: позбавлення та обмеження батьківських прав, усиновлення, таємницю усиновлення, відміну усиновлення. Крім того, пропонується визнати способом захисту особистих немайнових прав дитини поновлення її батьків у батьківських правах щодо неї.

Список використаної літератури:

1. *Бублейник В. А.* Нетипові способи захисту цивільних прав та законних інтересів // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2001. – № 1. – С. 124–129.
2. *Підлубна Т. М.* Право на захист цивільних прав та інтересів: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Підлубна Тетяна Миколаївна. – К., 2009. – 22 с.
3. *Давидова Н. О.* Особисті немайнові права: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – 180 с.
4. *Янчук А. В.* Відшкодування збитків як спосіб захисту цивільних прав та інтересів: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Янчук Антон Володимирович. – К., 2011. – 20 с.
5. *Давидова Н. О.* Цивільно-правова охорона особистих немайнових прав фізичної особи, що забезпечують її природне існування: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Давидова Наталія Олександрівна – К., 2005. – 214 с.
6. *Толстая О. В.* Способы защиты личных неимущественных прав по гражданскому законодательству: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2002. – 151 с.
7. *Чорна Ж. Л.* Цивільно-правовий захист майнових прав та інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03. – Львів, 2005. – 179 с.
8. *Комментарий* к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). – Изд. 2-е, испр. и доп. с использованием судебно–арбитражной практики / Отв. ред. О. Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА.М, 2003. – 448 с.
9. *Кондратьєва Л. В.* Судовий захист неповнолітніх осіб у цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Кондратьєва Людмила Анатоліївна / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2006. – 20 с.
10. *Давидова Н. О.* Особисті немайнові права: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – 180 с.
11. *Тимченко Г. П.* Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03. – Харків, 2002. – 202 с.
12. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту). – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.
13. *Особливості* захисту суб'єктивних цивільних прав : монографія / За заг. ред. академіків НАПрН України О. Д. Крупчана та В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – 400 с.
14. *Советское* гражданское право. – Ч. 1 / Отв. ред. В. Т. Смирнов, Ю. К. Толстой, А. К. Юрченко. – Л.: ЛГУ, 1982. – 416 с.
15. *Малеина М. Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. – М.: МЗ Пресс, 2000. – 244 с.
16. *Молчанов Р. Ю.* Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на ім'я: автореф. дис. …канд. юрид. наук. / Харківський національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2009. – 19 с.

17. *Мезрин Б. Н.* Личные неимущественные отношения в предмете советского гражданского права // Актуальные проблемы гражданского права. – Свердловск: Сверд.юрид.ин-т, 1986. – С. 25–33.

18. *Беспалов Ю. Ф.* Теоретические и практические проблемы реализации семейных прав ребёнка в Российской Федерации: дис. …док. юрид. наук. – М., 2002. – 348 с.

19. *Душкина Е. Н.* Проблемы защиты семейных прав по семейному законодательству РФ: автореф. дис. …канд. юрид. наук. – Волгоград, 2006. – 27 с.

20. *Логвінова М. В.* Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків за правопорушення, вчинені неповнолітніми [Текст]: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Логвінова Марія Володимирівна / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2006. – 20 с.

21. *Берестова І. Е.* Способи самозахисту цивільних прав: окремі аспекти // Приватне право і підприємництво. – 2010. – № 9. – С. 10–14.

22. *Гориславський К. О.* Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: автореф. дис. …канд. юрид. наук: 12.00.02 / Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2003. – 17 с.

23. *Негода О. А.* Самозахист прав та інтересів дитини за цивільним та сімейним правом / О. А. Негода // Держава і право. – 2009. – Вип. 46. – С. 388–393.

This article describes how to protect the moral rights of the child. The necessity isolate additional ways to protect moral rights of the child. Special attention is given to self-defense.

В статье рассматриваются способы защиты личных неимущественных прав ребенка. Обосновывается необходимость выделять дополнительные способы защиты личных неимущественных прав ребенка. Особое внимание уделяется самозащите.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ТОГО З ПОДРУЖЖЯ, ЯКИЙ ПЕРЕЖИВ СПАДКОДАВЦЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Солтис Н. Б.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач сектору проблем цивільного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджується правосуб'єктність того з подружжя, який пережив спадкодавця, у законодавствах зарубіжних країн. Пропонується для визначення правового статусу «того з подружжя, який його пережив» застосовувати поняття «вдова(вдівець)».

Ключові слова: подружжя, шлюб, режим майна подружжя, черги спадкоємців за законом, заповіт подружжя.

Під правовим статусом особи у теорії права розуміють систему законодавчо встановлених та гарантованих державою прав, свобод, законних інтересів і обов'язків особи. Правовий статус є способом нормативного закріплення основних принципів взаємодії особи та держави. Основними елементами юридичного статусу громадян як суб'єктів цивільного права у законодавстві майже всіх зарубіжних країн визнаються правоздатність, дієздатність та місцепроживання. Винятком є лише США, де у доктрині правових категорій активної і пасивної правоздатності використовується єдине поняття для визначення як правоздатності, так і дієздатності – «правоздатність» [1, с. 14].

Традиційно закликання до спадкування за законом, а також визначення кола спадкоємців за заповітом визначається із наявності між спадкодавцем і потенційними спадкоємцями сімейно-родинних зв'язків. Водночас окремі категорії суб'єктів сімейних відносин, зокрема подружжя, у законодавствах різних країн мають переважні права при визнанні їх спадкоємцями або при набутті окремих видів спадкового майна.

Статус того з подружжя, який його пережив, при реалізації свого суб'єктивного права на спадкування визначається залежно від підстав спадкування або від сімейно-родинних відносин. Статус того з подружжя, який його пережив, у спадкових відносинах визначають юридичні права та обов'язки (спадщина), які перейшли до нього від того з подружжя, який помер (спадкодавця). Для визначення статусу того з подружжя, який його пережив після смерті іншого, законодавство України (ст. 1261 ЦК) застосовує невдало сформульовану конструкцію, зі складним для сприйняття мовним оборотом – «той з подружжя, який його пережив», що, по-суті, є перекладом із російської мови терміна «пережитый супруг». Слова «вдова» та «вдівець» не знайшли свого закріплення у цивільному законодавстві як терміни для позначення статусу одного з подружжя після смерті іншого, крім єдиного згадування у ст. 303 ЦК України у наданій їм правомочності, у разі смерті фізичної особи розпоряджатися її особистими паперами.

Але визначення терміна «вдова/вдівець» є у міжнародному законодавстві, зокрема у п. g ст. 1 Європейського кодексу соціального забезпечення, прийнятого Радою Європи від 06.11.1990 р., де – «вдова/вдівець» означає одного із подружжя, який утримувався померлою особою, на час його смерті та не взяв новий шлюб. На переконання З. В. Ромовської, слова «дружина» та «чоловік» по відношенню до слів «вдова (вдівець)» є зі всіх точок зору кращими, навіть якщо йдеться про смерть когось із них [2, с. 171]. Безумовно, слова «вдова/вдівець» є важкими для сприйняття, але вони повсякчас трапляються у: побутовому вжитку, формулюваннях анкетних даних певних документів тощо, саме для визначення правового статусу того з подружжя, який його пережив. Тоді як слова «дружина» та «чоловік» вживаються у розумінні сімейної правоздатності подружжя, яка виникає в осіб з моменту реєстрації шлюбу та припиняється з підстав, передбачених у ст. 104 СК України, а саме: у разі смерті одного з подружжя або оголошення його померлим; внаслідок його розірвання.

Тим часом сімейне законодавство закріпило у ст. 2 СК України статус інших членів сім'ї, таких як: падчерки та пасинка, мачухи та вітчима, які на підставах, передбачених законодавством, набувають статусу батьків і дітей. Ввівши поняття «падчерки та пасинка», «мачухи та вітчима» сімейне законодавство чітко визначило у родинно-сімейних відносинах статус певного члена сім'ї.

Статус подружжя чоловік і жінка набувають з моменту реєстрації шлюбу. До осіб, які уклали шлюб, законодавцем застосовуються терміни «чоловік» та «дружина». У разі смерті одного с подружжя шлюб припиняється, а з ним і права та обов'язки подружжя. Той з подружжя, який його пережив, набуває статусу спадкоємця і закликається до спадкування відповідно до підстав, передбачених у ст. 1217 ЦК України (за заповітом або за законом). Вважається за необхідне ввести поняття «вдова/вдівець» у термінологічний словник цивільного законодавства замість словосполучення «той з подружжя, який його пережив». Введення поняття «вдова/вдівець)» у «Книгу шосту. Спадкове право» ЦК України визначить правовий статус подружжя після припинення шлюбних відносин, внаслідок смерті одного з подружжя, та надасть можливість відійти від складної мовної конструкції у визначенні правової категорії.

Основною умовою для визначення статусу «вдови/вдівця» у спадкових відносинах є реєстрація шлюбу зі спадкодавцем за його життя та за умови, що такий шлюб не припинився шляхом розірвання на момент його смерті. Зокрема, не виникає право на спадкування у чоловіка після жінки або у жінки після чоловіка у разі релігійного обряду шлюбу, без реєстрації такого шлюбу в державному органі реєстрації актів цивільного стану. Слід зазначити, що у деяких країнах ЄС законодавством передбачена альтернатива «шлюбу» – це «цивільні партнерства» та «співмешкання», при чому такі союзи можливі як між чоловіком і жінкою, так і партнерами однієї статі.

Під «зареєстрованим партнерством» згідно з Законом Німеччини «Про зареєстроване цивільне партнерство» від 16.02.2001р. розуміють відносини між повнолітніми партнерами щодо спільного проживання, шлюб яких не оформлений в установленому законом порядку. За цим законом партнери мають взаємні права та обов'язки. До наслідків створеного партнерства для спільного проживання щодо права на утримання і права спадкування застосовуються загальні положення законодавства для врегулювання цих відносин.

Інститут «співвмешкання» (concubinage) відомий законодавству Франції, під яким розуміють фактичний союз двох осіб різної або однієї статі, які проживають разом, у разі якщо таке спільне життя має стійкий і тривалий характер (ст. 515-8 ЦК Франції). Крім того, законодавство Франції передбачає і нормативне закріплення спільного фактичного проживання шляхом укладення «договору про спільне життя», за спільною заявою, яка подається до канцелярії суду (ст. 515-3 ЦК Франції). Згідно зі ст. 515-1 ЦК Франції «договором про спільне життя» є договір, укладений між двома повнолітніми фізичними особами різної або однієї статі, з метою ведення спільного життя [3, с. 223, 226, 804].

У доктрині сімейного права України також досліджувалося питання щодо співмешкання осіб, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, та були пропозиції ввести поняття «конкубінат» [4, с. 95–104] для визначення статусу їх спільного проживання. Закон Франції зі статусом співмешкання пов'язує настання певних правових наслідків, зокрема, отримання відшкодування шкоди у зв'язку зі смертю співмешканця, тоді як у вітчизняному законодавстві лише факт реєстрації шлюбу є визначальним для виникнення права на спадкування та визначення черги при спадкуванні за законом, у разі якщо спадкодавець не склав за життя заповіт. Зокрема, ст. 1261 ЦК України передбачено, що той з подружжя, який його пережив, закликається до спадкування разом із спадкоємцями першої черги, тоді як проживання чоловіка і жінки у співмешканні надає право на спадкування одному з них лише у четверту чергу і за умови проживання однією сім'єю не менше як п'ять років до часу відкриття спадщини (ст. 1264 ЦК України).

Шлюб припиняється внаслідок: визнання його недійсним через недотримання встановлених умов його укладення; смерті або оголошення померлим одного з подружжя або обох; розірвання шлюбу. Право на спадкування одного із подружжя після другого втрачається, якщо один із подружжя помер до набрання чинності рішенням суду про розірвання шлюбу, вважається, що шлюб припинився внаслідок його смерті (ч. 3 ст. 104 СК України), а отже, у того з подружжя, який його пережив, виникає

право на спадкування після нього. Тоді як, в іншій ситуації, якщо один із подружжя помер у день набрання чинності рішенням суду про розірвання шлюбу, вважається, що шлюб припинився внаслідок його розірвання, а отже, другий з подружжя не набуває статусу вдови/вдівця та права на спадкування.

Припинення шлюбу або заручин до смерті спадкодавця за законодавством Німеччини має наслідком визнання спільного заповіту подружжя недійсними. Слід зазначити, що до підстав припинення шлюбу також прирівнюються і випадки спроби розірвання шлюбу, якщо спадкодавець клопотав про розірвання шлюбу або дав згоду на розірвання шлюбу. Заповіт, який було складено на користь особи, із якою він заручився, також вважається недійсним, якщо заручини розірвано до смерті спадкодавця (§ 2077 ЦУ Німеччини).

Необхідною умовою для встановлення статусу того з подружжя, який його пережив, є також правильно визначений правовий режим майна подружжя, що впливає на склад спадщини. Сімейне законодавство як зарубіжних країн, так і України нормативно закріплює три види правового режиму майна подружжя: спільності, роздільності (особистий) та змішаний режим. Юридичною підставою для застосування того чи іншого режиму може бути або шлюбний договір, або сам закон (легальний режим). Як шлюбний договір, так і закон може передбачати будь-який з трьох названих режимів майна подружжя. У шлюбному договорі може бути визначений статус як дошлюбного майна чоловіка і дружини, так і режим майна, нажитого в шлюбі, а також майнові санкції у випадку розлучення.

Легальний режим спільності майна подружжя передбачає законодавство Франції, Іспанії, деяких штатів США, режим роздільності – законодавство Англії, деяких штатів США, інших країн. Змішаний режим існує у Німеччині, Фінляндії, Ісландії, Швеції, Данії та Норвегії [5, с. 132].

За загальним правилом як зарубіжних країн, так і України, при режимі спільності подружжя встановлюється презумпція спільної сумісної власності на майно, яке нажите у шлюбі. Виключення становить майно, отримане під час шлюбу у подарунок або в спадщину, яке залишається в роздільній (особистій) власності. Законодавство зарубіжних країн та України передбачає серед підстав зміни режиму майна встановлення режиму окремого проживання подружжя. Так, згідно зі ст. 301 ЦК Франції у разі смерті одного із подружжя, щодо якого встановлено режим окремого проживання, за другим із подружжя зберігаються права того з подружжя, який його пережив. Встановлення режиму окремого проживання подружжя має наслідком встановлення роздільного режиму майна (ст. 302 ЦК Франції). У законодавстві України статус вдови/вдівця, у разі встановлення режиму окремого проживання, спеціальною нормою не визначений. Але виходячи із загальної норми ч. 1 ст. 120 СК України та ст. 1218 ЦК України, можна дійти висновку, якщо встановлений режим окремого проживання не припиняє прав та обов'язків подружжя, то у разі смерті одного з них, той з подружжя, який його пережив, набуває статусу спадкоємця. Згідно з п.1. ч. 2 ст. 120 СК України, у разі встановлення режиму окремого проживання, майно, набуте в майбутньому, не вважатиметься набутим у шлюбі, що визначає режим роздільності майна.

У спадкових відносинах здійснюється перехід всіх прав та обов'язків, які належали одному з подружжя, який помер (спадкодавця), на час відкриття спадщини незалежно від встановленого правового режиму майна подружжя за життя, тоді як для того з подружжя, який його пережив (спадкоємця), визначення режиму спільності майна впливає на визначення розміру часток спадкоємців. Так, у випадку розподілу спадкового майна між спадкоємцями необхідно попередньо виділити частку того з подружжя, який його пережив, у спільно нажитому майні, оскільки на цю частку спадщина не відкривається. Спадщина відкривається лише на частку померлого у спільно нажитому майні.

У спадковому законодавстві зарубіжних країн правовий статус пережитого із подружжя не є однозначним. Той з подружжя, який його пережив, може бути закликаний до спадкування як спадкоємець відповідної черги за законом або як спадкоємець за заповітом. У законодавстві України передбачений і спеціальний порядок переходу майна подружжя, яке належить їм на праві спільної сумісної власності, за заповітом подружжя (ст. 1243 ЦК).

У країнах континентальної Європи застосовуються дві системи спадкування за законом: романська і система парантел. Відповідно до романської системи (Франція, Італія, Бельгія та ін.) всі спадкоємці за законом поділяються на чотири категорії або розряди, залежно від черги закликання до спадкування. Вдова (вдівець) не входить ні до одого із розрядів або черг, однак вона/він має право довічного користування певною частиною спадкового майна (узуфрукт) у розмірі ½ або ¼ частини спадщини, залежно від наявності або відсутності у спадкодавця дітей.

За системою парантел (Німеччина, Австрія, Швейцарія) спадщина переходить до групи кровних родичів, де на відміну від романської системи всередині кожної парантели ступінь споріднення зі спадкодавцем не є вирішальним. Кількість парантел у кожній країні також різна. Так, у Німеччині вона не обмежена числом черг, тоді як у Швеції їх налічується лише три [5, с. 139–140]. Той із подружжя, який його пережив, не входить ні до однієї з парантел, але він набуває право власності на певну частину спадщини (¼ – зі спадкоємцями першої черги; ½ – другої або третьої) й закликається до спадкування разом з родичами перших черг. У разі відсутності спадкоємців трьох перших

парантел (§ 1931 ЦУ Німеччини) до пережитого із подружжя переходить вся спадщина. Але частка у спадщині пережитого із подружжя залежить не тільки від наявності низхідних і висхідних спадкоємців, а й від правового режиму майна подружжя. Так, якщо на момент відкриття спадщини існував режим роздільного майна подружжя, і, крім того, разом із пережитим із подружжя до спадкування за законом закликаються один або двоє дітей спадкодавця, той з подружжя, який його пережив, і кожна дитина (діє також право представлення) спадкують у рівних частках (абз. 4 § 1931 ЦУ Німеччини). У Швейцарії пережитий із подружжя може вибрати між правом власності на зазначену частину майна і узуфруктом на майно у більшому розмірі, який може перейти у довічну ренту.

На відміну від країн континентальної Європи у Великій Британії пережитий із подружжя займає привілейоване місце серед кола спадкоємців за законом. Розмір його долі залежить від того, чи залишив після себе спадкодавець нащадків – низхідних, батьків, братів і сестер (та їх низхідних). У разі наявності низхідних родичів пережитий із подружжя має право на отримання фіксованої грошової суми, встановлення якої належить до компетенції лорд-канцлера. Так, якщо вартість спадщини не перевищує 125 тис. ф. ст., вона повністю переходить до пережитого подружжя. У разі, якщо вартість спадщини перевищує зазначену суму, то пережитий із подружжя отримує зазначену фіксовану суму, а також право на довічний прибуток від половини спадщини, що залишилася, тоді як друга половина розподіляється між дітьми спадкодавця у рівних частинах [6, с. 19–20].

Якщо у спадкодавця не залишилось низхідних спадкоємців, але залишились батьки або брати і сестри, то пережитий із подружжя отримує фіксовану грошову суму у більшому розмірі. Крім того, він отримує право власності на половину іншої частини спадщини, яка вільна від боргів. Інша частина спадщини переходить до батьків на праві власності, а якщо вони померли – до братів і сестер спадкодавця на праві довірчої власності. Крім того, пережитому із подружжя у цих випадках належить також переважне право на предмети домашнього вжитку. І лише у тому разі, якщо після спадкодавця не залишилося спадкоємців по низхідній лінії, то спадщина переходить до пережитого подружжя [7, с. 72–74].

Правовий статус подружжя визначається і через спільне волевиявлення подружжя у заповіті. Незважаючи на те, що заповіт за своєю природою є одностороннім правочином, який передбачає волевиявлення однієї сторони – спадкодавця і не передбачає зустрічного волевиявлення спадкоємців, спадковому праву деяких зарубіжних країн відомий інститут спільного заповіту. Суб'єктний склад осіб, які мають право на складання спільного заповіту, обмежено законодавством України (п.1. ст. 1243 ЦК), Німеччини (§ 2265 ЦУ) лише єдиним учасником сімейних відносин – подружжям. Так, у Німеччині (§ 2267 ЦУ) передбачено спільний заповіт подружжя, для складання якого достатньо волевиявлення одного із подружжя, оформленого у належній формі, а від іншого подружжя вимагається лише його підпис. Але відмовитися в односторонньому порядку від спільного заповіту за життя кожен із подружжя самостійно не може (§ 2272). Відмова від заповіту здійснюється за аналогією норм, передбачених для договору про спадкування, і підлягає нотаріальному посвідченню (§ 2296 ЦУ Німеччини; п. 3, 4 ст. 1243 ЦК України).

Якщо подружжя у спільному заповіті, у якому вони призначають один одного спадкоємцями, визначили, що після смерті пережитого подружжя їх спільне спадкове майно перейде третій особі, то слід припустити, оскільки не доведено іншого, що третя особа вважається спадкоємцем усієї спадщини подружжя, який помер останнім. Така ж правова конструкція передбачена і для заповідального відказу, встановленого у заповіті подружжя, який після їх смерті переходить до відказоодержувача (§ 2269 НЦУ).

Слід констатувати, що, незважаючи на значні відмінності в застосуванні норм матеріального спадкового права, прослідковується й позитивна тенденція до їх уніфікації, що надає можливість виокремити спільні для України та зарубіжних країн ознаки. Так, правовий статус того з подружжя, який його пережив, у спадкових відносинах зарубіжних країн визначають юридичні права та обов'язки (спадщина), які перейшли до нього від того з подружжя, який помер (спадкодавця). Спільними для України та зарубіжних країн є підстави для визначення правового статусу того з подружжя, який його пережив, а саме: 1) смерть одного з подружжя; 2) реєстрація шлюбу зі спадкодавцем за його життя та за умови, що такий шлюб не припинився шляхом розірвання на момент його смерті; 3) виділення частки того з подружжя, який його пережив, у режимі спільного майна подружжя, оскільки на цю частку спадщина не відкривається; 4) спадкування за заповітом та за законом.

Список використаної літератури:

1. *Кудинов О. А.* Гражданское и торговое право зарубежных стран: Краткий курс / О. А. Кудинов. – 2-е изд. – М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°», 2012. – 92 с.

2. *Ромовська З. В.* Українське цивільне право. Спадкове право: підручник. – К.: Алерта,; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 264 с.

3. *Гражданский* кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Захватаев / Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев / Приложения 1–4: В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с.

4. *Махінчук В. М.* Конкубінат за Сімейним кодексом України: проблеми правореалізації // Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України: Зб. наук. праць за матер. кругл. столу (м. Київ, 25 травня 2006 р.). – К.: Ксилон, 2007. – 212 с. – С. 95–104.

5. *Зенин И. А.* Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие, руководство по изучению дисциплины, практикум по изучению дисциплины, учебная программа / Московский государственный университет экономики, статистики и информатики. 5-е изд. Вып. 5 – М.: МЭСИ, 2005. – 194 с.

6. Смолина Л. В. Наследственное право / Л. В. Смолина. – СПб.: Питер, 2005. – 224 с.

7. Алешина А. В., Косовская В. А. Наследники по закону и очередность их призвания к наследству в Российской Федерации и зарубежных странах // Общество. Середа. Развитие (Terra Humana). – Вып. № 1. – 2010. – С.72–76.

The article investigates the legal personality of the surviving spouse in the legislation of foreign countries. The concept of «the widow (er)» is proposed to use at determining the legal status of «surviving spouse».

В статье исследуется правосубъектность пережившего супруга в законодательствах зарубежных стран. Предлагается для определения правового статуса «пережившего супруга» применять понятие «вдова /вдовец».

АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ У СПРАВАХ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Шабалін А. В.,
молодший науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України,
здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано процесуальні особливості апеляційного оскарження судових рішень, ухвалених у наказному провадженні. Встановлено підстави та порядок апеляційного перегляду означеної категорії судових цивільних справ.

Ключові слова: судовий наказ, апеляційне оскарження, наказне провадження, апеляційна скарга на рішення суду першої інстанції у справах наказного провадження.

Незважаючи на спрощеність наказного провадження, процесуальний закон передбачає можливість перегляду деяких судових рішень (судового наказу, ухвал), постановлених судами в цьому провадженні, в апеляційному порядку. Такий перегляд здійснюється у випадках, встановлених ЦПК України, з додержанням загальних правил кожного з видів перегляду судових рішень, за деякими винятками та з урахуванням особливостей наказного провадження [1, с. 185–186].

Відповідно до абз. 2 ч. 9 ст. 105-1 ЦПК України в апеляційному порядку може бути оскаржено судовий наказ, щодо якого суд прийняв ухвалу про залишення заяви про скасування судового наказу без задоволення, чи його змінено [2]. Окрім того, апеляційна скарга може бути подана і на процесуальні рішення, ухвалені судом за загальними нормами ЦПК України, в межах наказного провадження (ст. 219–221, 293 ЦПК України).

Варто зазначити, що до внесення змін до ЦПК України, що відбулися у ході реалізації судової реформи 2010 р., порядок апеляційного оскарження у наказному провадженні не передбачався. Це пояснюється тим, що у розділі II ЦПК України не був закріплений етап розгляду заяви про скасування судового наказу. Процедура скасування судового наказу була безумовною, судовий наказ підлягав скасуванню на підставі поданої заяви про скасування судового наказу без її розгляду та дослідження обставин (ст. 106 ЦПК України 2004 р.).

Із змісту абз. 2 ч. 9 ст. 105-1 ЦПК України випливає, що апеляційне оскарження судового наказу допускається лише після розгляду судом першої інстанції заяви про скасування судового наказу поданої боржником (представником або органом чи особою, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб). Викладене підтверджується і позицією вищої спеціалізованої судової інстанції з розгляду цивільних і кримінальних справ. Так, у абз. 4 п. 16 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» від 23 грудня 2011 р. № 14 визначено, що виданий судовий наказ не підлягає оскарженню в апеляційному порядку, крім випадків, визначених ЦПК України [3].

Авторами монографії «Наказне провадження в цивільному процесі» висловлюється думка, що виходячи зі змісту положень п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, яка є нормою прямої дії, судовий наказ може бути оскаржений без етапу розгляду заяви про його скасування [1, с. 188].

Викладена наукова позиція підтверджується і правовим висновком Конституційного Суду України у рішенні від 28 квітня 2010 р. № 12-рп\2010, в якому вказується про можливість апеляційного оскарження судового рішення у випадках, коли закон не містить прямої заборони на таке оскарження [4]. Дослідниками також зазначається про необхідність закріплення у ЦПК України не умов оскарження судового наказу в апеляційному порядку, а переліку випадків, за якими судовий наказ може бути оскаржений в апеляційному порядку [1, с. 188]. Така пропозиція знаходить й нашу підтримку.

Відповідно до ч. 1 ст. 292 ЦПК України право на апеляційне оскарження рішення суду першої інстанції повністю або частково мають сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки [2].

Положення ст. 105-1 ЦПК України свідчить, що правом на апеляційне оскарження наділені стягувач та боржник (представник або орган чи особа, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб). О. М. Трач вказує на необхідність закріплення в цивільно-процесуальному законодавстві право на апеляційне оскарження виданого судового наказу стягувачем, якщо судовий наказ є незаконним та необґрунтованим, наприклад, коли суд частково задовольнив заявлені вимоги [5, с. 352]. З приводу викладеного слід зазначити, що стягувач має право оскаржити змінений судовий наказ, якщо він вважає, що така зміна не відповідає вимогам закону (абз. 2 ч. 9 ст. 105-1 ЦПК України).

У літературі з наказного провадження висловлюється думка про недоцільність наділення правом апеляційного оскарження стягувача у разі, якщо суд постановив ухвалу про залишення заяви про скасування судового наказу без задоволення, адже в такому випадку вимога стягувача повністю задоволена [1, с. 188–189]. З приводу останнього слід зазначити, що з точки зору логіки означена позиція є повністю обґрунтованою. Водночас слід спостерігати наскільки вона узгоджується із відповідними конституційними положеннями (ст. 55, 129 Конституції України) та ст. 13 ЦПК України [2].

З аналізу розділу II ЦПК України випливає, що в наказному провадженні не можуть брати участь інші особи, окрім його сторін (представник або орган чи особа, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб). Це означає, що судовим наказом вирішуються виключно права та обов'язки заявника (стягувача) та боржника. З цього приводу у абз. 3 п. 16 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» від 23 грудня 2011 р. № 14 зазначається, що у судовому наказі не можуть вирішуватися питання про права та обов'язки інших осіб [3]. Водночас вищевикладене не узгоджується із положенням ст. 55 Конституції України [6].

З приводу зазначеного авторами монографії «Наказне провадження в цивільному процесі» робиться обґрунтований висновок про те, що право на апеляційне оскарження судового наказу мають особи, які не брали участі у справі, якщо судовим наказом вирішуються їх права та обов'язки, щодо обмежень на апеляційне оскарження відповідно до ч. 9 ст. 105-1 ЦПК України, на думку науковців, то вони стосуються виключно осіб, які брали участь у наказному провадженні [1, с. 189]. Викладена позиція знаходить також нашої повної підтримки.

Процесуальний закон не встановлює винятків щодо порядку апеляційного оскарження у справах наказного провадження, за винятком результатів вирішення апеляційної скарги. Апеляційна скарга на рішення суду першої інстанції у справах наказного провадження подається до апеляційного суду через суд першої інстанції (ст. 296 ЦПК України).

У чинному ЦПК України окремо не закріплені вимоги щодо форми і змісту апеляційної скарги у справах наказного провадження. З цього випливає, що вона має відповідати загальним вимогам, що містяться у ст. 295 ЦПК України. Так, відповідно до ч. 1 зазначеної процесуальної норми апеляційна скарга подається у письмовій формі.

Згідно з ч. 2 ст. 295 ЦПК України в апеляційній скарзі мають бути зазначені:

1) найменування суду, до якого подається скарга;

2) ім'я (найменування) особи, її місце проживання або місцезнаходження;

3) ім'я (найменування) осіб, які беруть участь у справі, їх місце проживання або місцезнаходження;

4) рішення або ухвала, що оскаржуються;

5) підстави визначення незаконності і (або) необґрунтованість рішення або ухвали (неповнота встановлення обставин, які мають значення для справи, та (або) неправильність встановлення обставин, які мають значення для справи, внаслідок необґрунтованої відмови у прийнятті доказів, неправильного їх дослідження чи оцінки, неподання доказів з поважних причин та (або) неправильне визначення відповідно до встановлених судом обставин правовідносин);

6) нові обставини, що підлягають встановленню, докази, які підлягають дослідженню чи оцінці, обґрунтування поважних причин неподання доказів до суду першої інстанції, заперечення проти доказів, використаних судом першої інстанції;

7) клопотання особи, яка подає скаргу;

8) перелік документів та інші матеріали, що додаються [2].

Апеляційна скарга підписується особою, яка її подає, або представником такої особи (ч. 3 ст. 295 ЦПК України).

Загальні критерії щодо строків розгляду апеляційної скарги поширюються і на справи наказного провадження (ст. 297–303-1 ЦПК України). Натомість процесуальний закон встановлює певні особливості щодо вирішення апеляційної скарги у спрощеному провадженні, про що ми вказували вище.

Так, згідно ч. 3 ст. 307 ЦПК України за наслідками розгляду скарги на судовий наказ апеляційний суд має право:

1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишити судовий наказ без змін;

2) постановити ухвалу про скасування судового наказу та роз'яснити, що заявлені стягувачем вимоги можуть бути розглянуті в позовному провадженні з додержанням загальних правил щодо пред'явлення позову;

3) змінити судовий наказ [2].

ЦПК України не містить спеціального переліку підстав, за якими суд апеляційної інстанції має залишити скаргу без задоволення або змінити судовий наказ. Вочевидь, у даних випадках суд має керуватися загальними правилами розгляду та вирішення справ наказного провадження у суді першої інстанції, з урахування особливостей апеляційного оскарження.

Проте у процесуальному законі визначені підстави для скасування судового наказу. Так, у ч. 1 ст. 309-1 ЦПК України закріплено, що судовий наказ підлягає скасуванню в апеляційному порядку, якщо апеляційний суд встановить відсутність між стягувачем та боржником спірних правовідносин, на підставі яких була заявлена вимога, передбачена ч. 1 ст. 96 ЦПК України [2].

Із змісту вказаної норми випливає, що скасування судового наказу апеляційною інстанцією здійснюється на підставі дослідження матеріально-правового складу правовідносин. Застосування норм матеріального права судом є необхідною умовою для правильної кваліфікації правовідносин [7, с. 26], у тому числі і апеляційним судом.

Деякими дослідниками наказного провадження, зокрема В. І. Бобриком, В. М. Короленком, В. П. Фенничем (співавтори монографії «Наказне провадження в цивільному процесі»), пропонується розширити перелік підстав, за якими апеляційна інстанція може скасувати судовий наказ. Так, науковцями вказується на доцільність закріплення за апеляційним судом права скасувати виданий судом першої інстанції судовий наказ, якщо суд встановить наявність між сторонами спору про право. Дану пропозицію вони обґрунтовують тим, що наявність спору про право далеко не завжди означає відсутність між стягувачем та боржником спірних відносин, на основі яких була заявлена вимога про видачу судового наказу, а наявність спору про право є підставою для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу (п. 2 ч. 3 ст. 100 ЦПК України), а також тим, що по такому шляху йде і судова практика.

Для підтвердження викладеного звернемось до прикладу з судової практики, наведеного зазначеними науковцями.

16 березня 2011 р. колегія суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Чернівецької області, розглянувши у відкритому судовому засіданні справу за заявою КЖРЕП № 9 м. Чернівці про видачу судового наказу про стягнення заборгованості за надані житлово-комунальні послуги з ОСОБИ-1, за апеляційною скаргою ОСОБИ-1 на судовий наказ Першотравневого районного суду м. Чернівці від 6 жовтня 2010 р., встановила.

Судовим наказом від 06.10.2010 р. по справі № 2-н-371/2010 стягнуто з ОСОБИ-1 на користь КЖРЕП № 9 м. Чернівці заборгованість за надані житлово-комунальні послуги за період з 01.01.2005 р. по 15.09.2010 р. в розмірі 1935 грн. 43 коп. Стягнуто з боржника на користь КЖРЕП № 9 судові витрати ІТЗ в сумі 30 грн. та судовий збір в сумі 25,50 грн.

Ухвалою Першотравневого районного суду м. Чернівці від 17 грудня 2010 р. заяву ОСОБИ-1 про скасування судового наказу Першотравневого районного суду м. Чернівці 2-н-371/2010 від 06.10.2010 р. залишено без задоволення.

На судовий наказ від 06.10.2010 р. по справі № 2-н-371/2010 ОСОБА-1 подала апеляційну скаргу, в якій просить судовий наказ скасувати, посилаючись на порушення норм матеріального та процесуального права.

Колегія суддів вважає, що апеляційна скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України судовий наказ може бути видано у разі, якщо заявлено вимогу про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості.

Відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 100 ЦПК України суддя відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу, якщо із заяви і поданих документів вбачається спір про право.

За результатами розгляду заяви про скасування судового наказу суд має право скасувати судовий наказ та роз'яснити, що заявлені стягувачем вимоги можуть бути розглянуті у позовному провадженні з додержанням загальних правил щодо пред'явлення позову (п. 2 ч. 8 ст.105-1 ЦПК України).

Колегія суддів вважає, що заявлена КЖРЕП № 9 вимога про стягнення заборгованості за надані житлово-комунальні послуги не доводиться змістом заяви про видачу судового наказу та доданими до заяви документами, зокрема, відсутністю письмового договору між сторонами про надання комунальних послуг, обов'язковість якого передбачена ст. 19 Законом України «Про житлово-комунальні послуги».

Крім того, доводи ОСОБИ-1 про відсутність будь-яких відносин з комунальним підприємством вказують про наявність спору про право.

З урахуванням наведеного, колегія суддів вважає, що судовий наказ Першотравневого районного суду м. Чернівці від 6 жовтня 2010 р. про стягнення з ОСОБИ-1 заборгованості за надані житлово-комунальні послуги підлягає скасуванню.

Керуючись ст. 105-1, 303, 307, 309-1 ЦПК України, колегія суддів ухвалила:

апеляційну скаргу ОСОБИ-1 задовольнити, судовий наказ Першотравневого районного суду м. Чернівці від 6 жовтня 2010 року про стягнення з ОСОБИ-1 заборгованості за надані житлово-комунальні послуги на користь КЖРЕП № 9 м. Чернівці в розмірі 1935 грн. та судових витрат скасувати.

Роз'яснити заявнику, що заявлені ним вимоги можуть бути розглянуті у позовному провадженні [1, с. 190–191].

Отже, все вищевикладене свідчить про доцільність пропозиції В. І. Бобрика, В. М. Короленка, В. П. Феннича. Водночас, на нашу думку, вона потребує певної корекції, а саме: у ч. 1 ст. 309-1 ЦПК України слід визначити всі підстави, за якими судовий наказ не може бути виданий, як це передбачено у п. 2, 4 ч. 3 ст. 100 ЦПК України, до яких, до речі, входить і спір про право. Цілком логічно, що на практиці можуть мати місце випадки, коли судами вищого рівня буде встановлено, що судом першої інстанції було видано судовий наказ із порушенням вищевказаних процесуальних положень.

Отже, пропонуємо ч. 1 ст. 309-1 ЦПК України викласти у такій редакції:

«Судовий наказ підлягає скасуванню в апеляційному порядку, якщо апеляційний суд встановить відсутність між стягувачем та боржником спірних відносин, на основі яких була заявлена вимога, передбачена ч. 1 ст. 96 цього Кодексу, а також з підстав, визначених п. 2, 4 ч. 3 ст. 100 цього Кодексу».

Список використаної літератури:

1. *Наказне* провадження в цивільному процесі [Текс]: монографія / За заг. ред. В. І. Бобрика. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 203 с.

2. *Цивільний* процесуальний кодекс України від 10.03.2004 р. № 1618-IV // Офіційний Інтернет-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zakon1.rada.gov.ua/ laws/show/1618-15.

3. *Постанова* Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» від 23.12.2011 р. № 14 // Офіційний сайт Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2011_ rik/postanova_vid_23122011_roku_№_14_pro_praktiku_rozgljadu_sudami_zajav_u_porjadku_nakaznogo_ provadzhen.html.

4. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Суботи Артема Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положень пункту 2 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України (справа про забезпечення апеляційного оскарження ухвал суду) від 28.04.2010 р. № 12–рп\2010 // Офіційний Інтернет-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: htp:\\ zakon.rada.gov.ua\lawas\ show\v12p710-10.

5. *Трач О. М.* Судовий наказ як об'єкт апеляційного оскарження / О. М. Трач // Університетські наукові записки – 2012. – № 1 (41). – С. 349–354 [Електроний ресурс]. – Режим доступу: file:///C:/Users/andrey/Downloads /Unzap_2012_1_44.pdf.

6. *Конституція України,* прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року (Закон від 28.06.1996 р. № 245х/96–ВР) // Офіційний Інтернет-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

7. *Пушкарь Е. Г.* Исковое производство в советском гражданском процессе: Процессуал. последствия возбуждения дела / Е. Г. Пушкарь. – Львів, Вища школа, 1978. – 199 с.

In the article analyzed aspects of the processes appeal revision of civil cases treatment of the court order proceedings. Defined grounds and civil procedure this court civil cases.

В статье проанализированы процессуальные особенности апелляционного обжалования судебных решений, принятых в порядке приказного производства. Определены основания и порядок апелляционного пересмотра данной категории гражданских судебных дел.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПОВЕРНЕННЯ КУЛЬТОВОГО МАЙНА РЕЛІГІЙНИМ ОРГАНІЗАЦІЯМ

Шевченко О.М.,
кандидат історичних наук, старший науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано українське законодавство та проекти законів щодо повернення культового майна релігійним організаціям, подано пропозиції щодо удосконалення національного законодавства в цій сфері.

Ключові слова: релігійні організації, культове майно, реституція.

Актуальність вирішення майнового питання у церковно-державних та міжконфесійних відносинах України з роками не зменшується та залишається одним з важливих завдань в комплексі стратегії розвитку національної держави на сучасному етапі. Нерозв'язаність цього питання, створюючи конфліктність як у міжконфесійному, внутрішньоконфесійному, державно-конфесійному середовищі, спонукає до подальших наукових розробок щодо ефективності нормативної бази, що регулює відповідні питання, та шляхів її удосконалення. На особливу увагу в цьому аспекті заслуговує правове забезпечення повернення культового майна релігійним організаціям, що було націоналізовано за часів радянської влади. До відповідних наукових розробок спонукають також і зобов'язання держави Україна перед міжнародною спільнотою щодо врахування в національному законодавстві рекомендацій ПАРЄ з питань державних гарантій «релігійним інститутам, власність яких була націоналізована в минулому, реституції цієї власності у визначені строки чи, якщо це не можливо, справедливої компенсації» (Рекомендації ПАРЄ № 1556 (2002) «Релігія і перетворення в Центральній та Східній Європі» (ч. V п. 8); Висновок ПАРЄ № 190 (1995) «Щодо вступу України до Ради Європи» (ч. XI п. 11); Резолюція ПАРЄ № 1466 (2005) «Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною» (пп. 13.18)).

Саме тому розроблення ефективних юридичних механізмів врегулювання майнових питань релігійних спільнот, які б забезпечили безпосередні процеси компенсації майнових збитків, які були нанесені релігійним організаціям за часів тоталітарного режиму державою, та визначення як реальних юридичних механізмів їх компенсації, так і юридичного забезпечення створення в країні відповідного державного інституту, в компетенції якого б знаходилося здійснення безпосередніх процесів компенсації нанесених державою майнових збитків релігійним спільнотам, постійно перебувають в полі зору наукової спільноти. Серед досліджень в цій царині на особливу увагу заслуговують праці В. Бондаренка [1], Н. Бардашевич, С. Грудницької [2], М. Васіна [3], Г. Друзенка [4], Є. Додіної [5], Ю. Решетнікова [6], Є. Ятченка [7] та інших. Теоретичною основою відповідного дослідження стали праці цивілістів Н. Кузнєцової, О. Дзери, В. Луця, Я. Шевченко та інших, в яких розкривалася юридична сутність права власності.

Метою статті є проаналізувати наукову літературу, національне законодавство та проекти нормативно-правових актів щодо повернення культового майна релігійним організаціям та розробити відповідні пропозиції з вдосконалення відповідної нормативно-правової бази.

Важливою складовою демократичних надбань міжнародної спільноти є неухильне дотримання свободи думки, совісті і релігії, що забезпечується міжнародними договорами на глобальному та регіональному рівнях та національними конституціями держав. Як зазначається в п. 5 Резолюції ПАРЄ «Свобода релігії та співіснування в демократичному суспільстві» № 2076 (2015) від 30 вересня 2015 р. держави «повинні прагнути знайти справедливу рівновагу між конфліктуючими інтересами у зв'язку із здійсненням свободи думки, совісті і релігії, інших прав людини та основних свобод» [8]. Крім того, згідно з п. 6 цієї ж Резолюції Асамблея зазначає, що принцип світськості не вимагає виключення релігії з соціального простору; навпаки, цей принцип, якщо його правильно тлумачити і здійснювати, захищає можливість для різних вірувань, релігійних та нерелігійних організацій мирно співіснувати, поважаючи загальноприйняті принципи і цінності, напрацьовані людством. Нейтралітет держави має забезпечувати плюралізацію суспільства в світоглядній сфері [8]. Загалом же Асамблея закликає держави прагнути до «розумних пристосувань» з метою забезпечення рівності, що має бути ефективною, а не просто формальною у забезпеченні прав на свободу віросповідання.

В рамках комплексного підходу до вирішення питання «жити разом» Українська держава, розглядаючи релігійні організації як партнерів у розвитку плюралістичного суспільства, поважаючи принципи верховенства права, вже на початку 90-х років XX ст. здійснила перші кроки щодо забезпечення повернення культового майна релігійним спільнотам. Так, у ст. 17 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р. зазначалося, що: «культові будівлі і майно, які становлять державну власність, передаються організаціями, на балансі яких вони знаходяться,

у безоплатне користування або повертаються у власність релігійних організацій безоплатно за рішенням обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій, а в Республіці Крим – Уряду Республіки Крим» [9]. Деталізацію відповідних дій держави щодо повернення колишньої церковної власності, що перебувала на той час у державній власності та використовувалася не за призначенням, релігійним спільнотам містила Постанова Верховної Ради УРСР «Про порядок введення в дію Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р. та низка актів Президентів України та Кабінету Міністрів України: 1) Указ Президента України «Про заходи щодо повернення релігійним організаціям культового майна» від 4 березня 1992 р. № 125; 2) Розпорядження Президента України «Про повернення релігійним організаціям культового майна» від 22 червня 1994 р. № 53/94–рп; 3) Розпорядження Кабінету Міністрів України «Щодо забезпечення поетапного повернення релігійним організаціям культових будівель, які не використовуються або використовуються не за призначенням» від 7 травня 1998 р. № 290–р; 4) Указ Президента України «Про невідкладні заходи щодо остаточного подолання негативних наслідків тоталітарної політики колишнього Союзу РСР стосовно релігії та відновлення порушених прав церков та релігійних організацій» від 21 березня 2002 р. № 279; 5) Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про перспективний план невідкладних заходів щодо остаточного подолання негативних наслідків політики колишнього Союзу РСР стосовно релігії та відновлення порушених прав церков і релігійних організацій» від 27 вересня 2002 р. № 564–р.

Відповідно до вищеназваних нормативно-правових актів був складений перелік культових будівель, які перебувають у державній та комунальній власності та не використовуються або використовуються не за призначенням, які мають бути передані релігійним спільнотам, проводилася інвентаризація культового майна, що зберігається у фондах державних музеїв та архівів, для вирішення у встановленому законом порядку питання про можливість його подальшого використання за призначенням та здійснювалася поетапна передача колишнього церковного майна релігійним спільнотам.

Проте, незважаючи на існування певної нормативно-правової бази щодо повернення релігійним спільнотам націоналізованого державою за радянських часів культового майна, вона не відзначається досконалістю. Відповідні недоліки мав би ліквідувати розроблений і прийнятий Верховною Радою України закон, який би вдосконалив юридичні механізми повернення церковного майна, націоналізованого радянською владою, його колишнім власникам, розроблення якого мало здійснюватися згідно з Указом Президента України «Про План заходів із виконання обов’язків та зобов’язань України, що випливають з її членства в Раді Європи» від 20 січня 2006 р. № 39/2006.

Відповідна законопроектна робота здійснювалася з 2006 р. як Міністерством юстиції України, так і Державним комітетом України у справах національностей та релігій, Міністерством культури України. Низку законопроектів для вирішення відповідної проблеми було внесено народними депутатами на розгляд Верховної Ради України [10–13]. Серед останніх законопроектів слід назвати проект Закону України «Про порядок повернення у власність релігійних організацій культових будівель, їх комплексів» (реєстр. № 2002 від 03.02.2015 р., внесений народним депутатом України В. Рабіновичем). Загалом, розуміючи складність законодавчого вирішення проблеми повернення націоналізованої церковної власності релігійним спільнотам, хотілося б звернути увагу на ті аспекти проблеми, що не знайшли свого втілення у відповідному проекті закону, зокрема:

1. Проект значно звужує базу об’єктів власності, що мають бути повернені релігійним інституціям:

а) міжнародні зобов’язання зазначають про реституцію всього колишнього майна релігійних організацій, а не тільки культових будівель та їх комплексів;

б) проект не визначає порядок та умови реституції культових будівель та їх комплексів, які нині перебувають у приватній власності, зокрема, не визначений порядок викупу державою за рахунок коштів Державного бюджету відчужених нею у приватного власника культових будівель, які б не протирічили конституційним положенням про примусове відчуження об’єктів права приватної власності (ч. 5 ст. 41 Конституції України);

в) проект не визначає порядок та умови реституції майна релігійних інституцій, що нині перебуває у комунальній власності, узгоджений з положеннями ст. 143 Конституції України, ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», ст. 327 Цивільного кодексу України, згідно з якими об’єкти права комунальної власності не можуть бути вилучені з власності територіальних громад і передані іншим суб’єктам права власності, в тому числі релігійним організаціям, без згоди безпосередньо територіальної громади або відповідного рішення утвореного ними органу місцевого самоврядування;

г) проект не визначає підстав, за яких місцева територіальна громада може відмовитись від передачі відчужених державою культових будівель, які нині перебувають у комунальній власності, релігійній організації, не визначає проект і юридичний механізм фінансової компенсації за рахунок Державного бюджету релігійній інституції збитків у зв’язку з прийняттям місцевою територіальною

громадою такого рішення. Крім того, можливо слід передбачити законодавчу можливість вилучення у територіальної громади об'єктів комунальної власності, що є об'єктами культового призначення, з метою повернення їх релігійним спільнотам без згоди територіальної громади або відповідного рішення ради чи уповноваженого нею органу за фінансову компенсацію за рахунок Державного бюджету відповідно до ст. 67 Закону України «Про місцеве самоврядування»;

д) загалом у проекті Закону не виписаний правовий механізм матеріальної компенсації релігійній організації за відчужене майно, яке знаходиться у приватній чи комунальній власності та не може бути повернено релігійній організації;

е) крім того, проект Закону не містить виписаного правового механізму створення, формування та обсягів Державного фонду, що, напевне, має бути створений з метою забезпечення грошової компенсації за те майно, що не буде передане релігійним організаціям, у зв'язку з тим, що знаходиться в приватній або комунальній власності, або ж компенсації приватним чи комунальним власникам за культове майно, що було передано релігійним спільнотам.

2. В проекті Закону не визначений також і порядок черговості претендентів на культове майно, яке розташоване в певній місцевості, де відсутня релігійна організація відповідного конфесійного спрямування. Можливо необхідно виписати правові механізми повернення відповідного майна релігійним центрам відповідних конфесій, щоб забезпечити тим самим питання правонаступності передачі відповідного майна.

3. Проект Закону не визначає і порядок повернення відчуженого майна, якщо до відповідного органу подається кілька клопотань від різних релігійних організацій (тобто на одне й те ж культове майно претендують кілька спільнот). В цьому аспекті не розроблено правовий механізм визначення законного історичного власника відповідного майна, зважаючи на історичні реалії розділення православ'я в Україні та суперечливу історію міжконфесійних відносин.

4. Проект не визначив правового механізму спільного використання державними інституціями (архівами, музеями тощо) і релігійними спільнотами колишнього культового майна, що з об'єктивних причин не може бути повернено релігійній організації у власність.

Загалом проблема повернення націоналізованої за роки радянської влади церковної власності й нині не втрачає своєї актуальності і потребує цілеспрямованих дій на її вирішення. Напрацювання відповідної нормативної бази та прийняття закону, що враховуватиме сучасні проблеми в цій сфері, мінімізує конфліктні ситуації в процесі повернення націоналізованого за радянських часів церковного майна релігійним громадам, сприятиме нормалізації міжконфесійних, внутрішньоконфесійних та державно-конфесійних відносин в суспільстві.

Список використаної літератури:

1. *Бондаренко В.* Реституція церковної власності: причини сповільнення та альтернативи розвитку і завершення / В. Бондаренко // Реституція церковного майна: міжнародний та вітчизняний досвід: зб. наук. матер. / Ред. кол.: В. Андрущенко та ін.; Державний комітет України у справах національностей та релігій, Національний педагогічний університет імені М. П. Драгоманова. – К.: Світ Знань, 2007. – С. 5–8.

2. *Грудницька С., Бардашевич Н.* Захист права власності і господарювання релігійних організацій / Грудницька С., Бардашевич Н. // Часопис Академії адвокатури України. – 2009. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.aau.edu.ua/e-journal/2009-1/09gsmgro.pdf.

3. *Васін М.* Судові перспективи повернення споруд і майна культового призначення релігійним організаціям / М. Васін [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.irs.in.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=908:1&catid=37:art&Itemid=64.

4. *Друзенко Г.* Реституція по-українськи: відновлення історичної справедливості чи пастка для церкви? / Друзенко Г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.religion.in.ua/main/analitica/6186-restituciya-po-ukrayinski-vidnovlennya-istorichnoyi-spravedlivosti-chi-pastka-dlya-cerkvi.html.

5. *Додіна Є.* Питання повернення культового майна релігійним організаціям / Додіна Є. // Наукові записки НУ ОЮА [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.naukovipraci.nuoua.od.ua/arhiv/tom9/38.pdf.

6. *Решетніков Ю.* Повернення колишнього церковного майна: український і зарубіжний досвід / Решетніков Ю. // Ефективність державного управління. Збірник наукових праць. – 2013. – Вип. 34. – С. 82–93.

7. *Ятченко Є.* Реституція чи добровільне повернення? /Є. Ятченко [Електронний ресур]. – Режим доступу: http://pravoslavye.org.ua/2007/12/ ye_yatchenko restitutsya_ chi_dobrovlne_povernennya.

8. *Resolution 2076 (2015)* «Freedom of religion and living together in a democratic society» adopted by the Assembly on 30 September 2015 (33rd Sitting). [Електронний ресурс]. – Режим доступу **:** http: // assembly.coe.int/nw/xml/XRef-XML2HTML-en.asp?fileid=22199&Iang=en.

9. *Закон України* «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р. № 987–XII [Електронный ресур]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/987-12.

10. *Проект* Закону України «Про внесення змін до деяких законів України (щодо мораторію на приватизацію майна культового призначення) (реєстр. № 3347 від 10.11.2008 р.).

11. *Проект* Закону України «Про внесення змін до деяких законів України (щодо мораторію на приватизацію майна культового призначення)» (реєстр. № 9087 від 01.09.2011 р.).

12. *Проект* Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Національний архівний фонд та архівні установи (щодо повернення культового майна релігійним організаціям)» (реєстр № 7299 від 27.10.2010 р.).

13. *Проект* Закону України «Про внесення змін до деяких законів України (щодо повернення культових споруд релігійним громадам)» (реєстр. № 1161 від 25.12.2012 р.).

The article analyzes the ukrainian legislation and projects of laws about returning of cult proper to religious organizations, submitted proposals for the improvement of national legislation in this area.

В статье проанализировано украинское законодательство и законопроекты о возвращении культового имущества религиозным организациям, представлены на обсуждение предложения по усовершенствованию национального законодательства в этой сфере.

ВІДНОСИНИ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬСЯ ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Шишка О. Р.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри охорони інтелектуальної власності цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті розглянуто систему відносин, що регулюються цивільним законодавством України. Зроблено висновок, що предметом цивільно-правового регулювання є відносини, що регулюються цивільним законодавством України. Ця група суспільних відносин, у свою чергу, включає цивільні відносини та нецивільні.

Ключові слова: предмет цивільно-правового регулювання, цивільні відносини, нецивільні відносини.

Загальноприйнятою є позиція, що предметом цивільного права є певна група суспільних відносин (цивільних) з властивими їм спільними рисами. Такими відносинами є: особисті немайнові відносини; майнові відносини. Деякі науковці виділяють окремо відносини, що виникають у сфері інтелектуальної діяльності. Це стосується й організаційних відносин як самостійних складових предмета цивільного права, які, зокрема, виникають на підставі переддоговірних відносин (наприклад, з попереднього договору, відносин, що передують будь-якому договору, тобто стадії його укладення (оферта і акцепт), договорів про організацію перевезень тощо). Крім цього, в науці підіймається питання, що предмет цивільного права не може обмежуватись лише відносинами, оскільки крім відносин, які регулюються системою правових норм, є й інші явища, які мають ним охоплюватись. Це правовий статус, юридичні факти, суб'єктивні права, юридичні обов'язки.

Тому необхідність у проведенні такого дослідження спричинено систематизацією цивільного права через визначення його предмета. Проте для того щоб зробити певну ревізію, слід спочатку визначити предмет цивільно-правового регулювання за діючим законодавством (сфера належного), а вже потім це надасть можливість зіставлення сфери належного зі сферою сущого, а також зі сферою знань про суще та належне.

Слід зазначити, що важливість визначення питання предмета полягає у тому, що, відповідаючи на нього, ми визначаємо сферу цивільного права за принципом «свій – чужий», тобто те, що належить до сфери цивільного права, є «своїм», а те, що ні – «чужим». Відповідно, цим окреслюються межі цивільного права, а також визначаються завдання, які ним вирішуються.

Проблема предмета цивільного права є однією із найпривабливішою в науці цивільного права, оскільки привертала свою увагу багатьох вчених як дореволюційної (В. Ф. Гельбке, Є. В. Васьковський, Д. І. Мейєр, С. В. Пахман, Г. Ф. Шершеневич та ін.), так і радянської (М. М. Агарков, С. С. Алексєєв, Г. М. Амфітеатров, М. О. Аржанов, С. І. Аскназій, С. М. Братусь, А. В. Венедиктов, С. Й. Вільнянський, Д. М. Генкін, А. Б. Годес, О. Г. Гойхбарг, А. В. Дозорцев, С. Ф. Кечекьян, В. І. Корецький, О. О. Красавчиков, В. В. Лаптєв, Я. П. Миколенко, І. Г. Мревлішвілі, Є. Б. Пашуканіс, П. І. Стучка, Г. К. Толстой, Р. Й. Халфіна, В. Ф. Яковлєв і багато інших) епохи. Це стосується й сучасної української школи

цивільного права. Зокрема, це питання досліджувалось такими вченими: Д. Б. Бобровою, В. І. Борисовою, О. П. Віхровим, С. П. Головатим, О. В. Дзерою, А. С. Довгертом, Ю. О. Заікою, Г. Л. Знаменським, В. М. Коссаком, Н. С. Кузнєцовою, В. В. Луцьом, Р. А. Майдаником, В. К. Мамутовим, В. Л. Мусіякою, О. А. Підопригорою, С. О. Погрібним, Р. Б. Прилуцьким, О. А. Пушкіним, С. П. Рабіновичем, П. М. Рабіновичем, З. В. Ромовською, В. Г. Ротанєм, Р. Б. Сивим, М. М. Сібільовим, О. Ф. Скакун, С. О. Сліпченком, І. В. Спасибо-Фатєєвою, Р. О. Стефанчуком, Є. О. Харитоновим, О. І. Харитоновою, Я. М. Шевченко, Р. Б. Шишкою та іншими. Однак дослідження, яке б розв'язувало підняте в назві питання, на жаль, не має свого належного висвітлення.

Мета статті – встановити систему відносин, що регулюються цивільним законодавством України. Об'єктом є предмет цивільно-правового регулювання, а предметом дослідження – положення актів цивільного законодавства та наукова доктрина.

Для встановлення відносин, які регулюються цивільним законодавством України, слід проаналізувати ст. 1 ЦК України. З огляду на підхід законодавця критерієм приналежності до предмета регулювання цивільним законодавством України є: для одних відносин – наявність необхідних та достатніх ознак, для інших – пряма вказівка закону.

Зокрема, ч. 1 ст. 1 ЦК України встановлено, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [1]. Цим положенням не тільки закріплюється якісна група відносин, яка називається «цивільні відносини», а й встановлюються ознаки, за якими вона визначається. Такими ознаками є: юридична рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність їх учасників. Всі перелічені ознаки в їх сукупності є констатація природних властивостей тих відносин, що регулюються цивільним законодавством України. Це вказує й на те, що відносини, які не мають таких ознак, не підпадають під сферу регулювання цивільним законодавством України, якщо інше не встановлено законом. А, відповідно, твердження, за яким можна допустити, що сферою регулювання цивільним законодавством України охоплюються ті відносини, які, хоча і не мають усіх ознак, передбачених ч. 1 ст. 1 ЦК України, але з огляду на доктрину цивільного права розглядаються як цивільні відносини, є недопустимим, наприклад як квазіцивільні відносини, оскільки ч. 1 ст. 1 ЦК України має імперативний характер, а не диспозитивний.

Слід зазначити, що детальний аналіз положень ЦК України наводить на думку, що наявність усіх ознак, визначених ч. 1 ст. 1 ЦК України, не дає підстав вважати певні суспільні відносини цивільними. Крім цих ознак ЦК України встановлює і інші, які у своїй сукупності є необхідними та достатніми критеріями, за якими ті відносини, що їх мають, і слід вважати не тільки цивільними, а й тими, які регулюються цивільним законодавством України. Зокрема:

1) цивільними є лише ті відносини, які засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ч. 1 ст. 1 ЦК України);

2) цивільними є лише ті відносини, які є особистими немайновими та майновими (ч. 1 ст. 1 ЦК України);

3) цивільними є лише ті відносини, учасниками яких є особи (фізичні та юридичні) та/або суб'єкти публічного права (держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права) – ст. 2 ЦК України;

4) цивільними є лише ті відносини, які виникли з підстав, встановлених ст. 11 ЦК України;

5) цивільними є лише ті відносини, які виникають з приводу матеріальних та нематеріальних благ, визначених ст. 177 ЦК України;

6) не є цивільними:

– майнові відносини, які засновані на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні (ч. 2 ст. 1 ЦК України), а, відповідно, не регулюються цивільним законодавством України, якщо інше не встановлено законом;

– податкові, бюджетні відносини (майнові та/або немайнові). Проте у випадках, передбачених законом, деякі з них підлягають додатковому врегулюванню цивільним законодавством України (ч. 2 ст. 1 ЦК України);

– відносини (майнові та/або немайнові), які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також трудові та сімейні (ч. 1 ст. 9 ЦК України). При цьому, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства, до них застосовуються положення ЦК України;

– майнові відносини у сфері господарювання (ч. 2 ст. 9 ЦК України). Проте деякі з них у випадку, передбаченому законом,[1] можуть мати особливість їх врегулювання ЦК України;

– інші публічні відносини, які не складають предмет регулювання ЦК України та актів цивільного законодавства України, але у випадках, встановлених їхньою системою законодавства,

[1] *Так*, ч. 2 ст. 4 ЦК України розкриває значення слова «закон», під яким слід розуміти ті закони, які прийняті відповідно до Конституції України та ЦК України. При цьому аналіз такого положення приводить до висновку, що під обсяг поняття «закон» не підпадає Конституція України та ЦК України, тобто такий собі закон – у вузькому розумінні цього слова.

допускаються до врегулювання ЦК України або іншими актами цивільного законодавства України. Так, КК України [2] використовує такі категорії, як «фізична особа» (ст. 18, 96-2, 205, 266, 364 тощо), «фізична особа – підприємець» (ст. 205-1), «юридична особа» (розд. XIV-1 та ст. 11, 96-4, 205, 266, 364 тощо), «установа» та «організація» (ст. 257, 260, 271, 306 тощо), «цінні папери» (ст. 223-1 та 232-2), «акціонер» (ст. 206-2 та 232-2) тощо не розкриваючи зміст таких понять. Проте зміст таких понять міститься або у ЦК України, або в інших актах цивільного законодавства України, а, відповідно, для кримінальних правовідносин виникає потреба в додатковому врегулюванні відповідними актами цивільного законодавства України.

З вищенаведеного можна допустити твердження, з урахуванням ст. 1 та ст. 9 ЦК України, що ті відносини, які за своєю природою не є цивільними (відносини, які засновані на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, податкові, бюджетні, трудові, сімейні відносини тощо), але до їх врегулювання застосовуються відповідні положення цивільного законодавства України, то їх слід іменувати «*нецивільними відносинами*»[2]. Це пояснюється тим, що характер таких відносин не дає змоги говорити про їх виключну чистоту та віднесення їх до відповідних суспільних відносин, які є цивільними згідно з чинним законодавством. Відповідно, законодавець, вирішуючи проблему неповноти правового регулювання відносин, які не є цивільними, застосовує засоби, способи та форми регулювання, що характерні для цивільних відносин. Цим, як вбачається, посилюється централізованість та важливість цивільного права, порівняно з іншими галузями права або законодавством, яке у випадках, встановлених законом, регулює майнові або немайнові відносини, які належать до нецивільних. Тобто цивільні відносини за ЦК України, як і нецивільні відносини належать до відносин, що регулюються цивільним законодавством України. Відповідно, відносини, що регулюються цивільним законодавством України (ст. 1 ЦК України), це система цивільних (ч. 1 ст. 1 ЦК України) та нецивільних відносин (ч. 2 ст. 1 та ст. 9 ЦК України).

Під цивільними відносинами, що регулюються цивільним законодавством України, слід розуміти такі особисті немайнові та майнові правовідносини, які засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (зокрема, особами та/або суб'єктами публічного права), змістом яких є цивільні права та обов'язки, що виникають з приводу матеріальних та нематеріальних благ та лише з підстав, передбачених актами цивільного законодавства України.

Слід звернути увагу, що нецивільні відносини в цивільному законодавстві України – це частина тих відносин, які мають комплексний характер, оскільки їх регулювання здійснюється не тільки актами відповідної галузі законодавства, а й додаткове врегулювання відповідними актами цивільного законодавства у випадках, встановлених законом, для забезпечення їх цілісного та повного регулювання. Для цих відносин не має значення, чи засновані вони на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, оскільки головними критеріями їх додаткового врегулювання цивільним законодавством є:

– пряма вказівка закону – для майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також для податкових, бюджетних відносин. Врегулювання цієї групи відносин здійснюється цивільним законодавством України;

– не врегульованість власною системою актів законодавства – для інших публічних відносин (відповідно майнового або немайнового характеру), які не охоплюються ч. 2 ст. 1 ЦК України. Врегулювання цієї групи відносин здійснюється актами цивільного законодавства України;

– не врегульованість власною системою актів законодавства – для відносин (відповідно майнового або немайнового характеру), які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також для трудових та сімейних відносин. Врегулювання цієї групи відносин здійснюється виключно положеннями ЦК України;

– передбачені законом як акт цивільного законодавства особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання – для відносин у сфері господарювання. Врегулювання цієї групи відносин здійснюється виключно положеннями ЦК України.

Для таких нецивільних відносин не має й значення, чи мають учасники цих відносин статус юридичної особи, фізичної особи або статус суб'єкта публічного права (у розумінні ст. 2 ЦК України), оскільки для регулювання цивільним законодавством України така вимога висувається лише до цивільних відносин. Тобто, наприклад, учасник відносин, заснованих на владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, хоча й може мати статус фізичної або юридичної особи, але така властивість не має значення для врегулювання їх актами цивільного законодавства України.

Слід констатувати, що до нецивільних відносин застосовується метод аналогії (зовнішньої або міжгалузевої аналогії) правового регулювання, що є проявом реалізації завдання повного (цілісного) регулювання суспільних відносин. В ЦК України його прояв знаходить відображення в ст. 9 ЦК України під словом «врегулювання», що має відкритий характер, а в положенні ч. 2 ст. 1 ЦК України,

[2] *Застосовуються* методи дихотомії та від протилежного.

відповідно, прихований характер. При цьому можна зробити висновок, що врегулювання є однією із форм регулювання.

Отже, міжгалузева аналогія в цивільному законодавстві України – це шлях врегулювання частини тих нецивільних відносин, які не повною мірою регулюються актами приналежного їм законодавства, але у випадках, встановлених законом, допускаються до врегулювання відповідним цивільним законодавством України, як би цивільних відносин. До врегулювання допускаються лише ті нецивільні відносини, які є однорідними (чистими) за своїм змістом. Відповідно, до врегулювання цивільним законодавством України підлягають або нецивільні майнові відносини, або, відповідно, нецивільні немайнові відносини.

За таких обставин систему «нецивільних відносин», як поняття вищого рівня (родове) будуть складати «нецивільні майнові відносини» та «нецивільні немайнові відносини» (видові). До нецивільних майнових відносин належать: майнові відносини, які засновані на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні; майнові податкові відносини; майнові бюджетні відносини; майнові відносини, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля; майнові трудові відносини; майнові сімейні відносини; майнові відносини у сфері господарювання; інші майнові нецивільні відносини у випадках, встановлених законом. До нецивільних немайнових відносин належать: немайнові податкові відносини; немайнові бюджетні відносини; немайнові відносини, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля; немайнові трудові відносини; немайнові сімейні відносини; інші немайнові нецивільні відносини у випадках, встановлених законом. Відповідно, ці відносини у випадках, встановлених законом, належать до сфери регулювання цивільним законодавством України як нецивільні відносини.

На підставі вищевикладеного можна зробити такий висновок. Предметом цивільно-правового регулювання є відносини, що регулюються цивільним законодавством України. Ця група суспільних відносин, у свою чергу, диференціюється на цивільні відносини (особисті немайнові та майнові відносини) та нецивільні відносини (майнові відносини, які засновані на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, податкові, бюджетні відносини, у тому числі відносини, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також трудові, сімейні відносини, майнові відносини у сфері господарювання та інші нецивільні відносини у випадках, встановлених законом). При цьому «цивільні відносини» та «нецивільні відносини» є поняттями нижчого рівня (видовими), які належать до «відносин, що регулюються цивільним законодавством», що є поняттям вищого рівня (родовим). Проте не всі суспільні відносини є предметом цивільно-правового регулювання, а лише ті, які відповідають необхідним та достатнім критеріям, які надають можливість їх ідентифікувати або як цивільні або як нецивільні відносини, що охоплюються сферою цивільно-правового регулювання. Відповідно, якщо певні суспільні відносини не можна ідентифікувати як цивільні або як нецивільні відносини, що охоплюються сферою цивільно-правового регулювання, то це інші відносини. А, отже, такі відносини не належать до предмета цивільно-правового регулювання. Відносини, які не відповідають вимогам, їх віднесення до предмета цивільного права України слід іменувати «нецивільними відносинами, що не регулюються системою правових норм цивільного права України».

Відповідно, «цивільні відносини» та «нецивільні відносинами, що регулюються системою правових норм цивільного права України» складають предмет цивільно-правового регулювання, які, у свою чергу, належать до іншого, більш широкого за своїм обсягом поняття «відносини, шо регулюються цивільним законодавством України».

Список використаної літератури:

1. *Цивільний кодекс* України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV: редакція станом на 30.09.2015 [Електронний ресурс] // База даних нормативно-правової інформації Верховної Ради України. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1366013877877389.

2. *Кримінальний кодекс* України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III: редакція станом на 05.11.2015 [Електронний ресурс] // База даних нормативно-правової інформації Верховної Ради України. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1445585946226044.

The article considers the system of the relations regulated by the Civil Legislation of Ukraine. The conclusion is that the subject of civil regulation are relations regulated by the Civil Legislation of Ukraine. This group of public relations, in turn, includes a civil relationship (the personal property and non-property relations) and the non-civilian relations (in particular, the property relations that are based on administrative or other authoritative subordination of one party to another, tax relations, budgetary relations, including relations occurring in the sphere of natural resources use and environmental protection,

as well as labour and family relations, property relations in the economic sphere and other non-civil relations in cases stipulated by law).

В статье рассматривается система отношений, регулируемых гражданским законодательством Украины. Делается вывод, что предметом гражданско-правового регулирования являются отношения, регулируемые гражданским законодательством Украины. Эта группа общественных отношений, в свою очередь, включает гражданские и негражданские отношения.

СТРУКТУРНІ ВЛАСТИВОСТІ СИСТЕМИ ПРАВОЧИНІВ

Ясечко С. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри охорони
інтелектуальної власності цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті розглядаються питання щодо генези поняття «система» та визначення основних загальних рис даної категорії. Аналізуючи їх, маємо можливість виділити загальні риси категорії «система», структурні властивості системи та можливість систематизації правочинів з нематеріальними благами.

Ключові слова: система, системний підхід, структура, координація, субординація, правочин, нематеріальні блага.

Проблема класифікації і систематизації нематеріальних благ привертає увагу цивілістів достатньо давно. Однак якщо при обговоренні питань, пов'язаних з поняттям, змістом, ознаками нематеріальних благ у науці цивільного права поступово було вироблено єдиний підхід, то стосовно систематизації правочинів з нематеріальними благами цього не сталося. Більше того, розробленість з теоретичного боку можливої системи правочинів з нематеріальними благами значно відставала від ступеня розвитку їх сутності. Правильне наукове уявлення про систему правочинів з нематеріальними благами має велике значення як для теорії, так і для практики. Адже в доктрині права існує система юридичних фактів, також існує система договорів, а от система правочинів залишилась поза увагою, хоча вона є тезаурусом. Виправлення такої ситуації дасть можливість, по-перше, визначити прогалини в законодавстві та їх усувати, також дасть змогу зміцнювати законність таких правочинів і правильне застосування норм права, оскільки будь-яка норма діє не ізольовано, а в сукупності з іншими нормами.

Останнім часом відбувається актуалізація системних досліджень. Як стверджують науковці, це зумовлено тим, що практичною необхідністю цілісного, системного і комплексного освоєння й перетворення природних і соціальних умов життя, а також тим, що сучасне теоретичне і практичне знання та діяльність поглиблюються, спеціалізуються і диференціюються, загальна картина суспільного буття, суспільна практика немов розпадаються на окремі, на перший погляд не пов'язані між собою, відособлені один від одного фрагменти або форми діяльності. Виникає необхідна проблема не тільки в систематизації знання та діяльності, а й в їх інтеграції, синтезі, відновленні загальної картини суспільного буття, суспільної практики в цілому [1, с. 242].

Проблематика систематизації правочинів з нематеріальними благами полягає у такому:

– попри широке їх використання у сфері сущого, вони жодним чином не врегульовані у позитивному праві, що породжує різноманітну судову практику з даної категорії справ;

– правочини з нематеріальними благами потребують доктринального підґрунтя та виваженої імплементації у механізмі правового регулювання;

– законодавство чітко не визначило місце правочинів з нематеріальними благами в системі правочинів цивільного права.

Дослідження системного підходу до правочинів з нематеріальними благами передбачає спочатку відповідь на запитання, що таке системний підхід і яка його роль в науці. Ключовим терміном поняттєвого апарату системних досліджень є поняття «система», яке має глибоке коріння. Ще у давнину люди намагалися зрозуміти, як влаштований світ, з чого складається той чи інший предмет, які зв'язки існують між предметами і явищами. У процесі еволюції людської практики та мислення з накопичуванням знань виникала потреба в їхньому упорядкуванні. У пошуках нових шляхів до розв'язання наукових проблем з'явилися паростки системного підходу, основною змістовною складовою якого є система.

Під системою (*від дав.-грец.* σύστημα – поєднання, устрій, утворення) розуміється сукупність якісно визначених елементів (зміст системи), між якими існує закономірний зв'язок чи взаємодія (структура системи), або це «щось ціле, що становить собою єдність закономірно розташованих і тих, що перебувають у взаємному зв'язку, частин».

Тлумачний словник В. Даля визначає систему як план, порядок розташування частин цілого, визначене улаштування, хід чого-небудь у послідовному, доладному порядку [2]. Словник Webster's Revised Unabridged Dictionary (1913) містить визначення системи як сукупності об'єктів, підпорядкованих чітко або за якимось особливим порядком, як правило, логічним або науковим; єдине ціле об'єктів, пов'язаних якимось спільним законом, принципом, або метою; постійне об'єднання принципів або елементів, які становлять єдине ціле [3].

За словником Д. Ушакова, системою є будова, структура, що становить єдність закономірно розташованих і функціонуючих частин [4]. За словником С. Ожегова та Н. Шведової (друга половина XX ст.), система – це щось ціле, що являє собою єдність частин, які закономірно розташовані і перебувають у взаємному зв'язку [5]. За словником Merriam-Webster's Collegiate Dictionary система – це: 1) постійно взаємодіючі або взаємозалежні елементи групи, які формують єдине ціле; 2) організаційно впорядкована сукупність доктрин, ідей чи поглядів, які зазвичай обґрунтовують механізм функціонування системного цілого [6]. Тлумачний словник української мови визначає систему як порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь [7].

Аналізуючи вищенаведене, маємо можливість виділити головні загальні риси категорії «система»: цілісність, єдність елементів, комплексність (сукупність елементів), упорядкованість розташування та взаємопов'язаність її складових частин. Проте існує велика кількість визначень поняття «система» залежно від контексту, цілей і галузі знань, де воно використовується.

У словнику філософії система визначається через категорію, що позначає об'єкт, організований як цілісність, де енергія зв'язків між елементами системи перевищує енергію їх зв'язків з елементами інших систем і задає онтологічне ядро системного підходу [8].

І. Кант застосовує поняття «система» не тільки в онтологічному сенсі, а й в гносеологічному, розуміючи під системою єдність різноманітних знань, пов'язаних спільною ідеєю. Розвиток поняття «система» знайшов продовження в дослідженнях Й. Фіхте, який визнавав системність наукових знань, але спрощував її до системності форми, а не змісту. Г. Гегель розглядав предмети як органічну цілісність: «Будь-який предмет – це щось ціле. Як ціле він складається з частин, а частини – з елементів. Відповідно, щоб пізнати предмет (отримати поняття про нього), необхідно спочатку виявити всі його частини та елементи, а потім подумки зв'язати їх воєдино так, щоб вийшло розуміння цілого. ... Але поодинокі предмети існують не самі по собі, не ізольовано від решти світу. Вони утворюють організовані системи. Такі системи також є цілим, і тому визначають собою зміст усіх своїх частин та елементів. Отже, щоб отримати всебічне розуміння поодинокого предмета, необхідно вивчити не тільки сам предмет, а й ту систему (загальність), якій він належить. Тільки при такому підході поняття предмета буде визначено як з боку його одиничності, так і з боку його загальності» [9].

У соціологічному словнику система визначається як сукупність або група елементів або частин (наприклад, організм або машина), організована з певною метою і стосовно навколишнього середовища. Такі системи можуть бути природними або штучними і включають соціальні системи. Отже, суспільство або соціальна організація в цьому значенні є системою [10].

Утопісти-соціалісти Ф. Фур'є, К. Сен-Сімон, Р. Оуен розвивали ідеї взаємозв'язку і гармонії, інтеграції, проектування та конструювання соціальних систем. Створивши цілісну систему знань про суспільство, в якій системність є системним підходом, методом наукового пізнання, К. Маркс почав розглядати систему з позицій матеріалізму. Ф. Енгельс сформулював уявлення про об'єктивний світ як нескінченно велику, вічну, неоднорідну систему, яка розвивається сама по собі; визначив наявність загального об'єктивного взаємозв'язку і взаємозумовленості у природі; обґрунтував ідею організації не тільки на рівні природи, а й на рівні суспільства.

У філософії нового часу поняття системи використовувалося при дослідженні наукового знання; при цьому спектр пропонованих рішень був дуже широкий – від заперечення системного характеру науково-теоретичного знання (Е. Кондільяк) до перших спроб філософського обґрунтування логіко-дедуктивної природи систем знання (І. Ламберт та ін.) [11].

У XX ст. поява загальної теорії систем Л. Берталанфі знову повернула онтологічне розуміння системи, але в іншому – логіко-методологічному аспекті. Почалося обговорення різноманіття властивостей «органічних цілих». Об'єкт знову розглядається як складний, з безліччю властивостей, якостей та їх взаємозв'язків.

Цей період позначився відмовою від таких світоглядних позицій, як елементаризм (який стверджував, що складні явища можна зрозуміти тільки через їх елементарні складові) та механіцизм (що зводив складні закономірності розвитку до найпростіших законів механіки). Цілісність, за визначенням С. Щерби, О. Заглади, виступає як узагальнена характеристика об'єктів, як єдність частин у їх різноманітних зв'язках. Орієнтація на принцип цілісності надає можливість перебороти обмежені способи дослідження: елементаризм (розчленування цілого на частини), механіцизм (розуміння цілого як суми частин) та редукціонізм (зведення складного до простого). Дослідження цих категорій сприяло розвиткові системного підходу до пізнання різних об'єктів, відкрило шлях до

формування категорій «елемент», «структура», «система». Поняття зв'язку сприяло становленню та розвитку уявлень про способи упорядкованості різних об'єктів [12, с. 242].

Система, як зазначає Г. О. Туманов, – це «сукупність елементів відповідним чином упорядкованих, взаємопов'язаних і взаємодіючих, внаслідок чого вони становлять цілісне утворення, що має специфічні системні ознаки» [13, с. 79]. В. Н. Сагатовський, який зробив спробу визначення категоріального апарату системного підходу, пише: «Система – це цілеспрямована функціонуюча конструкція, здатна до вирішення проблемної ситуації за умови відповідних зовнішніх обставин» [14, с. 75].

В. Н. Садовський та Е. Г. Юдін вірно зазначають, що «…вживання терміна «система» різними авторами та в різних науках суттєво відрізняються один від одного – і не лише за значеннями, що приписуються їм, але й, що більш важливо, за змістовними та формальними принципами, що лежать в їх основі: нерідко в їх використанні просто віддають данину моді або ж виходять з надзвичайно широкого розуміння зміни характеру досліджуваних об'єктів (системних об'єктів); інколи під їх вживання підводять філософську та загальнонаукову базу і т. ін. Якщо врахувати, що кожен дослідник опирається на своє розуміння поняття «система» … то ми опиняємось перед фактично безкраїм морем відтінків у тлумаченні цього поняття» [15, с. 7].

На підставі типологічного аналізу групи із 40 визначень поняття системи В. Н. Садовський виділив три групи: 1) визначення систем як певних класів математичних моделей; 2) визначення систем через поняття «елементи», «відношення», «зв'язки», «ціле», «цілісність»; 3) визначення систем за допомогою понять «вхід», «вихід», «переробка інформації», «управління» [15, с. 56].

Доволі влучно, на нашу думку, висловився К. Боулдінг, який зазначав, що система «…є скелетом науки в тому розумінні, що її метою є розробка основ та структур систем, яким надаються плоть і кров окремих дисциплін та окремих предметів дослідження в їх русі до впорядкованого та послідовного тіла знань» [16, с. 124].

Системний підхід до дослідження складних динамічних цінностей надає змогу виявити внутрішній механізм не тільки дії окремих її компонентів, а й взаємозв'язки та взаємодії їх на різних рівнях. Звідси відкривається можливість виявлення субстанційно-змістовної та організаційної багатошаровості систем, глибокого динамічного зв'язку та взаємозалежності субстанційно-змістовних частин, структур і функціонування явищ буття як складних цілісних організмів.

Для того, щоб побудувати систему правочинів з нематеріальними благами, нам потрібно спочатку визначитися, які існують види систем і яку з них ми будемо використовувати для нашого дослідження в майбутньому.

Взагалі сучасні системи в праві характеризуються великою кількістю елементів, безліччю зв'язків і взаємозв'язків, значним обсягом опрацьовуваної інформації. Такі системи називають складними, великими чи системами зі складною структурою.

Для систем, що складаються з великої кількості взаємопов'язаних підсистем, найбільш ефективно спочатку намітити основні підсистеми і встановити головні взаємозв'язки між ними, а потім уже переходити до детального моделювання механізмів функціонування різних підсистем.

Філософія може називати системою структуру як однозначне поняття. При цьому визначається, що структура – це загальнонаукове поняття, яке відображає той факт, що світ складається з окремих предметів з їх властивостями і взаємовідносинами. Говориться, що структура відображає ступінь розвитку суспільства, певну форму стійких зв'язків, які в ній склалися, відносин, сукупність груп та інститутів, що виникли на їх основі та забезпечують цілісність суспільства, збереження його властивостей при різноманітних внутрішніх і зовнішніх впливах [17, с. 381].

Характерною особливістю початкового етапу проектування є обмеженість інформації про властивості майбутньої системи, що змушує, в першу чергу, звертатися до структури системи та інформації, яка в ній міститься. Морфологічний опис має давати уявлення про будову системи. Глибина опису, рівень деталізації, тобто визначення, які компоненти системи розглядатимуться як елементарні (елементи), обумовлюється призначенням опису системи. Морфологічний опис ієрархічний. Конфігурація морфології дається на стількох рівнях, скільки їх потрібно для створення уявлення про основні властивості системи.

У структурному підході можна виділити два етапи: визначення складу системи, тобто повне перерахування її підсистем, елементів, і з'ясування зв'язків між ними. Морфологія системи починається з елементного складу, він може бути гомогенним (однотипні елементи); гетерогенним (різнотипні елементи); змішаним.

Однотипність не означає повної ідентичності і визначає тільки близькість основних властивостей. Гомогенність, як правило, супроводжує надмірність і наявність прихованих (потенційних) можливостей, додаткових резервів. Гетерогенні елементи спеціалізовані, вони економічні і можуть бути ефективними у вузькому діапазоні зовнішніх умов, але швидко втрачають ефективність поза цим діапазоном [18].

Структурні властивості систем визначаються характером і стійкістю відносин між елементами. За характером відносин між елементами структури поділяються на: багатозв'язкові, ієрархічні, змішані.

Найбільш стійкі детерміновані структури, в яких відносини або постійні, або змінюються в часі за детермінованими законами. Імовірнісні структури змінюються в часі за імовірнісними законами. Хаотичні структури характерні відсутністю обмежень, елементи в них вступають у зв'язок відповідно до індивідуальних властивостей. Класифікація здійснюється за домінуючою ознакою.

Структура відіграє основну роль у формуванні нових властивостей системи, відмінних від властивостей її компонентів, у підтримці цілісності та стійкості її властивостей стосовно зміни елементів системи в деяких межах.

Важливими структурними компонентами є відносини координації та субординації. Координація висловлює впорядкованість елементів системи «по горизонталі». Тут ідеться про взаємодію компонент одного рівня організації. Субординація – «вертикальна» впорядкованість підпорядкування і субпідпорядкування компонент. Тут йдеться про взаємодію компонентів різних рівнів ієрархії.

Ієрархія (hiezosazche – священна влада, *грец.*) – це розташування частин цілого в порядку від вищого до нижчого. Термін «ієрархія» визначає впорядкованість компонентів системи за ступенем важливості. Між рівнями ієрархії структури можуть існувати взаємини суворого підпорядкування компонентів нижчого рівня одному з компонентів вищого рівня, тобто відносини деревовидного порядку. Такі ієрархії називають сильними або ієрархії типу «дерево».

Однак між рівнями ієрархічної структури не обов'язково мають бути відносини деревовидного характеру. Можуть мати місце зв'язки і в межах одного рівня ієрархії. Компонент, який нижче, може підпорядковуватися кільком компонентам вищого рівня – це ієрархічні структури зі слабкими зв'язками.

Для ієрархічних структур характерна наявність керуючих і виконавчих компонентів. Можуть існувати компоненти, що є одночасно і керуючими, і виконавчими.

Розрізняють штивні і нештивні ієрархічні структури.

Система штивної ієрархічної структури має такі ознаки:

– у системі є один головний керуючий компонент, який має не менше двох зв'язків;

– є виконавчі компоненти, кожен з яких має тільки один зв'язок з компонентом вищого рівня;

– зв'язок існує тільки між компонентами, що належать двом сусіднім рівням, при цьому компоненти нижчого рівня пов'язані тільки з одним компонентом вищого рівня, а кожен компонент вищого рівня не менше ніж з двома компонентами нижчого.

Зрозуміло, що всі елементи і зв'язки даної структури не є рівноправними. Як правило, наявність ієрархії є ознакою високого рівня організації структури, хоча можуть існувати і неієрархічні високоорганізовані системи. Особливістю ієрархічних структур є відсутність горизонтальних зв'язків між елементами. У цьому сенсі дані структури є абстрактними побудовами, оскільки в реальній дійсності важко знайти виробничу або будь-яку іншу діючу систему з відсутніми горизонтальними зв'язками.

Морфологічний опис, як і функціональний, будується за ієрархічним принципом шляхом послідовної декомпозиції підсистем. Рівні декомпозиції системи, рівні ієрархії функціонального і морфологічного опису повинні збігатися. Морфологічний опис можна виконати послідовним розчленуванням системи. Це зручно в тому випадку, якщо зв'язки між підсистемами одного рівня ієрархії не надто складні. Найбільш продуктивними є описи з єдиним членуванням або з невеликим їх числом. Кожен елемент структури можна, у свою чергу, описати функціонально та інформаційно.

Як зазначає Л. В. Федюк, системний підхід до дослідження складних динамічних цінностей надає змогу виявити внутрішній механізм не тільки дії окремих її компонентів, а й взаємозв'язки та взаємодії їх на різних рівнях. Звідси відкривається можливість виявлення субстанційно-змістовної та організаційної багатошаровості систем, глибокого динамічного зв'язку та взаємозалежності субстанційно-змістовних частин, структур і функціонування явищ буття як складних цілісних організмів [19, с. 59].

Таким чином, такі поняття як структура і система ототожнювати не варто. Структуру можна розглядати як побудову, сам поділ явища, а систему – як сам комплекс, уже вибудувану сукупність даного явища, поняття системи ширше за структуру.

Як зазначає Ю. П. Єгоров, одним із критеріїв систематизації правочинів є вчинення правочинів за сферою. Так, правочини можуть бути вчинені у сфері не лише майнових, а й особистих немайнових відносин [20, с. 30]. У цій сфері можуть вчинятися правочини стосовно суб'єктивних прав. Наприклад, передача права на об'єкт права інтелектуальної власності, права на інформацію, комерційну таємницю, ділову репутацію, особисті немайнові права інтелектуальної власності, право на ім'я, зображення фізичної особи, індивідуальність фізичної особи і т. ін. Тобто у сфері сущого вчиняються правочини з нематеріальними благами, і це потребує систематизації таких правочинів.

Отже, структурованість також притаманна системі правочинів з нематеріальними благами, у множинності нематеріальних благ є відносна внутрішня організація між собою. Єдність і цілісність нематеріальних благ полягає в тому, що в цивільному законодавстві вони складають між собою певний цілісний комплекс норм, які охороняють і регулюють такі відносини. І, нарешті, у своїй сукупності нематеріальні блага, як підгалузь, входять до системи більш високого порядку – системи

цивільного права. Отже, можна стверджувати, що сукупності правочинів з нематеріальними благами притаманні всі ознаки системи.

Список використаної літератури:

1. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. – М.: НОРМА, 2001. – 752 с.

2. *Даль В.* Толковый словарь Даля онлайн [Електронний ресурс] / В. Даль. – Режим доступу: http://slovardalja.net/word.php?wordid=37673.

3. *Webster's* Revised Unabridged Dictionary [Електронний ресурс] // The University of Chicago, 1913. – Режим доступу: http://machaut.uchicago.edu/?resource=Webster%27s&word=system&use1913=on.

4. *Ушаков Д. Н.* Толковый словарь Ушакова. Что такое система? Значение и толкование слова sistema, определение термина [Електронний ресурс] / Д. Н. Ушаков. –Режим доступу: http://www.onlinedics.ru/slovar/ushakov/s/sistema.html.

5. *Ожегов С. И.* Толковый словарь Ожегова [Електронний ресурс] / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. – Режим доступу: http://www.ozhegov-shvedova.ru/19-741515/СИСТЕМА.

6. *Merriam-Webster's* Collegiate Dictionary [Електронний ресурс] // Eleventhedition. – 2003. – Режим доступу: http://www.merriamwebster.com/dictionary/system.

7. *Найповніший* тлумачний словник української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eslovnik.com.

8. *Новейший* философский словарь [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.philosophi-terms.ru.

9. *Туфанов С. Н.* Классическая теория познания Вильгельма Гегеля [Електронний ресурс] / С. Н. Туфанов. – 2011. – Режим доступу: http://www.hegel.ru/trufanov1.html.

10. Социологический словарь [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.onlinedics.ru/slovar/soc/s/sistema.html.

11. *Тарнавська Т. В.* Генеза поняття «система»: історичний огляд [Електронний ресурс] / Т. В. Тарнавська // Духовність особи…: методологія, теорія. – 2011. – Режим доступу: file:///C:/Users/ASUS/Downloads/domtp_2011_6_18.pdf.

12. *Щерба С. П.* Філософія / С. П. Щерба, О. А. Заглада. – Житомир: Полісся, 2009. – 548 с. – 3-є вид.

13. *Туктаров Ю. Е.* Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота / Ю. Е. Туктаров // Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. – Вып. 6 / Под ред. О. Ю. Шилохвостова. – М.: НОРМА. – 2003. – С. 101–135.

14. *Сагатовский В. Н.* Опыт построения категориального аппарата системного подхода / В. Н. Сагатовский // Философские науки. – 1976. – № 3. – С. 75–77.

15. *Садовского В.* Исследования по общей теории систем / В. Садовского, Э. Юдина. – М.: Прогресс, 1969. – 520 с.

16. *Боулдинг К.* Общая теория систем – скелет науки / К. Боулдинг // Исследования по общей теории систем. – М., 1969. – (Прогресс). – С. 124.

17. *Лавриненко В. Н.* Философия: учеб. для вузов / В. Н. Лавриненко, В. П. Ратникова. – М.: ЮНИТИ, 1998. – 584 с. – (Культура и спорт).

18. *Родионов И. Б.* «Теория систем и системный анализ» [Електронный ресурс] / И. Б. Родионов. – Режим доступу: http://victor-safronov.ru/systems-analysis/lectures/rodionov.html.

19. *Федюк Л. В.* Система особистих немайнових прав у цивільному праві: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л. В. Федюк; Прикарпатський національний ун-т ім. В. Стефаника. – Івано-Франківськ, 2006. – 188 с.

20. *Егоров Ю. П.* Классификация сделок как отражение их правовой природы / Ю. П. Егоров // Цивилистическая практика. – 2007. – С. 28–47.

The article deals with the question of the genesis of «system», and identify the main common features of this category. Analyzing the above makes it possible to identify the main features of the general category of «system», the structural properties of the system, and the possibility of systematization of transactions with intangible benefits.

В статье рассматриваются вопросы генезиса понятия «система» и определение главных черт данной категории. Анализируя вышеизложенное, имеем возможность выделить общие черты категории «система», структурные свойства системы и возможность систематизации сделок с нематериальными благами.

ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ ПОРУКИ В КРЕДИТНИХ ДОГОВОРАХ

Заіка Ю. О.,
доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник сектору проблем цивільного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються питання, пов'язані з підставою припинення поруки у кредитних зобов'язаннях.

Ключові слова: порука, строк дії поруки, кредитний договір, припинення поруки, відповідальність поручителя за кредитним договором.

Належне виконання цивільно-правових зобов'язань, які за своєю природою потребують спеціальних правових засобів, надає можливість зменшити ризик невиконання зобов'язання боржником і певним чином уникнути настання збитків кредитору. Обрання сторонами того чи іншого способу забезпечення виконання кредитного зобов'язання зумовлює надалі і механізм захисту інтересів кредитора у випадку невиконання боржником свого зобов'язання. При обранні способу забезпечення виконання зобов'язань контрагенти вирішують різні завдання – кредитор зацікавлений в належному виконанні зобов'язання або в існуванні реальної можливості відшкодування заподіяних невиконанням збитків. Боржник же намагається уникнути надмірних витрат у випадку неналежного виконання ним зобов'язання.

Порука є одним із найдавніших і найпоширеніших способів забезпечення виконання зобов'язань, що зумовило виникнення різноманітних видів поруки (компенсаційну, заміщуючу, повну, часткову, обмежено часткову, подільну часткову, змішану, безстрокову, законну, договірну, солідарну, субсидіарну та ін. [5, с. 229–239].

Основна теоретична проблема вчення про поруку у цивільному праві полягає у визначенні характеру та змісту дій, які має вчинити поручитель в межах зобов'язань, що виникають у зв'язку із несправністю боржника.

Незважаючи на чисельні наукові доробки, присвячені інституту поруки, його правовій природі [10, с. 137–139], підставам припинення поруки [1, с. 69–72; 9, с. 95–106], особливості застосування поруки в окремих цивільно-правових зобов'язаннях [4, с. 47–52; 7, с. 145–151] як в теорії, так і на практиці, не отримало однозначного розв'язання питання щодо особливостей припинення поруки в кредитних зобов'язаннях, про що свідчить неоднозначність вирішення судових справ, пов'язаних із виконанням кредитного договору боржником і поручителем.

Реалізуючи принцип свободи договору, банківські установи з метою захисту своїх інтересів включають до змісту кредитного договору умови, які неоднозначно тлумачаться як контрагентами, так і судовими інстанціями при вирішення спору.

Метою нашої розвідки є з'ясування підстав припинення поруки у кредитних договорах, що надасть змогу уніфікувати судову практику та належним чином захистити майнові інтереси як кредитора, так і боржника, і поручителя.

У цивілістичні доктрині сформувалися різні підходи до визначення цивільно-правового інституту поруки. Поруку розглядають як додаткову умову про виконання зобов'язання; як грошову відповідальність; як будь-яку відповідальність у вигляді здійснення за боржника його майнового чи особистого характеру або у вигляді винагороди кредитора за порушення його права, нарешті, як договір і відповідальність [8, с. 72].

На відміну від застави, яка надає кредиторові переважне право перед іншими кредиторами боржника задовольнити свої вимоги із вартості заставленого майна, за договором поруки кредитор поруч із боржником набуває в особі поручителя додаткового боржника.

Проте з урахуванням пануючої в доктрині точки зору щодо правової природи відповідальності як санкції за правопорушення, що викликає для порушника негативні наслідки у вигляді позбавлення суб'єктивних цивільних прав або покладання нових чи додаткових цивільно-правових обов'язків [2, с. 101], погодитись з висновком, що поручитель вчинив правопорушення і, як наслідок, саме за вчинення правопорушення на нього покладаються негативні наслідки, незважаючи на стале в теорії і судовій практиці словосполучення «відповідальність поручителя», важко.

У свій час Г. Ф. Шершеневич зазначав, що під порукою розуміється приєднання до головного зобов'язання додаткової умови про виконання його третьою особою, поручителем, у випадку неналежності боржника [11, с. 295]. По суті, при невиконанні зобов'язання основним боржником настає не відповідальність поручителя (оскільки останній будь-яких договірних зобов'язань не порушував, і взагалі ніяких правопорушень не вчиняв), а перехід у встановленому порядку на додаткового боржника обов'язків головного, і не лише щодо виконання основного зобов'язання (повернення боргу і виплати встановлених процентів), а й додаткових зобов'язань, які випливають із неналежного виконання основного зобов'язання (сплата штрафу, пені, неустойки та ін.). Кредитор

зацікавлений, в першу чергу, не в отриманні штрафних санкцій, а у виконання зобов'язання в натурі, тому можуть мати місце випадки, коли поручитель виконує основне зобов'язання, а стягнення штрафу чи неустойки може і не відбуватися.

Цивільний Кодекс України (далі – ЦК України) передбачає солідарну відповідальність поручителя і боржника, якщо інше не передбачене у договорі. Тобто викладена норма є диспозитивною. Сторони можуть встановити і субсидіарний характер відповідальності поручителя. Якщо ж це спеціально не передбачено в договорі, то поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, а саме – за сплату основного боргу, відсотки, неустойки, збитки, витрати по стягненню боргу тощо. Звичайно, при цьому обсяг відповідальності поручителя не може перевищувати обсягу відповідальності боржника.

Договір поруки має бути укладений обов'язково в письмовій формі, порушення письмової форми тягне за собою безумовну недійсність договору. Не вимагається, щоб сторони укладали окрему письмову угоду, достатньо, якщо поручитель на розписці боржника зробить припис про те, що він ручається за виконання боржником своїх зобов'язань. Сама по собі позитивна рекомендація боржника чи надання будь-ким відомостей про його матеріальне становище без спеціально зазначеного наміру зобов'язуватися за боржника не може розглядатися як порука.

За чинним законодавством України, порукою може забезпечуватися лише дійсна вимога, а не та, що можливо з'явиться в майбутньому. У ЦК Російської Федерації передбачено, що договір поруки може бути укладеним також для забезпечення зобов'язання, яке, можливо, виникне у майбутньому (ст. 361 ЦК РФ). Оскільки боржник і поручитель, за загальним правилом, відповідають солідарно, то кредитор може звернутися з позовом безпосередньо до поручителя. В цьому випадку поручитель має притягнути до справи боржника, надати йому можливість захищати свої інтереси. Якщо поручитель цього не зробить, то після задоволення вимог кредитора він може скористатися правом регресу, оскільки набуває всіх прав кредитора, але і боржник має право висунути проти нього всі заперечення, які він мав проти кредитора.

Поручитель має право на власне заперечення вимог кредитора навіть у тих випадках, коли боржник визнав вимоги кредитора (наприклад, поручитель може посилатися на закінчення строку позовної давності, на що не звернув увагу боржник). Боржник, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, має негайно сповістити про це кредитора і поручителя: якщо і поручитель виконав зобов'язання, то він набуває права зворотної вимоги до боржника, а останній має право стягнути виконане з кредитора, який двічі прийняв оплату за одним зобов'язанням.

Відносини поруки виникають з моменту укладання договору поруки, а припиняються, окрім загальних підстав, у таких випадках: у разі припинення забезпеченого порукою зобов'язання; після закінчення трьох місяців з моменту настання строку виконання зобов'язання, якщо кредитор не звернувся з вимогою до поручителя; після закінчення одного року з моменту укладання договору, якщо строк виконання зобов'язання не був визначений або визначений моментом вимоги, за умови відсутності іншого договору; у разі переведення боргу, якщо поручитель відмовився відповідати за нового боржника.

Після укладення договору у поручителя не виникає жодних обов'язків. Такі обов'язки з'являються лише за неодмінної умови – невиконання боржником передбаченого у договорі зобов'язання, тобто конструкція договору поруки подібна конструкції правочину, який укладений під відкладальною умовою [3, с. 90].

Проте це не означає, що до моменту невиконання зобов'язання боржником між ним і поручителем відсутні будь-які юридичні зв'язки. Вже саме укладання договору за участі поручителя має юридичне значення, оскільки, як правило, наявність поруки є умовою укладення основного договору, за яким поручитель виступає як умовно зобов'язана особа.

Оскільки умови основного договору можуть переглядатися, то доцільно конкретизувати обов'язок кредитора щодо строку попередження боржника про зміни умов основного договору, зокрема про збільшення розміру відповідальності чи зміни інших умов договору, які можуть вплинути на обсяг відповідальності божника, і обов'язок поручителя письмово протягом визначеного в законі строку повідомити про свою згоду, якщо боржник не заперечує проти змін умов договору. Відсутність письмової згоди боржника має розглядатися як його заперечення проти зміни умов договору і бути підставою припинення поруки.

Одним із найпоширеніших цивільно-правових договорів, який укладають учасники цивільного обороту, є кредитний договір. Предметом кредитного договору, за винятком договору комерційного кредиту, є грошові кошти. Істотними умовами кредитного договору є предмет, сума, строк повернення кредиту, розмір відсотків. Досить ефективним способом забезпечення грошових зобов'язань, зокрема тих, що виникають на підставі договору позики та кредитного договору, є договір поруки, за яким до основного зобов'язання, яке виникло меж кредитором та боржником, залучаються кошти третьої особи − поручителя.

При виконанні кредитних договорів, забезпечених порукою, в судовій практиці виникають питання, пов'язані із визначенням порядку обрахування строку дії акцесорного договору, і, відповідно,

можливість виконання договірних зобов'язань поручителем, якщо боржник від їх виконання ухиляється. На перший погляд, законодавець вичерпним чином дає відповідь на це запитання. У ч. 4 ст. 559 ЦК зазначено, що порука припиняється після закінчення строку, встановленого в договорі. У разі, якщо такий строк не встановлено, порука припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя. Тобто зобов'язання поручителя носить строковий характер і тривалість цього строку визначається безпосередньо в договорі, а за відсутності в договорі погодженого між сторонами строку дії поруки, то у законі. Договірний строк існування поруки застосовується у зобов'язаннях як з визначеним строком виконання, так і у випадках, коли строк виконання не зазначено, а визначено моментом пред'явлення вимоги.

Серед підстав оскарження судових рішень у зв'язку з винятковими обставинами законодавець називає неоднакове застосування судами касаційної інстанції одного і того самого положення закону. Так, ПАТ «Комерційний банк «ПриватБанк» звернулося з позовом до М., третя особа ТОВ «Об'єднана вантажно-транспортна компанія», про стягнення заборгованості за укладеним кредитним договором. Рішенням Єнакіївського міського суду Донецької області у задоволенні позову було відмовлено. Проте апеляційним судом Донецької області позов було задоволено. Ухвалою Колегії судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ рішення апеляційного суду скасовано, рішення міського суду залишено в силі. Як зазначено в ухвалі, «умова договору поруки про його дію до повного виконання боржником своїх зобов'язань перед банком за кредитним договором не є встановленим сторонами строком припинення дії поруки, оскільки суперечить ч. 2. ст. 254 та ч. 1 ст. 252 ЦК, тому в цьому разі підлягають застосовуванню норми ч. 4 ст. 559 ЦК про те, що порука припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя».

Справи з аналогічною фабулою розглядалися і іншими судами, проте винесені рішення були протилежні за змістом. Так, Ухвалою колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ по справі за позовом ПАТ «Комерційний банк» Приватбанк» до А. про стягнення заборгованості за кредитним договором залишено без змін рішення колегії суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Донецької області, де зазначається, що кредитний договір укладено на сім місяців, умовами п. 11, 12 договору поруки передбачено, що договір дії *до повного виконання* зобов'язань за кредитним договором і сторони дійшли згоди, що строк, в межах якого сторони можуть звернутися до суду з вимогою про захист свого порушеного права або законного інтересу за цим договором, встановлюється протягом п'яти років. Виходячи з п.12 договору поруки, сторони визначили строк позовної давності для пред'явлення позову в межах п'яти років, якщо даний позов подано до суду до закінчення цього часу, то поручитель повинен нести солідарну відповідальність з позичальником.

Таким чином, колізія в правозастосуванні зумовлена неоднозначним тлумаченням судами пункту укладеного сторонами договору поруки, де зазначено, що «договір діє до повного виконання зобов'язань». Чи можна розглядати зазначене в договорі поняття «повне виконання» як строк дії договору поруки?

Сутність договору поруки полягає у тому, що при невиконанні боржником свого зобов'язання поручитель повинен в повному обсязі цей обов'язок виконати як і виконати додаткові обов'язки, передбачені законом чи договором, що виникли у зв'язку із невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язання. Відповідно до ст. 554 ЦК України при невиконанні боржником зобов'язання боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо договором поруки не встановлено субсидіарну (додаткову) відповідальність поручителя. Порука припиняється після закінчення строку, встановленого в договорі, а якщо такий строк договором не встановлено – по закінченню шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання, якщо не пред'явлені вимоги до поручителя.

Законодавець розрізняє поняття «строк» та термін». Щодо поняття «строк», який використовує законодавець у ст. 544 ЦК, то у ст. 251 ЦК строком визнається період у часі, із закінченням якого пов'язана певна дія чи подія, що має юридичне значення. Відповідно до ст. 544 ЦК України сторонам надано право самостійно визначити строк дії договору поруки. У ст. 252 ЦК України передбачено, що строк визначається місяцями, тижнями, днями або годинами. Оскільки у ст. 544 ЦК законодавець користується поняттям «строк поруки», сторони, відповідно, можуть визначати в договорі строк дії поруки у місяцях, тижнях, днях або годинах. Як зазначає В. В. Луць, якщо зміст зобов'язання передбачає або дозволяє визначити день його виконання або період часу, протягом якого воно мусить бути виконане, то це зобов'язання підлягає виконанню в цей день або, відповідно, у будь-який момент у межах цього періоду часу і саме внаслідок того, що особа не вчинила якоїсь дії протягом цього періоду [6, с. 230–231]. Умова в договорі про чинність поруки «до повного виконання зобов'язань за кредитним договором» виходить за межі диспозиції ст. 544 ЦК України і не відповідає її змісту.

У ст. 534 ЦК строк дії поруки, у разі, якщо такий строк не встановлено, визначено у «шість місяців». Відповідно до ст. 253 ЦК перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або з наступного дня після настання події, яка має неминуче настати.

В доктрині цивільного права під *подією,* як підставою виникнення цивільних правовідносин, розуміють такі явища реальної дійсності, які відбуваються незалежно від волі осіб. *Абсолютні події* – явища, виникнення і розвиток яких взагалі не пов'язаний з вольовою діяльністю суб'єктів (наприклад, повідь, перебіг часу тощо). *Відносні події* – явища, які і можуть виникнути за волею суб'єктів, проте розвиваються і настають незалежно від їх безпосередньо спрямованої волі (наприклад, смерть особи внаслідок тяжких тілесних ушкоджень).

В укладеному по справі договорі поруки зазначено, що він діє «до повного виконання зобов'язань за кредитним договором». Таке словосполучення як «виконання зобов'язань за кредитним договором» також не може вважатися «подією, яка має неминуче настати», оскільки в силу різноманітних обставин, які як залежать, так і не залежать від сторін, зобов'язання за будь-яким цивільно-правовим договором, в тому числі і за кредитним договором, може бути і не виконано і, відповідно, не може розглядатися як строк в розумінні ст. 544 ЦК України, як строк дії договору поруки.

По справах даної категорії перебіг шестимісячного строку має починатися після відповідної дати, яка визначена в кредитному договорі як день виконання зобов'язання боржником. З метою уникнення судових спорів слід чіткіше визначити в ЦК України порядок встановлення строку дії договору поруки.

Список використаної літератури:

1. *Бобуйок І. А.* Припинення поруки: теорія та судова практика // І. А. Бобуйок // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2013. – Вип. 5. – Т. 1. – С. 69–72.

2. *Боднар Т. В.* Поняття, види та форми відповідальності за порушення договірних зобов'язань // Відповідальність у цивільному праві: монографія / І. Безклубий, Н. Кузнєцова, Р. Майданик та ін. / За заг. ред. І. Безглубого. – К.: Грамота, 2014. – С. 101–113.

3. *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики / Б. М. Гонгало. – М.: Статут, 2002. – 222 с.

4. *Гриняк А. Б.* Порука та гарантія як способи забезпечення виконання підрядних зобов'язань / А. Б. Гриняк // Юридична України. – 2012. – № 9. – С.47–52.

5. *Латынцев А. В.* Обеспечение договорных обязательств: монография // А. В. Латынцев. – М.: Лекс-Книга, 2002. – 285 с.

6. *Луць В.В.* Вибрані праці. До 80-річчя від дня народження та 50-річчя науково-педагогічної діяльності і громадської діяльності. – К. НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – 327 с.

7. *Марчук С. И.* Законодательство Республики Беларусь о способах обеспечения кредитных обязательств / С. И. Марчук //Вестник Высшего хозяйственного суда Республики Беларусь. – 2010. – № 11. – С. 146–151.

8. *Михальнюк О. В.* Порука у цивільному праві: теорія та практика Монографія // О. В. Михальнюк . – К.: КНТ, 2008 – 258 с.

9. *Пучковська І.* Підстави припинення поруки/ І. Пучковська // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1(64). – С. 95–106.

10. *Чанишева А. Р.* Порука як акцесорне зобов'язання за цивільним правом України / А. Р. Чанишева // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. – 2013. – № 5. – С. 137–139.

11. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник гражданского права (по изд. 1907 р.) / Г. Ф. Шершеневич; авт. предисл. Е. А. Суханов. – М.: Фирма «СПАРК», 1995. – 556 с.

The article is devoted the feature of stopping of guarantee in a credit agreement, when the term of action of guarantee is certain sides directly in an agreement.

Статья посвящена особенностям прекращения поручительства в кредитном договоре, когда срок действия поручительства определен сторонами непосредственно в договоре.

СУБРОГАЦІЯ В ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ ЗІ СТРАХУВАННЯ

Міловська Н. В.,
кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті визначено особливості переходу до страховика, який виплатив страхове відшкодування, права вимагати компенсацію з особи, відповідальної за шкоду, заподіяну страхувальнику або вигодонабувачу в межах відшкодованого.

Ключові слова: договір страхування, суброгація, право вимоги, сторони договору, страхувальник, страховик, страхова виплата (відшкодування).

Підставою для виникнення страхових правовідносин є договір як юридичний факт, який породжує виникнення цивільних прав та обов'язків. У ст. 979 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] під договором страхування розуміється такий договір, за яким одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору. Аналогічне визначення договору страхування міститься і в ч. 1 ст. 354 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [2].

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про страхування» [3] договір страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

У межах договору страхування інтерес кожної сторони може бути задоволений лише шляхом задоволення інтересу іншої сторони, а це, в свою чергу, породжує загальний інтерес сторін до укладення договору і його належного виконання. Відповідному обов'язку страховика кореспондує відповідне право страхувальника і навпаки.

Правом страховика, що випливає безпосередньо із закону, є право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки. Такий перехід права вимоги називається суброгацією. Так, згідно зі ст. 993 ЦК України та ст. 27 Закону України «Про страхування» до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки. Доказами наявності у страховика вимоги до особи, відповідальної за заподіяння шкоди, є договір страхування і документ, який підтверджує виплату страхового відшкодування. Крім того, норми ст. 27 Закону України «Про страхування» і аналогічної за змістом ст. 993 ЦК України є імперативними, тому в договорі страхування не може бути скасовано право на суброгацію.

Загалом у чинному законодавстві термін «суброгація» у страхуванні застосовується лише в Кодексі торговельного мореплавства (ст. 269), де також обумовлюється перехід прав до страховика за договором морського страхування на застраховане майно.

Перехід прав до страховика (суброгація) наділений характерними ознаками, зокрема, по-перше, страховик вступає в зобов'язання, що існувало між страхувальником або іншою особою, що одержала страхове відшкодування, та особою, відповідальною за заподіяний збиток. По-друге, право вимоги, яке переходить до страховика, обмежене розміром сплаченого ним страхувальникові (вигодонабувачеві) страхового відшкодування. По-третє, вказаний перехід права вимоги здійснюється виключно в силу прямої вказівки закону (ст. 993 ЦК; ст. 27 Закону України «Про страхування») і ніякого додаткового оформлення не потребує. По-четверте, положення ст. 993 ЦК України (ст. 27 Закону України «Про страхування») застосовуються при майновому страхуванні і не прийнятні для особистого страхування [4, с. 302].

Обов'язок страховика щодо виплати страхового відшкодування випливає з укладеного зі страхувальником договору. Страхове відшкодування знаменує собою страховий захист, який оплачений цим страхувальником. Інакше кажучи, виплачуючи страхове відшкодування, страховик відпрацьовує ті кошти, які він отримав від страхувальника у вигляді плати за надання страхової послуги. При цьому немає жодного значення, кому конкретно виплачується це відшкодування – самому страхувальнику чи потерпілому, оскільки в будь-якому разі об'єктом страхування є інтерес страхувальника (а не потерпілого) і йдеться про виконання страховиком свого зобов'язання за договором страхування шляхом надання страхової послуги, оплаченої страхувальником як стороною цього договору.

Даючи правову оцінку ситуації, за якої потерпілому виплачується страхове відшкодування за договором майнового страхування, а не відшкодовується шкода особою, відповідальною за шкоду, слід враховувати те, що відповідальна особа не вживає заходів щодо реалізації свого обов'язку. Навіть за умови того, що виплата страхового відшкодування повною мірою покриє збитки потерпілого, позадоговірне зобов'язання з відшкодування шкоди не буде припинено, а лише зміниться його суб'єктний склад.

Регулятивною (правоустановчою) нормою щодо положень ст. 993 ЦК України (суброгація в страхуванні) можна вважати ч. 2 ст. 512 ЦК України, що передбачає можливість заміни кредитора у зобов'язанні у випадках, встановлених безпосередньо положеннями закону. Підстави, перелічені в ч. 1 ст. 512, об'єктивно мають інший зміст. Так, зокрема, суброгація в страхуванні не може бути

віднесена до: відступлення права вимоги за правочином (наприклад, цесія, факторинг, індосамент); універсального правонаступництва; виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем) тощо. Суброгація відрізняється, наприклад, від цесії тим, що перехід права вимоги відбувається за законом, а не на підставі договору. Іншою відмінністю суброгації від цесії є те, що в порядку суброгації страховик може стягти з заподіювача шкоди лише ту суму, яку він сам сплатив страхувальнику. При цесії такого обмеження немає.

Таким чином, суброгація є однією з підстав позадоговірної заміни кредитора при збереженні предмета і змісту зобов'язання. У даному випадку йдеться про переміну кредитора у вже існуючому зобов'язанні між страхувальником або вигодонабувачем, з одного боку, і особою, відповідальною за збитки, – з іншого, яке виникло із заподіяння шкоди.

Суброгація дає можливість суб'єктам вибрати момент, коли здійснювати це право, наприклад, після сплати страхового відшкодування чи під час сплати, а також можливі випадки застосування суброгації до виплати страхового відшкодування. Наприклад, якщо через ДТП третя особа серйозно пошкодила автомобіль страхувальника і проти неї порушено кримінальну справу, страховик ще до виплати страхового відшкодування може подати позов до суду про стягнення з винної особи завданої шкоди в тій частині, яку страховик має сплатити страхувальникові. Водночас заподіювач шкоди, який виконав свій обов'язок перед потерпілим щодо відшкодування завданої шкоди, звільняється від обов'язку перед страховиком [5, с. 520].

Перехід прав страхувальника до страховика після виплати страхового відшкодування здійснюється на підставі договору, за яким страхувальник передає свої права страховику і приймає на себе зобов'язання сприяти останньому в здійсненні його суброгаційних прав. Страхувальник передає свої права на добровільній основі.

Право вимоги переходить до страховика в межах виплаченої суми страхового відшкодування. Це означає, що страховик не може вимагати з відповідальної особи більше, ніж він виплатив за договором страхування. Таким чином, виплата відповідальною за збиток особою суми, рівної страховому відшкодуванню, погашає право вимоги страховика. Але це не позбавляє страхувальника права вимагати від відповідальної за збитки особи суму, що перевищує розмір виплаченого страхового відшкодування.

Водночас особа, відповідальна за збитки, відшкодовані у результаті страхування, не відповідає за прострочення, яке допустив страховик. Таким чином, страхувальник не має права вимагати від особи, відповідальної за шкоду, сплати процентів за прострочення страховика, який несвоєчасно виплатив страхове відшкодування. Проценти виплачуються страховиком через несвоєчасне виконання ним свого обов'язку перед страхувальником і не можуть бути стягнуті у порядку суброгації.

Оскільки при суброгації відбувається заміна особи в зобов'язанні та, враховуючи, що відповідно до ст. 515 ЦК України заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, відповідно, при укладанні договору особистого страхування у страховика немає правових підстав для стягнення виплаченої страхувальнику (вигодонабувачу) страхової виплати в порядку суброгації, тобто суброгація може застосовуватися лише до майнового страхування.

Верховний Суд України при розгляді 5 вересня 2012 року справи № 3-32гс12 (предметом розгляду справи був спір про стягнення суми, виплаченої Фондом соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань застрахованій особі, з особи, винної у дорожньо-транспортній пригоді, внаслідок якої стався страховий випадок) [6] зробив правовий висновок, згідно з яким перехід до страховика прав страхувальника щодо особи, відповідальної за завдані збитки (суброгація – ст. 993 ЦК України), допускається лише в майновому страхуванні і таке право не може бути застосоване в особистому страхуванні життя і здоров'я. Відтак, при особистому страхуванні життя і здоров'я потерпіла особа має право отримати і страхову виплату від Фонду, і в повному обсязі відшкодування шкоди від її заподіювача. Оскільки право вимоги до особи, відповідальної за заподіяну шкоду здоров'ю, за своїм характером є таким, що нерозривно пов'язане з особою самого потерпілого, то згідно зі ст. 515 ЦК України воно не може переходити до інших осіб, зокрема і до Фонду.

Щодо можливості застосування інституту суброгації до відносин, які випливають з договору страхування цивільної відповідальності, погляди науковців є суперечливими. Одні вказують на можливість такого застосування, проводячи аналогію з російським законодавством, відповідно до якого суброгація має місце в договірних зобов'язаннях із майнового страхування, тобто страхування майна та відповідальності за шкоду, інші, у свою чергу, висловлюють протилежну позицію.

У будь якому випадку у відносинах, які виникають у випадку виплати страхового відшкодування потерпілому, як вигодонабувачу за договором страхування цивільно-правової відповідальності між страховиком і заподіювачем шкоди, положення суброгації не можуть бути застосовані аналогічно до майнового страхування. Так, по-перше, перехід до страховика прав страхувальника щодо особи, відповідальної за завдані збитки, можливий при виплаті страхового відшкодування лише за договором майнового страхування – ознака суброгації, що прямо закріплена в ст. 993 ЦК України та ст. 27 Закону України «Про страхування». По-друге, сплачуючи страхові платежі за договором страхування

цивільно-правової відповідальності, страхувальник, по суті, превентивно вживає заходи щодо реалізації обов'язку боржника у зобов'язанні по відшкодуванню шкоди у порядку гл. 82 ЦК України, що може виникнути під час дії договору. По-третє, відповідно до ст. 1194 ЦК України особа, яка застрахувала свою цивільну відповідальність, у разі недостатності страхової виплати (страхового відшкодування) для повного відшкодування завданої нею шкоди зобов'язана сплатити потерпілому різницю між фактичним розміром шкоди і страховою виплатою (страховим відшкодуванням). Тобто у даному випадку на підставі закону виплата страхового відшкодування юридично прирівнюється до виконання обов'язку боржника у зобов'язанні по відшкодуванню шкоди, але в межах, що чітко визначаються статтею – правом вимоги наділено лише потерпілого, а страховик не набуває статусу особи, що відшкодувала шкоду.

Так, якщо вигодонабувач скористається своїм правом та стягне суму завданої йому шкоди безпосередньо з її заподіювача (тобто зі страхувальника), то цьому потерпілому-вигодонабувачу нічого буде передати в порядку суброгації страховику, оскільки його право вимоги до заподіювача шкоди задоволено і вичерпано сумою, отриманою в порядку відшкодування шкоди безпосередньо від заподіювача шкоди – страхувальника. Отже, суброгація в цьому випадку застосовуватися не може.

Якщо ж потерпілий скористається своїм правом вигодонабувача і отримає виплату страхового відшкодування від страховика, то його право вимоги до заподіювача шкоди – страхувальника (тобто притягнення його до відповідальності за завдання шкоди) також вважається задоволеним у частині суми цієї виплати, оскільки відповідальність заподіювача шкоди є застрахованою. В протилежному випадку потерпілий мав би право одночасно на дві вимоги: до заподіювача шкоди про відшкодування шкоди і до страховика про здійснення страхової виплати, що призвело б до його безпідставного збагачення. Таким чином, і в цій ситуації потерпілий не є носієм того права вимоги до заподіювача шкоди – страхувальника, яке він міг би передати в порядку суброгації страховику.

Проте, зокрема, Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» передбачає можливість страховика та Моторного (транспортного) страхового бюро України (МТСБ) в особливих випадках, вичерпний перелік яких зазначено в ст. 38, після сплати страхового відшкодування звернутися зокрема з регресним позовом до визначених вказаною статтею осіб.

Разом із тим на практиці інколи має місце змішування понять суброгації, за якою виплата страхового відшкодування має характер правозмінюючого юридичного факту, та регресу (правоприпиняючого-правовстановлюючого юридичного факту). У випадку суброгації відбувається лише зміна осіб у вже наявному зобов'язанні зі збереженням самого зобов'язання. При регресі одне зобов'язання змінює собою інше, але переходу прав від одного кредитора до іншого не відбувається. Регрес у страхуванні виникає щодо вузького кола осіб, а суброгація застосовується стосовно будь-якої особи, відповідальної за настання страхового випадку.

Ці інститути мають й різний режим правового регулювання. Так, регрес регулюється загальними нормами цивільного права, а для суброгації відповідно до ст. 993 ЦК України встановлений особливий правовий режим. У порядку суброгації страховик може стягнути із заподіювача шкоди лише ту суму, яку він сам виплатить страхувальнику. Тому якщо страхове відшкодування лише частково відшкодовує завдані потерпілому збитки, то до заподіювача шкоди може бути пред'явлено дві вимоги: перша – вимога страховика в розмірі виплаченого потерпілому страхового відшкодування, друга – потерпілого в розмірі тієї частини завданої шкоди, яка не була покрита страховим відшкодуванням. При суброгації і регресі різними відповідно будуть і строки позовної давності за позовами страхових компаній до осіб, що відповідальні за шкоду. При суброгації перебіг строку позовної давності починається з моменту виникнення страхового випадку. При регресі – з моменту, коли страховик виплатив страхове відшкодування, тобто зазнав збитків.

Слід зазначити, що у відносинах з відшкодування шкоди страхова компанія, що виплатила страхове відшкодування за договором майнового страхування, може в порядку ст. 993 ЦК України пред'явити вимоги до страхової компанії, що застрахувала відповідальність особи, відповідальної за заподіяння шкоди, замість вигодонабувача. Відповідної позиції дотримується і Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ – в узагальненнях судової практики вказується, що це не суперечить вимогам ст. 993 ЦК України та ст. 27 Закону України «Про страхування» [7].

Отже, суброгація може бути застосована лише в майновому страхуванні і не може мати місця в особистому страхуванні та страхуванні відповідальності за шкоду, заподіяну третім особам. Право вимоги страхувальника до особи, відповідальної за заподіяну шкоду життю та здоров'ю, за своїм характером є таким, що тісно пов'язане з особою самого страхувальника, а тому не може переходити до інших осіб (ст. 515 ЦК України). При особистому страхуванні життя і здоров'я страхувальник має право отримати і страхову суму від страховика, і в повному обсязі відшкодування шкоди від її заподіювача. Виплата страховиком за договором страхового відшкодування шкодою для нього не є, оскільки винна в порушенні прав потерпілого особа ніяких прав страховика не порушує. В страховика в такому випадку відсутнє і право регресу.

У разі страхування цивільно-правової відповідальності потерпілий має право на виплату страхового відшкодування від страховика. Однак його небажання або неможливість отримання страхового відшкодування за жодних обставин не позбавляє його права на отримання відшкодування від особи, яка заподіяла шкоду. Право потерпілого на відшкодування шкоди за рахунок її заподіювача є абсолютним. Саме тому відмова заподіювача шкоди від її відшкодування з тих мотивів, що його відповідальність за заподіяння шкоди застрахована і тому потерпілому необхідно звертатися до страховика за одержанням страхової виплати, є неправомірною. Також якщо потерпілий не скористався своїм правом на отримання страхового відшкодування, то страхувальник не має права вимагати від страховика виконання договору на користь потерпілого.

Список використаної літератури:

1. *Цивільний* кодекс України: прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
2. *Господарський* кодекс України: офіційний текст. – К.: Кондор, 2004. – 208 с.
3. *Закон* України «Про страхування» від 7 березня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.
4. *Цивільне* право України: підручник: у 2-х т. / [Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.]; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – Т. 2. – 2007. – 552 с.
5. *Цивільне* право України. Особлива частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.
6. *Постанова* Верховного Суду України від 5 вересня 2012 р. у справі № 3-32гс12 про стягнення суми, виплаченої Фондом соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань застрахованій особі.
7. *Узагальнення* судової практики розгляду судами цивільних справ про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки у 2010–2011 роках: лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.02.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

The scientific article describes the features of the transition to the insurer, who has paid insurance compensation, the right to claim compensation from the person responsible for the damage caused to the insured or beneficiary.

В статье определены особенности перехода к страховщику, выплатившему страховое возмещение, права требовать компенсацию с лица, ответственного за ущерб, причиненный страхователю или выгодоприобретателю в пределах возмещенного.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: НОТАТКИ ДО НАУКОВОЇ ДИСКУСІЇ

Пленюк М. Д.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті аналізуються доктринальні підходи щодо розуміння договору як підстави виникнення зобов'язань. Акцентується увага, що саме правочинна природа договору надає можливість виявляти у ньому ознаки юридичного факту.

Ключові слова: договір, угода, домовленість, юридичний факт, зобов'язання.

Прийняття Конституції України в 1996 р. як своєрідного суспільно-політичного договору принципово змінило політико-правову ситуацію в нашій країні на краще. Адже з'явилася реальна можливість змінити акценти подальшої державно-правової політики, визначивши пріоритет суспільства та сім'ї. Саме з цього моменту можна проводити відлік розвитку справжнього громадянського суспільства в Україні. І це був лише перший крок до побудови самостійної і незалежної від держави системи відносин між юридично вільними і рівноправними партнерами в усіх сферах життя людей. Наступним кроком стала розробка й прийняття в 2003 р. Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

В умовах тодішнього політичного протистояння в Україні на межі тисячоліть, як згадують видатні цивілісти, марно було сподіватись на те, що правові ідеї громадянського суспільства, складовою частиною якого є ринкова економіка, цілком будуть втілені у новій цивільно-правовій кодифікації

[1, с. 16]. Проте пройшовши усі «кола законодавчого пекла» [2, с. 112], ЦК України не лише став новим кодифікованим нормативно-правовим актом для України, а й теоретичним фундаментом для такої правової категорії як договір.

Інститут договору є центральним інститутом цивільного законодавства у правовій системі. Договір у всіх правових системах є одним із основних елементів правопорядку, який юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства, окремих його громадян або їх об'єднань [3, с. 2]. Без перебільшення можна сказати, що договір вважається надбанням цивільного права, адже конструкція договору стала одним із найвизначніших здобутків світової правової культури [4, с. 29].

Як універсальна правова конструкція договір займає важливе місце у механізмі правового регулювання суспільних відносин. Як інструмент правового регулювання договір застосовується поряд із застосуванням у сфері приватного права; у сучасних умовах застосовується й у конституційному, фінансовому, екологічному праві тощо [5; 6, с. 8].

На думку професора Бременського університету Р. Кніпера, договір, з одногу боку, став найзначнішим інструментом *excellence* для формування і забезпечення стабільності майнового обороту і динаміки ринкової економіки, а з іншого боку, стає зрозуміло, що договір може і повинен мати значення тільки тому, що він разом із власністю дає гарантований правовий титул, що належить конкретній особі, і який без її згоди не може бути переданий іншій особі [7, с. 38].

У Французькому цивільному праві під договором розуміють певне узгодження, за допомогою якого одна або кілька осіб зобов'язуються перед іншою особою дати будь-що, зробити будь-що або не робити будь-що (ст. 1101). В Єдиному торговому кодексі США (ст. 1–201) договір ототожнюється із зобов'язанням, яке випливає з угоди сторін відповідно до закону та інших відповідних норм права. В Українському цивільному праві під договором розуміють домовленість двох або більше сторін, яка спрямована на встановлення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України).

Наведена дефініція для українського права є далеко не новою, адже на момент прийняття ЦК України в правовій доктрині існували усталені погляди на розуміння цивільно-правового договору, проте, як влучно зауважує В. В. Луць, затрачені зусилля поки що мало наблизили науковців до розкриття сутності договору, з'ясування його регулятивних властивостей [8, с. 118].

Як відомо, поняття договору (contractus) як згоди двох і більше сторін, яка породжує виникнення, зміну та припинення зобов'язання в правовій літературі, виникло ще в часи Хамураппі. До цього договору передувало поняття nexum (зв'язок), який був пов'язаний із mancipatio (способом передачі власності) і становив процедуру підкорення однієї особи владі іншої, з тим щоб гарантувати виплату боргу [9, с. 414]. Окрім цього, для позначення договору у ці часи також використовували й поняття pactum (угода). При цьому pactum перетворювався в договір з моменту приєднання якогось «зобов'язання», яким «зв'язували» усіх осіб. Таким чином, договором вважалася угода (pactum) з приєднанням до неї зобов'язання. Без такого приєднання pactum іменувався «голим», або простим, і не отримував судовий захист [10, с. 253].

Згодом під договором розуміли згоду двох або кількох осіб про встановлення, зміну та припинення цивільних правовідносин [11, с. 26]. Зокрема, в радянський період О. Ю. Кабалкін, звертаючи увагу на договір як на найпоширеніший різновид угод, писав, що цивільно-правовий договір являється згодою двох чи більшої кількості сторін, спрямований на встановлення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків [12, с. 437]. На згоді сторін як договору наголошували й І. А. Покровський, Е. Годеме, О. О. Красавчиков та інші вчені.

Загальна теорія договору в сучасному українському праві все ще перебуває на стадії формування, оскільки немає єдиного підходу щодо його розуміння. Під договором, зазвичай, розуміють багаторівневу конструкцію, яку розглядають як: юридичний факт; зобов'язання; угоду; правовий засіб; документ, у якому зафіксовано виникнення договірного зобов'язання з волі його учасників тощо.

Враховуючи наведене, спробуємо підтвердити значущість таких правових явищ або спростувати їх практичне значення.

Договір як юридичний факт. Поняття юридичного факту вперше було введено Ф. Савіньї понад півтора століття тому. З того часу в юридичній літературі здійснюють наукові дослідження юридичних фактів, класифікують їх на дії та події тощо. Договір відповідно до такого критерію поділу відносять і до юридичних фактів-дій, і до юридичних фактів-подій.

Зважаючи на те, що юридичний факт розуміють як дію або подію, з якою закон пов'язує виникнення, зміну та припинення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, відразу виникає питання, яке значення вкладається у розуміння договору як юридичного факту. Адже юридичний факт може означати: 1) породження юридичних наслідків в результаті настання відповідних обставин. Наприклад, для настання договірних зобов'язань достатньо факту укладення договору, оскільки відповідно до ст. 626 ЦК України договір набирає законної сили з моменту його укладення. Відповідно, юридичний факт в цьому аспекті відіграє *одномоментну* роль не маючи в основі змісту прав та обов'язків сторін,

адже акцент робиться на момент укладення, тому увага щодо прав та суб'єктивних обов'язків абстрагується; 2) появу у конкретних осіб в силу здійснення юридичного факту прав і обов'язків. У цьому випадку юридичний факт виражає перенесення на визначених осіб, внаслідок здійснення договірного зобов'язання, лише тих прав і обов'язків, які, за загальним правилом, передбачені законом або іншими нормативно-правовими актами. По відношенню до договору таке розуміння юридичного факту вказуватиме на наявність в договірному зобов'язанні умов (суб'єктивних прав і юридичних обов'язків), сприйнятих лише безпосередньо із закону.

Враховуючи усю важливість питання, поставленого нами вище, зазначимо, що в теоретичній науці такий аспект розглядався досить побічно. Зокрема, С. С. Алексєєв юридичні факти називав «ричажком», яким приводять в дію норми об'єктивного права [13, с. 56]. Р. З. Лівшиць стверджував, що саме з настанням юридичних фактів приводиться в дію правова норма [14, с. 137]. Зверталася увага, що серед юридичних фактів-дій прийнято виділяти й юридичні акти, дії, які спеціально здійснюються людьми з наміром щодо виникнення юридичних наслідків [15, с. 3051]. Доводилася думка, що в механізмі правового регулювання саме юридичні факти забезпечують перехід від загальної моделі прав і обов'язків до конкретної [16, с. 292]. У працях сучасного періоду доводиться, що юридичні факти є другим елементом механізму правового регулювання договірних правовідносин. Проте чи діє в договірному праві концептуальна норма «правова норма – юридичний факт – правовідносини» спробуємо з'ясувати.

Враховуючи те, що договір є універсальною правовою конструкцією, яка знаходить своє відображення у суб'єктивних взаємних правах та обов'язках на основі добровільної згоди та вільного волевиявлення, правові норми в договорі відіграють, в основному, допоміжну, так би мовити доповнюючу роль. На думку Б. І. Пугінського, юридичний факт – це теоретична конструкція, яка створена для пояснення нормативного регулювання. Вона (*конструкція* – вставка наша – М. П.) не може застосовуватися до договірного регулювання, оскільки в останньому вимагається від суб'єктів самостійного вироблення взаємних прав та обов'язків [17, с. 109]. М. Ф. Казанцев, наголошуючи на тому, що договір не може бути юридичним фактом, стверджував, що погляд на договір як на юридичний факт не надає можливості побачити регулятивні властивості договору [18, с. 81]. З такою думкою вченого погоджуємося частково, адже якщо говорити про договір як про юридичний факт, то ж, звичайно, в такій інтерпретації неможливо побачити усю сутність договору як самостійного та особливого регулятора взаємозв'язків діяльності контрагентів. Проте є і інша сторона, зокрема, якщо вести мову про договір як про юридичний факт, за допомогою якого виникають, змінюються і припиняються договірні зобов'язання, то в цьому випадку видається за можливе розглядати його в аспекті регулятора.

Усталене в правовій літературі розуміння договору як юридичного факту спотворює розуміння і юридичного факту, і договору зокрема, оскільки договір певною мірою може бути визнаний як юридичний факт і може виступати в такій якості лише по відношенню до юридичних норм, що безпосередньо регулюють відносини сторін. Зведення договору лише до ролі юридичного факту обмежує дослідження певними рамками загальних положень про правочин, що видається неприпустимим.

Зважаючи на те, що юридичний факт виражає минулі дії, події, оскільки майбутніх юридичних фактів, як відомо, не буває, звертаємо увагу, що волевиявлення сторін призводить до дій в майбутньому, які полягатимуть в укладенні (підписанні, реєстрації) договору. Тому вести мову про договір, який в майбутньому буде укладений, як про юридичний факт є неправильно. Саме тому наведена особливість є принциповою для характеристики договору і юридичного факту зокрема.

На нашу думку, більш правильним слід розуміти *договір* як підставу виникнення, зміни та припинення договірних зобов'язань. У свою чергу, під *юридичним фактом* слід розуміти лише момент укладення (підписання, нотаріальне посвідчення, реєстрацію) договору.

Таким чином, юридичний факт в договорі відіграє лише фрагментарну роль, яка відповідає за теперішню/минулу дію сторін, а саме, волевиявлення сторін щодо укладення договору, момент підписання (реєстрацію, посвідчення) договору.

Договір. Угода. Домовленість. Законодавча дефініція договору зазнала певної критики з боку цивілістів-науковців у зв'язку з відсутністю в ньому категорії «правочин», яка замінила категорію «угода». Зокрема, на думку С. М. Бервено, ЦК України сприйняв поняття договір, сформульоване в юридичній доктрині ще за радянських часів, яке зводилось до розуміння договору як юридичного факту, що породжує відповідні цивільні правовідносини, тобто в ньому взагалі не знайшлося місця ознакам, які хоча б певною мірою відображали нові базові принципи побудови договірного права [19, с. 7]. Натомість М. М. Сібільов зазначає, що саме правочинна природа договору дала можливість дослідникам виявити його ознаки як юридичного факту: по-перше, наявність єдиного волевиявлення двох або більше осіб, що виражає їх загальну волю; по-друге, спрямованість спільних дій на досягнення певних цивільно-правових результатів [20, с. 88]. Враховуючи наведене, вчений дійшов висновку, що договір у сфері приватного права – це єдине волевиявлення двох або більше юридично рівних осіб, що збігається, зафіксоване у вигляді передбачених ним або законом у письмовому

документі з подальшою його легалізацією, що виражає їх спільну вільну волю на досягнення певних цивільно-правових (приватних) результатів майнового чи немайнового характеру, настання яких відбувається в межах зобов'язання з позитивним змістом, що виникає між ними і не зачіпає прав та законних інтересів третіх осіб, у разі здійснення боржником певних дій, які відповідають праву вимоги кредитора.

О. В. Дзера, обґрунтовуючи тотожність понять «договір» та «угода», зазначає, що не кожний правочин є договором, а лише той, який опосередковує обопільну домовленість двох або більше осіб, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [21, с. 504]. С. І. Шимон, звертаючи увагу на доцільність усунення невизначеності тлумачення термінів «договір», «домовленість», «угода», зазначає, що у значенні «договір» слід використовувати термін «угода», «договір», а «домовленість» має використовуватися виключно у вузькому розумінні, не тотожному договору, угоді [22, с.128–129].

У правовій літературі «домовленість» часто розуміють як договір, а відтак говорять про їх споріднення, адже і договір, і домовленість можуть вважатися юридичними діями, які спрямовані на виникнення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків. Існують думки, що термін «домовленість» інколи може вживатися і в іншому значенні. Зокрема, В. В. Васильєва звертає увагу, що за нормами ст. 123 ЦК України прибуток та збитки повного товариства розподіляються між його учасниками пропорційно до їхніх часток у вкладеному капіталі, якщо інше не передбачено засновницьким договором або *домовленістю*. На нашу думку, законодавець «*домовленість»* наче протиставив «договору», що виступає нарівні з останнім підставою виникнення цивільно-правових наслідків. Відмінність домовленості і договору полягає в тому, що в домовленості відсутні гарантії виконання зобов'язання, вона є незабезпеченою, оскільки будь-яка сторона може відмовитися від домовленості. Проте, на нашу думку, ймовірно законодавець, вживаючи таке поняття домовленості нарівні з поняттям договору, закладає єдиний зміст – правові наслідки мають виникати тільки після погодження їх сторонами і за взаємною згодою; в подальшому домовленість повинна бути відповідним чином оформлена для надання їй юридичної сили [23, с. 61]. На нашу думку, саме такий вектор думок є привальним, адже, безумовно, законодавець, говорячи про домовленість, в жодному разі не протиставляє її договору.

Як правило, дефініції «домовленість» надається значення як погодженому волевиявленню двох або більше осіб, відповідно така домовленість трансформується у договір, якщо вона досягнута з дотриманням вимог, встановлених для укладення договору. Враховуючи те, що в ст. 626 ЦК України йдеться про необхідність узгодження воль двох, трьох чи більше сторін, домовленість можна розглядати лише як необхідну умову для укладення договору, проте аж ніяк не сам договір. Тому протиставляти, а тим більше ототожнювати *домовленість* та *договір* є неприпустимо.

У свій час на некоректність ототожнення домовленості (угоди) та договору звертав увагу М. М. Агарков. Вчений писав, що ЦК користується терміном «угода» не тільки для позначення дій, які виробляють той юридичний ефект, на який вони направлені, а й для позначення дій, хоча й спрямованих на такий ефект, але його не виробляють тому, що вони не задовольняють умовам дійсності угоди. [24, с. 67]. З таких причин, на думку П. І. Пугінського, категорія «угоди» повинна розглядатися у зв'язку з відповідною нормою права. Враховуючи наукові думки, пропонуємо *домовленість* розуміти як певний одиничний акт, реалізований у вигляді юридично спрямованої дії на встановлення, зміну та припинення прав та обов'язків. У свою чергу, *договір* слід розуміти як більш складне правове явище, яке передбачає існування домовленостей як підстави виникнення суб'єктивних прав і обов'язків, що існують у вигляді договірного зобов'язання контрагентів, діяльність яких взаємопов'язана та спрямована на досягнення визначеної мети.

Наведені розбіжності між договором, угодою та домовленістю свідчать про неприйнятність та відсутність будь-якої доцільності спроб приведення договору до домовленості. Тому прагнення науковців замінити загальновживаний термін «договір» терміном «домовленість [25, с. 6] видаються такими, що не відповідають нинішнім реаліям, оскільки створюватимуть об'єктивні перешкоди для наукового пізнання договору та розкриття його регулятивних можливостей в інтересах суспільства.

Договір і зобов'язання. Погоджуючись із трактуванням договору як виключно юридичної підстави виникнення, зміни та припинення договірних зобов'язань, дослідимо правову природу останніх.

В юридичній літературі договір розглядають як правовідношення, яке виникає в результаті укладення правочину, оскільки саме в правовідношенні існують і реалізуються суб'єктивні права та обов'язки сторін договору. Під таким кутом зору проводив свої дослідження О. С. Іоффе, який зазначав, що поняття договору не слід змішувати з поняттям зобов'язання, оскільки зобов'язання можуть виникати не тільки з договорів і мати як договірний, так і недоговірний характер [27, с. 26]. При цьому вчений зазначав, що іноді під договором розуміється саме зобов'язання, що виникає з такої домовленості, а в деяких випадках цей термін позначає документ, що фіксує факт виникнення зобов'язання з волі всіх його учасників. На думку Н. Д. Єгорова, під договором слід розуміти і юридичний факт, що лежить в основі зобов'язання, і саме договірне зобов'язання, і документ, в

якому закріплений факт встановлення зобов'язального правовідношення [28, с.26]. Натомість Р. О. Халфіна звертала увагу, що в поняття «договір» мають бути включені взаємні цивільні права та обов'язки сторін [29, с. 50].

Сьогодні про те, що договір виступає і як правовідношення, і як документ, не викликає жодного сумніву, більше того, з розвитком доктрини права науковці дедалі частіше акцентують увагу на договір як на регулятор суспільних відносин. Зокрема, на таку особливість у своїх наукових дослідження звернули увагу Т. В. Боднар, О. І. Зозуляк, О. П. Печений, С. О. Погрібний та інші вчені.

На нашу думку, правильним на сьогодні є розуміння договору як зобов'язання, яке є правовідношенням, в якому одна сторона зобов'язана на користь іншої сторони вчинити певну дію або утриматися від неї, а інша сторона – вимагати від боржника виконання його обов'язку. При цьому права і обов'язки сторін виникатимуть із погоджених умов договору. Адже, як зазначає Н. С. Кузнєцова, договір відрізняється від інших юридичних фактів тим, що він не тільки дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного випадку і для виникнення, зміни або припинення конкретного правовідношення, а й безпосередньо регулює поведінку сторін, визначає права і обов'язки учасників утворюваного ним правовідношення [34, с. 14].

Таким чином, ототожнення *договору* та *зобов'язання* на сьогодні є неприпустимим, оскільки договір являється тим джерелом індивідуальних правил поведінки для сторін, так би мовити, вектором дій суб'єктів правовідношення, яке є волевиявленням осіб, здатне породжувати цивільні права та обов'язки, які в майбутньому приводять до досягнення мети. Тому при дослідженні договору як правовідношення звертають увагу на договірні зобов'язання, які перебувають у тісному зв'язку з юридичним фактом як підставою виникнення зобов'язань. Саме тому «договір-правовідношення» слід розуміти як умовний термін, оскільки договір та зобов'язання є окремими правовими явищами, які слід співвідносити як причину та наслідок, підставу і факт, який зумовлює цю підставу.

Зважаючи на вищенаведене, слід констатувати, що на сучасному етапі все ще відбувається формування правових думок та нових наукових підходів до розуміння договору як елемента загальноєвропейської правової культури, що надає можливість стверджувати про його універсальну правову конструкцію, яка поєднує найрізноманітніші по своїй суті суспільні відносини.

Список використаної літератури:

1. *Кузнєцова Н. С., Довгерт А. С.* Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації (до 10-ї річниці чинності ЦК України) / Н. С. Кузнєцова, А. С. Довгерт // Приватне право. – 2013. – № 2. – С. 15–28.

2. *Ромовська З. В.* Українське цивільне право. Загальна частина: академічний курс: підручник. – 3-тє вид., допов. – К.: «ВД « Дакор», 2013. – 672 с.

3. *Кузнецова Н. С.* Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н. С. Кузнецова. – К.: Наук. думка, 1993. – 158 с.

4. *Луць В.* Інституту договору в цивільному праві України (до 10-ї річниці чинності ЦК України) / В. Луць // Приватне право. – 2013. – № 2. – С. 29–37.

5. *Кізлова О. С.* Загальні положення про договір в праві та законодавстві // О. С. Кізлова // Окремі види договорів у сучасному законодавстві України: кол. моногр. // За заг. ред. О. С. Кізлової, Одеса, 2013. – 392 с.

6. *Договір* як універсальна правова конструкція: монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. – Харків, 2012. – 432 с.

7. *Кніпер Р.* Власність, володіння та їх відображення в договірному праві // Р. Кніпер // Право України. – 2012. – № 9. – С. 37–43.

8. *Луць В. В.* До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору // В. В. Луць // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 118–128.

9. *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право: каузы, иски, институты: пер. с исп. / М. Х. Гарсиа Гарридо. – М.: Статут, 2005. – 812 с.

10. *Мэйн Г. С.* Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям: пер. с анг. / Г. С. Мэйн. – 2-е изд. – М.: КРАСАНД, 2011. – 320 с.

11. *Иоффе О. С.* Обязательное право / О С. Иоффе. – М.: Юрид. лит., 1975. – 880 с.

12. *Советское* гражданское право. – М.: Юрид. лит., 1975 – 520 с.

13. *Алексеев С. С.* Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / С. С. Алексеев // Антология уральской цивилистики. 1925–1989. Сборник статей. – М., 2001. – 431 с.

14. *Лившиц Р. З.* Теория права / З. Р. Лившиц. – М., 1994. – 224 с.

15. *Пиголкин А. С.* Факты юридические / А. С. Пиголкин // Российская юридическая энциклопедия. – М., 1999. – С. 3051.

16. *Общая* теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Под ред.. проф. М. Н. Марченко. – Т. 2. Теория права. – М., 1998. – 622 с.

17. *Пугинский Б. И.* Теория и практика договорного регулирования // Б. И. Пугинский. – М.: ИКД «Зеркало-М», 2015. – 222 с.

18. *Казанцев М. Ф.* Договорное регулирование: цивилистическая концепция // М. Ф. Казанцев. – Екатеренбург, 2005. – 369 с.

19. *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України: монографія // С. М. Бервено. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 392 с.

20. *Сібільов М. М.* Загальні положення регулювання відносин у сфері надання послуг за проектом нового Цивільного кодексу України / М. М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 4. – С. 84–87.

21. *Цивільне* право України: підручник / [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика]. – К.: Юрінком Інтер, 2010 – 976 с.

22. *Шимон С.* Юридичне значення «домовленості» в цивільному праві // Розвиток цивільного законодавства. Посткодифікаційний період: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 175-річчю Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – К.: Освіта, 2010. – 292 с. – С. 128–129.

23. *Васильєва В. В.* Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. В. Васильєва. – К., 2013. – 214 с.

24. *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков. – М., 1940. – 192 с.

25. *Веретельник Л. К.* Систематизація договорів у цивільному праві України: автореф. дис. …канд.. юрид. наук: 12.00.03 / Л. К. Веретельник. – Х., 2007. – 19 с.

26. *Иоффе О. С.* Избранные труды: в 4-х т. Т. 3. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004. – 837 с.

27. *Гражданское* право: учебник в 2-х т. Том I / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: БЕК, 2002. – 816 с.

28. *Халфина Р. О.* Договор в английском гражданском праве / Р. О. Халфина. – М., 1959. – 319 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1192_15.html.

29. *Кузнєцова Н. С.* Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин / Н. С. Кузнєцова // Право України. – 2012. – № 9. – С. 12–18.

The article analyzes the doctrinal approaches to the understanding of the Treaty as the Foundation of obligation. The author emphasizes that the competent nature of the contract allows to detect in it signs of legal fact.

В статье анализируются доктринальные подходы к пониманию договора как основания возникновения обязательств. Акцентируется внимание, что именно правомочная природа договора предоставляет возможность выявлять в нем признаки юридического факта.

ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПОСТАЧАЛЬНИКА ЕЛЕКТРИЧНОЇ ЕНЕРГІЇ ЗА ДОГОВОРОМ ПОСТАЧАННЯ ЕЛЕКТРИЧНОЇ ЕНЕРГІЇ ЧЕРЕЗ ПРИЄДНАНУ МЕРЕЖУ

Пожоджук Р. В.
молодший науковий співробітник відділу проблем договірного права
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються актуальні питання та сутність цивільно-правової відповідальності постачальника електричної енергії за договором постачання електроенергії фізичній особі–споживачу.

Ключові слова: цивільно-правова відповідальність, постачальник електроенергії, звільнення від відповідальності, електроенергія, примус, санкція.

Євроінтеграційні процеси, що відбуваються в усіх сферах життєдіяльності нашої країни, однією з яких є сфера енергетики, викликають необхідність вдосконалення цивільно-правового регулювання відносин між постачальником електроенергії та фізичною особою–споживачем. Відносини між цими суб'єктами опосередковуються договором, а тому є цивільно-правовим зобов'язанням. Зобов'язання повинно виконуватися, а сторона, що порушує конкретне зобов'язання, має нести відповідальність. У випадку постачання електроенергії фізичній особі–споживачу це буде цивільно-правова відповідальність. Суб'єктом такої відповідальності виступає гарантований електропостачальник.

Окремі автори вказують, що за порушення умов договору постачання енергетичних ресурсів через приєднану мережу застосовуються як загальні заходи цивільно-правової відповідальності,

передбачені Цивільним кодексом України (далі – ЦК України), так і спеціальні [1]. У цьому контексті для з'ясування цивільно-правової відповідальності постачальника електроенергії варто визначити, що таке цивільно-правова відповідальність загалом.

І. В. Розізнана під цивільно-правовою відповідальністю розуміє передбачений законом або договором і забезпечений силою державного примусу обов'язок сторін цивільно-правових відносин зазнати майнових позбавлень в цілях відновлення або компенсації порушеного права потерпілого, що виражається у покладанні на порушника додаткових обов'язків або позбавлення його суб'єктивних прав [2, с. 182]. Говорячи про відповідальність як примус, варто навести думку Є. О. Суханова, який під цивільно-правовою відповідальністю розуміє одну з форм державного примусу, яка полягає у стягненні судом з правопорушника на користь потерпілого майнових санкцій, що перекладають на правопорушника невигідні майнові наслідки його поведінки і спрямовані на відновлення порушеної майнової сфери потерпілого [3]. Подібне міркування було висловлене В. П. Грибановим [4, с. 304]. Як наслідок, виходячи з міркувань вказаних авторів, доходимо висновку, що добровільне виконання обов'язку не буде вважатися цивільно-правовою відповідальністю. У цьому контексті заслуговує на увагу позиція С. М. Братуся, який зазначив, що добровільне виконання обов'язку юридичною відповідальністю не є. Юридична відповідальність, будучи реалізацією санкції правової норми, виникає як наслідок акта застосування цієї норми компетентним правозастосовним (юрисдикційним) органом у зв'язку з правопорушенням, і її (відповідальність) не можна змішувати ні з одностороннім здійсненням уповноваженою особою свого суб'єктивного права, ні з добровільним виконанням обов'язку [5, с. 80–95]. Всупереч висловленому міркуванню варто навести думку Б. І. Пугінського, що хоча відповідальність може бути реалізована в безспірному (непозовному) порядку і навіть добровільно покладена на себе боржником шляхом сплати суми неустойки чи збитків потерпілій стороні, це не змінює її державно-примусового характеру [6, с. 137]. Водночас з приводу критики позиції С. М. Братуся також варто навести міркування В. В. Луця, який зазначає, що з такою думкою важко погодитися, бо в такому разі не визнаватиметься відповідальністю добровільна сплата боржником сум неустойки чи збитків, які він перерахував на користь кредитора платіжним дорученням, і навпаки, відповідальністю вважатиметься примусове виконання добровільно невиконаного обов'язку (наприклад, відібрання речі у боржника) [7, с. 194–195].

Цікавим є міркування Л. М. Баранової, яка зазначає, що навіть у разі вчинення правопорушення учасники цивільних відносин залишаються юридично рівними та автономними суб'єктами. У цивільному праві відшкодування збитків та сплата неустойки (добровільно чи за рішенням суду) не звільняє боржника від виконання зобов'язання в натурі, оскільки вони є мірами відповідальності. Автор вказує, що ті науковці, які не вважають цивільною відповідальністю добровільне відшкодування збитків або сплату неустойки правопорушником, не враховують специфіки приватноправової відповідальності. Добровільний порядок несення цивільно-правової відповідальності не виключає існування державного примусу. Правопорушник усвідомлює, що застосування до нього мір цивільної відповідальності реально забезпечене примусом. Таким чином, можливість зазнати примусу при застосуванні цивільної відповідальності тяжіє над правопорушником як «дамоклів меч» [8, с. 73–74]. Отже, на основі наведеного вище доходимо висновку, що на сьогодні в доктрині цивільного права превалюючою є позиція стосовно того, що добровільне відшкодування збитків чи сплата неустойки, у разі порушення зобов'язання, вважається державним примусом.

Н. С. Кузнєцова стверджує, що особливість методу цивільно-правового регулювання відповідних суспільних відносин полягає в тому, що в разі порушення суб'єктивних цивільних прав норми цивільного права спрямовують свій регуляторний механізм на поновлення порушених суб'єктивних прав. Отже, заходи примусу з урахуванням особливостей предмета цивільно-правового регулювання орієнтовані не на особу правопорушника, а на його майно, оскільки основна мета їх застосування пов'язана із відновленням порушеної майнової сфери потерпілої особи [9, с. 335]. Таким чином, варто погодитися з вказаним міркуванням, адже відповідальність отримує свій вияв при порушенні контрагентом умов договору, навіть якщо він добровільно несе майнові обтяження. На підтвердження нашої позиції наводимо міркування С. В. Заверухи, який зазначив, що добровільне виконання або виконання у стані примусу – це лише форми виконання обов'язку, що не впливають на саме існування обов'язку і завжди супроводжують відповідальність. При цьому матеріальне і процесуальне правовідношення існують самостійно, не перетинаючись [10, с. 33].

О. С. Іоффе зазначав, що цивільно-правова відповідальність є санкцією за правопорушення, що викликає для порушника негативні наслідки у вигляді позбавлення суб'єктивних цивільних прав або покладання нових або додаткових цивільно-правових обов'язків [11, с. 97]. Як наслідок, автор розумів цивільно-правову відповідальність через категорію «санкція». Подібної думки дотримується В. П. Мироненко, зазначаючи, що найпоширенішим видом санкцій є цивільно-правова відповідальність, під якою учений розуміє негативні майнові наслідки, які встановлюються законом або договором на випадок невиконання або неналежного виконання боржником зобов'язання [12, с. 25].

Варто зазначити, що співвідношення санкції та відповідальності в доктрині є дискусійним і дотепер. Так, І. С. Канзафарова виділила три основні наукові позиції щодо взаємозв'язку відповідальності та санкції. Згідно з однією з них (її називають концепцією «пріоритету відповідальності») цивільно-правова санкція є різновидом цивільно-правової відповідальності, згідно з іншою, котра є логічним антиподом першої (її називають концепцією «пріоритету санкції»), цивільно-правова відповідальність є різновидом санкції. Нарешті, існує третя точка зору, яка ставить знак рівності між категоріями, що розглядаються (її називають «концепцією тотожності») [13, с. 259]. Не вдаючись до дискусії співвідношення санкції та цивільно-правової відповідальності, ми притримуємося вищевисловленої думки О. С. Іоффе, що остання є санкцією.

Загалом погоджуючись з позицією вказаних науковців, найбільш слушним є визначення цивільно-правової відповідальності, запропоноване Р. А. Майдаником, який розуміє цивільно-правову відповідальність як застосування до правопорушника у випадку здійснення протиправних дій або бездіяльності передбачених договором чи законом заходів державного примусу у вигляді додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру (санкцій) [14, с. 124]. Наша позиція аргументована тим, що зазначений автор дає визначення цивільно-правової відповідальності і через категорію «примусу», і через категорію «санкція».

У доктрині приватного права за підставами виникнення прав та обов'язків, за порушення яких встановлено відповідальність, вона поділяється на договірну і позадоговірну. У контексті нашого дослідження фізична особа–споживач виступає ініціатором покладення цивільно-правової відповідальності на постачальника електроенергії у випадку порушення останнім договірного зобов'язання.

Якщо брати до уваги договірну відповідальність постачальника електроенергії, то варто зауважити, що його обов'язок відшкодувати збитки та/або компенсувати моральну шкоду, а також право потерпілої сторони вимагати покладення на винуватця такої відповідальності з метою відновлення свого становища є нерозривно пов'язаними.

В. В. Вітрянський, зазначаючи про підставу і умови відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором енергопостачання, вказав, що в § 6 гл. 30 ЦК Російської Федерації є лише одне спеціальне правило, яке передбачає, що за певних обставин енергопостачальна організація відповідає за порушення договору за наявності її вини. Йдеться про випадки, коли енергопостачальною організацією допущено перерву в подачі енергії абоненту в результаті регулювання режиму споживання енергії, здійсненого на підставі закону або інших правових актів. В інших випадках при невиконанні чи неналежному виконанні зобов'язань сторін, що випливають з договору енергопостачання, підлягають застосуванню загальні положення про підставу та умови відповідальності за порушення цивільно-правового зобов'язання. Зокрема, слід зазначити, що енергопостачальна організація при виконанні своїх зобов'язань за договором енергопостачання виявляється в положенні сторони, що здійснює підприємницьку діяльність, тому в разі порушення договору вона несе відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання виявилося неможливим внаслідок непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних за даних умов обставин [15, с. 165–166].

Загалом, у енергетичному законодавстві України відображено презумпцію вини постачальника електроенергії. Принагідно варто навести міркування М. М. Сібільова, який зазначив, що під виною ЦК України визнає не психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її наслідків, а невжиття нею об'єктивно існуючих заходів, що залежать від неї і спрямовані на недопущення порушення зобов'язання. У такий спосіб вина в цивільному праві переводиться із сфери суб'єктивних психічних відчуттів до сфери об'єктивно можливої поведінки особи з урахуванням обставин конкретної ситуації [16, с. 87]. Іншими словами, враховуючи, що постачальник електроенергії виступає як суб'єкт підприємницької діяльності, то вина для нього є об'єктивною, а тому не має значення його психічне ставлення до своєї поведінки та її наслідків.

Звертаючись до енергетичного законодавства, можна узагальнити, за які порушення несе відповідальність постачальник електроенергії та випадки звільнення його від відповідальності.

Постачальник електричної енергії несе відповідальність: 1) перед споживачами електричної енергії у разі переривання електропостачання з вини енергопостачальника (згідно з умовами договору на постачання електричної енергії); 2) у разі відпуску електричної енергії, параметри якості якої внаслідок дій або бездіяльності енергопостачальника виходять за межі показників, визначених у договорі на постачання електричної енергії; 3) у разі неповернення в триденний термін споживачу електричної енергії коштів, сплачених ним за електричну енергію на інші рахунки, ці суми підлягають вилученню до Державного бюджету України; 4) у разі порушення прав споживачів (відмова споживачеві в реалізації його прав, надання послуг, що за якістю не відповідають вимогам нормативно-технічних документів, відмова у наданні необхідної та достовірної інформації, ухилення від перевірки якості електричної енергії тощо). Як наслідок, доходимо висновку, що енергетичним законодавством

передбачено спеціальні положення про підставу покладення цивільно-правової відповідальності на постачальника електроенергії. Вони проявляються у невиконанні чи неналежному виконанні умов договірного правовідношення. Визначивши випадки покладення цивільно-правової відповідальності, доцільно розглянути випадки звільнення постачальника електроенергії від такої.

Постачальник електричної енергії не несе відповідальності: 1) перед споживачем електричної енергії у разі переривання постачання електричної енергії, якщо на момент настання цієї події схема живлення споживача електроенергії з вини споживача не відповідала вимогам нормативно-технічних документів; 2) за тимчасове припинення постачання електричної енергії, постачання електричної енергії, параметри якості якої не відповідають показникам, зазначеним у договорі, або за шкоду, заподіяну споживачу, якщо доведе, що вони виникли не з його вини, а внаслідок дії обставин непереборної сили або з вини споживача; 3) за майнову шкоду, заподіяну споживачу або третім особам внаслідок припинення або обмеження електропостачання, здійсненого у встановленому порядку.

Отже, законодавством передбачено виключний перелік обставин, за наявності яких постачальник електричної енергії звільняється від відповідальності. В інших випадках останній несе відповідальність як на загальних підставах, передбачених цивільним законодавством, так і на спеціальних підставах, передбачених енергетичним законодавством.

Статтею 24 Закону України «Про електроенергетику» передбачено, що енергопостачальник, який здійснює постачання електричної енергії на закріпленій території, не має права відмовити замовнику (споживачу), електроустановки якого розташовані на такій території, в укладенні договору про постачання електричної енергії (договору про користування електричною енергією) за умови, що нова електроустановка замовника приєднана або потужність для діючої електроустановки споживача збільшена в установленому законодавством порядку. Таким чином, постачальник електричної енергії несе відповідальність за відмову в укладенні договору зі споживачем. Проте споживач, навіть у судовому порядку, не може змусити постачальника електроенергії укласти такий договір. У такому випадку споживач може звернутися до Національної комісії, що здійснює державне регулювання в сферах енергетики та комунальних послуг, яка, у свою чергу, має відреагувати та спонукати всіма наявними у її арсеналі засобами в укладенні такого договору.

Водночас варто зазначити, що постачальники електроенергії, що здійснюють постачання електроенергії на закріпленій території, несуть відповідальність за порушення умов та правил здійснення ліцензованої діяльності. Згідно з законодавством у разі порушення постачальником електроенергії, який здійснює постачання електричної енергії на закріпленій території, умов і правил здійснення ліцензованої діяльності з постачання електричної енергії та інших обов'язків, передбачених законодавством, враховуючи зобов'язання щодо забезпечення захисту прав споживачів електричної енергії та проведення розрахунків за закуплену постачальником електроенергію, а також із суб'єктом господарської діяльності, який здійснює передачу належної енергопостачальнику електричної енергії, національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, застосовує до такого енергопостачальника такі санкції: застереження; штраф; призначення тимчасового керуючого (адміністрації); зупинення дії ліцензії на здійснення господарської діяльності з постачання електричної енергії на відповідній території; анулювання ліцензії на здійснення господарської діяльності з постачання електричної енергії на відповідній території.

С. Я. Вавженчук зазначає, що, досліджуючи питання цивільно-правової відповідальності у сфері електроенергопостачання, звичайно постає питання щодо її суті. Але суть відповідальності за договором на постачання електричної енергії аж ніяк не у покаранні винного у разі невиконання або неналежного виконання ним такого договірного зобов'язання, що має місце у кримінальному праві (мається на увазі покарання), а у компенсації (відновленні) порушеної майнової сфери контрагента, тобто сторони в договорі, чиї майнові інтереси та суб'єктивні права були порушені [17, с. 52]. Принагідно варто навести думку М. М. Гудими, яка зазначає, що протиправною слід вважати таку поведінку особи, яка не лише порушує приписи закону чи іншого нормативного акта, а й виявилася у невиконанні чи неналежному виконанні договірного зобов'язання [18, с. 162]. Таким чином, поведінка постачальника електроенергії, що проявляється у невиконанні чи неналежному виконанні договору постачання електроенергії, є протиправною, оскільки порушує приписи закону та положення договору, а тому повинна бути піддана відповідальності, метою якої є не покарання винного, а застосування майнових санкцій до нього, та відновленню майнової сфери потерпілого.

Отже, договірна відповідальність постачальника електроенергії базується на: а) загальних положеннях цивільного законодавства; б) спеціальних положеннях енергетичного законодавства; в) спеціальних положеннях законодавства про захист прав споживачів.

Підсумовуючи вищенаведене, доходимо висновку, що відповідальність постачальника електроенергії за договором постачання електричної енергії є цивільно-правовим інститутом, що є системою заходів

впливу на порушника, ґрунтується на порушенні умов договірного правовідношення, що проявляється у формі невиконання чи неналежного виконання останніх між ним та фізичною особою–споживачем та отримує свій вираз у формі настання несприятливих наслідків та покладенні додаткових майнових обтяжень на постачальника електроенергії з метою захисту прав та інтересів споживача, як слабкої сторони.

Список використаної літератури

1. *Мороз О. В.* Цивільно-правова відповідальність за порушення сторонами умов договору постачання енергетичних ресурсів через приєднану мережу / О. В. Мороз // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – Х.: – 2010.– № 2 (49). – С. 228–234.

2. *Розізнана І. В.* Концепція відповідальності за порушення договірних зобов'язань в цивільному праві України. Науковий вісник Херсонського державного університету. Вип. 1. – Том 1. – 2014. – С. 179–185.

3. Гражданское право. В 4-х т. Т. 1: общая часть: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В. С. и др.]; отв. ред. – Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 720 с.

4. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. – М.: «Статут», 2001. – 411 с. (Классика российской цивилистики).

5. *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь – Москва.: Юридическая литература, 1976. – 200 с.

6. *Пугинский Б. И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М.: Юрид. лит., 1984. – 224 с.

7. *Луць В. В.* Поняття та значення цивільно-правової відповідальності / Цивільне право України. Особлива частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – 4-те вид., стереотипне. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 1176 с.

8. *Проблеми* правової відповідальності: монографія / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, Л. М. Баранова та ін.; за ред. В. Я. Тація, А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. – Х.: Право, 2014. –348 с.

9. *Кузнєцова Н. С.* Інститут цивільно-правової відповідальності у цивілістичній доктрині України // Правова доктрина України: у 5-и т. – Х.: Право, 2013. Т. 3.: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнєцова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. – 760 с.

10. *Заверуха С. В.* Цивільно-правова відповідальність за договором купівлі-продажу: дис. ... канд. юрид. наук, – К.: – 2015. – 217 с.

11. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М.: «Юрид. лит.», 1975. –880 с.

12. *Мироненко В. П.* Цивільно-правова відповідальність як вид юридичної відповідальності / В. П. Мироненко // Юридична наука. – 2011. – № 6. – С. 24–30.

13. *Канзафарова І. С.* Санкція і відповідальність у цивільному праві (проблема співвідношення) // Держава і право. Юридичні і політичні науки, 2003. – Вип. 22. – С. 257–260.

14. *Майданик Р. А.* Цивільно-правова відповідальність / Р. А. Майданик // Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / Кол. авт.; відп. ред. Ю. В. Баулін. – Д.: – 2013. – 423 с.

15. *Брагинский М. И.*, *Витрянский В. В*. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2006. – 780 с.

16. *Сібільов М. М.* Підстава та умови цивільно-правової відповідальності за порушення договірних зобов'язань за чинним Цивільним кодексом України [Текст] / М. М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України, 2004 р. – № 2 (37). – Х.: Право, 2004. – С. 80 – 88.

17. *Вавженчук С. Я.* До питання договірної відповідальності за договорами на постачання електроенергії // Повітряне і космічне право: Юридичний вісник. Наукові праці Національного авіаційного університету. – К.: – 2009. – № 1 (10) – С. 51 – 56.

18. *Гудима М. М.* Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис. ... канд. юрид. наук. – К.: 2012. – 247 с.

The article reviews actual issues and the nature of civil liability of supplier of contract for the supply of electricity to individual consumers.

В статье рассматриваются актуальные вопросы и сущность гражданско-правовой ответственности поставщика электрической энергии по договору поставки электроэнергии физическому лицу–потребителю.

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ СТОРІН ДОГОВОРУ ПРО ПЕРЕДАННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ВИПАДКУ НАЯВНОСТІ ЛІЦЕНЗІЙНИХ ДОГОВОРІВ, УКЛАДЕНИХ РАНІШЕ

Троцька В. М.,
старший науковий співробітник та здобувач НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

У статті розглянуто питання, що стосуються правових аспектів укладання договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності у випадку, коли існують ліцензійні договори, укладені правовласником раніше (ч. 2 ст. 1113 ЦК України). Особливу увагу приділено застосуванню на практиці спеціальних норм цієї статті з урахуванням загальних положень щодо договірних зобов'язань.

Ключові слова: інтелектуальна власність, договір про передання майнових прав, ліцензійні договори, договірні зобов'язання, боржник, кредитор, розірвання договору.

Договірні відносини в сфері інтелектуальної власності мають свої особливості, що відображаються на практиці їх застосування. Згідно з ч. 1 ст. 1113 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає іншій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах. У науково-практичному коментарі до цієї статті ЦК України зазначено «особу, яка передає права, тобто суб'єкта права інтелектуальної власності, називають стороною, що передає права (передавач), а іншу фізичну або юридичну особу, яка отримує всі виключні майнові права інтелектуальної власності, називають стороною, яка одержує права (одержувач). Після завершення передання прав передавач уже не має виключних майнових прав на даний об'єкт права інтелектуальної власності. Одержувач стає новим суб'єктом права інтелектуальної власності на цей об'єкт і набуває всі виключні майнові права інтелектуальної власності на нього» [2, с. 350]. На практиці можлива ситуація, коли на момент укладання договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності існують ліцензійні договори, укладені передавачем раніше з третіми особами. Новий суб'єкт інтелектуальної власності має враховувати попередні договірні зобов'язання передавача. З метою врегулювання зазначених правовідносин ч. 2 ст. 1113 ЦК України передбачено, що укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності не впливає на ліцензійні договори, які були укладені раніше. Проте, як засвідчує практика, можуть виникати різні ситуації, за яких, наприклад, новий суб'єкт інтелектуальної власності чи ліцензіати, згідно з ліцензійними договорами, укладеними раніше (далі – ліцензіати), доходять висновку, що не мають бажання продовжувати правовідносини. Проте про такі випадки жодним чином не згадано в ст. 1113 ЦК України.

У доктрині права інтелектуальної власності існує точка зору, відповідно до якої «зміна сторони не є підставою для розірвання ліцензійного договору, який продовжує діяти на раніше передбачених умовах протягом визначеного в договорі терміну. Внесення до договору змін можливо за взаємною згодою сторін. Це правило забезпечується самим договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, оскільки до правонаступника переходять виключні майнові права інтелектуальної власності попереднього суб'єкта права інтелектуальної власності в обсязі і на умовах, що існували на момент передання цих прав. … Набуваючи виключні майнові права інтелектуальної власності на об'єкт права інтелектуальної власності, для використання якого був укладений ліцензійний договір, новий правовласник заздалегідь погоджується на тимчасові і територіальні обмеження своїх майнових прав інтелектуальної власності, що випливають з умов ліцензійного договору» [2, с. 390]. Зазначене підтверджено судовою практикою. Так, згідно з п. 5.4 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. № 12 встановлено, що «законом не передбачено необхідності одержання згоди ліцензіата (за наявності укладених раніше ліцензійних договорів) на передання виключних майнових прав інтелектуальної власності іншій особі. В силу ч. 2 ст. 1113 ЦК України перехід виключного майнового права інтелектуальної власності до іншої особи не є підставою для зміни або розірвання раніше укладеного ліцензійного договору. Якщо ж в рамках цього договору укладені субліцензійні договори, то слід враховувати й ці правовідносини з третіми сторонами» [3].

Отже, відповідно до законодавства та судової практики передбачені положення щодо продовження договірних відносин у випадку появи нового суб'єкта інтелектуальної власності. Норма ч. 2 ст. 1113 ЦК України «за своїм змістом є правовою гарантією, яка спрямована на забезпечення стабільності ліцензійних договорів у разі зміни особи ліцензіара» [2, с. 389]. Новий суб'єкт інтелектуальної власності має прийняти за належне наявність сторони (ліцензіата), згідно з укладеним раніше ліцензійним

договором, останній, відповідно, має автоматично погодитися на продовження відносин, вже з новим суб'єктом. Однак на практиці можливі випадки, коли такі відносини з якихось причин не задовольняють ту чи іншу сторону. Такий приклад наведено в науково-практичному коментарі до ЦК України: «у разі існування виключних ліцензій може виникати ситуація, коли у визначених сферах протягом строку дії ліцензії правовласник не має права використовувати об'єкт права інтелектуальної власності. Можливі інші варіанти встановлення обмежень виключних майнових прав інтелектуальної власності суб'єкта прав інтелектуальної власності залежно від обсягу і виду набутих за ліцензією прав» [2, с. 390]. Тому, як зазначає Л. А. Меняйло, «важливим аспектом регулювання правовідносин, що виникають при укладенні договорів про передачу … прав, є визначення умови про їх діяльність по відношенню до інших осіб» [4, с. 56], тобто сторони мають бути щонайменше поінформовані про зміни в суб'єктному складі договірних відносин у зв'язку з появою нового суб'єкта інтелектуальної власності. При цьому виникає практичне запитання – інформування сторін має відбутися «до» чи «після» укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності? Відповідь на це запитання в ст. 1113 ЦК України не надано. Тому за відсутності спеціальних положень доцільно звернутися до загальних норм щодо договірних відносин, встановлених ЦК України.

Перш за все, це принцип свободи договору, сутність якого визначена в ст. 6 ЦК України та полягає в тому, що сторони в договорі мають право врегулювати ті відносини, які не визначені у положеннях актів цивільного законодавства і самостійно врегулювати свої відносини. Статтею 626 ЦК України встановлено, що договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. За приписами ст. 627 ЦК України, відповідно до ст. 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Зміст поняття свободи договору розкривається і через інші аспекти договірної свободи, що знаходять своє закріплення в цивільному законодавстві, зокрема, в «праві сторін договору визначати способи забезпечення договірних зобов'язань» [5, с. 39]. Отже, якщо сторони бажають продовжувати співпрацю на підставі укладених раніше ліцензійних договорів, правовідносини між новим суб'єктом інтелектуальної власності та ліцензіатами можуть бути узгоджені з урахуванням наведеного принципу та врахуванням норм щодо договірних зобов'язань, передбачених ЦК України.

Відповідно до ч. 2 ст. 509 ЦК України зобов'язання виникають з підстав, встановлених ст. 11 цього Кодексу. Цією статтею ЦК України передбачено, що підставами виникнення цивільних прав та обов'язків є, зокрема, договори та інші правочини, створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності. До окремих видів договірних зобов'язань (розділ III ЦК України) належить розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності (гл. 75 цього розділу ЦК України). Отже, наведені норми свідчать про можливість врегулювання правовідносин згідно з загальними положеннями щодо договірних зобов'язань, якщо не передбачені відповідні спеціальні норми.

Згідно з визначенням, наведеним у ч. 1 ст. 509 ЦК України, зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Сторонами у зобов'язанні є боржник і кредитор (ч. 1 ст. 510 ЦК України). У випадку спеціальних положень ч. 1 ст. 1113 ЦК України первісним кредитором вважатиметься особа, що має виключні майнові права (далі – передавач), а боржником – ліцензіат.

Згідно з ч. 1 ст. 512 ЦК України кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок, зокрема, передання ним своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги). Зазначене узгоджується з нормами ч. 1 ст. 1113 ЦК України стосовно права передавача передавати (відчужувати) майнові права на об'єкти інтелектуальної власності. У такому випадку кредитором стає новий суб'єкт інтелектуальної власності, а боржником залишається той самий ліцензіат, з яким передавач уклав раніше ліцензійний договір.

Правочин щодо заміни кредитора у зобов'язанні вчиняється у такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов'язання, право вимоги за яким передається новому кредиторові (ч. 1 ст. 513 ЦК України). Тобто, якщо основний договір вчинено в письмовій формі, обов'язкова письмова форма встановлюється і щодо договору про заміну кредитора. Зазначене узгоджується з ч. 2 ст. 1107 ЦК України, згідно з якою договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності укладаються у письмовій формі, крім випадків, встановлених законом.

До нового кредитора переходять права первісного кредитора у зобов'язанні в обсязі і на умовах, що існували на момент переходу цих прав, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 514 ЦК України). Заміна кредитора у зобов'язанні здійснюється без згоди боржника, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 516 ЦК України). «ЦК не ставить дійсність правочину щодо заміни кредитора у залежність від згоди боржника, оскільки становище боржника не погіршується»

[6, с. 13]. Наведені положення узгоджуються зі спеціальними нормами ч. 2 ст. 1113 ЦК України. Поряд з тим ч. 2 ст. 516 ЦК України встановлено «якщо боржник не був письмово повідомлений про заміну кредитора у зобов'язанні, новий кредитор несе ризик настання несприятливих для нього наслідків. У цьому разі виконання боржником свого обов'язку первісному кредиторові є належним виконанням». Наведена норма «стимулює до вчинення цієї дії, оскільки у тому разі, коли боржник не отримав письмового повідомлення щодо заміни кредитора, він має право здійснити виконання первісному кредиторові, і воно буде вважатися належним» [6, с. 13]. Отже, якщо застосовувати наведені норми при врегулюванні правовідносин, визначених ч. 1 та ч. 2 ст. 1113 ЦК України, передавачу доцільно повідомити ліцензіата про заміну його в зобов'язанні у зв'язку з укладанням договору про передання (відчуження) майнових прав та появою нового суб'єкта інтелектуальної власності.

Окрім того, відповідно до ч. 1 ст. 517 ЦК України первісний кредитор у зобов'язанні має передати новому кредиторові документи, які засвідчують права, що передаються, та інформацію, яка є важливою для їх здійснення. «У тому разі, коли заміна кредитора відбувається на підставі договору, порядок і строки передання документації, зазначеної у ч. 1 ст. 517 ЦК, визначаються за домовленістю сторін. На практиці, як правило, така передача відбувається в момент укладення договору чи одразу після його укладання. У тих же випадках, коли домовленістю сторін вищевказаного договору не було встановлено порядок і строки передання документації чи заміна кредитора відбувається на підставі закону, слід керуватися приписами ст. 530 ЦК», згідно з якою передбачені строки (терміни) виконання зобов'язання [6, с. 14]. З огляду на наведене новий суб'єкт інтелектуальної власності має право на отримання документів, які засвідчують права, що передаються, та інформацію, яка є важливою для їх здійснення, зокрема, засвідчені копії ліцензійних договорів. Як зазначає В. С. Дмитришин, «якщо передання права … здійснюється при наявності ліцензійних договорів про передачу права на використання цього об'єкта, власник повинен:

– поінформувати майбутнього правонаступника про укладені ліцензійні договори і узгодити з ним питання щодо прийняття на себе, разом з правом власності, зобов'язань щодо виконання умов цих договорів;

– одержати згоду ліцензіата (ліцензіатів) на продовження роботи за укладеними договорами з новим власником … (правонаступником) та врегулювати з ліцензіатом (ліцензіатами) питання щодо виконання зобов'язань за цим (цими) договором (договорами)» [7, с. 28].

Як бачимо, автор пропонує виконання передавачем низки заходів. Пропозиції щодо інформування нового суб'єкта інтелектуальної власності про раніше укладені ліцензійні договори, врегулювання з ліцензіатом питання щодо виконання зобов'язань за наявності нового суб'єкта інтелектуальної власності узгоджуються з вищенаведеними нормами ЦК України щодо виконання договірних зобов'язань. Поряд з тим пропозиція стосовно необхідності отримання згоди ліцензіата на продовження роботи за укладеними договорами не визначена ні в ч. 2 ст. 1113 ЦК України, ні в нормах Кодексу щодо договірних зобов'язань. Однак з огляду на принцип свободи договору це не означає, що такі положення не можуть мати місце в укладеному ліцензійному договорі.

На практиці можливий випадок, коли новий суб'єкт інтелектуальної власності чи ліцензіат доходять висновку щодо відмови від продовження договірних відносин. Як зазначає Т. В. Боднар, «договір як домовленість може бути не лише підставою виникнення зобов'язання (ч. 2 ст. 509, ст. 11 ЦК України), а й підставою його припинення» [8, с. 261]. Відповідно до ч. 3 та ч. 4 ст. 214 ЦК України відмова від правочину вчиняється в тій самій формі, в якій було вчинено правочин. Правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін. Водночас ЦК України визначає лише форму розірвання договору і не встановлює порядку вчинення розірвання дії договору у разі появи кредитора (нового суб'єкта інтелектуальної власності).

Щодо боржника (ліцензіата), то за приписами ст. 520 ЦК України боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом. Форма правочину щодо заміни боржника у зобов'язанні визначається відповідно до положень вищенаведеної ст. 513 цього Кодексу (ст. 521 ЦК України). Тобто «при переведенні боргу один боржник вибуває із правовідношення, а його місце посідає нова особа, на яку переводиться борг. При цьому потрібна згода як нового боржника (оскільки не можна проти волі стати боржником у зобов'язанні, що вже встановлено між іншими особами), так і кредитора (оскільки для останнього можуть мати суттєве значення особисті якості боржника та його кредитоздатність)» [6, с. 15]. Як слідує з наведеного, розірвання договірних відносин між новим суб'єктом інтелектуальної власності та ліцензіатами за ліцензійними договорами, що діяли на момент передання майнових прав вказаному суб'єкту, допускається лише за згодою сторін. Важливим аспектом при цьому є врахування положень щодо розірвання договору, укладеного між передавачем та ліцензіатом (якщо такі положення були передбачені). Так, відповідно до ч. 3 ст. 512 ЦК України кредитор у зобов'язанні не може бути замінений, якщо це встановлено договором або законом. Крім того, на основі принципу свободи договору в ліцензійному договорі передавач та ліцензіат могли передбачити спеціальні умови про те,

що передання виключних майнових прав інтелектуальної власності до нового суб'єкта інтелектуальної власності тягне за собою зміну чи припинення ліцензійного договору, або ж передання прав можливе лише за умови отримання згоди ліцензіата. Якщо такі положення мають місце в договорі, то слід їх враховувати.

Не менш важливим при договірних зобов'язаннях є питання їх виконання належними сторонами. З огляду на те, що на практиці можливе неодноразове передання (відчуження) майнових прав, а також передача прав на використання об'єктів інтелектуальної власності на підставі ліцензійних і субліцензійних договорів як з резидентами, так і не резидентами України, відповідні умови договорів мають бути прозорими та доступними для всіх учасників договірних відносин. За приписами ч. 2 ст. 527 ЦК України кожна із сторін у зобов'язанні має право вимагати доказів того, що обов'язок виконується належним боржником або виконання приймається належним кредитором чи уповноваженою на це особою і несе ризик наслідків непред'явлення такої вимоги. «З метою захисту інтересів сторін законодавець надає їм право вимагати доказів того, що обов'язок виконується належним боржником або виконання приймається належним кредитором чи уповноваженою на це особою» [6, с. 20]. Відтак кредитор (новий суб'єкт інтелектуальної власності) рівно як і боржник (ліцензіат) мають право вимагати доказів того, що зобов'язання виконуються належними сторонами на підставі укладених договорів. З огляду на те, що в ЦК України не наведено перелік доказів, можливо припустити, що в сфері інтелектуальної власності це можуть бути засвідчені копії договорів та інших документів (свідоцтв, патентів за наявності) тощо. На підставі таких доказів, як зазначає В. В. Луць, «суб'єкти цивільних відносин самостійно:

а) приймають рішення вступати чи не вступати в те або інше зобов'язання;

б) обирають іншого суб'єкта (сторону) зобов'язання;

в) визначають умови (елементи) зобов'язання як на стадії його виконання, так і на подальших стадіях його існування, зокрема стадії виконання зобов'язання і його припинення» [5, с. 39].

Згідно зі ст. 651 ЦК України зміна або розірвання договору можуть здійснюватися: за згодою сторін; за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору іншою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом; у разі односторонньої відмови від договору, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом.

Як слідує з положень ч. 2 ст. 1113 ЦК України, одностороння відмова від договору у разі появи нового суб'єкта інтелектуальної власності є неможливою (за виключенням випадку, коли право на таку відмову передбачено в ліцензійному договорі, укладеному між передавачем та ліцензіатом). Тому, у разі необхідності, найбільш прийнятним може бути випадок, коли сторони доходять висновку розірвати договір за взаємною згодою. У цьому випадку відображається принцип свободи договору, адже учасники цивільного обороту є вільними не лише у вирішенні питань щодо укладення договору, вибору виду та визначенні умов договору, а й зміни чи розірвання договірних відносин. Підставами розірвання дії договору можуть бути різні умови. Так, у доктрині авторського права існує точка зору, відповідно до якої «підставами для розірвання дії договору є:

– закінчення строку його дії;

– взаємна угода сторін про припинення авторського договору;

– угода про заміну одного зобов'язання іншим (новацій);

– неможливість виконання, викликана діями непереборної сили або іншими обставинами, за які боржник не відповідає;

– смерть автора або ліквідація юридичної особи, що є стороною договору;

– одностороння заява тієї або іншої сторони у зв'язку з порушенням контрагентом суттєвих умов договору тощо» [9, с. 221].

У разі зміни або розірвання договору зобов'язання змінюється або припиняється з моменту досягнення домовленості про зміну або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором чи не обумовлено характером його зміни (ч. 3 ст. 653 ЦК України). Загальним наслідком розірвання дії договору є скасування прав і обов'язків сторін. Загалом, договір про розірвання іншого договору не є самостійним, а носить допоміжний характер, маючи специфічні істотні умови. Як зазначає О. В. Дзера, «на відміну від первісного договору, в якому зміст спрямований переважно на виникнення у сторін певних прав та обов'язків, у припинювальному правочині зміст спрямований, насамперед, на припинення прав та обов'язків, що стосуються сформованих у первісному договорі істотних умов. Отже, можна дійти висновку, що істотними умовами договору про розірвання первісного договору будуть ті самі істотні умови первісного договору, але з тією особливістю, що дії сторін спрямовуються на припинення прав та обов'язків між суб'єктами договірного правовідношення» [10]. Варто додати, що сторонами цього договору може бути новий суб'єкт інтелектуальної власності та ліцензіат.

Відповідно до ч. 4 ст. 202 ЦК України дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін. Відтак, якщо сторони договору погодили його розірвання, засвідчивши такі дії підписами сторін, вони дійшли згоди щодо припинення правовідносин. У випадку, якщо сторони вважають, що їх права та інтереси порушені, вони мають право звернутися до суду. Так, ч. 1 ст. 16

ЦК України встановлено, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Способами захисту цивільних прав та інтересів можуть бути: визнання права, визнання правочину недійсним, припинення дії, яка порушує право, відновлення становища, яке існувало до порушення, тощо. Зокрема, правочин юридичної особи, вчинений нею без відповідного дозволу (ліцензії), може бути визнаний судом недійсним (ч. 1 ст. 227 ЦК України). Також у разі, якщо сторони не досягли згоди щодо питань продовження правовідносин між новим суб'єктом інтелектуальної власності та ліцензіатами, а також з питань розірвання договірних відносин будь-яка сторона має право передати спір на розгляд та вирішення суду.

З огляду на вищенаведені питання, що можуть виникати на практиці, пропонується доповнити ч. 2 ст. 1113 ЦК України новими положеннями з урахуванням загальних норм щодо договірних зобов'язань. Зокрема передбачити, що до дати укладання договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності особа, що має виключні майнові права, має повідомити іншу сторону про ліцензійні договори, які були укладені раніше, та їх умови, а також ліцензіатів, з якими були укладені такі ліцензійні договори, про передання іншій стороні частково або в повному складі виключних майнових прав інтелектуальної власності. Інша сторона під час укладання договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності з особою, що має виключні майнові права, має право вимагати від цієї особи надання завірених належним чином копій ліцензійних договорів, які були укладені раніше.

Доповнення ч. 2 ст. 1113 ЦК України новими положеннями дасть можливість забезпечити прозорість договірних зобов'язань у контексті їх виконання належними сторонами, а також визначення прав та обов'язків сторін договору про передання майнових прав інтелектуальної власності за наявності ліцензійних договорів, укладених раніше.

Список використаної літератури:

1. *Цивільний* кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 40. – Ст. 356.

2. *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.

3. *Постанова* Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. № 12 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_17102012_012.pdf.

4. *Передача* прав на об'єкти інтелектуальної власності. Конспект лекцій // Укладач Меняйло Л. А. – К.: ЗАТ «Інститут інтелектуальної власності і права», 2004. – 168 с.

5. *Луць В. В.* Кодифікація договірного права в Україні (короткий історичний огляд і сучасні проблеми) // Академія правових наук України. Вісник. – Х., 1994. – № 2. – С. 99–107 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://liber.onu.edu.ua/opacunicode/index.php?url=/notices/index/IdNotice:87488/Source:default.

6. *Цивільний* кодекс України: науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2004. – Ч. 2. – 896 с.

7. *Дмитришин В. С.* Розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності в Україні. Навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. – К.: «Ін-т. інтел. власн. і права», 2008. – 248 с.

8. *Боднар Т. В.* Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Заг. положення): навч. посіб. – К.: Юстініан, 2007. – 280 с.

9. *Інтелектуальна* власність: словник-довідник / За заг. ред. О. Д. Святоцького. – У 2-х т.: Том 2. Промислова власність / За ред. О. Д. Святоцького, В. Л. Петрова. Уклад.: Г. П. Добриніна, А. В. Кочеткова, Н. І. Мова та ін. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. – 272 с.

10. *Дзера О. В.* Цивільне право. Особлива частина. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://pidruchniki.com/1243081249751/pravo/pravove_regulyuvannya_vidmovi_vid_vikonannya_dogovoru yogo_rozirvannya.

The article contemplates the questions regarding the legal aspects of a conclusion of the contract on transfer of exclusive intellectual property rights in the case if there are license agreements concluded before (art. 1113 (2) of the Civil Code of Ukraine). Particular attention is paid to the practical application of special norms in this article with the general norms of the contractual obligations of the parties.

В статье рассмотрены вопросы, касающиеся правовых аспектов заключения договора о передаче исключительных имущественных прав интеллектуальной собственности в случае, если существуют лицензионные договора, заключенные правообладателем ранее (ч. 2 ст. 1113 ГК Украины). Особое внимание уделено применению на практике специальных норм этой статьи с учетом общих положений касательно договорных обязательств сторон.

ОБМЕЖЕННЯ СУБ'ЄКТИВНОГО ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО

Бернацький М. В.,
молодший науковий співробітник відділу проблем договірного права
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються деякі правові обмеження суб'єктивного права власності на житло. Окремо розглядається питання виселення осіб, що не є власниками житла, власником такого житла, як спосіб подолання обмеження здійснення права володіння таким житлом.

Ключові слова: право на проживання, право власності на житло, обмеження права власності, виселення.

Здійснення права власності на житло, незважаючи на абсолютний характер права власності, як такого, не може бути необмеженим. Однак в цивільному праві здійснення права власності може бути обмежене виключно законом. Питання обмеження здійснення права власності на житло є на сьогодні вкрай актуальним, оскільки кількість осіб, що є власниками житла, постійно зростає.

Найбільш значущим серед наукових розробок в досліджуваній сфері є праці М. К. Галянтича, А. І. Дрішлюка, П. В. Крашенінникова, Н. С. Кузнєцової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є. О. Харитонова, О. С. Яворської.

Під здійсненням права власності слід розуміти здійснення власником правомочностей щодо володіння, користування та розпорядження своїм майном у межах, визначених Конституцією та актами цивільного законодавства. Такі правомочності власник може здійснювати самостійно або за допомогою інших осіб (представників, управителів тощо) [1, с. 24]. У свою чергу, таке здійснення може зачіпати інтереси інших осіб. Тому в ч. 5 ст. 319 ЦК України встановлено загальне обмеження права власності, що полягає в забороні використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі. Таке обмеження є загальним та стосується будь-якого об'єкта права власності, в тому числі і житла.

Однак в зазначеній статті відсутнє визначення щодо відповідальності за зазначені порушення, то ж особа, яка здійснила порушення певних прав або свобод громадян, завдала шкоду гідності, інтересам суспільства, екології, буде нести цивільно-правову, адміністративну або кримінальну відповідальність у загальному порядку.

О. С. Яворська зазначає, що межі здійснення права власності можуть встановлюватися у законі в різні способи [2, с. 20–21]. Зокрема, до таких способів належать: 1) вказівка на цільове використання майна (фіксується у нормах ст. 379, 380, 382, 383 ЦК України) – житлові будинки, квартири можуть використовуватися лише для постійного проживання. У ч. 1 ст. 383 ЦК України міститься пряма заборона на використання житлового будинку, квартири для промислового виробництва; 2) вказівка на способи реалізації права власності. Наприклад, відповідно до Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» органи місцевого самоврядування зобов'язані розпорядитися щодо надання в оплатне або безоплатне користування житлове приміщення з житлового фонду соціального призначення особам, які мають право на отримання такого житла; 3) встановлення особливих правил набуття права власності на окремі види майна та законодавче встановлення переліку видів майна, яке не може належати власнику. Так, ч. 2 ст. 5 Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» забороняє передачу житла з житлового фонду соціального призначення до інших житлових фондів, визначених законом, тобто житло з житлового фонду соціального призначення заборонено набувати у власність громадянам; 4) встановлення особливих правил про форму правочинів, що опосередковують перехід права власності на окремі види майна. Так, відповідно до ст. 657 ЦК України договір купівлі-продажу житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню, крім договорів купівлі-продажу майна, що перебуває в податковій заставі; 5) встановленням юридичного обов'язку щодо утримання об'єкта права власності. В ст. 322 ЦК України закріплено, що власник зобов'язаний утримувати майно, що йому належить, якщо інше не встановлено договором або законом.

Окремим способом розпорядження житлом є переведення його з жилого фонду до нежилого, тобто, фактично, зміна цільового призначення приміщення. Після такого переведення такий об'єкт перестає бути житлом, однак це є один із способів розпорядження. В ЖК УРСР встановлено обмеження щодо такого переведення. Так, в ст. 8 ЖК УРСР зазначається, що переведення придатних для проживання жилих будинків і жилих приміщень у будинках державного і громадського житлового фонду в нежилі, як правило, не допускається. У виняткових випадках непридатні для проживання жилі будинки і жилі приміщення переобладнуються для використання в інших цілях або такі будинки зносяться за рішенням виконавчого комітету обласної, міської Ради. Переведення жилих будинків і жилих приміщень відомчого і громадського житлового фонду в нежилі провадиться за

пропозиціями відповідних міністерств, державних комітетів, відомств і центральних органів громадських організацій. Переведення жилих будинків житлово-будівельних кооперативів у нежилі не допускається.

Зазначена стаття взагалі не регулює переведення з жилого у нежилий фонд житла приватного житлового фонду, тобто такого, що належить громадянам на праві приватної власності. Законодавчо має бути закріплено таку можливість, оскільки відповідно до загальної норми ч. 1 ст. 319 ЦК України власник має право розпоряджатися своїм майном на власний розсуд.

На даний момент такий спосіб розпорядження житлом, як переведення з жилого фонду у нежилий, прямо не заборонено законодавством, а, отже, його дозволено. Однак, на нашу думку, таке переведення має бути можливе лише з певними застереженнями. Такі застереження мають бути накладені в подальшому використанні переведеного в нежилий фонд житла і вони мають бути покликані унеможливити порушення житлових прав громадян, що проживають в суміжних або сусідніх жилих приміщеннях. На цю саму проблему звертає увагу А. І. Дрішлюк, зазначаючи, що, з одного боку, особа, яка має право власності на відповідне жиле приміщення, має право використовувати його на власний розсуд. З іншого боку, слід враховувати інтереси інших громадян, які використовують приміщення для проживання, особливо якщо йдеться про приміщення, які при забудові планувалося використовувати виключно для проживання.

Окрему класифікацію видів обмежень права власності на житло пропонує П. В. Крашенінніков [3, с. 18]. До видів обмежень автор пропонує відносити: законодавчі обмеження – ті, що закріплені в законодавстві; судові – обмеження, викликані оспорюваністю прав власності; договірні – обмеження, що обумовлені угодою сторін. Зазначена класифікація є досить влучною, оскільки носить практичній характер. Окремо слід звернути увагу на договірні обмеження.

Так, відповідно до ст. 744 ЦК України за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає іншій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно. Право власності на таке нерухоме майно набувається з моменту державної реєстрації, однак відповідно до ч. 1 ст. 754 ЦК України набувач не має права до смерті відчужувача продавати, дарувати, міняти майно, передане за договором довічного утримання (догляду), укладати щодо нього договір застави, передавати його у власність іншій особі на підставі іншого правочину. Тобто незважаючи на те, що особа набула право власності на житло, вона є обмежена у здійсненні права власності щодо цього житла до моменту смерті відчужувача.

Однак досить проблематичним на практиці є виселення осіб, які не є власниками житла, власником такого житла. Найбільша проблема виникає через відсутність законодавчого регулювання виселення осіб з житла приватного житлового фонду. Всі статті, які регулюють правовідносини з виселення особи з жилого приміщення, містяться в гл. 2 ЖК УРСР, що регулює правовідносини з користування жилими приміщеннями в будинках державного і громадського житлового фонду.

Відповідно до загальної норми ч. 4 ст. 9 ЖК УРСР ніхто не може бути виселений із займаного жилого приміщення або обмежений у праві користування жилим приміщенням інакше як з підстав і в порядку, передбачених законом. Однак на практиці виникають випадки, коли власник надає право проживання особам, які не є власниками цього житла, та, з часом, такий власник хоче припинити проживання зазначених осіб в житлі, що належить йому, тоді як такі особи відмовляються це зробити добровільно. Зазначена вище ситуація може бути ускладнена здійсненням реєстрації місця проживання таких осіб в житлі, що їм не належить, з попереднього дозволу власника.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» зняття з реєстрації місця проживання особи здійснюється на підставі судового рішення, яке набрало законної сили, про позбавлення права власності на житлове приміщення або права користування житловим приміщенням, про виселення. То ж для того, щоб власник міг припинити проживання осіб у житлі, що йому належить, він має звернутися до суду та отримати відповідне судове рішення.

Не можна оминути увагою норму ч. 3 ст. 47 Конституції України, яка зазначає, що ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду. Ця норма однозначно вказує на необхідність судового рішення при виселенні особи.

Власник, що хоче припинити проживання у своєму житлі інших осіб, здійснює своє право володіння, як одне з правомочностей власника, передбаченого ст. 317 ЦК України.

Щодо права володіння, то необхідно зазначити, що І. В. Спасибо-Фатєєва розглядає право володіння як право фактичного, фізичного та господарського панування особи над річчю, що полягає у можливості особи безпосередньо тримати належну їй річ у себе [4, с. 314–315]. На думку Є. О. Харитонова, право володіння – це юридична можливість фактичного впливу на річ [5, с. 215]. О. С. Яворська визначає право володіння як вільну, незалежну від інших осіб можливість доступу до фактичного впливу, так і фактичний вплив на майно [6, с. 15]. Щодо житла, то право володіння можна визначити як можливість власника самостійно та на власний розсуд визначати коло осіб, які мають доступ до такого майна, та можливість власника обмежити доступ третіх осіб до свого житла.

Звичайно, особи, які проживають разом з власником, не тільки володіють разом з ним цим житлом, а й користуються ним. Н. С. Кузнєцова зазначає, право користування – це закріплена нормами права можливість вилучення корисних властивостей речі для задоволення потреб особи [7, с. 133].

Однак, розглядаючи питання обмеження суб'єктивного права власності на житло, у випадку виселення власником осіб, що проживають із ним, власник намагається відновити таким чином саме можливість вільно та на власний розсуд здійснювати правомочність володіння своїм житлом.

Тому у випадку, коли особи, не власники житла, матимуть право проживання в ньому, а власник буде проти – це буде порушенням його можливості повноцінно здійснювати правомочність володіння таким житлом. Законодавчі обмеження щодо виселення таких осіб, фактично, є обмеженнями у здійсненні власником свого права власності.

Окремо слід звернути увагу на право членів сім'ї власника на користування його житлом. Так, ст. 405 ЦК України передбачає, що члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право на користування цим житлом відповідно до закону. Житлове приміщення, яке вони мають право займати, визначається його власником. Член сім'ї власника житла втрачає право на користування цим житлом у разі відсутності члена сім'ї без поважних причин понад один рік, якщо інше не встановлено домовленістю між ним і власником житла або законом.

Обов'язковою умовою виникнення права користування житлом, в такому випадку, є проживання разом з власником, а отримати таке право може виключно член сім'ї власника. Зазначена стаття, в свою чергу, встановлює лише єдиний спосіб припинення права користування житлом, коли член сім'ї власника відсутній без поважних причин у цьому житлі понад один рік.

Однак, оскільки право членів сім'ї власника житла на користування цим житлом є сервітутом, що підтверджується розміщенням ст. ЦК України в главі 32 «Право користування чужим майном», то на це право також поширюється загальний порядок припинення сервітуту. Так, ч. 2 ст. 406 ЦК України передбачає, що сервітут може бути припинений за рішенням суду на вимогу власника майна за наявності обставин, які мають істотне значення.

З огляду на викладене вище все ж слід зазначити, що здійснення права власності не може бути обмежене лише з підстав забезпечення права на проживання інших осіб разом із власником з таких причин.

Власник відповідно до законодавства має право здійснювати право власності на власний розсуд. Це означає, що він має право надати право проживання в його житлі будь-якій особі, а члени сім'ї мають таке право відповідно до закону у випадку, якщо вони проживають з ним. Однак, так само як надати право проживання, власник має право позбавити інших осіб права на проживання в його житлі.

Беручи до увагу норму ст. 47 Конституції України, в якій вказано на заборону примусового позбавлення житла, та ч. 4 ст. 9 ЖК УРСР, яка також забороняє виселяти із займаного жилого приміщення або обмежувати у праві користування жилим приміщенням, право власності на житло має передувати праву на житло, як особистому немайновому праву, оскільки в законодавстві відсутні будь-які вимоги до власника щодо гарантування або забезпечення якимось іншим способом права на житло інших громадян.

Фактично, виселені в судовому порядку особи, за відсутності в них іншого житла, мають можливість винайняти житло, придбати його у власність. Саме приватноправовий спосіб визначений як основний для задоволення житлової потреби громадян в ст. 47 Конституції України. У випадку ж неможливості самостійно забезпечити себе житлом, такі особи мають право на отримання житла в порядку, передбаченому Законом України «Про житловий фонд соціального призначення».

Обмеження однієї з правомочностей є так само обмеженням суб'єктивного права власності. Є. О. Мічурін зазначає, що, не заперечуючи можливість дослідження деяких обмежень права власності в проявах обмеження володіння, розпорядження, користування, слід зазначити, що правова держава має спиратися при встановленні таких обмежень, перш за все, на їх обґрунтованість правовими передумовами та чинниками, що об'єктивно зумовлюють необхідність існування таких обмежень [8, с. 262]. Перекладати тягар із гарантування житлових прав громадян держави на власників житла не є достатнім обґрунтуванням для унеможливлення виселення осіб, які проживають із власником у випадку, коли власник хоче таким чином здійснити право власності на своє житло.

Викладене дає підстави зробити такі висновки.

1. В законодавстві слід закріпити право власника житла переводити його з жилого в нежилий фонд, оскільки такий спосіб розпорядження житлом, по-перше, не суперечить чинному законодавству, а по-друге – відповідає праву власника розпоряджатися майном на власний розсуд. Однак його подальше використання має бути дозволене таким чином, аби не порушувати прав власників іншого житла, що розташоване суміжно з тим, що переводиться з жилого в нежилий фонд.

2. Одним з видів обмеження суб'єктивного права власності є договірні обмеження. Так, при укладенні договору довічного утримання набувач житла відповідно до законодавства та умов договору довічного утримання є обмежений у здійсненні права власності на набуте житло, а саме, не має права його відчужувати до моменту смерті відчужувача такого житла.

3. Законодавчо слід закріпити норму, яка надасть власнику житла право на звернення до суду з вимогою виселення осіб, яким було перед цим надане право на проживання в цьому житлі, однак після цього власник хоче позбавити їх права на проживання в його житлі. Позбавлення права на проживання є здійсненням права власності на житло, а неможливість позбавлення власником права на проживання інших осіб у своєму житлі є обмеженням його суб'єктивного права власності. Власник не зобов'язаний забезпечувати право на житло громадян, тому таке виселення не буде його порушувати.

Список використаної літератури:

1. *Цивільний кодекс України*: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 5. Право власності та інші речові права / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Лисяк Л. С., 2011. – 624 с.

2. *Яворська О. С.* Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України: навчальний посібник. – К.: Атіка, 2008. – 256 с.

3. *Крашенинников П. В.* Право собственности и иные вещные права на жилые помещения. – М.: «Статут», 2000. – 123 с.

4. *Цивільне право України*: підручник у 2-х т. / [Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.]; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – Т. 1. – 480 с.

5. *Цивільний кодекс України:* науково-практичний коментар із змінами і доповненнями станом на 1 січня 2008 р. / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 740 с.

6. *Яворська О. С.* Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія / О. С. Яворська. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2009. – 384 с.

7. *Право власності в Україні*: навч. посіб. / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, О. А. Підопригора та ін. За заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К., Юрінком Інтер, 2000. – 816 с.

8. *Мічурін Є. О.* Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект). Монографія. – Х.: Юрсвіт, НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2008. – 482 с.

This article discusses some legal restrictions of subjective property rights to housing. Separately considered eviction of the non-owner persons by the owner as a way to overcome the limitation of the right of ownership of such housing.

В статье рассматриваются некоторые правовые ограничения субъективного права собственности на жилье. Отдельно рассматривается вопрос выселения лиц, не являющихся собственниками жилья, собственником такого жилья, как способ преодоления ограничения права владения таким жильем.

ПРЕЗУМПЦІЯ ПРАВОМІРНОСТІ ПРАВОЧИНУ В ІПОТЕЧНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ (НА МАТЕРІАЛАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)

Корнієнко Ю. І.,
науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню особливостей застосування ст. 204 ЦК України, яка закріплює презумпцію правомірності правочину, достатню увагу приділено зверненню стягнення на предмет іпотеки за умови визнання презумпції правомірності правочину. Досліджено правові наслідки поширення на особу відповідно до ст. 23 Закону України «Про іпотеку» статусу іпотекодавця за іпотечним договором.

Ключові слова: класифікація презумпцій, презумпція правомірності правочину, спростовні і неспростовні презумпції, договір іпотеки, звернення стягнення на предмет іпотеки, Державний реєстр іпотек.

На сьогодні немає нормативно-правового акта, який містив би визначення терміна «презумпція правомірності». Володіння знаннями про види презумпцій надає можливість особам, що займаються правотворчою діяльністю, обирати той вид презумпцій, що забезпечить найефективніше застосування правової норми. Необхідність у застосуванні презумпцій виникає завжди у тих випадках, коли неможливо обійтись звичайними засобами юридичної техніки.

Одним з перших відомих досліджень презумпцій були праці Д. І. Меєра, І. Г. Оршанського, Г. Ф. Дормидонтова. У період радянського та пострадянського права питаннями характеристики

презумпцій та їх класифікації займались В. К. Бабаєв, М. С. Строгович, К. С. Юдельсон, С. В. Курильов, Н. А. Нікіташина, А. В. Федотов, О. С. Котух та ін [1, с. 80].

Метою даної статті є комплексне дослідження саме презумції правомірності правочину, особливостям застосування ст. 204 ЦК України в іпотечних правовідносинах.

У фаховій літературі, присвяченій проблемам презумпцій, класифікація презумпцій на спростовні та неспростовні трапляється найчастіше. Проте щодо такої класифікації завжди виникає найбільше суперечок. На думку М. С. Кельмана та О. Г. Мурашина, правові презумпції поділяються на: а) презумпції, що не можуть бути спростовані – це закріплені в законі припущення про наявність або відсутність певних фактів, які не підлягають сумнівам, а тому не потребують доказу (наприклад, презумпція недієздатності неповнолітнього); б) презумпції, що можуть бути спростовані – це закріплені в законі припущення про наявність або відсутність певних фактів, які мають юридичне значення до того часу, поки відповідно до встановленої процедури не буде встановлено інше (презумпція невинності) [2, с. 320].

А. Ф. Клейнман виділяв спростовні, незаперечні і фактичні презумпції [3, с. 69]. Під спростовною презумпцією він розуміє припущення про існування факту, що може спростовуватись законом, під фактичною – припущення, що застосовує суд за своїм внутрішнім переконанням, роблячи висновок з одних фактів про існування інших відповідно до обставин справи. У цьому випадку йдеться про припущення як розумову (логічну) діяльність суду, різновидом якого можуть бути припущення про існування юридичного факту, здійснені після вивчення усіх обставин справи. Незаперечна презумпція, на думку А. Ф. Клейнмана, формується з припущення про існування визначеного факту, встановленого законом, що забороняє спростовувати факт, що презюмується [3, с. 70].

К. С. Юдельсон, навпаки, висловив думку, що право не знає незаперечних презумпцій, оскільки такі презумпції не узгоджуються з принципом об’єктивної істини. Будь-яка презумпція може бути спростована, тому що зацікавлені особи мають можливість довести, що у певному конкретному випадку припущення не справдилося [4, с. 267].

Спростовність як істотна ознака правової презумпції означає, що законодавець допускає можливість доказування того, що стосовно конкретного факту правове припущення не діє, а тому наявність цього факту не призводить до настання юридичних наслідків (які настають за загальним правилом). Спростування правових презумпцій у жодному випадку не можна ототожнювати зі спростуванням правильності судження, що охоплюється презумпцією. Спростування презумпції необхідно розуміти в аспекті спростування можливості її застосування до певного конкретного випадку.

У цивільному праві спростовною є презумпція правомірності правочину. Так, зокрема, відповідно до ст. 204 ЦК України правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. Таким чином, правомірність правочину у цьому випадку може бути спростована у судовому порядку.

На думку О. С. Котухи, спростовна презумпція – це правове припущення про ймовірне існування факту, що призводить до настання юридичних наслідків, якщо не буде обґрунтована невідповідність загальної закономірності зв’язку між наявним і передбачуваним. Логічно вона виражена у формі стверджувального судження, а у праві – в альтернативності застосування положень закону [1, с. 84].

У нормах процесуальних кодексів закріплена така властивість законної сили судових рішень, як неспростовність (ч. 2 ст. 223 ЦПК України). Властивість неспростовності судового рішення, що закріплена положеннями процесуальних норм, ніщо інше як одна зі спроб прояву незаперечних презумпцій у праві. Визначення презумпції цього виду, на переконання О. С. Котухи, буде звучати так: незаперечна презумпція – це правове припущення про існування факту, безперечно визнане законом достовірним, що не допускає винятків і призводить до настання юридичних наслідків. Практичне значення класифікації понять за цією підставою полягає в тому, що вона надає нам змогу стверджувати таке: спростовність і неспростовність правових презумпцій має юридичне значення та належить не до їх сутності, а відображає порядок застосування їх у конкретному випадку, у конкретній справі [1, с. 84].

З огляду на зазначене вище доволі яскравою є справа 6-63цс15 від 13. 05. 2015, яка дійшла до Верховного Суду України (звернення стягнення на предмет іпотеки) [5]. У справі, яка була направлена на перегляд, судами встановлено, що 26 грудня 2007 р. між ПАТ АБ «Укргазбанк» і ОСОБОЮ_2 укладено кредитний договір, за умовами якого банк надав позичальнику кредит у розмірі 2 млн. 644 тис. доларів США строком до 25 грудня 2012 р. зі сплатою 12,5 % річних у порядку та в розмірах, установлених кредитним договором. Пунктом 3.2.8 указаного кредитного договору передбачено, що в разі невиконання позичальником зобов’язань, передбачених цим договором, відшкодування заборгованості здійснюється банком шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки згідно з договором іпотеки.

З метою забезпечення виконання зобов’язань позичальником за кредитним договором 9 червня 2008 р. між банком (іпотекодержатель) та ОСОБОЮ_2, ОСОБОЮ_3 (іпотекодавці) було

укладено договір іпотеки, відповідно до пункту 2.1.1 якого предметом іпотеки є житловий будинок АДРЕСА_1 (усього 123 квартири). *Відомості про іпотеку внесені до Державного реєстру іпотек*, накладено заборону на відчуження нерухомого майна. Заочним рішенням Московського районного суду м. Харкова від 11 вересня 2009 р. зазначений договір іпотеки від 9 червня 2008 р. визнано недійсним, *запис про іпотеку виключено з Державного реєстру іпотек.* У зв'язку з невиконанням умов кредитного договору рішенням Московського районного суду м. Харкова від 13 травня 2010 р. стягнуто солідарно з ОСОБИ_2 та ОСОБИ_3 на користь ПАТ АБ «Укргазбанк» 1 млн 664 тис 543 грн 2 коп та 2 млн 630 тис 252 долари США 33 центи заборгованості за вищевказаним кредитним договором. У період чинності заочного рішення Московського районного суду м. Харкова від 11 вересня 2009 р. та *під час виключення запису про іпотеку з Державного реєстру іпотек* ОСОБИ_2 та ОСОБИ_3 було здійснено відчуження квартири 2 у будинку АДРЕСА_1, власником якої стало ТОВ «АЛІМА-Т», яке за договором купівлі-продажу від 25 листопада 2011 р. продало вказану квартиру ОСОБІ_1. Рішенням апеляційного суду Харківської області від 4 квітня 2012 р. заочне рішення Московського районного суду м. Харкова від 11 вересня 2009 р. скасовано та ухвалено нове рішення, яким у задоволенні позовних вимог ОСОБІ_2 та ОСОБІ_3 про визнання договору іпотеки недійсним відмовлено. 14 травня 2012 р. *запис про заборону відчуження об'єкта нерухомого майна поновлено*.

Задовольняючи позовні вимоги ПАТ АБ «Укргазбанк», апеляційний суд, з висновками якого погодився суд касаційної інстанції, застосувавши положення ч. 7 ст. 3, ст. 23 Закону України «Про іпотеку», вважав, що у зв'язку з переходом права власності на предмет іпотеки від іпотекодавця до ОСОБИ_1 останній набув статус іпотекодавця, а відтак має всі його права та несе всі його обов'язки за іпотечним договором [5].

Разом з тим в ухвалі колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 січня 2015 р., наданій заявником для порівняння, касаційний суд дійшов висновку про те, що оскільки на момент переходу права власності на спірну квартиру до відповідача вказана квартира не була предметом іпотеки, а договір іпотеки цієї квартири було визнано недійсним і запис про обтяження її іпотекою було виключено з Реєстру відомостей про обтяження майна іпотекою, то ст. 23 Закону України «Про іпотеку» до спірних правовідносин не застосовується, відтак підстави для звернення стягнення на зазначену квартиру відсутні. Отже, існувало неоднакове застосування судом касаційної інстанції ст. 23 Закону України «Про іпотеку». Вирішуючи питання про усунення розбіжностей у застосуванні судом касаційної інстанції зазначеної норми матеріального права та відступаючи від правової позиції, викладеної у постанові Верховного Суду України від 24 грудня 2014 р. (справа № 6-201цс14), Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України зазначила таке [5]. Іпотека як майновий спосіб забезпечення виконання зобов'язання є особливим (додатковим) забезпечувальним зобов'язанням, що має на меті стимулювати боржника до виконання основного зобов'язання та запобігти негативним наслідкам порушення боржником своїх зобов'язань або зменшити їх.

Виконання забезпечувального зобов'язання, що виникає з іпотеки, полягає в реалізації іпотекодержателем (кредитором) права одержати задоволення за рахунок переданого боржником в іпотеку майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника. Сутність цього права полягає в тому, що воно надає можливість задовольнити вимоги кредитора навіть у разі невиконання боржником свого зобов'язання в силу компенсаційності цього права за рахунок іпотечного майна та встановленого законом механізму здійснення кредитором свого преважного права, незалежно від переходу права власності на це майно від іпотекодавця до іншої особи (*в тому числі й у випадку недоведення до цієї особи інформації про обтяження майна*).

Статтею 23 Закону України «Про іпотеку» визначено, що в разі переходу права власності (права господарського відання) на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою. Особа, до якої перейшло право власності на предмет іпотеки, набуває статус іпотекодавця та має всі його права й несе всі його обов'язки за іпотечним договором у тому обсязі та на тих умовах, що існували до набуття ним права власності на предмет іпотеки.

Установивши у справі, яка переглядається, факт переходу до ОСОБИ_1 права власності на спірну *квартиру під час виключення з Державного реєстру іпотек запису про обтяження права власності на цю квартиру*, суд дійшов обґрунтованого висновку про застосування до спірних правовідносин ст. 23 Закону України «Про іпотеку» та поширення її дії на відповідача з огляду на таке. Згідно з ч. 1 ст. 4 Закону України «Про іпотеку» (у редакції, яка була чинною на час укладення договору іпотеки) обтяження нерухомого майна іпотекою підлягає державній реєстрації в порядку, встановленому законодавством.

Крім того, порядок державної реєстрації іпотек під час виникнення спірних правовідносин регулювався Тимчасовим порядком державної реєстрації іпотек, затвердженим постановою Кабінету

Міністрів України від 31 березня 2004 р. № 410 (втратив чинність 1 січня 2013 р.) та Порядком державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 868. Відповідно до ч. 1, 2 ст. 26 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» записи до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно вносяться на підставі прийнятого рішення про державну реєстрацію прав та їх обтяжень. У разі скасування на підставі рішення суду рішення про державну реєстрацію прав до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно вноситься запис про скасування державної реєстрації прав [5].

Пунктами 74, 75 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 868, передбачено, що рішення суду щодо обтяження прав на нерухоме майно, яке набрало законної сили, є документом, що підтверджує виникнення, перехід та припинення обтяжень речових прав на нерухоме майно.

Якщо судовий акт скасовано, то він не породжує жодних правових наслідків з моменту його ухвалення. За таких умов у разі скасування незаконного судового рішення про визнання іпотеки недійсною, на підставі якого з Державного реєстру іпотек виключено запис про обтяження, дія іпотеки підлягає відновленню з моменту вчинення первинного запису в Державному реєстрі іпотек, який виключено на підставі незаконного рішення суду, оскільки відпала підстава виключення цього запису. Це означає, що *іпотека є дійсною з моменту внесення про неї первинного запису до Державного реєстру іпотек*.

Зазначений висновок узгоджується і з положенням ст. 204 ЦК України, яка закріплює **презумпцію правомірності правочину**. Ця презумпція означає, що вчинений правочин вважається правомірним, тобто таким, що породжує, змінює або припиняє цивільні права й обов'язки, доки ця презумпція не буде спростована, зокрема, на підставі рішення суду, яке набрало законної сили. Таким чином, у разі неспростування презумпції правомірності договору (а у випадку, що переглядається, у зв'язку зі скасуванням судового рішення) всі права, набуті сторонами правочину за цим договором, повинні безперешкодно здійснюватися, а створені обов'язки підлягають виконанню.

Відтак ухвалення судом рішення про недійсність договору іпотеки, яке згодом було скасоване, не спростовує презумпції правомірності правочину, а договір іпотеки (права й обов'язки сторін) залишається чинним з моменту його первинної реєстрації в Державному реєстрі іпотек.

Отже, суд дійшов правильного висновку про збереження обтяження майна іпотекою внаслідок скасування рішення суду про виключення з Державного реєстру іпотек запису про обтяження цього майна іпотекою та про поширення на ОСОБУ_1 відповідно до ст. 23 Закону України «Про іпотеку» статусу іпотекодавця за іпотечним договором, враховуючи, що до нього перейшло право власності на квартиру, яка є складовою частиною будинку – предмета іпотеки.

Підсумовуючі наведене, слід зазначити, що на сьогодні немає нормативно-правового акта, який містив би визначення терміна «презумпція правомірності». Термінологічна конструкція «презумпція правомірності» на сьогодні трапляється в таких нормативно-правових актах, як Цивільний і Податковий кодекси України [6]. Презумпція правомірності правочину є складною правовою категорією, і незважаючи на те, що вона передбачена загальними засадами цивільного законодавства, вона є багатоаспектним явищем і не викликає сумнівів, що вона потребує подальших глибоких наукових досліджень.

Список використаної літератури:

1. *Котуха О. С.* Класифікація та характеристика окремих видів юридичних презумпцій // Європейські перспективи. – 2012. – № 2. – Ч. 1.

2. *Кельман М. С., Мурашин О. Г.* Загальна теорія держави і права: підручник / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. – К.: Кондор, 2006. – 477 с.

3. *Клейнман А. Ф.* Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе / А. Ф. Клейнман. – М. : Изд– во АН СССР, 1950. – 340 с.

4. *Юдельсон К. С.* Проблема доказывания в советском гражданском процессе / К. С. Юдельсон. – М.: Госюриздат, 1951. – 295 с.

5. *Постанова* Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 13 травня 2015 року [Електронний ресурс]. –Режим доступу: http://oda.court.gov.ua/sud1590/stat/6-63cs15/.

6. *Щодо терміна* «презумпція правомірності» (витяг) //Лист Мін'юста України від 6.4.2011 № 3192-0-4-11-19.

The article investigates the peculiarities of application of Art. 204 of the Civil Code of Ukraine, which establishes a presumption of legitimacy of the transaction, sufficient attention is paid to foreclosure on the mortgage subject to recognition of the presumption of legality of the transaction. Studied the legal consequence of spreading of status of the mortgagor under the mortgage agreement on individuals in accordance with article 23 of the Mortgage Law of Ukraine.

Статья посвящена исследованию особенностей применения ст. 204 ГК Украины, которая закрепляет презумпцию правомерности сделки, достаточное внимание уделено обращению взыскания на предмет ипотеки при условии признания презумпции правомерности сделки. Исследованы правовые последствия распространения на лицо в соответствии со ст. 23 Закона Украины «Об ипотеке» статуса ипотекодателя по ипотечному договору.

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЖИТЛО ПРАЦІВНИКІВ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

Литвин Д. О.,
науковий співробітник відділу проблем договірного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано стан нормативно-правового забезпечення працівників органів внутрішніх справ житлом у рамках діючого законодавства та окреслено шляхи вдосконалення нового закону в даній сфері.

Ключові слова: житлове забезпечення, працівники органів внутрішніх справ, поліцейський, право на житло.

Державний озброєний орган виконавчої влади, який захищає життя, здоров'я, права і свободи громадян, власність, природне середовище, інтереси суспільства і держави від протиправних посягань протягом тривалого часу залишається один на один з проблемою житлового забезпечення своїх працівників.

У ст. 22 Закону України «Про міліцію» законодавчо закріплене завдання держави забезпечувати житлом працівників міліції [1]. Дана норма прописана і в новому Законі України «Про Національну поліцію», проте на сьогодні стан забезпечення правоохоронців житлом залишається на вкрай низькому рівні. Незважаючи на чисельні заходи, які вживаються законодавчою та виконавчою гілками влади нашої країни щодо вирішення даного житлового питання, все ж воно залишається чи не найгострішою соціально-економічною проблемою, зокрема для міліціонерів та їх сімей.

Проблемні питання забезпечення окремих категорій громадян житлом були предметом досліджень чисельних вітчизняних науковців, зокрема: М. І. Ануфрієва, О. М. Бандурки, Н. Б. Болотіної, В. С. Венедіктова, М. К. Галянтича, М. В. Джиги, М. І. Іншина, О. В. Лавриненка, О. Я. Лапки, К. Ю. Мельника, В. М. Плішкіна, О. В. Романов, Ю. О. Сердюк та інших.

Мета і завдання статті: проаналізувати систему нормативно-правових актів, які регулюють житлове забезпечення працівників органів внутрішніх справ, та окреслити шляхи вдосконалення діючого законодавства для тих верст населення, які потребують поліпшення житлових умов.

Правові та організаційні засади щодо будівництва (придбання) житла для осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ та членів їх сімей регламентуються Основним Законом, Житловим кодексом Української РСР, законами України та Постановами Верховної Ради України, Указами Президента України, Постановами Кабінету Міністрів України, а також іншими законодавчими і нормативними актами. Варто зупинитися на деяких окремо.

Відповідно до ст. 46 Конституції України [2] усі громадяни України мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом.

Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними.

Як зазначено у ст. 47 Основного Закону кожен має право на житло, громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону. Ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду.

Деякі із статей Житлового кодексу України, який регулює загальні питання управління житловим фондом, надання жилих приміщень у будинках державного і громадського житлового фонду, користування різними видами жилих приміщень, забезпечення схоронності житлового фонду, його експлуатацію та ремонт, питання відповідальності за порушення житлового законодавства та вирішення житлових спорів, безпосередньо присвячені регулюванню певних питань житлового забезпечення осіб рядового та начальницького складу ОВС. Наприклад, у ст. 125 цього нормативного акта зазначено, що інваліди з числа осіб рядового і начальницького складу органів Міністерства

внутрішніх справ України, які стали інвалідами внаслідок поранення, контузії або каліцтва, що їх вони дістали при виконанні службових обов'язків, не можуть бути виселені із службових жилих приміщень без надання іншого жилого приміщення [3].

Так, ст. 22 Закону України «Про міліцію» говорить про те, що працівники міліції користуються пільгами при розподілі житла, мають право на одержання кредитів на індивідуальне і кооперативне житлове будівництво в розстрочку на 20 років з погашенням 50 процентів наданої позики за рахунок відповідних фондів Міністерства внутрішніх справ України і місцевих бюджетів, жила площа їм надається місцевими радами, відповідними міністерствами та відомствами у першочерговому порядку, за користування житлом та комунальними послугами працівникам міліції та членам їх сімей надається 50-відсоткова знижка. Працівники міліції, які живуть і працюють у сільській місцевості та в селищах міського типу, і члени їх сімей, які проживають з ними, забезпечуються безплатно житлом з опаленням і освітленням за встановленими нормами. Місцеві ради можуть продавати на пільгових умовах житло працівникам міліції із знижкою до 50 відсотків його вартості. Міліція може мати службовий житловий фонд [1]. Наразі дані норми вказаного закону носять декларативний характер і причиною тому є незадовільне бюджетне фінансування житлового фонду стосовно осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ.

У ст. 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20 грудня 1991 р. № 2011-XII вказано, що держава забезпечує військовослужбовців жилими приміщеннями, які мають відповідати вимогам житлового законодавства. Військовослужбовцям, які мають вислугу на військовій службі 20 років і більше, та членам їх сімей надаються жилі приміщення для постійного проживання. Такі жилі приміщення надаються їм один раз протягом усього часу проходження військової служби. У разі відсутності службового жилого приміщення орган внутрішніх справ зобов'язаний орендувати житло для забезпечення ним працівника ОВС та членів його сім'ї або за його бажанням виплачувати йому грошову компенсацію за піднайом (найом) жилого приміщення. Особам, звільненим зі служби і визнаним інвалідами внаслідок поранення, контузії, каліцтва, одержаних під час виконання службових обов'язків, або захворювання, одержаного під час проходження служби, жилі приміщення в населених пунктах, обраних ними для проживання з урахуванням встановленого порядку, надаються позачергово за рахунок ОВС або органів виконавчої влади, в яких вони перебувають на обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов. У позачерговому порядку в разі потреби поліпшення житлових умов надаються жилі приміщення сім'ям працівників ОВС, які загинули (померли) або пропали безвісти під час проходження служби, за місцем їх перебування на обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов [4].

На виконання попередньо розглянутого в статті законодавства в четвертому скликанні Верховної Ради України депутати розробили Проект Закону України «Про надання житлових позик військовослужбовцям, особам начальницького та рядового складу органів внутрішніх справ та деяким іншим особам» від 22.11.2005 р. № 8485, яким запропонували новий механізм забезпечення працівників органів внутрішніх справ житлом. Відмінністю законопроекту, що подавався, від інших аналогічних законопроектів та чинних нормативних актів України було те, що ним передбачалося надання особам начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяким іншим особам саме житлових позик, а не кредитів, тобто безвідсоткових позик для житлового будівництва або придбання квартири чи індивідуального житлового будинку. Проте цей акт викликав застереження, зміст яких полягав у вказівці на невизначеність джерел фінансування надання житла, спірність створення вказаної уповноваженої спеціалізованої установи та розглянутий не був.

До позитивної сторони проекту доцільно віднести його основну ідею – вирішення житлової проблеми шляхом надання позик. Питання постає у формуванні механізму надання. Доцільно використовувати диверсифіковані джерела фінансування – і держави, і самих працівників органів внутрішніх справ, і приватних осіб. Разом з тим використання зазначених джерел фінансування також є проблемним. Так, залучення до фінансування житла працівників органів внутрішніх справ коштів юридичних осіб приватного права, як за умов кредитування, сприятиме сплаті працівниками процентів та інших витрат, пов'язаних із взяттям кредиту. Якщо ж розходи компенсуватиме держава, то вони будуть додатковими витратами для неї.

Залучення коштів тільки держави не надає можливості вирішити проблему забезпечення житлом працівників органів внутрішніх справ, а придбання житла за власні кошти працівниками навряд уявляється можливим, на чому неодноразово наголошувалось керівництвом Міністерства внутрішніх справ України.

У Постанові Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань «Про стан забезпечення житлом та іншими гарантіями соціального захисту військовослужбовців, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяких інших осіб» від 23.02.2006 р. здійснено аналіз сучасного стану житлового забезпечення цих категорій осіб. Учасники парламентських слухань зазначили, що законодавча база у питанні забезпечення житлом працівників правоохоронних органів та їхніх сімей є недосконалою та не містить ефективних гарантій проти нецільового використання

коштів, отриманих на будівництво чи закупівлю житла, правових механізмів захисту від усталених у цій сфері зловживань, а створена Кабінетом Міністрів України система фінансування Комплексної програми забезпечення житлом військовослужбовців та членів їх сімей (про яку йтиметься далі) виявилася недієздатною. Як наслідок такого правового безладдя – кошти Державного бюджету України в багатьох випадках або використовувалися не за призначенням, або розкрадалися. Крім того, в цій постанові надано відповідні рекомендації Президенту України, Кабінету Міністрів України, відповідним міністерствам (Міністерству оборони України, Міністерству внутрішніх справ України, Міністерству України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи, Службі безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Зовнішній розвідці України, Управлінню державної охорони України, Державній податковій адміністрації України, Державному департаменту України з питань виконання покарань) та органам місцевого самоврядування [5].

Нормативно-правовою основою забезпечення житлом міліціонерів та членів їх сімей стала Комплексна програма забезпечення житлом військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу, посадових осіб митної служби та членів їх сімей, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 29.11.99 р. № 2166 на виконання Указу Президента України «Про Комплексну програму забезпечення житлом військовослужбовців та членів їх сімей» від 2 жовтня 1999 р. № 1262, яку було переглянуто Урядом і затверджено постановою від 23.09.2015 р. № 728 в новій редакції. Проте на стан її виконання суттєво впливають невиконання встановлених законом бюджетних призначень, неефективна управлінська та нормотворча діяльність Уряду, центральних та місцевих органів виконавчої влади (без належного нормативного врегулювання Кабінетом Міністрів України залишилися питання кредитування будівництва житла та виплати грошової компенсації громадянам, що значно гальмує процес забезпечення житлом), невжиття Урядом усіх необхідних заходів з пошуку і застосування нових шляхів вирішення існуючих проблем у сфері будівництва (придбання) житла для правоохоронців (незважаючи на те, що фінансових ресурсів для виконання Програми не вистачало, а з передбачених Програмою додаткових джерел фінансування, зокрема довгострокового пільгового та іпотечного кредитування, випуску житлових сертифікатів, облігацій, цінних паперів тощо, упродовж десяти років кошти на будівництво (придбання) житла не залучалися, внесені Кабінетом Міністрів України протягом цього періоду зміни до Програми стосувалися лише збільшення кількості міністерств і відомств, для працівників яких планувалося побудувати житло за рахунок державного бюджету, а також планових статистичних показників без будь-якого коригування джерел фінансування) [6].

Чимало відомчих нормативних актів Міністерства внутрішніх справ України, таких як наказ МВС «Про надання службових жилих приміщень і користування ними особами рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ України» від 10 вересня 2004 р. № 1039 [7], наказ МВС «Про затвердження положень про Центральну житлову комісію та комісію з розподілу житлової площі в гуртожитках Міністерства внутрішніх справ України» від 27 серпня 2014 р. № 873 [8] та інші визначають порядок: надання службових жилих приміщень особам рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ України та військовослужбовцям внутрішніх військ МВС України в будинках державного і громадського житлового фонду; користування ними; виселення із службових жилих приміщень; забезпечення службовими жилими приміщеннями військовослужбовців внутрішніх військ МВС України.

Однак, незважаючи на нормативне, зокрема законодавче закріплення прав та пільг працівників органів внутрішніх справ щодо житлового забезпечення, реальний стан справ у цій сфері хотілося б набагато покращити.

Таким чином, зробимо деякі висновки та визначимо перспективи подальшого дослідження.

Складно повною мірою усебічно дослідити проблему вдосконалення правових механізмів забезпечення працівників органів внутрішніх справ житлом, можливість їх запровадження та можливі наслідки реалізації. Разом з тим на сьогодні пошук таких механізмів здійснюється, як здійснюються і спроби законодавчо встановити нові підходи до вирішення проблеми забезпечення житлом.

Такий стан справ створює соціальну напругу у трудових колективах ОВС, а головне знижує престиж служби в органах внутрішніх справ, що, в свою чергу, є основною причиною відтоку висококваліфікованих кадрів.

З листопада 2015 р. в країні набув чинності Закон України «Про Національну поліцію» [9], внесений Кабінетом Міністрів України на розгляд Верховної Ради України в рамках реформування органів внутрішніх справ та відповідно до Плану заходів з виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України та Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» у 2015 р., затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 04 березня 2015 р. № 213-р.

Даний нормативно-правовий акт визначає правові засади організації та діяльності Національної поліції України, статус поліцейських, а також порядок проходження їхньої служби. Зокрема, ст. 96 даного закону про житлове забезпечення поліцейських демонструє нам готовність держави будь-якими інструментами реалізувати право працівників поліції на житло.

Регулювання правових відносин у сфері забезпечення соціальних гарантій працівників органів внутрішніх справ, таких як право на житло, здійснюється шляхом внесення відповідних змін та доповнень до існуючих законів та нормативно-правових актів. А тому пропонується доповнити ст. 96 Закону України «Про Національну поліцію» ч. 6 такого змісту: «Поліцейські мають право на пільгове довгострокове кредитування на отримання житла з погашенням відсотків за кредит за рахунок державного бюджету. У разі звільнення поліцейського за негативними підставами з поліції особа, яку було звільнено з поліції, зобов'язана повернути державі кошти, витрачені на погашення відсотків по кредиту».

Водночас залишаються невирішеними вищевказані питання, оскільки частина правових актів реалізується не у повному обсязі, а інші – взагалі не діють, зокрема, в бюджеті відсутнє фінансування Державної програми по наданню фінансової підтримки для будівництва житла «Доступне житло», що є предметом для подальшого дослідження.

Список використаної літератури:

1. *Закон України* «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. № 565-XII // Вісник Верховної Ради України. – 1991. – № 4. – Ст. 20 (зі змінами).

2. *Конституція України* // Вісник Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

3. *Житловий кодекс* України від 30.06.1983 р. // Вісник Верховної Ради УРСР. – 1983. Додаток до № 28. – Ст. 573.

4. *Закон України* «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20.12.1991 р. // Вісник Верховної Ради України. –1992. –№ 15. – Ст. 190.

5. *Про Рекомендації* парламентських слухань «Про стан забезпечення житлом та іншими гарантіями соціального захисту військовослужбовців, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяких інших осіб» від 23.02.2006 р. /Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

6. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про Комплексну програму забезпечення житлом військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, кримінально-виконавчої системи, службових осіб митних органів та членів їх сімей» від 29.11.1999 р., № 2166 / Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

7. *Наказ* МВС України «Про надання службових жилих приміщень і користування ними особами рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ України та військовослужбовцями внутрішніх військ» від 10.09.2004 р. № 1039 /Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

8. *Наказ* МВС України «Про затвердження положень про Центральну житлову комісію та комісію з розподілу житлової площі в гуртожитках Міністерства внутрішніх справ України» від 27.08.2014 р. № 873 / Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

9. *Закон України* «Про Національну поліцію» від 02.07.2015 р. / Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

The article analyzed the legal provision of law enforcement officers housing within existing legislation and ways of improving the new law in this area.

В статье проанализировано состояние нормативно-правового обеспечения работников органов внутренних дел жильем в рамках действующего законодательства и намечены пути совершенствования нового закона в данной сфере.

ОБ'ЄДНАННЯ ВЛАСНИКІВ ЖИТЛА ЯК ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВА ФОРМА ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ТА ЖИТЛОВО-ЕКСПЛУАТАЦІЙНА ОРГАНІЗАЦІЯ

Примак В. Д.,
доктор юридичних наук, завідувач лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті визначено основні ознаки об'єднання власників житла (насамперед об'єднання співвласників багатоквартирного будинку) або інших об'єктів нерухомості як організаційно-правової форми юридичної особи.

Ключові слова: об'єднання власників, юридична особа, відповідальність співвласників, нерухоме майно, житло, організаційно-правова форма.

Нині однією з актуальних проблем правового регулювання житлових відносин є адекватне приватним інтересам фізичних та юридичних осіб, а також публічним інтересам держави і суспільства законодавче закріплення правового статусу об'єднань власників житла. При цьому, незважаючи на велику кількість наукових праць, присвячених означеному питанню, у правовій науці значною мірою нерозв'язаною залишається проблема вичерпної конкретизації ознак відповідної організаційно-правової форми юридичної особи. Водночас у літературі, вочевидь, недостатньо висвітлено питання про можливість та юридичне значення віднесення вищезгаданих об'єднань до житлово-експлуатаційних організацій. Тож з огляду на зазначене метою пропонованої статті є вироблення авторського підходу до вирішення порушених проблем.

Як відомо, первісно ст. 385 ЦК України визнавала можливість створення двох окремих видів об'єднань власників житла – об'єднань власників житлових будинків та об'єднань власників квартир у багатоквартирному будинку. Згодом український законодавець відмовився від прихильного ставлення до ідеї множинності форм вияву вищезгаданих об'єднань і нині закріплює лише один різновид такого роду юридичних осіб – об'єднання співвласників багатоквартирного будинку (ОСББ), діяльність якого унормована ст. 385 ЦК України, Законом України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» (Закон про ОСББ) і Законом України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» (Закон про здійснення права власності). Натомість питання, що стосуються правового статусу, порядку створення, функціонування і припинення об'єднань власників житлових будинків (зокрема власників будинків садибного типу), так і залишилися невизначеними.

Законодавець, первісно приділивши увагу двом різновидам об'єднань власників житла, утримався від спроб регламентації (хоча б через згадку про можливість створення відповідних юридичних осіб) ширшого кола подібних відносин – йдеться про наявність об'єктивних передумов для законодавчого впорядкування діяльності об'єднань власників різних об'єктів нерухомості, включно з тими, що не мають жодного відношення до житла. Втім, власники таких об'єктів також можуть потребувати запровадження сталих організаційно-правових механізмів узгодження взаємно пов'язаних інтересів щодо ефективного використання належного цим власникам майна – надто коли воно об'єднано однією технічною інфраструктурою на кшталт транспортних комунікацій, спільного енергогосподарства та інших складових єдиної системи життєзабезпечення. До речі, майнові інтереси власників згаданих об'єктів інфраструктури, безперечно, могли б бути так само враховані у межах загальної для об'єднань власників нерухомого майна організаційно-правової форми.

Об'єднання власників житла можна визначити як юридичну особу, створену, відповідно, або власниками житлових будинків, або власниками квартир та/або нежитлових приміщень у багатоквартирному будинку з метою забезпечення експлуатації та використання зазначеного житла та пов'язаного з ним спільного майна власників. Поширеною є думка, згідно з якою такі об'єднання належать до непідприємницьких товариств, що мають створюватися у спеціальній організаційно-правовій формі об'єднання співвласників [1, с. 252–269; 2, с. 338–363; 3, с. 113–118]. Проте, що вирішальною мірою вирізняє зазначені юридичні особи з-поміж інших?

Закон про ОСББ визначає: якщо статутом об'єднання не встановлено інший порядок визначення кількості голосів, що належать співвласникам на загальних зборах, кожний співвласник (його представник) під час голосування на них має кількість голосів, пропорційну до частки загальної площі квартири або нежитлового приміщення співвласника у загальній площі всіх квартир та нежитлових приміщень, розташованих у багатоквартирному будинку. Якщо одна особа є власником квартир (квартири) та/або нежитлових приміщень, загальна площа яких становить більш як 50 відсотків загальної площі всіх квартир та нежитлових приміщень багатоквартирного будинку, кожний співвласник має один голос незалежно від кількості та площі квартир або нежитлових приміщень, що перебувають у його власності.

У такий спосіб встановлюється загалом адекватний майновим інтересам і ризикам кожного власника спосіб визначення обсягу прав учасників ОСББ щодо здійснення управління цією юридичною особою. Наведений підхід надає можливість: а) врахувати основоположний для цієї організаційно-правової форми майновий інтерес, який стосується якомога більш ефективної реалізації можливостей співвласників щодо використання належних їм однотипних, але подекуди вельми відмінних за своїм економічним значенням (яке насамперед визначається площею того чи іншого приміщення) об'єктів нерухомості; б) збалансувати зазначений майновий інтерес «домінуючих» співвласників не тільки з однорідними майновими, а й також з переважаючими з погляду моральних засад суспільства особистими немайновими інтересами інших співвласників та членів їх сімей щодо використання належного їм житла для задоволення своїх першочергових життєвих потреб. Завдяки цьому вдалося оптимально поєднати притаманний об'єднанням власників нерухомості принцип пропорційності прав і обов'язків кожного власника розміру його майнової участі з природним для

непідприємницьких товариств принципом визначення обсягу організаційно-управлінських повноважень учасників: «одна особа – один голос».

Більше того, реалізована концепція виглядає прийнятною і для гіпотетичного «нежитлового» об'єднання власників, створеного як непідприємницьке товариство, тобто без мети одержання і розподілу прибутку. Адже за наявності такої мети власники зазначеного об'єднання мають змогу створити певне господарське товариство або укласти договір про спільну діяльність.

Цілком прийнятним для поширення на «нежитлові» об'єднання є й встановлений Законом про ОСББ єдино справедливий (оскільки є орієнтованим на утвердження пропорційності саме у майнових відносинах) порядок визначення обсягу майнової участі учасників: у ОСББ частка співвласника у загальному обсязі внесків і платежів на утримання, реконструкцію, реставрацію, проведення поточного і капітального ремонтів, технічного переоснащення спільного майна у багатоквартирному будинку встановлюється пропорційно до загальної площі квартири (квартир) та/або нежитлових приміщень, що перебувають у його власності.

Примітно, що в Законі про ОСББ законодавець уникає визначення особливостей цивільно-правової відповідальності співвласників за зобов'язаннями об'єднання. Напевно, річ у тім, що це надзвичайно дражливе для політиків питання у світовому досвіді вирішується вельми жорстко – через запровадження субсидіарної, а на додаток ще й нерідко солідарної, відповідальності власників квартир, що входять до кондомініуму [2, с. 14, 71]. Звичайно, в українських реаліях чесне озвучування такої ймовірності здатне було б наразити на поразку саму ідею впровадження ОСББ. Однак непідприємницький характер останніх, відсутність у них майнових фондів (на кшталт статутного капіталу), спроможних гарантувати інтереси кредиторів, у поєднанні з необхідністю самостійного несення співвласниками подекуди явно непомірного матеріального тягаря щодо забезпечення належного стану багатоквартирних будинків фактично не залишають можливості використання інших (альтернативних субсидіарній відповідальності співвласників своїм власним майном) достатньо дієвих інструментів для забезпечення інтересів кредиторів ОСББ.

З іншого боку, законодавець передбачає відповідальність співвласників за акти, вчинення яких відбувалося поза волевиявленням зазначених осіб, і за шкоду, яка не може бути поставлена їм у провину. Так, ч. 1 ст. 8 Закону про здійснення права власності визначає, що співвласники несуть відповідальність за шкоду, заподіяну третім особам у результаті невиконання або неналежного виконання своїх обов'язків як співвласників; відповідальність кожного співвласника визначається пропорційно до його частки співвласника. Однак у даному випадку запроваджується механізм деліктної відповідальності, який нехтує можливістю існування ОСББ як безпосереднього боржника у відповідному позадоговірному зобов'язанні.

Крім того, ч. 2 тієї самої статті вочевидь суперечить принципу правової визначеності й відкриває шлях до різного роду зловживань: «Обсяг зобов'язань та відповідальності кожного співвласника за договором, який є обов'язковим для всіх співвласників, визначається пропорційно до його частки співвласника. Співвласник звільняється від відповідальності за договором, який є обов'язковим для всіх співвласників, якщо доведе, що належним чином виконав відповідні обов'язки співвласника». Проте чи є обов'язковим для всіх співвласників договір, укладений без прямого волевиявлення кожного з них – наприклад, коли головою правління ОСББ було укладено кредитний договір? Вважаємо, що ні.

Згідно із Законом про ОСББ потреби щодо утримання та експлуатації багатоквартирного будинку, зокрема у частині проведення ремонтів і споживання житлово-комунальних послуг, об'єднання за рішенням загальних зборів може задовольняти: самостійно шляхом самозабезпечення; через визначення управителя та виконавців окремих житлово-комунальних послуг, з якими усі співвласники укладають відповідні договори; виступаючи колективним споживачем (замовником) усіх або частини житлово-комунальних послуг. Отже, за певних обставин ОСББ постає як житлово-експлуатаційна організація (ЖЕО), тобто юридична особа, яка на постійній основі здійснює функції з утримання житлових будинків і прибудинкових територій.

ЖЕО вирізняються з-поміж решти юридичних осіб винятково за характером своєї діяльності – основним їх завданням є забезпечення експлуатації та ремонту жилих і нежилих приміщень, будинків і споруд, а також утримання прилеглої до них території. Законодавець не закріплює певного переліку організаційно-правових форм та видів юридичних осіб, у яких можуть створюватися і функціонувати ЖЕО, а так само не встановлює для них спеціальної (цільової) правоздатності. Найчастіше ЖЕО, що обслуговують будинки, які належать до державної або комунальної власності, функціонують у формі передбачених ГК України державних або комунальних підприємств, а ЖЕО, що обслуговують будинки приватного житлового фонду – як товариства з обмеженою відповідальністю. Дедалі більшого поширення набуває така функціонально-видова назва ЖЕО, як «керуюча (управляюча) компанія». У разі якщо окремі види діяльності у сфері житлово-комунального господарства підлягають ліцензуванню, їх провадження передбачає попереднє отримання ЖЕО, яка є їх виконавцем або виробником, відповідної ліцензії.

Отже, ОСББ завжди є житлово-експлуатаційною організацією, оскільки постає як балансоутримувач принаймні одного багатоквартирного будинку, вправі здійснювати функції його управителя, а за

певних обставин також і виконавця або виробника житлово-комунальних послуг. Тому правовий статус ОСББ як ЖЕО визначатиметься переважно відповідними нормами Закону України «Про житлово-комунальні послуги». При цьому складається ситуація, за якої ОСББ як управитель або виконавець означених послуг має укладати зі співвласниками споживчі договори на основі типових договорів, передбачених згаданим законом.

На нашу думку, аналогічно до органічності ймовірного виконання безпосередньо ОСББ тих завдань, що зазвичай покладаються на ЖЕО, природною функцією об'єднання власників інших (відмінних від приміщень у багатоквартирному будинку) об'єктів нерухомості слід визнати технічне забезпечення їх належного (відповідного меті створення цих об'єктів та потребам їх власників) функціонування.

На підставі викладеного можна дійти таких висновків.

1. Особливості суспільних відносин з приводу володіння, використання і розпорядження об'єктами нерухомості та супутньої інфраструктури, які належать різним власникам і у сукупності становлять певний взаємно пов'язаний майновий комплекс, зумовлюють об'єктивну необхідність у законодавчому закріпленні загальної організаційно-правової форми юридичної особи, орієнтованої на справедливе узгодження інтересів власників щодо забезпечення ефективної експлуатації належного їм нерухомого майна та пов'язаних з ним інфраструктурних об'єктів.

2. Вітчизняний законодавець у ст. 385 ЦК України і Законі України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» обмежився закріпленням ознак вищезазначеної організаційно-правової форми юридичної особи лише щодо ОСББ. Тим самим було створено істотну прогалину в правовому регулюванні, яка охоплює і визначення ймовірних форм існування інших об'єднань власників житла (будинків садибного типу зокрема).

3. Конститутивними ознаками об'єднання власників об'єктів нерухомості (у тому числі й житла) як організаційно-правової форми юридичної особи слід вважати: а) наявність спільного інтересу власників кількох різних, однак функціонально поєднаних об'єктів нерухомого майна щодо забезпечення належного функціонування цього об'єктивно існуючого майнового комплексу – зокрема з огляду на перебування частини відповідної нерухомості у спільній власності; б) визначення обсягу прав власників щодо управління нею та обов'язків щодо фінансування її діяльності, як правило, відповідно до розміру (площі) або функціональної значимості належних конкретному власнику об'єктів нерухомості та життєзабезпечення; в) необов'язковість створення спеціальних майнових фондів гарантування інтересів кредиторів та закріплення натомість додаткової, пропорційної майновим часткам учасників часткової або солідарної відповідальності учасників об'єднання за його зобов'язаннями.

На додачу до наведених ознак об'єднання власників житла (ОСББ насамперед) залежно від особливостей національного механізму правового регулювання можуть вирізнятися: а) поширенням тією чи іншою мірою на організаційно-управлінські відносини у межах об'єднання принципу «одна особа – один голос»; б) відсутністю фіксованого членства у цій юридичній особі співвласників багатоквартирного будинку, участь яких у відповідному непідприємницькому товаристві має передусім функціональний, а не організаційний характер, і у цьому розумінні немов не залежить від волевиявлення конкретного співвласника.

4. ОСББ може вважатися житлово-експлуатаційною організацією, оскільки є безпосереднім балансоутримувачем багатоквартирного будинку і може здійснювати функції управителя відповідного житлового комплексу або виконавця житлово-комунальних послуг.

Список використаної літератури:

1. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права / І. М. Кучеренко. – К.: Юридичне видавництво «Аста», 2004. – 328 с.

2. *Галянтич М. К.* Теоретико-правові засади реалізації житлових прав громадян в умовах ринкових перетворень: монографія / М. К. Галянтич. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2006. – 512 с.

3. *Кочин В. В.* Непідприємницькі товариства як юридичні особи приватного права : монографія / В. В. Кочин. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – 200 с.

4. *Guidelines* on Condominium Ownership of Housing for Countries in Transition [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unece.org/index.php?id=10982.

This article identifies the main characteristics housing owners or other real estate owners associations (particularly associations co-owners of apartment building) as an organizational and legal form of legal entity.

В статье определены основные признаки объединения собственников жилья (прежде всего объединения сособственников многоквартирного дома) либо других объектов недвижимости как организационно-правовой формы юридического лица.

ЗВІЛЬНЕННЯ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ ВІД ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

Беляневич О. А.,
доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка. Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено особливостям застосування норм Господарського кодексу України про звільнення суб'єкта господарювання від господарсько-правової відповідальності за неналежне виконання зобов'язання внаслідок дії непереборної сили (надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності) та настання обставин (форс-мажору), які відповідно до договору виключають таку відповідальність.

Ключові слова: правовий господарський порядок, звільнення від господарсько-правової відповідальності, непереборна сила, обставини юридичного форс-мажору.

Правовий господарський порядок як певний результат, як стан упорядкованості (організованості) відносин, в тому числі договірних, значною мірою залежить від встановленого для сфери господарювання правового режиму, під яким розуміється особлива, цілісна система регулятивного впливу із специфічними прийомами регулювання – особливим порядком виникнення прав та обов'язків, їх здійснення, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією єдиних принципів, загальних положень, які поширюються на певну сукупність норм [1, с. 245]. В цій системі особливе місце належить нормам про відповідальність суб'єктів господарювання.

Як відомо, динаміка договірних відносин пов'язується із формами реалізації права – дотриманням норм права (невчиненням дій, що заборонені законом), виконанням (вчиненням активних дій по виконанню визначених законом або договором обов'язків), використанням норм права суб'єктами на власний розсуд (вчиненням активних дій, дозволених або незаборонених правом). Це, по суті, відображено в ч. 3 ст. 5 ГК України, якою встановлено, що суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового порядку, додержуючись вимог законодавства. Господарський правовий порядок в договірних відносинах залежить не лише від реалізації норм чинного законодавства, а й від дотримання індивідуальних правил поведінки, які встановлені сторонами договору. З огляду на це норми про господарсько-правову відповідальність, основні функції якої – компенсаційна та попереджувальна, є важливою складовою нормативного забезпечення правового порядку в договірних відносинах. Тому звільнення суб'єкта господарювання від відповідальності за порушення договірного зобов'язання слід розглядати як *екстраординарну* ситуацію, яка потребує точної юридичної кваліфікації певних дій та подій з тим, щоб був досягнутий компроміс між вимогами законності та правового порядку, з одного боку, та приватними інтересами однієї із сторін зобов'язання – боржника, з іншого боку. Не випадково єдиною обставиною, яка звільняє учасника господарських відносин від відповідальності за порушення договірного зобов'язання, законодавець визнає дію непереборної сили (ч. 2 ст. 218 ГК України).

Збройна агресія проти України, яка призвела до руйнації господарських зв'язків, та її негативні наслідки в економічній сфері актуалізували проблему звільнення суб'єкта господарювання від відповідальності за порушення договірних зобов'язань, практика ж господарських судів виявила деякі складнощі у тлумаченні та застосуванні норм ч. 2 ст. 218 ГК України, з огляду на що *метою цієї статті* є з'ясування змісту зазначеної норми та виявлення особливостей дії непереборної сили як специфічного юридичного факту, з яким пов'язується припинення охоронних правовідносин (відносин господарсько-правової відповідальності).

У разі якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилося неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто *надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності.* Не вважаються такими обставинами, зокрема, порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів (ч. 2 ст. 218 ГК). Під даними умовами господарювання слід розуміти, на нашу думку, саме *усталені* умови господарювання, що характеризуються правовою визначеністю та юридичною стабільністю (тобто встановлений законодавством відповідний правовий режим у певній сфері господарювання).

І в Господарському, і в Цивільному кодексі України (ст. 617) непереборна сила визнається підставою звільнення від відповідальності. *При дії непереборної сили вина боржника відсутня* [2, с. 842].

В ст. 218 ГК відтворено традиційну для вітчизняного законодавства конструкцію непереборної сили: подія має бути одночасно надзвичайною та невідворотною. Непереборну силу не лише не

можна передбачити, а й не можна запобігти їй будь-якими доступними для особи засобами навіть тоді, коли особа могла передбачити дію непереборної сили [3, с. 116].

Ознака об'єктивної невідворотності означає, що негативному впливу подій на зобов'язання неможливо було запобігти за допомогою доступних боржнику в конкретних умовах його діяльності засобів. *Надзвичайність* означає, що така подія виходить за межі звичайних умов (обставин) здійснення господарської діяльності. При цьому надзвичайні обставини можуть мати як загальний характер і настати для усіх суб'єктів господарювання (наприклад, оголошення війни), так і особливий характер, коли дія певних обставин позначається на господарській діяльності в окремій сфері господарювання чи на окремих суб'єктах (групах суб'єктів) господарювання[1].

Невідворотність обставини пов'язана із *зовнішнім характером* непереборної сили, тобто принциповою неможливістю суб'єкта вплинути на настання чи ненастання певної обставини та контролювати. В міжнародній практиці такий зовнішній характер втілився в конструкцію «обставини поза контролем особи». Так, відповідно до ст. 79 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів сторона не несе відповідальності за невиконання будь-якого із своїх зобов'язань, якщо доведе, що воно було викликане перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору або уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків. Аналогічне правило міститься в ст. 7.1.7 Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА.

Суб'єкт господарювання не звільняється від відповідальності на підставі норм ч. 2 ст. 218 ГК України лише у випадку, коли законом або договором прямо встановлено, що цей суб'єкт відповідає за порушення господарського зобов'язання, незважаючи на дію непереборної сили.

В деяких законодавчих актах, а також у сучасній договірній практиці суб'єктів підприємницької діяльності та юридичній літературі обставини непереборної сили отримали також назву обставин *форс-мажору*. Разом з тим, за розумінням ст. 218 ГК, слід розрізняти непереборну силу як обставину, яка об'єктивно (в силу прямої вказівки закону) усуває відповідальність, та форс-мажор, тобто обставину, яка звільняє від відповідальності настільки, наскільки це передбачено договором. Відповідно, до обставин непереборної сили можна віднести лише доволі вузький перелік виняткових, абсолютно непередбачуваних та невідворотних ситуацій, як правило, природного (стихійного) характеру (землетруси, повені, урагани тощо), а також найбільш екстремальні явища суспільного характеру (військові дії, революції, збройні заколоти) [5, с. 691–692]. Проте в українському законодавстві та правозастосовній практиці непереборна сила та обставини форс-мажору послідовно не розмежовуються.

Частиною 2 ст. 14[1] Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» форс-мажорними обставинами (обставинами непереборної сили) визнаються *надзвичайні та невідворотні обставини*, що об'єктивно унеможливлюють виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами.

В частині 2 ст. 14[1] Закону «Про торгово-промислові палати в Україні» обставини непереборної сили класифіковані за критерієм *дії зовнішніх сил природи* і викладені у вигляді невичерпних переліків: 1) *обставини, які є об'єктивно* (тобто незалежно від суб'єктивного сприйняття їх сторонами зобов'язання) *надзвичайними та невідворотними* і не зумовлені зовнішніми природними силами[2]. Обставини непереборної сили цього виду можуть бути викликані як зовнішніми – не тільки для кредитора та боржника, а загалом для країни – факторами (наприклад, окупація території країни, анексія території), так і діями держави в особі уповноважених органів (наприклад, примусове вилучення, заборона чи обмеження експорту/імпорту);

2) *обставини, викликані винятковими погодними умовами і стихійним лихом*.

Практикою господарських судів сприйняте розуміння обставин непереборної сили як надзвичайних *та* невідворотних (див п. 46 інформаційного листа Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008 р. № 01-8/211).

---

[1] *Так*, в постанові Вищого господарського суду України від 21.01.2015 р. у справі № 910/6251/14 за позовом публічного акціонерного товариства «Терра Банк» до Головного управління Державної фельд'єгерської служби України про стягнення суми касаційна інстанція зазначила, що соціальна і політична ситуація в Україні та АР Крим, захоплення представниками силового блоку АР Крим приміщення управління Головного управління Державної фельд'єгерської служби України в АР Крим та вилучення цінних відправлень, в тому числі і переданих позивачем за генеральною угодою, особливий період функціонування економіки на території АР Крим, неможливість здійснення відповідачем звичайної службової діяльності на окупованій території АР Крим та міста Севастополь є обставинами непереборної сили відповідно до ст. 617 ЦК та підставою для відмови в позові про стягнення збитків, завданих неналежним виконанням боржником своїх зобов'язань за генеральною угодою, пені та 3 % річних [4].

[2] *Дія* зовнішніх сил природи як непереборна сила є об'єктивно надзвичайною та невідворотною обставиною для будь-якої особи або для конкретного боржника, яка позбавляє його можливості виконати свій обов'язок належним чином [6, с. 456].

Із особливостями дії непереборної сили як юридичного факту, в тому числі виключенням вини боржника, пов'язані особливості визначення предмета судового доказування.

Верховним Судом України на рівні поточної практики сформульовано позицію щодо застосування ст. 218 ГК України. Як зазначено в постанові ВСУ від 10.06.2015 р. у справі № 904/6463/14 за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Агропромислове об'єднання «Старий Крим» до публічного акціонерного товариства «Фортуна-банк» про звільнення від відповідальності за кредитним договором, для звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання згідно зі ст. 617 ЦК України, 218 ГК України особа, яка порушила зобов'язання, повинна довести: 1) наявність обставин непереборної сили; 2) їх надзвичайний характер; 3) неможливість попередити за даних умов завдання шкоди; 4) причинний зв'язок між цими обставинами і понесеними збитками [7].

На нашу думку, така правова позиція ВСУ є достатньо дискусійною, оскільки в її основу покладено традиційну конструкцію повного складу господарського правопорушення, яке є підставою *застосування* до порушника заходів відповідальності. Такий повний склад, як відомо, включає: 1) протиправну поведінку (невиконання чи неналежне виконання зобов'язання); 2) шкоду, заподіяну потерпілому цією поведінкою; 3) причинно-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою та заподіяною шкодою; 4) вину порушника. Застосовується ж він, як виняток, зокрема, при відшкодуванні збитків, для застосування ж господарських санкцій в багатьох випадках достатньо встановлення лише одного факту протиправної поведінки. Тим більше відсутні підстави встановлювати повний склад правопорушення при звільненні суб'єкта господарювання від відповідальності, не дає для цього підстав і буквальне тлумачення норми ч. 2 ст. 218 ГК України.

При застосуванні ч. 2 ст. 218 ГК слід враховувати, що дія обставини непереборної сили має стосуватися *конкретного* правовідношення (його суб'єктів та змісту, тобто прав та обов'язків). Тому при доведенні підстав звільнення від господарсько-правової відповідальності боржник повинен довести: 1) наявність обставин непереборної сили; 2) неможливість належного виконання зобов'язання; 3) причинний зв'язок між цими обставинами та неможливістю належного виконання зобов'язання.

Додатково до норми ч. 2 ст. 218 ГК України законодавець надав сторонам право визначити межі господарсько-правової відповідальності за порушення зобов'язання, в тому числі звільнення від відповідальності, за взаємною згодою на власний розсуд. Зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 219 ГК України сторони зобов'язання можуть передбачити певні обставини, які через надзвичайний характер цих обставин є підставою для звільнення їх від господарської відповідальності у випадку порушення зобов'язання через дані обставини, а також порядок засвідчення факту виникнення таких обставин. Умова договору про форс-мажор є нічим іншим, як обмежувальним застереженням, яке встановлює додаткові порівняно із непереборною силою обставини, настання звільняє суб'єкта господарювання від відповідальності за порушення господарського зобов'язання [4, с. 699].

Зміст цієї норми полягає в тому, що сторони в договорі встановлюють перелік фактичних обставин, які вони вважатимуть надзвичайними для конкретного господарського договірного зобов'язання. При застосуванні цієї норми важливо мати на увазі, що вона надає можливість сторонам надати конкретизацію певним обставинам, які вони, виходячи із свого професійного досвіду, специфіки певного виду господарської діяльності чи певного ринку, вважатимуть такими, що позбавлять їх можливості належного виконання зобов'язання відповідно до умов договору та вимог законодавства.

Обставини, які визначені угодою сторін як форс-мажорні, можуть і не відповідати класичному розумінню непереборної сили, і договірне застереження про форс-мажор виконує функцію презумпції невинуватості сторони, яка може бути спростована в загальному порядку [8, с. 173].

Натомість, свого часу, надаючи рекомендації з питань застосування норм ЦК та ГК України при вирішенні спорів, ВГСУ зазначив, що «поняття «надзвичайності» є оціночним і характеризує об'єктивну якість обставини, незалежну від волі сторін. Отже, сторони не вправі встановлювати на свій розсуд обставини, які носять надзвичайний характер. Разом з тим сторони відповідно до частин першої та другої статті 212 ЦК України можуть обумовити зміну чи припинення прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. Зокрема, такою обставиною може бути і така обставина, що носить надзвичайний характер» (п. 47 інформаційного листа ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008 р. № 01-8/211).

З такою рекомендацією не можна погодитись, оскільки:

1) вона прямо суперечить букві закону, адже в ч. 4 ст. 219 ГК України право сторін передбачити певні обставини надзвичайного характеру є безумовним;

2) ВГСУ помилково ототожнює норми про звільнення від господарсько-правової відповідальності з нормами ст. 212 ЦК України про правочини, щодо яких правові наслідки пов'язуються з настанням певної обставини (відкладальної або скасувальної). Помилковість такого тлумачення полягає в тому, що норми ст. 219 ГК та ст. 212 ЦК належать до різних правових інститутів. Визначальна особливість

правочинів, на які поширюється дія ст. 212 ЦК, полягає в тому, що настання зазначених в ній правових наслідків ставиться в залежність від настання після укладення правочину в майбутньому певних обставин, щодо яких у сторін у момент укладення правочину існує лише відповідна вірогідність появи, незалежно від їх волі, тієї чи іншої *передбачуваної* обставини [9, с. 360]. Іншими словами, відкладальна або скасувальна обставина завжди є передбачуваними сторонами обставинами.

Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства та як основний принцип договірного права означає, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості (ст. 6, ч. 1 ст. 627 ЦК України). При укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству (ч. 4 ст. 179 ГК України). Тому сторони договору, діючи в межах чинного законодавства, в тому числі наданих ч. 4 ст. 219 ГК правових можливостей, можуть узгодити події та обставини, які перебувають поза розумним контролем сторони (*надзвичайні*) та негативні наслідки яких у вигляді невиконання зобов'язання не можуть бути попереджені або подолані розумними зусиллями сторони (*є невідворотними*). Так, сторони договору можуть узгодити не лише звільнення від відповідальності за часткове або неповне невиконання обов'язків за договором внаслідок дії форс-мажорних обставин, а й самі обставини, які вони сприйматимуть як форс-мажор. Так, під форс-мажором сторони можуть розуміти будь-яку подію або обставину поза розумним контролем сторони, що посилається на форс-мажор, внаслідок або в результаті якої сторона не могла попередити або подолати невиконання розумними зусиллями зі своєї сторони. Як свідчить практика договірної роботи суб'єктів підприємницької діяльності, сторони можуть визнавати обставинами форс-мажору законодавчі акти, закони, акти, правила, постанови та/або накази уряду, або урядових органів, або їх представників, або інших суб'єктів, що перебувають під контролем або у власності уряду, або дотримання таких законодавчих актів, законів, правил, постанов та/або наказів, які безпосередньо стосуються сторони, в тому числі такі, внаслідок яких виконання договору однією із сторін стає невигідним або економічно недоцільним та/або роблять незаконним виконання будь-якою із сторін її зобов'язання за договором.

Як зазначалося вище, законодавець в ст. 14[1] Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» допускає, що форс-мажорними обставинами (обставинами непереборної сили), тобто надзвичайними та невідворотними обставинами, що об'єктивно унеможливлюють виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами можуть бути не лише зовнішні сили природи (стихійне лихо), а й інші обставини (загальна військова мобілізація, експропріація, примусове вилучення, реквізиція тощо). Такі обставини, що виникають внаслідок дій держави в особі уповноважених органів у вигляді прийняття відповідних нормативно-правових або індивідуальних актів, отримали назву *обставин юридичного форс-мажору*.

Слід зазначити, що в науковій літературі було висловлено думку про те, що немає підстав вважати обставинами непереборної сили прийняття актів органами влади, оскільки будь-яка нормотворча діяльність завжди передбачає поточні зміни в правовому регулюванні [4, с. 692].

Безумовно, органи держави, насамперед законодавча влада, має адекватно реагувати на актуальні запити суспільства, хоча зміни в законодавстві можуть бути як еволюційними (коли законодавство змінюється послідовно та в рамках генеральних принципів та цілей регулювання, загальної спрямованості), так й радикальними, екстраординарними (прикладом може слугувати Закон України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15.05.2009 р.). Тому, на нашу думку, зміни в законодавстві можуть розглядатися не тільки в контексті договірних застережень про форс-мажор, а й крізь призму обставин непереборної сили.

Прикладом такої обставини може слугувати прийняття постанови КМУ «Про порядок закупівлі природного газу промисловими, енергогенеруючими та теплогенеруючими (в частині промислових обсягів газу) підприємствами» від 26.11.2014 р. № 647, якою було істотно змінено правовий режим господарської діяльності на ринку природного газу, визначений законами України «Про засади функціонування ринку природного газу», «Про природні монополії», «Про захист економічної конкуренції» та іншими актами законодавства[1], що негативно вплинуло на значну кількість укладених до прийняття цієї постанови договорів за участю незалежних постачальників природного газу та промислових, енергогенеруючих та теплогенеруючих (в частині промислових обсягів газу) підприємств, включених до відповідного переліку (додаток до постанови № 647).

[1] *Постановою* Київського окружного адміністративного суду від 16.12.2014 р. у справі № 826/17772/14 постанову КМУ № 647 було визнано незаконною та нечинною як регуляторного акта [10]. Внаслідок прийняття постанови КМУ № 647 та її виконання незалежні постачальники були позбавлені можливості здійснювати свою господарську діяльність та, відповідно, належним чином виконувати договірні зобов'язання.

У зв'язку з цим слід розрізняти істотну зміну правового режиму господарської діяльності від економічно складного становища, в якому може опинитися суб'єкт господарювання і яке може ускладнювати виконання договірних зобов'язань.

Ця обставина характеризується *ознакою об'єктивної невідворотності* (її негативному впливу на зобов'язання неможливо було запобігти за допомогою доступних боржнику в конкретних умовах його діяльності засобів та його розумними зусиллями) та *надзвичайності* (вона виходить за межі звичайних умов (обставин) здійснення господарської діяльності). Тому дії держави (у вигляді прийняття відповідних актів) можна кваліфікувати як обставини непереборної сили, які об'єктивно унеможливлюють належне виконання договірних зобов'язань (для звільнення від відповідальності безпосередньо в силу припису закону), або як обставини юридичного форс-мажору (якщо договірним застереження про звільнення від відповідальності передбачено такого роду дії).

Список використанної літератури:

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2-х т. Т. II. – М.: Юрид. лит., 1982. – 360 с.
2. *Цивільне* право України: підручник. У 2-х кн. Кн. 1 / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 1999.
3. *Відповідальність* у приватному праві: монографія/ [І. Безклубий, Н. Кузнєцова, Р. Майданик та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. – К.: «Грамота», 2014. – 416 с.
4. *Режим доступу*: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42439352.
5. *Хозяйственный* кодекс Украины: научно-практический комментарий/ Под общ. ред. А. Г. Бобковой. – Харьков: Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н. Н., 2008. – 1296 с.
6. *Советское* гражданское право. Часть первая / Под общ. ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. – Киев: «Вища школа», 1983. – 462 с.
7. *Режим доступу*: // http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45197718.
8. *Примак В. Д.* Непереборна сила у контексті цивільно-правової відповідальності/ Вісник господарського судочинства. – 2001. – № 4. – С. 167–173.
9. *Науково-практичний* коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. І. – 832 с.
10. *Режим доступу*: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41979742.

This article is dedicated to the specialties of application of the Economic code of Ukraine about exemption of the business entity from economic and legal responsibility for improper fulfillment of obligations as a result of superior force (extraordinary and unavoidable circumstances under the given conditions of economic activities) and circumstances which, in accordance with the contract exclude the responsibility (force majeure circumstances).

Статья посвящена особенностям применения норм Хозяйственного кодекса Украины об освобождении субъекта хозяйствования от хозяйственно-правовой ответственности за ненадлежащее исполнение обязательства вследствие действия непреодолимой силы (чрезвычайных и неотвратимых в данных условиях осуществления хозяйственной деятельности) и наступления обстоятельств (форс-мажора), исключающих в силу договора такую ответственность.

ПРИВАТНОПРАВОВА ПРИРОДА ПІДПРИЄМНИЦТВА

Біленко М. С.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розкривається суть поняття «підприємництво». Розглядається головний зміст підприємництва як фундаментальної основи права громадян на підприємницьку діяльність.

Ключові слова: підприємництво, підприємницька діяльність, підприємницькі відносини, господарська діяльність.

В сучасних умовах вільної ринкової економіки зростає кількість осіб, які бажають займатись підприємницькою діяльністю. Підприємництво – це потужна економічна і політична сила, в основі якої закладена «справа», яку кожен з підприємців веде самостійно (одноособово або спільно з партнерами), залучаючи за необхідності найманих працівників і створюючи особливий, специфічний прошарок невеликих підприємств. Такі фірми складають економічний організм будь-якої країни і

сміливо вступають у конкурентну боротьбу з великим бізнесом, переважаючи більш високою ініціативою, гнучкістю і низькими витратами на управлінський апарат. Своєю економічною активністю вони не дозволяють безконтрольно піднімати ціни, тим самим стримуючи монополію.

Слід зазначити, що сучасний етап економічного розвитку України носить досить неоднозначний характер: з одного боку – це наявність значного кола проблем, пов'язаних із політичною нестабільністю, з іншого – це певні досягнення та позитивні зрушення завдяки поступовому реформуванню вітчизняного законодавства у процесі європейської інтеграції. У зв'язку з цим розвиток підприємництва в Україні відбувається у дуже складній системі невизначеностей (економічного, політичного, юридичного, ідеологічного тощо характеру). Навіть якщо ми уявимо собі ідеальну модель підприємництва, побудовану на відносно повних і точних знаннях про цей вид суспільної діяльності як об'єкт дослідження, то все одно існуватиме невизначеність у передбаченні розвитку його поведінки, особливо у віддаленому майбутньому. Сучасне українське законодавство дуже далеке від того, щоб відповідати вимогам нинішньому етапу розвитку держави і підприємництва. У зв'язку з цим розвиток підприємництва в нашій країні стає одним з неодмінних умов стійкої стабілізації економічної ситуації і, як результат, ослаблення і подолання соціальної напруженості в суспільстві.

Головний зміст підприємництва як фундаментальної основи конституційного ладу становить конституційне право громадян на підприємницьку діяльність. Конституція України закріплює право кожного на підприємницьку діяльність, що не заборонена законом [1], можливості певної поведінки людини і громадянина в сфері виробництва з метою одержання прибутку. За змістом – це певні матеріальні блага в сфері виробництва та права на ці блага, а саме: право на їхній обмін, розподіл, володіння, користування, розпорядження, одержання прибутку. За формою – це міра або образ, спосіб, форма поведінки, виявлення волі, інтересів, можливостей людини і громадянина у сфері виробництва [2]. Тобто йдеться про юридичне закріплення здійснення людиною її природного та невідчужуваного права на соціальну свободу і творчу активність у суспільстві за умови, що реалізація цього права не завдасть шкоди іншим суб'єктам або суспільству в цілому. Стаття 21 Конституції України закріплює принцип невідчужуваності та непорушності прав і свобод людини, згідно з яким неприпустимим є не тільки позбавлення людини її законних прав і свобод, якими людина володіє, а й їх порушення, тобто обмеження змісту та створення перешкод для їх реалізації. Як правильно зазначає А. М. Селіванов [3], право на підприємництво належить до одного з невідчужуваних прав людини, таких як право на життя, свободу і прагнення до щастя. Цим правом людина може скористатися відповідно до своєї волі, ризикуючи своїм майном, майбутнім та здоров'ям. Здібність до підприємництва (безумовно, не однакова у різних людей) властива людині від народження і тому об'єктивно не повинна обмежуватися іншим суб'єктом або державою, якщо ця здібність у процесі реалізації не завдаватиме шкоди суспільству. Ніхто не може примусити силою людину творити, ризикувати своїм майном, тут головне свобода волі самого індивіда. Поняття «підприємництво» надзвичайно широке і містке. У ньому переплітається сукупність економічних, юридичних, політичних, історичних, моральних і психологічних відносин. Воно формувалося протягом значного проміжку часу, змінюючись під впливом базисних і надбудовних інститутів, психології людей тощо. Окреслюючи особливості розвитку підприємництва в Україні, зазначимо, що нестійкі партнерські зв'язки, нерозвиненість державних програм підтримки підприємництва, неефективне використання інструментів регуляторної політики, відсутність сформованої системи громадських інститутів підтримки підприємництва сприяють зростанню організаційної невпорядкованості підприємницької діяльності та значно підсилюють інтерес до дослідження питань підприємництва. Для того, щоб більш повно зрозуміти суть підприємництва, потрібно спочатку звернутися до історії та теорії поняття «підприємництво».

Зародження підприємництва почалося ще з античних часів та було пов'язане з появою торговельної та комерційної активності, що у подальшому переросло у різного роду діяльність купців. Питання, що саме являє собою підприємництво, збуджувало науковий інтерес ще в XVIII столітті. Хоча перші спроби систематичного теоретичного осмислення підприємництва почались ще у XVII ст., а саме: поява «підприємців», які складалися з ремісників, купців, лихварів, відбулася ще значно раніше.

Досліджуючи дореволюційний період в історії Росії, що характеризувався капіталістичною системою господарства, заснованого на вільній економічній діяльності і підприємництві, О. В. Бігняк [4] встановила, що незважаючи на те, що дореволюційне законодавство було спрямоване на створення сприятливих умов для розвитку ділової активності і підприємництва, поняття підприємницької діяльності або підприємництва були відсутні. Більш того, в юридичній літературі терміни «купецька, торговельна діяльність», «підприємництво», «підприємець» уживалися як загальновідомі, що не потребували розкриття їхнього змісту та аналізу їх ознак. Серед значної кількості опублікованих наприкінці XIX – початку XX ст. джерел з цивільного та торговельного права не було робіт, спеціально присвячених поняттю підприємництва (підприємницької діяльності). Один з відомих дореволюційних вчених А. І. Камінка вказує на те, що «підприємницька діяльність складається з

різних елементів, що відіграють різну роль у різних формах організацій», однак визначення підприємницької діяльності не надає. Тому слід зазначити, що в дореволюційний період питаннями підприємництва ні законодавець, ні наукова спільнота зацікавлені не були.

Вперше поняття «підприємець» у науковий обіг ввів англійський економіст Річард Кантільйон, і з часом зробив власний систематичний аналіз підприємництва. Він розумів підприємництво як економічну функцію особливого роду та підкреслював завжди присутній у ньому елемент ризику. До підприємців Кантільйон зарахував людей з нефіксованими прибутками (ремісників, купців, селян та ін.), тобто тих, хто був зайнятий економічною діяльністю в умовах нестабільності та непередбачуваності. Також вагомий внесок у дослідженні феномена підприємництва протягом XVIII–XIX ст. зробили такі відомі західні економісти, як: А. Сміт, Д. Рікардо, Ж. Б. Сей, А. Маршалл, Й. Шумпетер та інші.

Слід зазначити, що визначення поняття «підприємництво» мають значні розбіжності. Ці розбіжності у визначеннях обумовлені: по-перше, соціально-економічною роллю підприємництва в системі народного господарства різних країн, по-друге, недостатнім, а інколи й суперечливим відображенням характерних ознак, властивих підприємництву; по-третє, досвід практичного формування підприємництва і його наукового пізнання.

Що стосується України, то після набуття державної незалежності вперше на законодавчому рівні*[1] [5] було визначено правове становище підприємництва. Країною було обрано шлях до панування ринкової економіки та свободи підприємницької діяльності. Наразі у регулюванні відносин, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності, значну роль відіграють Цивільний та Господарський кодекси України, норми яких створюють стабільну основу правового регулювання майнових та особистих немайнових відносин у всіх сферах громадянського суспільства. На даний момент триває дискусія з приводу визначення базового нормативного документа, який регулює саме підприємницькі відносини. Доктринальна позиція цивілістів зводиться до того, що на сьогодні, навіть з появою ГК України, приватні підприємницькі відносини повинні регулюватися ЦК України. Водночас представники сучасної школи господарського права, посилаючись на легальне виключення з предмета регулювання ЦК України підприємницьких відносин, вважають, що саме ГК України є тим спеціальним актом у сфері господарювання (підприємництва), що має застосовуватися до підприємницьких, як складової господарських відносин [6] . На думку В. В. Луця, важливе значення ЦК та ГК України полягає у тому, що правове регулювання майнових та особистих немайнових відносин спирається на непорушні принципи свободи особи, свободи власності, свободи договору і підприємництва, що забезпечені у своїй реалізації належними механізмами судового захисту. В ЦК України, зокрема, містяться норми, які визначають правове становище фізичної особи як підприємця, правове становище підприємницьких товариств як суб'єктів цивільно-правових відносин, а також специфіку договірних зобов'язань за участю суб'єктів підприємницької діяльності. Разом з тим у ГК України дублюються окремі положення щодо суб'єктів підприємництва (зокрема господарських товариств і виробничих кооперативів), визначено правовий статус підприємств та їх об'єднань як суб'єктів господарювання, закріплені деякі загальні положення про господарські зобов'язання, зокрема господарські договори, що укладаються в окремих галузях господарювання, а також відповідальність за окремі правопорушення тощо [7]. Як бачимо, на сьогодні відсутній чіткий правозастосовчий підхід, який би надавав можливість остаточно встановити пріоритет у застосуванні одного з кодексів для регулювання підприємницьких відносин. На нашу думку, на сьогодні єдиним варіантом практичного застосування ЦК України та ГК України залишається розв'язання існуючих колізій через співвідношення «загальні-спеціальні» норми (але не нормативні акти), тобто з переважним застосуванням логічного тлумачення. У такому разі слід виходити із сутності інституту, до якого належать ті чи інші норми, а також зі змісту тих суспільних відносин, які регулюються. Для прикладу, при розв'язанні колізії між ст. 218 ГК України та 263 ЦК України стосовно визначення ознак непереборної сили (надзвичайні та/або невідворотні обставини) слід виходити із того, що інститут непереборної сили є класичним цивільно-правовим інститутом. Тому застосовуватись повинні норми ЦК України, які визначають як ознаки непереборної сили або надзвичайні, або невідворотні обставини. У свою чергу, при визначенні правової природи речового права, за яким майно належить державному підприємству (не заглиблюючись у саму можливість «підприємства» бути суб'єктом права), слід розуміти, що дані відносини існують виключно у сфері господарювання,

---

***Закон України* від 27. 03. 1991р. «Про підприємства в Україні» визначав види та організаційні форми підприємств, правила їх створення, реєстрації, реорганізації і ліквідації, організаційний механізм здійснення ними підприємницької діяльності в умовах переходу до ринкової економіки. Закон створив рівні правові умови для діяльності підприємств незалежно від форм власності на майно та організаційної форми підприємства. Закон був спрямований на забезпечення самостійності підприємств, визначив їхні права і відповідальність у здійсненні господарської діяльності, регулював відносини підприємств з іншими підприємствами і організаціями, місцевими Радами, органами державного управління. Втратив чинність на підставі Господарського кодексу України від 16 січня 2003 року.

а тому, вирішуючи це питання, слід звертатися до норм ГК України. Однак ніхто не заперечує проти того, що ГК України дублює певні норми ЦК України, що призводить до різного регулювання одних і тих самих правовідносин. Однак цей факт обумовлений лише недосконалою законодавчою технікою наших законодавців, а не об'єктивними передумовами. Таким чином, найбільш актуальним на сьогодні є максимальне усунення подвійного регулювання одних і тих самих правовідносин двома кодексами.

Повертаючись до поняття підприємництва, слід зазначити, що відповідно до положень ст. 42 ГК України підприємництво є самостійною, ініціативною, систематичною, на власний ризик господарською діяльністю, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. У навчальній літературі зазначається, що підприємництво – це система господарювання, за якої головним її суб'єктом є підприємець як рушійна сила і посередник та, разом з тим, вказується, що підприємництво як соціально економічний феномен має багатофункціональний характер і неоднозначно трактується в різних галузях знань. Також підприємництво визначається як особливий, новаторський стиль поведінки, в основі якого лежить сполучення постійного пошуку нових можливостей, готовність до ризику, орієнтація на інновації [8]. Поряд з вищевказаним визначенням є визначення підприємництва як динамічного, активного елемента бізнесу, що являє собою ініціативну, самостійну діяльність, яка здійснюється на свій ризик і під свою майнову відповідальність громадянами, об'єднаннями громадян з виробництва продукції, виконання робіт і надання послуг з метою одержання прибутку [9].

Слід також зазначити, що в господарському законодавстві, на відміну від цивільного, широко використовується термін «підприємницька діяльність». Підприємницька діяльність – це самостійна, ініціативна, інноваційна, професійна, систематична діяльність, яка здійснюється суб'єктами підприємництва з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку на власний ризик, без порушення прав і законних інтересів інших осіб, та відповідальністю за результати такої діяльності. Як слушно відмічає В. М. Махінчук [10], за своєю сутністю в правовій площині діяльність являє собою певні дії поза межами або в межах правовідносин, до яких вступає особа (зокрема підприємець) і які виникають на підставі певного юридичного факту або фактичного складу. Тому підприємницька діяльність є частиною господарської діяльності і поняттям комплексним, яке включає в себе, окрім підприємницьких відносин, також адміністративні, трудові, податкові тощо відносини, у які суб'єкти підприємництва вступають для організації підприємницької діяльності та її організаційного забезпечення. Відтак, науковець правильно дослідив, що підприємницькі відносини слід розглядати як одну із складових підприємницької діяльності, як суспільні відносини, що виникають між суб'єктами підприємництва в ході укладання та виконання ними договорів про передання майна у власність, виконання робіт та надання послуг та інших договорів, метою яких є отримання цими суб'єктами прибутку.

Отже, слід усвідомлювати, що чітке визначення поняття підприємницької діяльності, підприємницьких відносин має важливе практичне значення, оскільки від цього багато в чому залежить правильність формулювання самого предмета соціальної сфери цивільно-правового регулювання.

Список використаної літератури:

1. *Конституція України* від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. *Ковач А. В.* Право людини на підприємництво // Проблеми цивільного права та підприємництва в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_2/212.pdf.

3. *Селіванов А. М.* Підприємництво в Україні як об'єкт моделювання та прогнозування. – К.: Інститут приватного права і підприємництва АПрН України. – 2001. – С. 28–29.

4. *Бігняк О. В.* Легальна дефініція поняття підприємництво // Університетські наукові записки 2005 № 1–2(13–14) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.univer.km.ua/visnyk/744.pdf.

5. *Закон України* від 27.03.1991 р. «Про підприємництва в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/887-12.

6. *Махінчук В. М.* Приватно правове регулювання підприємницьких відносин в Україні / В. М. Махінчук. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 7.

7. *Луць В. В.* Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2–е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С.11–12.

8. *Задыхайло Д.* Проблемы кодификации предпринимательского законодательства // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 5. – С. 6.

9. Кісельов А. П. Основи бізнесу // Підручник. – Київ: Вища школа, 1997 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://buklib.net/books/22969/.

10. *Махінчук В. М.* Теоретичні засади приватноправового регулювання підприємницьких відносин: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. док. юрид. наук: спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / М. В. Махінчук. – 2014. – 40 с.

The article reveals the essence of the concept of entrepreneurship. We consider the main content of entrepreneurship as a fundamental basis right to business.

В статье раскрывается суть понятия «предпринимательство». Рассматривается содержание предпринимательства как фундаментальной основы права граждан на предпринимательскую деятельность.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕВІДПОВІДНОСТІ ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВОРІВ ЗМІСТУ ТИПОВИХ ДОГОВОРІВ

Кицик Я. Р.,
молодший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, аспірант

Статтю присвячено деяким проблемам недотримання змісту типових договорів, зокрема недійсності договорів, у зв'язку з їх невідповідністю змісту типових договорів.

Ключові слова: типовий договір, недійсний договір, нікчемний договір, стабільність договору.

Типові договори, за їх наявності, суттєво та ефективно впливають на укладання і виконання договорів у сфері господарювання. Ефективність даного впливу пов'язана з тим, що типові договори, по-перше, як правило, приймаються уповноваженими на те державними органами, по-друге, як слушно зазначає Т. Джонжорова-Пенкова, ці договори стають частиною змісту конкретного договору, проте не втрачають характер правових норм [1, с. 269].

Тому, аналізуючи вищенаведені обставини прийняття та правової природи типових договорів, видається цілком справедливим, що вони, як один із різновидів засобів державного регулювання господарських відносин [2, с. 19], зокрема умови (зміст) типових договорів, мають свої особливості, в порівнянні з умовами договору, які сторони самостійно, за власним бажання розробляють та включають до договору.

Передусім особливості використання умов типового договору полягають в тому, що відповідно до норм ч. 4 ст. 179 Господарського кодексу України (далі – ГК України) сторони не можуть відступати від змісту типового договору. Ця норма є імперативною та такою, що закладає законодавчий базис для визнання договорів або його окремих частин недійсними у зв'язку з їх невідповідністю змісту типових договорів. Зазначене є цілком необхідним виходячи також з такого:

1. Типові договори закріплені у формі підзаконних нормативно-правових актів, прийнятих спеціально уповноваженими на те державними органами, тому їх недотримання (або ж невідповідність договорів змісту типових договорів) має ті самі наслідки, що і недотримання вимог підзаконних нормативно-правових актів.

2. Посилання на типові договори (типові форми договорів) наявні в кодексах та законах (наприклад, Типовий договір оренди водних об'єктів був прийнятий відповідно до ст. 51 Водного кодексу України [3]), тому невідповідність конкретного договору типовому договору є також порушенням вимог кодексів, законів. В законах може бути вказано, що той чи інший договір укладається на основі типового договору. Крім того, особливістю типових договорів є те, що вони являють собою узагальнення всіх законодавчих вимог стосовно тих умов, які має містити певний договір.

Водночас слід зазначити, що норми ч. 4 ст. 179 ГК України прямо не вказують на те, що недотримання змісту типового договору є підставою визнання господарського договору недійсним. Для розуміння цього необхідно проаналізувати також інші норми, зокрема ч. 1 ст. 208 ГК України, згідно з якою господарське зобов'язання, *що не відповідає вимогам закону* (курсив наш – Я. К.) або вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, або укладено учасниками господарських відносин з порушенням хоча б одним з них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності), *може бути на вимогу однієї зі сторін* (курсив наш – Я. К.) або відповідного органу державної влади визнано судом недійсним повністю або в частині. Отже, вимогою закону є і те, що господарські зобов'язання мають відповідати змісту типового договору. Тому у разі невідповідності конкретного договору змісту типового договору одна зі сторін договору, інша заінтересована особа або прокуратура, виявивши невідповідності типовому, має право звернутись до суду з позовом про визнання договору або його частини недійсним. В такому разі йдеться про *оспорюваний правочин* як один з видів недійсного правочину, про що сказано в абз. 1 пп. 2.5.2 п. 2.5 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 [4].

Невідповідність умов конкретного договору змісту типового договору більш правильно, на нашу думку, розцінювати як їх нікчемність, виходячи з того, що нікчемними є ті умови господарських

договорів, недійсність яких встановлена законом. Стосовно типових договорів, то в ч. 2 ст. 207 ГК України визначено, що нікчемними визнаються, зокрема, такі *умови типових договорів* (курсив наш – Я. К.) і договорів приєднання, що:

– виключають або обмежують відповідальність виробника продукції, виконавця робіт (послуг) або взагалі не покладають на зобов'язану сторону певних обов'язків;

– допускають односторонню відмову від зобов'язання з боку виконавця або односторонню зміну виконавцем його умов;

– вимагають від одержувача товару (послуги) сплати непропорційно великого розміру санкцій у разі відмови його від договору і не встановлюють аналогічної санкції для виконавця.

Аналізуючи зазначені у ч. 2 ст. 207 ГК України норми стосовно нікчемності умов типових договорів, вважаємо, що, перш за все, дана норма направлена на те, щоб самі органи, уповноважені на затвердження типових договорів, не включали до нього вищезазначені умови. Проте варто зауважити, що у сторін, які укладають договір на основі типового договору, є можливість конкретизувати його, тобто вони вправі вносити умови, які не передбачені в типовому договорі, у власний договір, який хоч і укладений на основі типового, проте його уже не можна розглядати як типовий. І не виключено, що ці умови не міститимуть ті, що передбачені ч. 2 ст. 207 ГК України.

З огляду на вищенаведене вважаємо за необхідне внести зміни до ч. 2 ст. 207 ГК України, які нададуть можливість даній нормі також регулювати відносини і стосовно договорів, укладених *на основі типових договорів*. Тому пропонуємо викласти друге речення ч. 2 ст. 207 ГК України в такій редакції: «Нікчемними визнаються, зокрема, такі умови типових договорів або умови договорів, укладених на основі типових договорів і договорів приєднання…».

Набули поширення випадки, коли договір укладається на умовах, які відповідають чинному, на момент укладання договору, типовому договору, а через деякий час до типового договору вносяться зміни. Не виключені й випадки, коли на момент прийняття конкретного договору сторонами типовий договір, що має врегулювати відносини у певній сфері, був відсутній, проте через деякий час був затверджений. З огляду на це виникає питання щодо необхідності приведення договору у відповідність до типового договору за наявності вищевказаних обставин.

Ще Р. Саватьє зазначав, що зобов'язання не лише недовговічні, вони також рухливі та гнучкі, у них міститься потенційна можливість трансформації [5, с. 306–307]. Але одна справа, коли дана трансформація чи зміна зобов'язання в конкретному договорі відбувається за волею сторін, а інша – коли на вимогу закону або підзаконного нормативно-правового акта (у формі яких, як правило, затверджуються типові договори). Стабільність останніх багато в чому залежить від рішень відповідних міністерств, відомства та інших органів державної влади, уповноважених приймати типові договори. В таких умовах вносити зміни до відповідних типових договорів можна досить часто та без наявності істотних на те причин, оскільки вичерпного переліку обставин, за яких необхідно вносити відповідні зміни до ще чинних договорів, за наявності змін у законодавстві (в тому числі підзаконних нормативно-правових актах, у формі яких приймаються типові договори) не передбачено.

Втім можна виділити два основних підходи щодо вирішення долі конкретних договорів, що були укладені на основі типових договорів, в які були внесені зміни, або ж договорів, на момент укладання яких не були затверджені типові договори, але до моменту їх припинення такий типовий договір був прийнятий і його зміст відрізняється від того, що був визначений сторонами до затвердження типового договору.

Перший підхід полягає в тому, щоб зобов'язати сторони вносити зміни до конкретного договору, у випадку внесення змін до типового договору. Наприклад, у Республіці Білорусь діють норми, які передбачають, що якщо після укладання договору і до припинення його дії прийнятий акт законодавства, який встановлює обов'язкові для його сторін правила (в тому числі і ті, що передбачені типовими договорами), інакші ніж ті, що діяли під час укладання договору, умови укладеного договору мають бути приведені у відповідність з законодавством, якщо інше не передбачено законом [6, с. 12].

Даний підхід вбачається таким, що дістався у спадок з часів радянської доби, де відміна або зміна планових завдань, на основі яких був затверджений договір, являлись найважливішими обставинами зупинення дії договору і зобов'язання або зміни їх змісту [7, с. 38–39]. Для командно-адміністративної економіки це було виправдано, однак часи змінюються і, як слушно зазначав А. Г. Зейнц ще в першій половині XX ст., яким би еластичним не було законодавство, воно ніколи не буде встигати за життям [8, с. 60]. На нашу думку, цим автор хотів зазначити, що законодавство потребує постійної модернізації та має максимально відповідати потребам суспільства. З розвитком ринкових відносин відбулись значні зміни в економічній системі та суспільстві пострадянських держав. Тому вбачаємо за необхідне критично сприйняти наведений вище підхід в Україні, який вважаємо надто позитивістським та таким, що може ставити під загрозу інтереси сторін конкретного договору, оскільки сторони, укладаючи договір на конкретних умовах, надалі не можуть спрогнозувати як зміниться договір, отже, не можуть прорахувати всі можливі ризики. Важливим є те, що в довгостроковій перспективі даний підхід може негативно вплинути на інвестиційну привабливість України.

Другий підхід зводиться до того, що сторони, уклавши договір, який на час його укладання відповідав чинному типовому договору, при внесенні змін до типового договору не зобов'язані вносити зміни до свого чинного договору. Останній підхід вважаємо більш виправданим на даному етапі розвитку права нашої країни, оскільки він сприятиме стабільності договору, що, в свою чергу, підвищить інвестиційну привабливість в певних сферах господарювання.

У цьому аспекті згадаємо слушний вислів А. Г. Зейнца стосовно того, що правова нестійкість шкідливо відбивається на цивільному обороті, де в інтересах нашої ж політики необхідна впевненість і забезпеченість [8, с. 60]. Дана думка є цілком справедливою і в господарських договірних відносинах, де правову нестійкість змісту договору також варто зводити, за можливості, до мінімуму.

Слід зазначити, що другий підхід в «чистому» вигляді ефективно функціонувати не може. В окремих випадках, *перелік яких має бути визначений законом*, слід закріпити необхідність приведення конкретного договору у відповідність до чинного типового договору у разі внесення до останнього змін або ж прийнятті типового договору в тих сферах, де останнього не було. Наприклад, коли цього потребують інтереси держави та суспільства.

Один із випадків необхідності внесення змін до умов договору для досягнення потреб інтересів держави та суспільства знайшов своє відображення у висновках Верховного Суду України у господарських справах за II півріччя 2013 р. Зокрема, судом було визначено, що за змістом ч. 2 ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 р. № 2269-XII договір оренди державного майна має відповідати Типовому договору оренди відповідного майна, затвердженому наказом Фонду державного майна України.

І якщо умовами Типового договору оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурного підрозділу підприємства), затвердженого наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774, передбачено, що перегляд на вимогу орендодавця орендної плати з підстав зміни Методики розрахунку орендної плати за державне майно та пропорцій її розподілу, затвердженої Кабінетом Міністрів України, змін централізованих цін і тарифів, прийнятих пізніше, ніж укладений договір, та в інших випадках є підставою для зміни орендної ставки за користування цілісними майновими комплексами і не свідчить про недопустимість зворотної дії в часі актів цивільного законодавства (постанова Верховного Суду України від 20 серпня 2013 р. у справі № 3-19гс13) [9].

Але знову ж таки вважаємо, що подібні випадки мають знаходити своє відображення саме в законах, а не висновках судів чи в нормах підзаконних нормативно-правових актів, оскільки одна справа, коли сторони укладають договір на основі загальнодоступних всім умов, визначених типовим договором, а зовсім інша – коли в імперативному порядку вимагають привести договір у відповідність до затвердженого вперше або зі змінами типового договору. Слід врахувати й ту обставину, що цілком можливо, що за наявності новозатверджених умов в типових договорах, які діяли на момент укладання договору сторонами, як мінімум одна зі сторін взагалі не вважала б за економічно доцільним укладати той чи інший договір на основі типового договору з такими умовами.

Проте, якщо проаналізувати вітчизняну судову практику у вирішенні справ щодо внесення змін до договорів, які не припинили свою дію, то у випадках, коли до суду звертається одна зі сторін з позовом для приведення чинного договору у відповідність до вимог типового договору, який був змінений після укладання сторонами конкретного договору, суди, як правило, виносять рішення, якими зобов'язують внести відповідні зміни і до конкретного договору, особливо в тих випадках, коли в акті, що приймався для зміни типового договору, зазначено, що договори мають бути приведені у відповідність до типового договору. Так, як правило, подібні вказівки існують саме по тій причині, що відповідні зміни необхідні саме виходячи з інтересів держави і суспільства.

Наприклад, таку вимогу містить в собі Типовий договір на купівлю-продаж природного газу (між власниками та постачальниками природного газу), що був затверджений 05 липня 2012 року постановою Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики. В даній постанові також була дана вказівка власникам природного газу та суб'єктам господарювання, що провадять діяльність на підставі ліцензії на постачання природного газу за регульованим тарифом, привести свої договірні відносини у відповідність до вимог Типового договору на купівлю-продаж природного газу (між власниками та постачальниками природного газу) у місячний строк з дати набрання чинності цією постановою [10].

Непоодинокими є випадки, коли такі вказівки не виконуються. В такому разі приведення договору у відповідність до вимог типового договору відбувається у судовому порядку. Показовим за таких обставин є такий судовий спір. Публічне акціонерне товариство по газопостачанню та газифікації «Маріупольгаз» звернулося до господарського суду м. Києва з позовом до публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України», в якому просило змінити договір з відповідачем у судовому порядку.

Рішенням господарського суду м. Києва від 04.12.12 р., залишеним без змін постановою Київського апеляційного господарського суду від 27.02.13 р., позовні вимоги задоволені у повному

обсязі. Судові акти мотивовані тим, що НКРЕ своєю постановою від 05.07.12 № 849 «Про затвердження типового договору на купівлю-продаж природного газу (між власниками та постачальниками природного газу)» затвердила Типовий договір на купівлю-продаж природного газу (між власниками та постачальниками природного газу). Власникам природного газу та суб'єктам господарювання, що проводять діяльність на підставі ліцензії на постачання природного газу за регульованим тарифом, привести свої договірні відносини у відповідність до вимог Типового договору на купівлю-продаж природного газу (між власниками та постачальниками природного газу) у місячний строк з дати набрання чинності цією постановою.

Не погоджуючись із судовими рішеннями у справі, публічне акціонерне товариство «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз Україна» звернулось до Вищого господарського суду України з касаційною скаргою, в якій просить їх скасувати, в позові відмовити. Скаржник посилається на те, що постанови НКРЕ не можуть розглядатись як такі, що зобов'язують ліцензіатів розривати діючі договори та укладати нові відповідно до затверджених НКРЕ типових договорів, з огляду на ч. 5 ст. 19 ГК України, згідно з якою незаконне втручання та перешкоджання господарській діяльності суб'єктів господарювання з боку органів державної влади, їх посадових осіб при здійсненні ними державного контролю та нагляду забороняється.

Судова колегія з цього приводу зазначила, що предметом спору по даній справі є захист порушеного права шляхом внесення зміни до договору за рішенням суду, а саме, приведення у відповідність до Типового договору по постанові НКРЕ, а не розірвання або визнання його недійсним в порядку § 2 гл. 16 ЦК України. При цьому Вищий господарський суд України залишив в силі постанову Київського апеляційного господарського суду від 27.02.13 року [11].

Фактично був проілюстрований механізм приведення договору у відповідність до вимог типового договору з усіма його недоліками, які виражені, перш за все, в тому, що строки приведення договору були не дотримані, і на час розгляду справи трьома судовими інстанціями діяли ті норми, які були більше вигідні одній зі сторін. Вважаємо, що у випадках, коли цього потребують інтереси держави і суспільства, договір суб'єктів господарювання має бути приведений у відповідність до типового договору в терміни, передбачені для цього законодавством. При цьому судовий спір не має призупиняти терміни, визначені для цього, тобто механізм приведення договорів у відповідність до типових договорів у випадках, коли цього потребують інтереси держави і суспільства, має бути більш імперативним.

Отже, виходячи з вищесказаного, невідповідність договору змісту типового договору може приводити як до оспорюваності його умов, так і до нікчемності. Більш доцільним вважаємо, передусім, нікчемність як різновид недійсності, оскільки дотримання змісту типових договорів є обов'язковим. Стабільність договору має бути пріоритетною в Україні, зміна умов ще чинного договору з причини зміни змісту типового договору чи з причини затвердження типового договору після укладання договору сторонами має відбуватись в порядку винятку.

Список використаної літератури:

1. *Джонжорова-Пенкова Т.* Общи условия и типови договори. – Изд. на БАН. – София, 1969. – 282 с.

2. *Засоби* державного регулювання господарської діяльності: зб. наук. пр. / НАПрН України, НДІ приват. права і підприємництва; редкол.: В. С. Щербина (голова) [та ін.]. – К.: Ред. журн. «Право України», 2013 – 184 с.

3. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про затвердження Типового договору оренди водних об'єктів» від 29 травня 2013 р. № 420 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/420-2013-%D0%BF.

4. *Постанова* Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13.

5. *Саватье Р.* Теория обязательств. – М. «Прогресс», 1972. – 440 с.

6. *Гавриленко В. Г.* Договорное право Беларуси. Серия: «Белорусское законодательство». – Мн.: ИООО «Право и экономика», 2004. – 422 с.

7. *Заменгоф З. М.* Изменение и расторжение хозяйственных договоров. – Изд. «Юридическая литература», – М.: 1967. – 144 с.

8. *Зейнц А. Г.* Влияние изменившихся обязательств на силу договоров. – Иркутск. тип. изд. «Власть труда». – Иркутск, 1928. – 65 с.

9. *Висновки* Верховного Суду України у господарських справах за II півріччя 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/03CD18B213783 E15C2257D710040A357.

10. *Постанова* Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики «Про затвердження Типового договору на купівлю-продаж природного газу (між власниками та постачальниками природного газу)» від 05.07.2012 № 849 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1250-12.

11. *Постанова* Вищого господарського суду України від 25.04.2013 р. справа № 5011-69/13194-2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30907993.

The article is devoted to some problems of non-compliance with the content of model contracts, including the question of invalidity of contracts due to their inconsistency content of model contracts.

Статья посвящена некоторым проблемам несоблюдения содержания типовых договоров, в частности недействительности договоров, в связи с их несоответствием содержанию типовых договоров.

ПОНЯТТЯ ТА ПІДСТАВИ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Сенюта С. Я.,
здобувач НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню відносин з захисту прав суб'єктів господарювання. Розглянуто зміст поняття захисту прав суб'єктів господарювання. Визначено підстави для захисту прав суб'єктів господарювання.

Ключові слова: суб'єкт господарювання, поняття та підстави захисту прав, захист прав суб'єктів господарювання.

До ефективних правових засобів впорядкування відносин між суб'єктами господарювання та недопущення порушення належних останнім прав та охоронюваних законом інтересів відноситься дотримання учасниками господарських відносин, у тому числі господарюючими суб'єктами, органами державної влади тощо, вимог чинного законодавства. Тобто бажаним є такий правовий режим, в межах якого найкращим способом захисту прав суб'єктів господарювання являється недопущення порушень прав цих суб'єктів та, як наслідок цього, відсутність самої потреби у поновленні прав.

Зрозуміло, що подібний превентивний вплив на поведінку суб'єктів господарювання є результатом не лише добросовісної поведінки учасників господарських відносин, а, скоріше за все, наслідком регулятивного впливу на поведінку цих суб'єктів норм чинного законодавства, що містить зобов'язуючі, забороняючі та інші правові приписи (вимоги), існування яких спрямоване на недопущення порушень прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання та відновлення цих прав та інтересів у випадках їх порушення, невизнання чи оспорювання.

У цьому аспекті доречно згадати положення ст. 5 та 6 ГК України, що визначають, по-перше, конституційні основи правопорядку у сфері господарювання, по-друге, встановлюють загальні принципи господарювання.

Так, у конституційних основах правового господарського порядку в Україні вказується, зокрема, на недопущення використання власності на шкоду людині і суспільству, недопущення протиправного позбавлення права власності, на вимогу економічної багатоманітності, забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, визначення правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання виключно законом тощо (ч. 2 ст. 5 ГК України).

У свою чергу, до загальних принципів господарювання згідно з ч. 1 ст. 6 ГК України належать обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємництві, заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини.

Зрозуміло, що окрім загальних превентивних заходів, що слугуватимуть недопущенню порушень прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання, важливою передумовою для дотримання наведеного вище правового режиму є розробка ефективних механізмів захисту та відновлення прав суб'єктів господарювання в разі їх порушення, невизнання чи оспорювання. Зазначене може бути здійснено у разі надання суб'єктам господарювання рівних правових можливостей з іншими учасниками господарських відносин, у тому числі споживачами, органами державної влади тощо, щодо правового захисту належних суб'єктам господарювання прав та охоронюваних законом інтересів.

Останнє міркування ґрунтується на тому переконанні, що надання суб'єктам господарювання лише різного роду можливостей для здійснення належних їм прав та досягнення охоронюваного законом інтересу недостатньо. Необхідно також надати суб'єкту господарювання можливість захистити свої права та охоронювані законом інтереси, оскільки без належного захисту належне особі суб'єктивне право може бути або нездійснене, або порушене, внаслідок чого може зникнути сама можливість здійснення особою свого права чи досягнення відповідного інтересу.

Як слушно з цього питання зазначає В. П. Грибанов, суб'єктивне право, що надане особі, але не забезпечене від порушення необхідними засобами захисту, є лише «декларативним правом». Без забезпечення цього права правоохоронними заходами можна розраховувати лише на добровільну повагу до такого права з боку неуправомочених суб'єктів, внаслідок чого воно набуває в силу зазначеної добровільності характеру його дотримання якості лише морально забезпеченого права, що ґрунтується тільки на відповідальній поведінці членів суспільства та авторитеті державної влади [1, с.104].

Слід визнати, що захисту прав у цілому і захисту прав суб'єктів господарювання зокрема приділяється увага у законодавстві під час здійснення практичної діяльності та у вітчизняній правовій науці. Це можна пояснити як змінами, що відбувають в національній економіці, зокрема розвитком свободи підприємництва, так і потребою застосування засобів захисту і забезпечення прав суб'єктів господарювання, оскільки існування останніх є передумовами побудови, функціонування та розвитку України як правової держави [2, с. 49].

Водночас вважаємо слушною думку О. А. Беляневич стосовно того, що проблематика форм та способів захисту прав суб'єктів господарської, у тому числі підприємницької діяльності, поки ще не є однією із стрижневих для сучасної вітчизняної науки господарського права [3, с. 73]. Тобто з нез'ясованих причин поняття, суть, зміст, підстави та інші правові явища, що стосуються поняття захисту суб'єктів господарювання, безпідставно, за рідкими винятками з цього загального правила, залишаються поза дослідницькою увагою науковців-господарників.

Більш того, до цього часу в науці господарського права не існує загальновизнаного розуміння змісту поняття захисту прав суб'єктів господарювання, що значною мірою перешкоджає дослідженню згаданих форм та способів захисту прав суб'єктів господарювання, підстав для такого захисту тощо. Відсутнє також й легальне визначення цього поняття в ГК України чи іншому акті господарського законодавства.

Розгляд проблеми тлумачення поняття захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання, на нашу думку, має ґрунтуватися на дослідженні положень, в першу чергу, чинного господарського законодавства, а саме, основного нормативно-правового акта, що регулює діяльність суб'єктів господарювання – ГК України, в другу чергу, існуючих наукових поглядів стосовно цього та суміжних з ним понять.

Як зазначалося вище, чинний ГК України не містить легального визначення поняття захисту прав суб'єктів господарювання. Натомість у ст. 20 ГК України встановлено право учасників господарських правовідносин (суб'єктів господарювання та споживачів) на *захист* порушених прав, а в ст. 2 ГК України закріплено можливі способи захисту цих прав.

Відсутність легальних визначень поняття захисту прав суб'єктів господарювання певною мірою компенсується окремими доктринальними положеннями.

Зокрема, В. М. Пашков тлумачить захист прав суб'єктів господарювання як систему заходів, що здійснюються відповідно до закону суб'єктом господарювання як самостійно, так і через уповноважених осіб, спрямованих на запобігання і усунення загроз порушення прав відповідних суб'єктів, усунення перешкод для здійснення цих прав, відновлення порушених прав і правового статусу та залучення порушників до відповідальності [4, с. 282].

Зазначене наукове визначення, на нашу думку, може бути прийняте за основу, тим більше, що, як згадувалося вище, чинне законодавство не містить легальної дефініції, а тому така своєрідна прогалина й має бути усунута вітчизняною наукою господарського права. Однак вважаємо, що це визначення потребує певних доопрацювань, оскільки воно не зовсім повно та точно розкриває зміст поняття «захист прав суб'єктів господарювання».

У цьому сенсі слід згадати, що сфера господарювання в цілому є надзвичайно складною з огляду на різноманітність відносин, що складаються між її можливими учасниками (ст. 1–3 ГК України). Проте всі відносини, що виникають при цьому, попри свою багатоманітність, є господарськими, оскільки їм притаманні спільні специфічні ознаки, такі, наприклад, як сфера виникнення, урегульованість цих відносин за допомогою господарсько-правових норм, особливий суб'єктний склад тощо. До того ж, на відміну від приватноправових відносин, для господарських відносин характерним є залучення до регулятивної діяльності в межах значної кількості господарських відносин різноманітних органів державної влади, що, з одного боку, також можуть здійснювати дії з захисту прав суб'єктів господарювання, з іншого – можуть порушувати права та охоронювані законом інтереси суб'єктів господарювання.

Внаслідок чого у науковій літературі під *правом на захист* пропонують розуміти передбачену законодавством можливість управомоченої особи самостійно застосовувати дозволені або санкціоновані законом юридичні засоби впливу на порушника або звернутися до відповідного юрисдикційного органу з вимогою спонукати порушника до певної поведінки.

Саме тому, на нашу думку, право на захист слід розглядати, по-перше, у невідривному зв'язку з правами, які воно покликане захищати, по-друге, з компетенцією органів державної влади, які наділені юрисдикцією для здійснення захисту прав та охоронюваних законом інтересів учасників господарських правовідносин, й, у першу чергу, суб'єктів господарювання.

Внаслідок чого визначення поняття права на захист суб'єктів господарювання, запропоноване В. М. Пашковим, має бути обов'язково доповнене вказівкою не лише на власні дії суб'єкта господарювання, який захищає належні йому права та охоронювані законом інтереси, а також на можливість здійснення цілеспрямованих дій в межах юрисдикційного захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання. Зрозуміло, що подібний юрисдикційний захист можуть та мають здійснювати не суб'єкти господарювання, чиї права та охоронювані законом інтереси порушені, а суд (судовий юрисдикційний захист) та органи виконавчої влади (адміністративний юрисдикційний захист).

Крім того, захист прав суб'єктів господарювання слід, скоріше за все, тлумачити не стільки як статичну систему певних юридичних заходів (засобів, способів), що можуть бути застосовані суб'єктом господарювання в порядку здійснення самозахисту чи органом державної влади внаслідок реалізації власної компетенції, скільки як можливість застосування в динаміці певного, можливо й одиничного, однак ефективного способу захисту порушеного права чи охоронюваного законом інтересу з метою відновлення порушення права, задоволення зазначеного інтересу чи досягнення іншого бажаного правового результату.

З урахуванням наведеного під поняттям *захисту прав суб'єктів господарювання*, на нашу думку, слід розуміти належну суб'єкту господарювання юридично забезпечену та гарантовану можливість застосування передбачених законом або договором способів захисту прав та охоронюваних законом інтересів або звернення до компетентного юрисдикційного органу з метою застосування зазначених способів захисту з метою спонукання порушника до певної поведінки та (або) відновлення порушеного права, та (або) задоволення свого інтересу чи досягнення іншого бажаного правового результату, що забезпечить захист порушеного права чи охоронюваного законом інтересу.

Здійснення права на захист належного суб'єкту господарювання права чи охоронюваного законом інтересу та саме виникнення цього права та інтересу ґрунтується на факті їх порушення, оспорювання чи не визнання, що може бути водночас визначено як *підстава* для захисту прав суб'єктів господарювання.

Питання визначення підстав захисту прав та охоронюваних законом інтересів неодноразово досліджувалось в науковій літературі.

Так, С. С. Алексєєв вважає, що для застосування захисту достатньо об'єктивно протиправної поведінки – того, що може бути названо «правовою аномалією», а вина не входить до фактичних підстав захисту [5, с. 280].

У свою чергу, М. С. Малєїн як підставу захисту суб'єктивного права пропонує визнавати перешкоджання носію цього права у здійсненні його повноважень або невиконання кореспондуючого обов'язку іншими особами [6, с. 93].

О. В. Аушева в якості підстав для захисту прав суб'єктів господарювання визначає як фактичне порушення прав, так і посягання на право у формі його невизнання або оспорювання [7, с. 8].

Вважаємо саме останній підхід слушним та таким, що заслуговує на підтримку, оскільки порушення, невизнання або оспорювання права суб'єкта господарювання є загальною підставою для застосування засобів захисту всіма суб'єктами господарювання, незалежно від сфери чи галузі їхньої діяльності.

При цьому йдеться не стільки про пошук відмінностей у поняттях порушення прав, невизнання прав чи оспорювання прав, скільки про порушення, по-перше, зобов'язуючих чи забороняючих приписів закону, господарського договору чи іншого правового джерела, по-друге, фактичне порушення, невизнання чи оспорювання права чи охоронюваного законом інтересу суб'єкта господарювання.

Таким чином, стверджувати про наявність підстави для захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання в абсолютній більшості випадків можна лише у разі, коли порушник порушив, по-перше, вимоги закону, господарського договору чи іншого правового джерела, по-друге, право чи охоронюваний законом інтерес суб'єкта господарювання. У зв'язку з чим можна стверджувати, що йдеться про дві взаємодоповнюючі складові, що характеризують з об'єктивної та суб'єктивної сторони підставу виникнення права на захист права чи охоронюваного законом інтересу суб'єкта господарювання. А тому доволі проблематично стверджувати про наявність підстав для захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання у випадках, коли має місце лише одна ця складова. Й навпаки, існування одразу цих двох складових є підставою для захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання.

Слід зазначити, що оскільки порушення прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання може бути наслідком не лише дій інших суб'єктів господарювання, а також правовим негативним результатом дій органів державної влади, до підстав виникнення права на захист прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання необхідно також зарахувати й ті явища, що не можуть розглядатися як господарське правопорушення, однак ці явища є підставами для здійснення захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання. В даному випадку, наприклад, мається на увазі існування правового акта, виданого органом державної влади, застосування якого порушує те чи інше право суб'єкта господарювання. Зрозуміло, що у разі

визнання цього правового акта неправомірним та його скасування, прийняття цього акта не може розглядатися як господарське правопорушення навіть у разі, коли буде констатовано, що зміст цього акта порушує процитовані вище положення ст. 5–6 ГК України.

Таким чином, в якості підстав для захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання можуть бути визнані неправомірні дії інших суб'єктів господарювання, органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, які, по-перше, порушують забороняючі чи зобов'язуючі приписи (вимоги) акта господарського законодавства, господарського договору чи іншого правового джерела, по-друге, порушують, невизнають чи оспорюють належне суб'єкту господарювання право чи охоронюваний законом інтерес.

Список використаної літератури:

1. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав [Текст] / В. П. Грибанов. – М.: «Статут», 2000. – 411 с. – (Сер. «Классика российской цивилистики»).

2. *Україна* і світове господарство: взаємодія на межі тисячоліть [Текст]: навч. посіб. / Кол. авт.: А. С. Філіпенко (кер. авт. кол.), В. С. Будкін, А. С. Гальчинський та ін. – К.: Либідь, 2002. – 470 с.

3. *Беляневич О. А.* Захист прав суб'єктів господарювання у відносинах з органами державної влади [Текст] / О. А. Беляневич // Система органів державного управляння та регулювання в сфері підприємницької діяльності. Монографія / За ред. академіка НАПрН України, доктора юридичних наук В. С. Щербини. − К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. − С. 71–101.

4. *Господарське* право. Підручник / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, Р. П. Бойчук та ін. / За заг. ред. В. Д. Задихайло, В. М. Пашкова. – Х., Право, 2012. – 657 с.

5. *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2-х т. – Т. I [Текст] / С. С. Алексеев – М.: Юрид. лит. 1982. – 360 с.

6. *Малеин Н. С.* Гражданский закон и права личности в СССР [Текст] / Н. С. Малеин. – М.: Юрид. лит., 1981. – 216 с.

7. *Аушева О. В.* Захист прав суб'єктів господарювання від порушення органами державної влади: автореф. ...дис. канд. юрид. наук: 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» [Текст] / Аушева Олена Вікторівна; Інститут економіко-правових досліджень НАН України. – Донецьк, 2007. – 18 с.

The article is dedicated to research of the relationship on protection the rights of business entities. The article reviewed concept content of protection the rights of business entities. Defined grounds for protection the rights of business entities.

Статья посвящена исследованию отношений по защите прав субъектов хозяйствования. Рассмотрено содержание понятия защиты прав субъектов хозяйствования. Определены основания для защиты прав субъектов хозяйствования.

ДЕРЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

Сергійко О. В.,
науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджено теоретичні і практичні проблеми побудови дієвих механізмів державного регулювання та дерегулювання підприємницької діяльності. Уточнено теоретичні та практичні засади побудови та розвитку системи державного регулювання та дерегулювання господарської діяльності в сучасних умовах розвитку.

Ключові слова: підприємницька діяльність, система державного регулювання та дерегулювання, сучасний ринок, теоретичні засади дерегулювання.

Головним результатом переходу економіки України від пострадянської планово-розподільчої до ринкової неухильно є формування оптимального державного регулювання економічних процесів. Мається на увазі дефініція цього поняття, яка означає всю діяльність державних органів з управління економікою відповідно до ст. 12 Господарського кодексу України [1] (далі – ГК України). Механізм реалізації й успіху в ринковій економіці залежить від створення для суб'єкта господарювання умов вирішувати такі проблеми.

В умовах обмежених бюджетних можливостей, погіршення кон'юнктури експортних ринків, дестабілізації ситуації в базових промислових регіонах України, обмежених можливостей щодо залучення фінансування, створення належного регуляторного середовища і бізнес-клімату, зокрема шляхом проведення дерегуляції, набуває особливої ваги.

Президент України Петро Порошенко в 2014 р. представив «Стратегію реформ–2020». Президент визначив вісім пріоритетних сфер, зміни в яких або вирішують найгостріші проблеми, або створюють інституційні передумови для проведення інших реформ. Цими пріоритетами він назвав антикорупційну та судову реформи, реформу правоохоронних органів, децентралізацію та реформу державного управління, податкову реформу. Також серед названих Президентом пріоритетів – дерегуляція та розвиток підприємництва, реформа системи безпеки та оборони, реформа охорони здоров'я. «Стратегія-2020» складається з трьох векторів руху для досягнення нашої мети: сталий розвиток країни; безпека держави, бізнесу та громадян; відповідальність і соціальна справедливість. Головною передумовою цієї роботи має стати новий суспільний договір між громадянським суспільством, владою та бізнесом, де кожна сторона має свою зону відповідальності.

Середньостроковою метою подальших реформ у цій сфері є створення сприятливого середовища для ведення бізнесу, розвитку малого і середнього підприємництва, залучення інвестицій, спрощення міжнародної торгівлі та підвищення ефективності ринку праці. Необхідно скоротити кількість документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності та видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, скасувати регуляторні акти, які ускладнюють ведення підприємницької діяльності, скоротити кількість органів державного нагляду (контролю), забезпечити надання послуг для громадян та бізнесу в електронному вигляді [2].

Саме пріоритет «дерегуляція та розвиток підприємництва» показує актуальність обраної теми дослідження.

Наукові публікації з вказаної тематики мають загальнотеоретичний характер і стосуються переважно державного регулювання економіки. Так, академік АПрН України В. В. Цвєтков у праці «Адміністративна реформа – ефективність державного управління» підкреслював, що для досягнення економічної стабілізації подальшого розвитку економіки «необхідно забезпечити безумовний пріоритет державного регулювання над стихійними ринковими саморегулюючими процесами, які часто призводять до руйнівних наслідків» [3, с. 9–14]. Таку саму позицію займають такі відомі представники господарсько-правової науки як академік НАН України В. К. Мамутов, доктори юридичних наук Г. Л. Знаменський, Н. О. Саніахметова та ін. Менш досліджуваною є проблема дерегулювання. Означене поняття не передбачене навіть у Великому енциклопедичному юридичному словнику 2007 р. видання, а розглядається лише регулювання [4, с. 692]. Одностайність в оцінці ролі та значення регуляторної політики і недостатня увага вчених-юристів до питання дерегулювання держави свідчить про актуальність дослідження.

Таким чином, у сучасних умовах перед правовою наукою постає надзвичайно важливе завдання – розробити і впровадити якісно нові підходи до побудови дієвих механізмів державного регулювання та дерегулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі розвитку.

З огляду на це вдосконалення механізмів державного регулювання та дерегулювання розвитку підприємництва є надзвичайно актуальним завданням для сучасної юридичної науки.

Мета і завдання статті. Мета полягає у розробці науково-теоретичних засад та практичних рекомендацій щодо удосконалення механізмів державного регулювання та дерегулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі розвитку.

Визначена мета зумовила постановку та розв'язання таких завдань: обґрунтувати теоретичні засади побудови та функціонування системи державного регулювання та дерегулювання із визначенням мети, завдань, об'єкта та суб'єкта, а також видів та складових механізмів дерегулювання; опрацювати підхід до вдосконалення розвитку цих процесів; запропонувати шляхи підвищення дієвості програм підтримки підприємництва.

Об'єктом дослідження є державне регулювання та дерегулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі розвитку.

Предмет дослідження – теоретичні аспекти, практичні рекомендації, наукові засади державного регулювання та дерегулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі розвитку.

Із аналізу змісту і напрямів державної регуляторної політики господарської діяльності, визначених у нормативних актах, можна запропонувати таке поняття дерегулювання:

дерегулювання – це формування оптимального співвідношення між ринковими механізмами і державним регулюванням господарської діяльності при обмеженні втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання з метою нівелювання адміністративних економічних, правових та інших перешкод на шляху розвитку ринкової економіки.

Слід визнати, що в сучасних умовах саме в напрямі втілення ідей усунення надмірних адміністративних обмежень для розвитку підприємницької діяльності спостерігаються найбільш відчутні зрушення у цій сфері. Верховна Рада України та Уряд лише за 2014 рік розробили та прийняли низку нормативно-правових актів, наприклад, таких як:

– Закон України **«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення кількості документів дозвільного характеру»** від 09.04.2014 р. № 1193-VII. Прийнятим Законом закладено правові механізми, спрямовані на звільнення підприємців від необхідності проходження зайвих та обтяжливих адміністративних процедур. Законом № 3392 передбачалося 143 документи дозвільного характеру. На сьогодні в Переліку залишається 84 дозвільних документа.

Закон містить норму, відповідно до якої обов'язок одержання погоджень, висновків та інших документів, які передують отриманню документа дозвільного характеру, покладено на **дозвільний орган, що оформляє документ дозвільного характеру,** без залучення суб'єкта господарювання [5].

– Закон України **«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку відкриття бізнесу та встановлення принципу провадження господарської діяльності суб'єктами приватного права без застосування печаток»** від 15 квітня 2014 р. № 1206-VII. Законом скасовуються вимоги щодо наявності у юридичної особи печатки. У зв'язку з цим для спрощення контролю за повноваженнями осіб, які підписують документи від імені підприємства, Укрдержреєстр буде зобов'язаний відкрити на своєму сайті безкоштовний доступ до значного переліку відомостей про юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців (зокрема про факт и дату реєстрації; список осіб, які мають право діяти від імені юридичної особи, у тому числі про наявність обмежень щодо представництва; інформацію про відкриття виконавчого провадження тощо). Поряд з цим залишається можливість використовувати печатки і замовляти нові, якщо засновники або учасники юридичної особи вважають це необхідним [6].

– Закон України **«Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2014 рік»** від 31.07.2014 р. № 1622-VII.

Законом доповнено Закон України «Про Державний бюджет України на 2014 рік» статтею 31, що передбачає установити, що перевірки підприємств, установ та організацій, фізичних осіб–підприємців контролюючими органами (крім Державної фіскальної служби України) здійснюються протягом серпня – грудня 2014 р. виключно з дозволу Кабінету Міністрів України або за заявкою суб'єкта господарювання щодо його перевірки [7].

Згаданою нормою зменшено тиск на суб'єктів підприємництва, чим поліпшено умови для бізнесу в усіх сферах господарської діяльності.

– Постанова Кабінету Міністрів України **«Деякі питання дерегуляції господарської діяльності»** (прийнято на засіданні Уряду 28.01.2015)**.**

Постанова передбачає:

– скорочення термінів видачі фітосанітарного та карантинного сертифікатів (із п'яти днів до 24 годин);

– скорочення переліку об'єктів карантинного регулювання для внутрішніх перевезень (на 33 види рослинних культур – жито, рис, ячмінь та інші, які переміщуються територією України);

– скасування надмірного адміністрування у сфері обороту пестицидів і агрохімікатів (спрощення порядку проведення державних випробувань, реєстрації та перереєстрації пестицидів і агрохімікатів);

– спрощення порядку видачі дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства;

– спрощення дозвільних процедур у надрокористуванні (моніторинг і науковий супровід виключені з обов'язкових умов спеціального дозволу на користування надрами);

– скасування порядку державної реєстрації харчових продуктів дієтичного споживання [8].

У фахових джерелах підкреслюється, що в умовах ринкових відносин розвиток підприємництва значною мірою залежить від сформованого державою інституційного середовища: чинної системи надання суб'єктам підприємницької діяльності різноманітних адміністративних послуг – дозволів, ліцензій, патентів, сертифікації та стандартизації продукції, існуючих умов залучення інвестицій тощо [9, с. 4; 8, с. 172–180].

Засобом формування інституційного середовища виступає державна політика регулювання підприємництва. З метою внесення певних корекцій у механізм її реалізації та усунення штучних адміністративних обмежень, які штучно стримують розвиток легальної і суспільно-корисної підприємницької діяльності, урядові структури періодично запроваджують політику дерегулювання.

Політика дерегулювання активно використовувалась урядами багатьох країн при здійсненні антикризових заходів у 2008 – 2010 рр. Зокрема, в ЄС на законодавчому рівні визнано необхідність оптимізації заходів з дерегулювання підприємницької діяльності, своєчасності їх застосування відповідно до особливостей фаз економічного циклу.

Акцент робиться на тому, що зняття надмірних адміністративних бар'єрів у веденні бізнесу здатне спричинити мультиплікативний ефект і дати поштовх для розвитку всіх секторів економіки [10].

При цьому серед фахівців цілісного бачення перспектив реалізації цієї політики на теперішній час не існує. Хоча здійснення відповідних реформ відбувається нині прискореними темпами, все ж варто визнати, що заходи з дерегулювання підприємницької діяльності носять розрізнений і нерідко досить суперечливий характер. Унаслідок цього очікувані сподівання на отримання потужного

реформаційного імпульсу від запровадження цієї політики часто не справджуються. Потреби реалізації більш виважених підходів до організації системи державного сприяння розвитку підприємництва зумовлюють необхідність неупередженого аналізу сучасних здобутків політики дерегулювання, узагальнення новітніх тенденцій і стійких зв'язків у цій сфері господарських відносин.

Перевага надається методам опосередкованого впливу, зорієнтованим на економічну мотивацію суб'єктів підприємницької діяльності. Діяльність уповноважених державних структур також набуває дещо іншу спрямованість, оскільки ними контролюється вже не перебіг окремих процесів у цій сфері відносин, а загальні результати їх реалізації, насамперед – з позицій усунення можливих суспільних ризиків ведення підприємництва. Раціональне дерегулювання надає можливість створити підґрунтя для налагодження ефективної взаємодії влади, бізнесу і суспільства, вирішення соціальних проблем, пов'язаних із проведенням економічних реформ.

Суттєвими перевагами політики дерегулювання є також те, що такого роду заходи здатні забезпечити швидкий ефект у вигляді покращання бізнес-середовища та створити підґрунтя для довгострокового припливу інвестицій у реальний сектор економіки.

Наведене свідчить, що нині в нашій країні політика дерегулювання підприємницької діяльності здійснюється за великою кількістю напрямів та з використанням різноманітних інструментів. Проте, оцінюючи досягнуті результати втілення відповідних заходів, слід визнати, що їх ефективність є недостатньою. Причиною такого стану справ є насамперед те, що дерегуляторна реформа поки що не набула системного характеру: здійснюються важливі, але все ж поодинокі заходи, які не можуть забезпечити цілісність і послідовність реалізації відповідної політики держави. Хоча стратегічні цілі відповідної державно-управлінської діяльності досить зрозумілі, однак реалізація поточних завдань її запровадження часто підміняється ситуативними рішеннями і кон'юнктурними міркуваннями. Це не надає змоги повною мірою реалізувати потенціал проведення дерегуляторних реформ, а відтак – суттєво обмежує можливості його використання для досягнення цілей посткризового відновлення національної економіки. З метою вирішення цієї проблеми необхідно провести широкомасштабний аудит адміністративних послуг, які надаються відповідними державними структурами. За результатами такої перевірки структури, які залишаться і які надаватимуть платні послуги, мають бути зобов'язані перевести свої рахунки з приватних банків до Державного казначейства, тобто безпосередньо на казначейські рахунки.

Назрілим питанням є запровадження комплексного підходу до перегляду регуляторної бази, побудованої за галузевим принципом. Одним із ефективних засобів вирішення цієї проблеми може стати створення електронних реєстрів регуляторних актів у кожному регіоні із загальним доступом для всіх бажаючих через Інтернет.

Досвід країн ЄС засвідчує, що визначальним чинником забезпечення ефективності політики дерегулювання підприємницької діяльності в умовах циклічної макроекономічної нестабільності є кількісний аналіз впливу проекту рішення, так званий «cost-benefit analysis» – аналіз вигід і витрат [11].

Застосування такого роду методик у нашій країні поки що має формальний, значною мірою поверховий характер. Уявляється, що повноцінне її впровадження надасть можливість більш виважено підійти до визначення економічної доцільності того чи іншого регуляторного акта. Результатами ревізії нормативно-правової бази повинні стати раціоналізація відповідних правил і суттєве скорочення процедур з їх реалізації, поліпшення інституційного середовища для ведення підприємницької діяльності. Потреби посткризового відновлення економіки України зумовлюють необхідність запровадження ефективної державної політики дерегулювання підприємницької діяльності.

На сьогодні найбільш відчутні результати проведення економічних реформ пов'язуються із досягненням саме в цій сфері відносин через прийняття низки законодавчих документів, спрямованих на розвиток ліцензійної і дозвільної систем, удосконалення процедур і правил здійснення уповноваженими державними структурами контрольної і наглядової діяльності, покращення інформаційного супроводу ведення бізнесу тощо. Проте ефективність здійснення відповідних заходів поки що залишається недостатньою внаслідок того, що дерегуляторна реформа поки що не набула системного характеру: здійснюються важливі, але все ж поодинокі кроки, які не можуть забезпечити належну результативність відповідної політики держави в цілому.

Перспективними напрямами подальших досліджень є з'ясування умов і принципів запровадження ефективної політики дерегулювання підприємницької діяльності в контексті завдань модернізації національної економіки.

Список використаної літератури:

1. *Господарський* кодекс України. Прийнятий 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18– 23. – Ст. 144.

2. *Указ* Президента України «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»» від 12 січня 2015 р. № 5/2015. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5/2015.

3. *Цвєтков В. В.* Адміністративна реформа – ефективність державного управління // Часопис Київського університету права. – 2002. – № 2.– Ст. 9–14.

4. *Великий* енциклопедичний юридичний словник. За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемчушенка. – К.: ТОВ Видавництво «Юридична думка».– 2007.– 992 с.

5. *Закон* України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення кількості документів дозвільного характеру» від 09.04.2014 р. № 1193-VII. – Режим доступу: http://www.dkrp.gov.ua/info/3514.

6. *Закон* України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку відкриття бізнесу та встановлення принципу провадження господарської діяльності суб'єктами приватного права без застосування печаток» від 15 квітня 2014 року № 1206-VII. – Режим доступу: http://www.dkrp.gov.ua/info/3514.

7. *Закон* України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2014 рік» від 31.07.2014 № 1622-VII. – Режим доступу: http://www.dkrp.gov.ua/info/3514.

8. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Деякі питання дерегуляції господарської діяльності». – Режим доступу: http://www.dkrp.gov.ua/info/3514.

9. *Симоненко В.* Адміністративне регулювання – найважливіший фактор реформ / В. Симоненко // Економіка України. – 2010. – № 10. – С. 4–14.

10. *Уколов В. Ф.* Взаимодействие власти, бизнеса и общества: [монография] / В. Ф. Уколов. – М.: ЗАО «Издательство «Экономика», 2009. – 622 с.

11. *Smart Regulation* in the European Union : Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 8.10.2010, COM (2010) 543 final. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF.

The thesis focuses on questions of construction of effective mechanisms of state regulation and deregulation. Has received the further development definition of a role of business in social and economic development of a society.

В статье исследуются теоретические и практические проблемы построения эффективных механизмов государственного регулирования и дерегулирования предпринимательской деятельности. Уточнены теоретические и практические основы построения и развития системы государственного регулирования и дерегулирования хозяйственной деятельности в современных условиях развития.

КОЛІЗІЇ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ВИХОДУ УЧАСНИКА З ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

Сіщук Л. В.,
кандидат юридичних наук, науковий співробітник лабораторії проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано правовий механізм визначення моменту виходу учасника з господарського товариства, окреслено умови правозастосування, а також розглянуто судову практику з вирішення спорів, що виникають при виході з товариства. Охарактеризовано відмінності правових конструкцій виходу з товариства і відчуження частки у статутному капіталі. Запропоновано низку змін до чинного корпоративного законодавства щодо реалізації права на вихід з товариства.

Ключові слова: право на вихід, учасник, господарське товариство, заява про вихід, частка у статутному капіталі, майно товариства.

Правовий статус учасника господарського товариства визначається сукупністю суб'єктивних корпоративних прав, що дають можливість брати участь у корпоративному управлінні та отримувати прибуток від діяльності товариства. Разом з тим до комплексу таких прав входить законодавчо визначена можливість учасника до виведення власних активів з товариства без суттєвого впливу на поточну підприємницьку діяльність товариства та/або втручання в діяльність органів управління, а також без припинення функціонування товариства на незначний чи тривалий період часу або ліквідації товариства. Учасник має право залишити господарське товариство внаслідок використання або договірних конструкцій, предметом яких є частка (акція) у статутному капіталі (купівля-продаж, міна, дарування та інші), або здійснення виходу з господарського товариства, що може зумовлюватися низкою соціальних, правових, економічних чи інших чинників. Виняток із загального правила має місце тільки щодо акціонерних товариств, оскільки правовою формою суб'єктивних корпоративних

прав акціонерів є акція. Оскільки акція є різновидом цінних паперів, то її оборотоздатність реалізується через укладення договорів і визначається відповідно до законодавства про депозитарну діяльність.

Метою статті є аналіз правового регулювання щодо визначення моменту виходу учасника з товариства; характеристика можливих зловживань як з боку товариства, так і учасника, який виявив намір вийти з товариства; розмежування правових конструкцій виходу з товариства та відчуження частки у статутному капіталі; удосконалення механізму правового регулювання виходу з товариства через надання пропозицій та змін до чинного корпоративного законодавства.

Порядок здійснення учасником права на вихід з господарського товариства визначається відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 116, ст. 125, 126, 130, 137, 148 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. № 435-IV (далі – ЦК України), ч. 1 ст. 88 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-IV (далі – ГК України), п. в) ч. 1 ст. 10, ст. 54, 71, 79 Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р. № 1576-XII (далі – ЗУ «Про ГТ»). Суть права на вихід учасника з господарського товариства полягає у тому, що учасник реалізує це право тільки з власної ініціативи, незалежно від волі та волевиявлення інших учасників чи товариства. Іншими словами, вихід з товариства є самостійним добровільним волевиявленням учасника, спрямованим на припинення корпоративних відносин між учасником і товариством. Зокрема, в імперативному порядку зазначено, що відмова від права вийти з повного товариства є нікчемною, що передбачено ч. 2 ст. 126 ЦК України. Тобто, якщо при укладенні засновницького договору у ньому було б закріплено положення про заборону виходу учасника з товариства, таку умову слід вважати нікчемною, оскільки вона спрямована на порушення прямої норми закону. Щодо інших господарських товариств, то законодавчі норми не закріплюють будь-яких обмежень для виходу учасника з товариства, як то, наприклад, згода учасників товариства, самого товариства тощо.

Умови про порядок виходу учасника з товариства визначаються законом і установчими документами товариства. Учасник господарського товариства має право вийти з товариства у будь-який момент. При цьому учасник повинен завчасно повідомити товариство про свій вихід, а товариство має прийняти рішення про внесення змін до установчих документів у зв'язку із зміною складу учасників товариства і забезпечити державну реєстрацію змін. Відповідно до ч. 1 ст. 148 ЦК учасник товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю (далі – ТОВ, ТДВ) зобов'язаний повідомити товариство про свій вихід не пізніше ніж за три місяці до виходу. Але у статуті ТОВ (ТДВ) може визначатися інший строк для повідомлення учасником про вихід з товариства.

Дещо по-іншому врегульовується питання щодо умов виходу учасників повного товариства (далі – ПТ) і командитного товариства (далі – КТ). В залежності від того, чи ПТ створено на визначений чи на невизначений строк, законом передбачено різні умови виходу з товариства. Якщо ПТ створено на невизначений строк, учасник зобов'язаний написати заяву до товариства не пізніше ніж за три місяці до фактичного виходу із товариства (ч. 1 ст. 126 ЦК, ч. 1 ст. 71 ЗУ «Про ГТ»), інший строк про повідомлення не може бути передбачений в установчому документі товариства. У разі створення ПТ на визначений строк, учасник має право достроково вийти з товариства лише з поважних причин, перелік яких чинним законодавством не визначається. Тому перелік поважних причин, як правило, має передбачатися у засновницькому договорі товариства. У ч. 2 ст. 71 ЗУ «Про ГТ» міститься також умова, згідно з якою попередження про вихід з товариства, створеного на визначений строк, учасник має надіслати до товариства не пізніш як за 6 місяців. Порядок виходу повного учасника КТ здійснюється відповідно до норм закону про ПТ. Разом з тим вкладник КТ має право вийти з товариства після закінчення фінансового року незалежно від строків надіслання вкладником повідомлення до товариства впродовж поточного року (ч. 2 ст. 137 ЦК, ст. 79 ЗУ «Про ГТ»).

Отже, як випливає із нормативних положень, для реалізації права на вихід учасник має обов'язок перед товариством повідомити про свій вихід у визначені законом або установчими документами строки. Повідомлення товариства здійснюється учасником шляхом подання заяви про вихід, яка має надаватися ним особисто. Проте, як свідчить практика правозастосування, незважаючи на визначені строки повідомлення про вихід з товариства, неоднозначно вирішується питання про визначення моменту виходу учасника з товариства, що має не менш вагоме значення як для учасника, так і товариства. Адже саме з моменту виходу учасник втрачає суб'єктивні корпоративні права по відношенню до товариства, а товариство зобов'язується виплатити майнову вартість його частки у статутному (складеному) капіталі, що визначається станом на день виходу учасника з товариства.

Складність визначення моменту виходу з товариства полягає у відсутності спеціальної норми, що вказувала б на конкретний момент припинення корпоративних відносин між учасником і товариством, та наявності нормативних положень, що зобов'язують товариство на загальних зборах вносити зміни до установчих документів у зв'язку зі зміною складу учасників, приймати рішення про зменшення статутного капіталу товариства або про внесення додаткових вкладів іншими учасниками у розмірі частки учасника, що вибув, та забезпечити реєстрацію зазначених змін у Єдиному державному реєстрі (далі – ЄДР) (ст. 88, 89, 125, 143, п. 2 ч. 4 ст. 145 ЦК України). Наведені вимоги закону зумовлюють неоднозначність застосування норм на практиці, а саме, визначення моментом

виходу: 1) день подання заяви про вихід; 2) день закінчення строку повідомлення товариства про вихід; 3) день проведення загальних зборів, на яких розглядалося питання виходу учасника з товариства; 4) день державної реєстрації змін до установчих документів у ЄДР.

Така синхронність застосування різних правових норм до однотипних правових явищ призводить до хаотичності у правозастосуванні. Якщо вважати, що моментом виходу з товариства є день подання заяви про вихід або день закінчення строку повідомлення товариства про вихід, то слід зазначити, що закон не передбачає обов'язку учасника до подання кількох заяв, а саме, заяви, якою учасник повідомляє про намір вийти з товариства та заяви про безпосередній вихід після закінчення строків повідомлення про вихід учасника. Така вимога, звичайно, може передбачатися в установчих документах, але не є обов'язковою. Тому, коли йдеться про визначення моментом виходу, наприклад, день подання заяви, в кожному конкретному випадку має значення, чи це день подання заяви, в якій особа повідомляє товариство про намір вийти з товариства, чи це заява про фактичний вихід, якщо процедура щодо подання кількох заяв передбачена установчими документами.

Якщо моментом виходу з товариства вважати момент внесення змін до статуту товариства на загальних зборах/до засновницького договору шляхом спільного голосування за зміни у складі учасників та внесення відомостей до ЄДР, то, з одного боку, такий підхід має позитивний аспект, оскільки до цього моменту учасник мав би право бути власником корпоративних прав, що, наприклад, як у ТОВ, надають особі право достроково ініціювати проведення загальних зборів, якщо вона володіє 20 і більше відсотками частки у статутному капіталі, ініціювати внесення до порядку денного загальних зборів питання про внесення змін до установчих документів у зв'язку із виходом з товариства, якщо товариство не виконує свій обов'язок належним чином, право володіти інформацією про діяльність товариства, в тому числі щодо визначення розміру вартості майна товариства, грошовий еквівалент, частини якого виплачується учаснику при здійсненні розрахунків з ним.

Крім того, у ЦК України і Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» зазначається про те, що вся інформація, яка вноситься до ЄДР, є повною і достовірною для третіх осіб. Тому невнесення змін до установчих документів, пов'язаних із зміною складу учасників, та до державного реєстру є передумовою для того, щоб вважати інформацію про вихід учасника з товариства недостовірною. Наведені аргументи висловлені у Листах Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва «Щодо заліку взаємних однорідних вимог» від 14. 07. 2004 р. № 4783/0/2-04 та «Про момент виходу учасника зі складу ТОВ» від 18.06.2009 р. № 7184.

З іншого боку, зазначені підходи можуть зумовлювати й низку певних зловживань корпоративними правами з боку інших учасників товариства чи самого товариства. Адже при голосуванні за вихід учасника з товариства для прийняття рішення на загальних зборах необхідним є голосування інших учасників, які мають право вибору – проголосувати «за» чи «проти», що фактично виступало б певним обмеженням у можливості вільної реалізації права на вихід. Така сама ситуація має місце у повних та командитних товариствах, адже учасники повинні приймати рішення про зміну складу учасників за спільною згодою.

При виникненні спору про право, а саме, коли йдеться про визначення моменту виходу, порізному вирішення цього питання передбачається й висловленими узагальненими позиціями судової практики. Зокрема, у п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24. 10. 2008 р. № 13 зазначається, що моментом виходу учасника з товариства є дата подачі ним заяви про вихід відповідній посадовій особі товариства або вручення заяви цим особам органами зв'язку. Наведене твердження наводить на думку, що момент виходу з товариства фактично збігається з моментом повідомлення товариства про вихід через подану заяву або обумовлює необхідність подання учасником двох заяв (про повідомлення про намір виходу і про фактичний вихід), що не сприяє конкретизації визначення моменту виходу з товариства.

В інший спосіб визначається момент виходу учасника з товариства у Рекомендаціях Президії Вищого господарського суду України «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28.12.2007 р. № 04-5/14, відповідно до п. 3.5 яких зазначається, що учасник вважається таким, що вийшов з ТОВ/ТДВ з моменту прийняття загальними зборами рішення про виключення учасника з товариства на підставі його заяви про вихід, а у випадку відсутності такого рішення – з дати закінчення строку, встановленого законом або статутом товариства для повідомлення про вихід з товариства. З наведеного випливає, що моментом виходу учасника з товариства може бути момент внесення змін до статуту на загальних зборах, але за умови, що такі збори були проведені впродовж трьох місяців (чи іншого строку, визначеного статутом) з моменту повідомлення товариства про вихід із складу учасників. Однак така позиціє є дещо суперечливою, оскільки, по-перше, законом або статутом визначені строки, впродовж яких учасник повідомляє про свій намір вийти з товариства, але ще не є таким, що здійснив такий вихід, по-друге, в такому випадку вихід учасника з товариства залежатиме від рішення загальних зборів, а не вважатиметься одностороннім волевиявленням учасника, який виявив намір вийти з товариства.

Більше того, внесення змін до установчих документів та їх державна реєстрація після закінчення строків повідомлення учасником про вихід з товариства стає не правом, а обов'язком господарського товариства. Зокрема, у п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24. 10. 2008 № 13 зазначається, що невнесення змін до установчих документів та непроведення державної реєстрації змін до установчих документів не може вплинути на волевиявлення учасника, позбавити чи обмежити учасника права вийти з товариства. У такого учасника є право звернутися за захистом своїх прав до суду з вимогою про зобов'язання товариства до державної реєстрації змін в установчих документах товариства у зв'язку зі зміною у складі учасників товариства. Таким чином, найбільш вдалою вважаємо позицію, висловлену у Рекомендаціях, згідно з якою моментом виходу учасника є закінчення строку повідомлення товариства про вихід.

Обґрунтування наведеного твердження пояснюється відповіддю на питання, що являє собою вихід з товариства. Зокрема, О. В. Просянюк зазначає, що, враховуючи особливу цільову направленість при виході з товариства на припинення корпоративних прав і обов'язків, існують підстави для кваліфікації виходу з товариства як правочину [2, с. 151]. У п. 3.5 Рекомендацій Президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 р. № 04-5/14 також зазначається, що подання заяви про вихід з товариства є дією, спрямованою на припинення корпоративних прав та обов'язків учасника товариства.

Якщо звернутися до дефініції ст. 202 ЦК України правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Правочини можуть бути односторонніми, дво- чи багатосторонніми (договори). Суть одностороннього правочину полягає у вчиненні дій однією стороною, які спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. При цьому правочин може вчинятися в усній або письмовій формі, а також підлягати нотаріальному посвідченню і державній реєстрації у випадках, визначених законом. Правочин вважається вчиненим у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах і якщо він підписаний його стороною (ч. 1, 2 ст. 207 ЦК України).

Враховуючи вищезазначене, доходимо висновку, що право на вихід з товариства є суб'єктивним корпоративним правом, яке учасник реалізує у разі виявлення наміру вивести активи з товариства. Вихід з товариства є безпосередньою дією учасника, яка спрямована на припинення корпоративних відносин з товариством, що реалізується шляхом подання заяви. Формою реалізації виходу з товариства є заява, яка у письмовій формі подається до товариства і підписується учасником. Іншими словами, вихід з товариства є одностороннім правочином, що вчиняється у письмовій формі шляхом подання заяви до товариства. Оскільки законом передбачена необхідність встановлення строків, після закінчення яких дія учасника щодо виходу з товариства вважається вчиненою, цілком логічним є визначення моментом виходу з товариства дня наступного за днем, у якому закінчується строк повідомлення товариства про вихід незалежно від кількості поданих заяв. Таким чином, саме з цієї дати припиняються корпоративні відносини між учасником і товариством та саме станом на зазначену дату має визначатися розмір майна товариства, що має виплачуватися пропорційно частці учасника у статутному капіталі товариства.

Більше того, за загальним правилом, особа, яка вчинила односторонній правочин, має право відмовитися від нього, якщо інше не встановлено законом. Відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, в якій було вчинено правочин (ч. 1, 3 ст. 214 ЦК України). З наведено випливає, що впродовж визначених законом або установчими документами строків учасник має право відмовитися від виходу з товариства шляхом подання письмової заяви. Наведені положення доцільно закріпити на нормативному рівні.

Неврегульованість у законодавстві низки питань виходу з товариства також призводить до використання учасниками інших способів припинення участі шляхом виходу з товариства, зокрема здійснюючи відчуження частки у статутному капіталі. Учасник пише до товариства заяву про вихід та здійснює продаж частки за договором. В результаті, отримуючи прибуток від продажу частки, учасник, який вийшов, звертається до товариства з вимогою виплатити частину майна, пропорційну його частці. Однак вихід учасника з товариства та продаж частки іншій особі мають різну правову природу та, відповідно, різні правові наслідки. Вихід зі складу учасників товариства у зв'язку з відчуженням частки у статутному капіталі не є тотожним поданню учасником заяви про вихід з товариства. У разі продажу частки іншій особі учасник (продавець) втрачає право на отримання від товариства будь-яких виплат. Крім того, як зазначає О. Р. Кібенко, вихід передбачає зменшення статутного капіталу. Учасник просто забирає свою частку в ТОВ, не бажаючи більше перебувати у відповідних корпоративних правовідносинах. При цьому учасник не бажає продати, подарувати чи іншим чином відступити ТОВ, іншим учасникам чи учаснику товариства або ж третій особі свою частку [1, с. 22].

Разом з тим недосконалість законодавчих норм, що регулюють порядок виходу з товариства, в практичній діяльності може призводити також до суттєвих порушень корпоративних прав учасників товариства, корпоративного інтересу самого товариства, а також може бути однією із передумов для ліквідації товариства. Така ситуація, зокрема, має місце, коли власники значних часток, реалізуючи

право на вихід, виводять всі свої активи і залишають товариство фактично без майна, необхідного для продовження стабільного функціонування товариства. Адже право на вихід з товариства має будь-який учасник незалежно від розміру його частки у статутному капіталі товариства: чи то власник 10 % частки у статутному капіталі, чи то учасник, якому належить 90 % частки у статутному капіталі товариства.

З огляду на наведене існує необхідність запровадження сучасного ефективного механізму правового регулювання діяльності господарських товариств [3]. Таким чином, з метою конкретизації порядку реалізації права на вихід з товариства доцільно внести зміни і доповнити ч. 1 ст. 148 ЦК України та викласти у такій редакції:

«1. *Учасник товариства з обмеженою відповідальністю має право вийти з товариства. У разі виходу учасника з товариства з обмеженою відповідальністю заява про його вихід подається до товариства за три місяці до моменту виходу учасника із товариства, якщо інший строк не встановлений статутом.*

Учасник товариства з обмеженою відповідальністю має право відмовитися від виходу з товариства впродовж строку повідомлення про вихід з товариства, встановленого законом або статутом.

У разі виходу учасника з товариства його частка переходить до товариства з дати закінчення строку повідомлення товариства про вихід, якщо впродовж строків повідомлення про вихід з товариства, встановлених законом або статутом, учасник не відмовився від виходу з товариства.

Якщо частка учасника, який виходить, становить більше 50 відсотків, заява про його вихід подається до товариства не пізніше, ніж за шість місяців до моменту виходу учасника із товариства, якщо інший строк не встановлений статутом. Товариство зобов'язане повідомити учасників товариства протягом двох днів з моменту надходження заяви від учасника, який виходить з товариства». Аналогічні зміни доцільно внести й до ст. 126 ЦК України.

Список використаної літератури:

1. *Кібенко О., Залеська А.* Вихід учасника із товариства з обмеженою відповідальністю: проблемні питання та практичні рекомендації / О. Кібенко, А. Залеська // Українське комерційне право. – 2012. – № 12. – С. 20 – 29.

2. *Просянюк О. В.* Правове регулювання виходу з товариства з обмеженою відповідальністю / О. В. Просянюк // Університетські наукові записки. – 2013. – № 1 (45). – С. 148 – 152.

3. *Розпорядження* Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції проекту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 06.02.2013 р. № 72-р. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/72-2013-%D1%80.

In the article analyzed the legal mechanism to determine the moment of the members' withdrawal from the company, delineated conditions of enforcement, and examined a judicial practice of resolving disputes arising of withdrawal from the company. Characterized differences of legal structures of withdrawal from the company and sale of the share in the authorized capital and also proposed a number of amendments to existing corporate law for realization of the right to withdraw from company.

В статье проанализирован правовой механизм определения момента выхода участника из хозяйственного общества, рассмотрены условия правоприменения, а также исследовано судебную практику по разрешению споров, возникающих при выходе из общества. Охарактеризованы отличия правовых конструкций выхода из общества и отчуждения доли в уставном капитале. Предложен ряд изменений к действующему корпоративному законодательству относительно реализации права на выход из общества.

МОДЕЛЬНИЙ СТАТУТ ЯК УСТАНОВЧИЙ ДОКУМЕНТ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

Черненко О. А.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються проблеми, пов'язані з введенням модельного статуту.

Ключові слова: установчі документи, статут, модельний статут, юридична особа, суб'єкт господарювання.

До прийняття ГК України діяльність підприємства здійснювалась в межах чинного законодавства та з урахуванням статуту. Стаття 9 Закону України «Про підприємства в Україні» передбачала, що свою діяльність

підприємство здійснює на підставі статуту, який затверджується власником (власниками) майна, а для державного підприємства – власником майна за участю трудового колективу, тобто наявність статуту виступала обов'язковою ознакою підприємства. Частина 3 ст. 62 ГК України встановлює, що підприємство, якщо законом не встановлене інше, діє на основі статуту або модельного статуту, тобто згідно з ГК статут вже не є кваліфікуючою, обов'язковою ознакою підприємства. У статуті підприємства визначається власник і найменування підприємства, предмет і цілі діяльності, його органи управління, порядок їх формування, компетенція та повноваження трудового колективу і його виборних органів, порядок утворення майна підприємства, умови реорганізації та припинення діяльності підприємства. У статуті підприємства визначається також орган, який має право представляти інтереси трудового колективу (рада трудового колективу, рада підприємства, профспілковий комітет та інше).

В Україні ідея запровадження модельних статутів вперше була сформульована в Концепції розвитку корпоративного законодавства України на 2007–2010 роки. У 2011 р. ідея модельних статутів була втілена у життя Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження принципу державної реєстрації юридичних осіб на підставі модельного статуту» від 21 квітня 2011 р. № 3262-VI. Концепція модельного статуту знаходить свої корені в англійському корпоративному праві, адже за законодавством Великої Британії ще з 1856 р. компанія може при реєстрації не подавати індивідуальний статут, а заявити про дію щодо неї модельного статуту – статуту, затвердженого підзаконним нормативним актом уповноваженого державного органу. Головна мета запровадження модельного статуту – звільнити компанії від зайвих витрат коштів та часу на складення індивідуального статуту, прискорити і максимально спростити процедуру створення нових компаній [1].

Окремі аспекти, пов'язані з питаннями створення і функціонування суб'єктів господарювання, розглядались у працях таких вчених, як: О. М. Вінник, О. Р. Кібенко, І. М. Кучеренко, В. С. Щербина та інших.

Запропоновану публікацію присвячено дослідженню проблемних питань, пов'язаних із запровадженням в Україні модельних статутів.

Метою дослідження у межах даної статті є аналіз позитивних та негативних рис модельного статуту.

Установчими документами підприємства є комплект документів встановленої законом форми, згідно з якими підприємство виникає і діє як суб'єкт права. Відповідно до положень ст. 57 ГК України установчими документами суб'єкта господарювання є рішення про його утворення або засновницький договір, а у випадках, передбачених законом, – статут (положення) суб'єкта господарювання.

Стаття 56 ГК України передбачає, що суб'єкт господарювання може створюватися та діяти на підставі модельного статуту, затвердженого Кабінетом Міністрів України, що після його прийняття учасниками стає установчим документом.

У свою чергу, ст. 87 ЦК України передбачає, що для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками), якщо законом не встановлений інший порядок їх затвердження.

Юридична особа приватного права може створюватися та діяти на підставі модельного статуту, затвердженого Кабінетом Міністрів України, що після його прийняття учасниками стає установчим документом.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» **модельний статут** – типовий установчий документ, затверджений Кабінетом Міністрів України, який використовується для створення та провадження діяльності юридичних осіб відповідних організаційно-правових форм, містить встановлені законом правила, що регулюють правовий статус, права, обов'язки та відносини, які пов'язані зі створенням, управлінням та провадженням господарської діяльності відповідних юридичних осіб.

Отже, враховуючи норми ГК та ЦК України, модельні статути можуть були застосовані до будь-якої організаційно-правової форми. Але при цьому слід зазначити, що модельні статути можуть бути використані лише тими юридичними особами, що діють на підставі статуту – тобто їх не можуть використовувати повні та командитні товариства.

Установчими документами юридичної особи є «внутрішні локальні нормативні акти, на підставі яких створюються та/чи діють юридичні особи. Зазначені документи розробляють та підписують усі учасники (засновники), якщо інше не встановлено законом… Установчі документи можуть підписувати не тільки засновники, а й їхні представники… Установчі документи можуть не підписуватися усіма засновниками у випадку, коли вони приймаються відповідно до законодавства на установчих зборах» [2, с. 851].

Очевидним є те, що модельний статут не відповідає класичній природі установчих документів юридичної особи, оскільки факт затвердження його Кабінетом Міністрів України спричиняє виникнення у нього деяких ознак нормативного акта [3]. Отже, із запровадженням у законодавстві концепції модельного статуту виникла необхідність і перегляду поняття установчих документів.

Водночас слід враховувати те, що можливість застосування чи відмови від застосування модельного статуту є результатом волевиявлення учасників (засновників) юридичної особи.

На практиці досить часто змішують поняття модельного статуту та типового чи зразкового. На думку О. Р. Кібенко, основна відмінність модельного статуту полягає у тому, що якщо юридична особа створюється на підставі модельного статуту, то учасники взагалі не затверджують індивідуальний статут (навіть такий, що збігається з модельним), а всі ознаки, що індивідуалізують юридичну особу, мають міститися у рішенні про створення. Тобто фактично юридична особа працює без індивідуального статуту. Цього не відбувається, коли йдеться про типовий чи зразковий статут – незважаючи на його наявність, учасники юридичної особи мають затвердити індивідуальний статут, керуючись при цьому обов'язковими чи рекомендаційними положеннями типового чи зразкового статуту. Таким чином, модельний статут не може містити жодних індивідуалізуючих ознак [1].

Внаслідок запровадження конструкції модельного статуту рішення засновників про створення юридичної особи набуває нового забарвлення, оскільки набуває ознак документа установчого характеру. Якщо до внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» рішення засновників про створення юридичної особи при державній реєстрації подавалося обов'язково лише у випадках, прямо передбачених законом, то з урахуванням сучасних змін законодавства можна стверджувати, що таке рішення засновників повинне обов'язково подаватися державному реєстратору в кожному випадку використання учасниками (засновниками) модельного статуту, оскільки саме рішення засновників, за умови створення юридичної особи з використанням модельного статуту, вміщуватиме відомості стосовно найменування юридичної особи щодо кількісного складу засновників і розподілу між ними часток у статутному (складеному) капіталі.

На думку Н. В. Козлової, саме рішення засновників про створення нового суб'єкта права, яким затверджуються його установчі документи, склад і розмір статутного капіталу, органи управління, слід вважати установчим (засновницьким) актом, що є необхідною організаційною передумовою виникнення цивільної правосуб'єктності юридичної особи. Таке рішення дослідниця визначає як цивільно-правову односторонню чи багатосторонню корпоративну угоду, спрямовану на виникнення нового суб'єкта права [4, с. 162].

Слід зазначити, що чинне законодавство не лише запроваджує можливість використання модельного статуту при створенні юридичної особи, а й передбачає право юридичної особи перейти на модельний статут під час її діяльності шляхом прийняття рішення про заміну затвердженого при створенні юридичної особи установчого документа.

Так, згідно з п. 11 ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» у разі якщо юридична особа, засновниками (учасниками) якої затверджено статут, прийняла рішення продовжувати свою діяльність на підставі модельного статуту, юридична особа подає державному реєстратору таке рішення, реєстраційну картку про підтвердження відомостей про юридичну особу з відповідною відміткою та примірник оригіналу статуту для проставляння штампу про те, що юридична особа з відповідної дати провадить діяльність на підставі модельного статуту. Такий штамп проставляється державним реєстратором також на примірнику оригіналу статуту даної юридичної особи, що зберігається у реєстраційній справі.

Кабінет Міністрів України своєю постановою від 16 листопада 2011 р. № 1182 (постанова набрала чинності 23 листопада 2011 р.) затвердив зразок модельного статуту для товариства з обмеженою відповідальністю.

Затвердження модельного статуту ТОВ спрямовано на спрощення порядку створення ТОВ. Відтепер державна реєстрація ТОВ може здійснюватись не лише на підставі спеціально розробленого та затвердженого учасниками ТОВ статуту, а й на підставі модельного статуту, який набуває статусу установчого документа у разі прийняття його учасниками ТОВ.

Затвердження модельного статуту Кабінетом Міністрів України спричиняє виникнення у нього деяких ознак нормативного акта і, відповідно, великим недоліком при роботі з модельними статутами є неможливість самостійно внести до них зміни. Зміни вносяться лише Кабінетом Міністрів України, тобто у разі внесення змін Кабінетом Міністрів до модельного статуту, такі зміни стосуються всіх товариств, які працюють на його підставі, що може викликати незгоду з боку учасників суб'єктів господарювання [5].

Якщо проаналізувати положення модельного статуту ТОВ, то можна стверджувати, що в модельному статуті закріплені лише «загальні» законодавчі положення, і, відповідно, усі «спеціальні» положення щодо конкретного суб'єкта господарювання мають бути відображені в рішенні засновників про створення ТОВ. Тобто ідентифікуючі ознаки товариства, такі як найменування, мета і предмет господарської діяльності, місцезнаходження, склад учасників, розмір статутного капіталу, розмір часток кожного із учасників, порядок внесення ними вкладів, зазначаються у рішенні про створення товариства. Відтак таке рішення, яке підписується усіма засновниками, має містити відомості про вид товариства, його найменування, місцезнаходження, предмет і цілі діяльності, склад засновників та

учасників, розмір статутного (складеного) капіталу, розмір часток кожного з учасників, порядок внесення ними вкладів, а також інформацію про провадження діяльності на основі модельного статуту. Таким чином, рішення засновників фактично перебирає на себе функції статуту і стає основним документом ТОВ. З огляду на це, позбавляючись від необхідності в розробці статуту, виникає необхідність в розробці правильного рішення засновників, а це навряд чи буде дешевшим та швидшим процесом з огляду на обсяг та обов'язкові положення документа [6].

Суб'єкт господарювання самостійно вирішує, діяти на підставі модельного статуту або врегулювати відносини між учасниками в окремому «звичайному» статуті.

Реєстрація юридичної особи по модельному статуту має низку значних переваг, серед яких:

1) відсутність необхідності витрачати час та кошти на складання установчого документа;

2) неможливість підробити модельний статут;

3) спрощення процедури реєстрації – не потрібно подавати такий статут для реєстрації, не потрібно нотаріально завіряти підписи засновників на ньому, підписувати (посвідчувати підписи нотаріально) нову редакцію (зміни) статуту в разі зміни адреси, складу учасників, розміру статутного капіталу, видів діяльності, найменування та внесення інших змін до статуту. Також не потрібно враховувати всі вимоги законодавства до змісту установчих документів; не потрібно засвідчувати нотаріальну копію статуту для відкриття банківського рахунку тощо. Для реєстрації нового ТОВ із використанням модельного статуту достатньо лише послатися в рішенні про заснування товариства на домовленість засновників долучитися до модельного статуту та зазначити про це в реєстраційній картці [7].

Для невеликих товариств, напевне, недоцільно розробляти окремий статут і, відповідно, є сенс діяти на підставі модельного статуту, який не містить жодних індивідуалізуючих ознак. Однак для товариств, яким слід детально прописати права та обов'язки учасників, розширити повноваження загальних зборів учасників товариства, обмежити повноваження виконавчого органу товариства (наприклад, встановити обмеження на укладення певних правочинів від імені товариства без погодження із загальними зборами учасників товариства), детально прописати підстави та процедуру виключення учасника з товариства, детально прописати процедуру виходу учасника з товариства та отримання ним вартості частини майна, пропорційної частці у статутному капіталі товариства, заборонити можливість відчуження частки третім особам та ін., доцільніше буде врегульовувати такі питання саме у «звичайному» статуті.

Враховуючи вищенаведене, вважаємо, що незважаючи на переваги запровадження конструкції модельного статуту, індивідуальні установчі документи зможуть краще забезпечити суб'єкту господарювання надійніший фундамент для успішного функціонування [8].

Список використаної літератури:

1. *Модельні статути*: бути чи не бути? – Режим доступу: http://www.kopartners.com.ua/ukr/pr/modelni-statuti-buti-chi-ne-buti-reportazh-z-zasidannya-komitetu-z-korporativnogo-prava-apu.

2. *Енциклопедія* цивільного права України / [відп. ред. Я. М. Шевченко]; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К.: Ін Юре, 2009. – 952 с.

3. *Зеліско А. В.* Модельний статут юридичної особи приватного права: деякі аспекти впровадження у законодавство / А. В. Зеліско //Держава і право: юридичні і політичні науки. – 2012. – Вип. 56. – С. 249–253.

4. *Козлова Н. В.* Правосубъектность юридического лица: учебник / Н. В. Козлова. – М.: Статут, 2005. – 220 с.

5. *Коваленко К. В.* Правове регулювання створення господарських товариств на підставі модельного статуту / К. В. Коваленко // Право і Безпека. – 2013. – № 4. – С. 158–162. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pib_2013_4_32.pdf.

6. *Об утверждении* Модельного устава общества с ограниченной ответственностью. – Режим доступу: http://legalalliance.com.ua/rus/press/348.

7. *Модельний* статут – як це працює? – Режим доступу: http://ubr.ua/uk/business-practice/laws-and-business/modelnii-statut-iak-ce-pracu-247694.

8. *Доцільність* здійснювати діяльність за модельним статутом. – Режим доступу: http://www.law-prime.com.ua/blog/diyalnist-za-modelnim-statutom.

The article deals with the problems associated with the concept of a model statute.

В статье рассматриваются проблемы, связанные с введением модельного устава.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ АЛЬТЕРНАТИВНОГО ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ПРИ ВРЕГУЛЮВАННІ СІМЕЙНИХ КОНФЛІКТІВ

Бондаренко-Зелінська Н. Л.,
кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС відділу стратегічних міжнародно-правових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються перспективи створення ефективного механізму захисту прав та свобод людини і громадянина шляхом запровадження способів альтернативного вирішення правових спорів. Визначаються особливості, які слід врахувати при реформуванні законодавства з метою модернізації існуючого механізму захисту прав, в тому числі з урахуванням світового, європейського досвіду застосування методів альтернативного вирішення та врегулювання сімейних конфліктів та правових спорів.

Ключові слова: альтернативне вирішення правових спорів (АВС), медіація, сімейні спори, сімейна медіація, нейтральна оцінка, нейтральна експертиза фактичних обставин справи, спільне встановлення фактичних обставин справи, механізм захисту прав та свобод людини.

Сім'я є природним середовищем для фізичного, духовного, інтелектуального, культурного, соціального розвитку дитини, її матеріального забезпечення. З огляду на це в процесі інтеграції в європейське співтовариство Україна орієнтована на зміцнення цієї ланки суспільства та створення ефективного механізму захисту прав суб'єктів сімейних правовідносин відповідно до міжнародних (в тому числі європейських) стандартів.

Основними причинами розпаду сімей є конфлікти, і необхідність забезпечення ефективного механізму захисту прав та інтересів суб'єктів сімейних правовідносин потребує застосування ефективних способів вирішення таких конфліктів. Водночас предмет регулювання сімейного права і те, що може розумітися під сімейним конфліктом, необов'язково збігаються один з одним [1, с. 138]. Адже сімейні відносини, хоча й подібні з іншими відносинами цивільного права, внаслідок їх приватноправного характеру, суттєво відрізняються від останніх в силу особливих властивостей цих відносин, більше моральних, ніж юридичних [2, с. 3]. Тому правове регулювання не може охопити усі сфери сімейного життя, а отже, не до всіх сімейних конфліктів можуть бути застосовані юрисдикційні процедури розгляду та вирішення правових спорів.

Ще одним недоліком судового чи адміністративного порядку розгляду та вирішення сімейних спорів є те, що вони орієнтовані більше на забезпечення засобами державного примусу вимоги однієї зі сторін спору, ніж на повну ліквідацію конфлікту між суб'єктами сімейних правовідносин, внаслідок чого не забезпечується принцип зміцнення сім'ї.

Не можна визнати ефективними й існуючі процесуальні засоби примирення подружжя [3, с. 4]. Формалізований за своєю природою процес не в змозі забезпечити тієї мети, яку ставить законодавець, встановлюючи спробу примирити подружжя: проста відстрочка в часі, як пасивна спроба примирити сторони, здійснюється як в органах РАЦСу, так і судами і, ймовірно, не важливо, хто ж її вживає. Якщо ж передбачаються активні дії щодо примирення з боку третьої особи, що представляє державну владу, то і примирення, і переговори в будь-якій іншій сфері людських взаємин доцільніше проводити поза підлеглим суворим вимогам процесуальної форми судовим процесом [4].

Не сприяє ефективності судового провадження по спорах, що виникають із сімейних правовідносин, і та обставина, що судове пізнання обставин сімейних справ часто ускладнене в силу необхідності дотримання вимог достатності та достовірності доказів, якими сторони повинні доводити свої вимоги та заперечення. В силу специфіки сімейних правовідносин, особливо їх моральної складової, в більшості випадків суб'єкти сімейних правовідносин не опікуються збереженням доказів, які б у майбутньому підтверджували їх майновий чи інший вклад в розвиток сім'ї. А такі обставини як кохання, увага, підтримка, виховний вплив на членів сім'ї (в першу чергу дітей) довести за допомогою певних окремо взятих носіїв інформації вкрай важко.

З огляду на це найбільш ефективними при вирішенні сімейних спорів є *способи альтерантивного вирішення спорів* («*Alternative Dispute Resolution»).*

Альтернативне вирішення спорів (*далі – АВС*) – це сукупність прийомів і методів врегулювання конфлікту, у результаті застосування яких сторони, що сперечаються, отримують такий варіант вирішення спору, який враховує інтереси усіх сторін конфлікту, тому є максимально взаємоприйнятним для них.

Перевагами способів АВС порівняно із судовим захистом є: їх застосування надає можливість мінімізувати час між моментом виникнення конфлікту та часом застосування примирної процедури, що надає змогу вирішити спір максимально оперативно; участь у процедурі безпосередніх учасників

спірних правовідносин, які володіють максимумом інформації про причини конфлікту, та обставини, що мали місце; необмежена можливість залучення до участі представників сторін конфлікту; процедура вирішення спорів максимально спрощена та добровільна, не потребує значних затрат фінансових, організаційних чи інших ресурсів порівняно із судовою; конфіденційність способів АВС є їх додатковою перевагою порівняно із судовим захистом; застосування способів АВС надає можливість не просто врегулювати конфлікт, а й вирішити його та примирити конфронтуючі сторони. Більше того, на відміну від судової форми захисту, в процесі застосування якої сторони конфлікту зосереджують свою увагу на пошуку доказів своєї правоти і неправоти контрагента, АВС передбачає спільну діяльність конфліктуючих сторін щодо пошуку взаємоприйнятного рішення, що, з одного боку, налаштовує сторони на самостійне прийняття рішень та підвищує їх власну самооцінку, а з іншого – вони набувають досвіду налагодження діалогу та партнерських відносин в стані конфлікту.

Ці властивості способів АВС не тільки відрізняють їх від судового захисту, а й є особливо цінними для вирішення спорів, які по своїй природі виходять за межі права і в яких принципово важливим є збереження в майбутньому нормальних взаємовідносин між сторонами конфлікту (сімейні, спадкові, трудові тощо).

Загалом світова практика альтернативного вирішення правових конфліктів використовує такі основні способи АВС: *арбітраж* (*arbitration*) – спосіб вирішення спору за допомогою незалежної, нейтральної особи – арбітра (або групи арбітрів), що вповноважений винести обов'язкове для сторін рішення[1]; *медіація* (*mediation*), що передбачає врегулювання правового конфлікту за допомогою незалежного, нейтрального посередника, який сприяє сторонам у досягненні угоди; *переговори* (*negotiation*) – спосіб врегулювання правового спору безпосередньо сторонами без будь-яких посередників. Елементи цих трьох «чистих» способів входять складовою частиною до багатьох інших процедур, які також застосовуються в країнах Європи, як от: «мед-арб» (*med-arb*), «міні-суд» (*mini-trial*), незалежна експертиза щодо встановлення фактичних обставин справи (*neutral expert fact-finding*), приватна судова система (*private court system*) тощо.

Серед способів АВС найпопулярнішою є сімейна медіація, яка є одним з найбільш поширених видів медіації [5]. На перший погляд в таких справах медіація є найменш раціональною процедурою з тих, які застосовують з метою врегулювання конфліктів, однак практика засвідчує, що даний спосіб альтернативного вирішення спорів є найбільш конструктивним за своїми результатами. Так, у Республіці Казахстан у справах по спорах, в основі яких сімейні конфлікти, примирення за результатами медіації становило 32,7 % [6]. Це близько третини від всіх медіабельних справ.

Сімейна медіація – примирна процедура врегулювання конфліктів та правових спорів між суб'єктами сімейних правовідносин, що здійснюється за сприяння незалежного, нейтрального, кваліфікованого посередника – медіатора.

Як вбачається зі змісту п.7 Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № (98) 1 щодо медіації в сімейних питаннях від 2 січня 1998 року [7], *значення медіації в сімейних справах* полягає в тому, що її застосування може:

– поліпшувати спілкування між членами сім'ї;
– зменшувати конфлікти між сторонами в спорі;
– забезпечувати полюбовне вирішення спору;
– забезпечувати безперервність особистих контактів між батьками і дітьми;
– знижувати соціальні та економічні збитки від розлучень і розставань;
– зменшувати час, необхідний для вирішення конфліктів іншими способами.

Як і будь-яка медіаційна процедура вона здійснюється на засадах добровільності, конфіденційності, рівності, незалежності та безсторонності медіатора тощо.

Водночас *медіація в сімейних справах має свою специфіку.*

По-перше, в багатьох випадках *можливість проведення медіації залежить від правового статусу та особистісних якостей сторін сімейного конфлікту*.

У низці досліджень медіації в сфері питань розлучення, розподілу майна, опіки над дітьми тощо показано, що успішність результату переговорів може бути прогнозована на основі здатності сторін до кооперації один з одним. Навпаки, ті пари, які вважають взаємодію один з одним майже неможливою, історія відносин яких включає розбіжності та суперечки до і після розлучення, а також випадки фізичного насильства, демонстрували слабкі результати медіативних процедур [8, с. 367].

Крім того, часто учасником сімейних конфліктів є дитина (малолітня або неповнолітня фізична особа), яка на момент розгляду та вирішення спору, як правило, не володіє повним обсягом цивільної дієздатності, а отже, можливість такої особи самостійно здійснювати захист власних прав та інтересів обмежений.

[1] *В Україні* поширеною є назва арбітражу – «третейське судочинство».

Сімейні спори надмірно наповнені гострим конфліктом, емоційними переживаннями обох сторін [9], тому адекватно оцінювати ситуацію та вести конструктивний діалог сторони конфлікту не завжди спроможні. А в силу більшої емоційності дітям ще важче орієнтуватися в конфліктній ситуації.

Тому в багатьох випадках медіація в сімейних спорах потребує проведення «Кокусу» з метою вентилювання емоцій, а також залучення до участі в якості спеціаліста – психолога.

По-друге, сімейні правовідносини допускають в себе широкий спектр можливих дій їх суб'єктів у випадку виникнення конфлікту, як от: розірвання шлюбу; добровільний розподіл спільно нажитого майна; розподіл спільно нажитого майна в судовому порядку; встановлення або оспорювання (факту) батьківства; участь у вирішенні спорів, пов'язаних з вихованням та утриманням дітей; визначення місця проживання дитини; стягнення аліментів на дітей, подружжя, батьків; визнання шлюбу недійсним; позбавлення батьківських прав; оспорення усиновлення або опікунства тощо. При цьому вирішення окремих сімейних конфліктів належить до виключної компетенції суду (розірвання шлюбу між подружжям, що має дітей, встановлення батьківства, усиновлення тощо).

Тому *особливістю медіації в таких справах, крім іншого, є необхідність її узгодження з юрисдикційною процедурою по строках, а також в змісті кінцевої медіаційної угоди повинно бути відображено домовленість сторін щодо їх взаємодії в судовому провадженні* (наприклад, в результаті успішної сімейної медіації в таких справах сторони можуть домовитись про завершення процесу на засадах примирення шляхом укладення мирової угоди або відмови від позову чи його визнання тощо).

По-третє, *значний обсяг сімейних конфліктів знаходиться поза межами правового регулювання*, тому в ході сімейної медіації основним орієнтиром для примирення виступають не норми права, а норми моралі, в тому числі і суб'єктивні уявлення сторін конфлікту про добро, зло, справедливість тощо. Водночас рішення, прийняте сторонами за результатами медіації, не повинно суперечити закону.

У відповідних випадках медіатор має інформувати сторони про можливість для них консультацій з юристом або іншим фахівцем у галузі права. Крім того, *медіатор може надавати сторонам конфлікту юридичну інформацію, хоча і не має права давати юридичних консультацій* (III. x) [7].

По-четверте, якщо спір, що має місце між суб'єктами сімейних правовідносин, стосується прав та інтересів дитини або особи, яка перебуває під опікою чи піклуванням, то в ході сімейної медіації *доцільне врахування позиції органів опіки та піклування* (в тому числі комісії з питань захисту прав дитини), до компетенції яких належать, серед іншого, питання нагляду за діяльністю опікунів і піклувальників; забезпечення тимчасового влаштування неповнолітніх та непрацездатних осіб, які потребують опіки (піклування); розгляд звернень дітей щодо неналежного виконання батьками (одним з них) обов'язків з виховання або щодо зловживання батьків своїми правами; розв'язання спорів, що виникли між батьками, щодо визначення імені, прізвища, по батькові дитини; щодо визначення місця проживання дитини; участь у розгляді судами спорів, пов'язаних із захистом прав неповнолітніх дітей та осіб, які перебувають під опікою (піклуванням) тощо [10; 11]

З огляду на те, що органи опіки та піклування за характером своєї діяльності часто стикаються із сімейними конфліктами [12, с. 67–68], навіть якщо медіація не закінчилася примиренням, службовці органів опіки та піклування, ознайомившись із технологією та/або процедурою сімейної медіації, в межах своєї діяльності зможуть використовувати їх для сприяння врегулювання сімейних конфліктів в своїй подальшій практиці.

По-п'яте, за загальним правилом, медіатор не може відмовитись від проведення медіації. Водночас особливістю сімейної медіації є те, що тут медіатор *має звертати особливо ретельну увагу на факти насильства* в минулому і на те, чи не можуть вони відбутися в майбутньому у відносинах між сторонами, а також на ті наслідки, які може мати ця обставина для позицій сторін спору (III. ix) [7]. З огляду на це він має право приймати самостійне рішення про доцільність проведення медіації, в тому числі і про неприйнятність процесу медіації в конкретних умовах.

Ефективним при вирішенні правових спорів загалом і сімейних зокрема є і незалежне/нейтральне встановлення фактів (*neutral fact finding*) [13; 14] – спосіб *альтернативного вирішення спорів (АВС)*, що передбачає залучення сторонами конфлікту або суб'єктом, що розглядає/вирішує спір, незалежного фахівця, який досліджує обставини справи і дає їм нейтральну оцінку (*neutral evaluation*) або здійснює нейтральну експертизу обставин справи, що потребують спеціальних знань (*neutral expert fact finding*).

Нейтральне встановлення фактів може використовуватись в поєднанні з іншими способами АВС (*арбітражем, медіацією* тощо) або самостійно в межах підготовки досудового розгляду, а також у справах із залученням комплексу технічних питань, де незалежний фахівець вивчає обставини справи і здійснює оцінку обставин. Як більшість способів альтернативного вирішення спорів нейтральне встановлення фактів є гнучким і має кілька варіацій, які відповідають конкретним потребам сторін у різних справах.

Найбільш поширеним видом є *нейтральна оцінка (neutral evaluation),* за якої нейтральна особа забезпечує оцінку обставин справи або здійснює збір інформації (в тому числі доказів) про такі

обставини. Даний спосіб АВС є найбільш ефективним при вирішенні спорів, які пов'язані з необхідністю з'ясування об'єктивної інформації про спірну ситуацію, чи коли збір доказів сторонами на користь їх позицій потребуватиме багато часу чи коштів. В сімейних спорах цей спосіб використовується, наприклад, для з'ясування обставин щодо вкладу кожного з подружжя в сімейний добробут при вирішенні питання про розподіл майна, набутого під час шлюбу.

У випадку, якщо для ефективного вирішення спору необхідне з'ясування комплексу наукових, економічних, соціальних, технічних чи інших питань, як правило, застосовується *нейтральна експертиза фактичних обставин справи* (*neutral expert fact finding*), що здійснюється незалежним фахівцем або експертом, який дає висновок щодо питання (питань), що потребує застосування спеціальних знань (в тому числі в галузі права). Наприклад, висновок нейтрального психолога використовується при вирішенні спорів про визначення місця проживання дитини.

Якщо вирішення конфліктів вимагає як правового, так і технічного дослідження та аналізу, в такому випадку може застосовуватись *спільне встановлення фактичних обставин справи (joint fact-finding), що* здійснюється шляхом формування групи фахівців (в тому числі з різних галузей знань) та представників сторін конфлікту, які співпрацюють при встановленні та оцінці відповідних фактів, що мають значення для вирішення конфлікту.

В Україні, на жаль, потенціал альтернативного вирішення спорів нечасто використовується в сімейних конфліктах. Найбільш поширеним є використання приватної експертизи при вирішенні майнових спорів подружжя, в той час як сімейна медіація та нейтральне встановлення обставин справи залишаються поза належною увагою.

Підсумовуючи викладене, слід констатувати, що використання сімейної медіації та нейтрального встановлення обставин справи при вирішенні сімейних конфліктів не тільки є необхідною умовою стимулювання процесу модернізації національного механізму захисту прав особи, а також за рахунок збереження та відновлення нормальних взаємовідносин між конфліктуючими членами родини зміцнюватиметься інститут сім'ї в Україні.

Список використаної літератури:

1. *Медиация в нотариальной* практике / Альтернативные способы разрешения конфликтов / Петер Фар [и др.]; отв. редакторы Катарина Грефин фон Шлиффен и Бернд Вегманан, пер. с нем. С. С. Трутников. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 388 с.

2. *Загоровский А. И.* Курс семейного права / А. И. Загоровский. – Одесса: Типография Акционерного Южно-Русскаго О-ва печатного Дела, 1909. – 554 с.

3. *Иванова М. С.* Медиация как способ защиты прав и интересов супругов при расторжении брака: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. С. Иванова. – М., 2014. – 26 с.

4. *Стрельцова Е. Г.* Соотношение частных и публичных начал по делам о расторжении брака, разделе совместно нажитого имущества, спорам о детях и в интересах детей / Е. Г. Стрельцова // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2008. – № 5. – С. 3–12.

5. *Куатова А. А.* Особенности процедуры медиации в семейных спорах / А. А. Куатова [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.rusnauka.com/ 5_SWMN_2014/Pravo/9_159313.doc.htm.

6. *Николюк С. В.* Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: научн.-практ. пособ. / С. В. Николюк. – М.: Юстицинформ, 2013. – 240 с.

7. *Рекомендация № R (98) 1* Комитета министров государствам-членам касательно медиации в семейных вопросах от 02.01.1998 г. [Электронный ресурс] Практика разрешения конфликтов. – Режим доступа: http://www.commonground. org.ua/lib_law.shtml.

8. *Гришина Н. В.* Психология конфликта / Н. В. Гришина. – СПб.: Питер, 2008. – 544 с.

9. *Шох К.* Медиация: примеры из практики [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.business.ua/articles/new_law/Mediaciya-primery-iz-praktiki-93155.

10. *Про затвердження* Правил опіки та піклування: наказ Державного комітету України у справах сім'ї та молоді; Міністерства освіти України; Міністерства охорони здоров'я України; Міністерства праці та соціальної політики України від 26.05.99 р. № 34/166/131/88 [Електронний ресурс] Законодавство України. – URL : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0387-99.

11. *Порядок провадження* органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 24.09.2008 р. № 866 [Електронний ресурс] Законодавство України. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-п.

12. *Балабан Р.* Правові засади запровадження процедури сімейної медіації у роботі органу опіки та піклування / Р. Балабан, Г. Сінцов // Юридичний журнал. – 2012. – № 2. – С. 66–68.

13. *Polsky Alexander S.* (2007) Neutral Fact-Finding As A Tool To Resolve Employment Disputes // Corporate Counsel. July, 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.jamsadr.com/ files/Uploads/Documents/Articles/Polsky-Neutral-Fact-Finding-CC-2007-07.pdf.

14. *Schultz Norman* (2003). Joint Fact-Finding. Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.beyondintractability.org/ essay/neutral-fact-finding.

The prospects of creating an effective mechanism to protect the rights and freedoms of the citizen, through the introduction of alternative methods of conflict resolution and legal disputes (ADR) are analyzed. The prospects of legislation reform by taking into account the global, European experiences by introducing of alternative methods of resolving family disputes are formulated.

В статье рассматриваются перспективы создания эффективного механизма защиты прав и свобод человека и гражданина путем введения способов альтернативного разрешения правовых споров. Определяются особенности, которые следует учесть при реформировании законодательства с целью модернизации существующего механизма защиты прав, в том числе с учетом мирового, европейского опыта применения методов альтернативного решения и урегулирования семейных конфликтов и правовых споров.

ЗАГАЛЬНОВИЗНАНІ ПРИНЦИПИ І НОРМИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЯК ДЖЕРЕЛА ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ПРАВА

Ватрас В. А.,
кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Стаття присвячується дослідженню загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, визначенню їх місця в системі джерел права. Аналізуються питання співвідношення принципів і норм міжнародного права, обґрунтовується концепція загальновизнаних принципів і норм міжнародного права як фундаментальних, основоположних засад і джерел публічного і приватного права.

Ключові слова: загальновизнані принципи і норми міжнародного права, міжнародний договір, міжнародний звичай, джерела права.

Важливе місце у правовій системі держави, яка констатує свій статус як правової і демократичної, відводиться загальновизнаним принципам та нормам міжнародного права, які на конституційному рівні визнаються частиною національного законодавства. Внаслідок цього такі принципи і норми визнаються не лише частиною правової системи держави, а й джерелами права. Україна, яка на конституційному рівні закріплює себе як суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава, визнає частиною національного законодавства чинні міжнародні договори, в яких закріплюються загальновизнані принципи та норми міжнародного права. З огляду на такий підхід загальновизнані принципи і норми міжнародного права, будучи регуляторами суспільних відносин в Україні, оскільки є частиною національного законодавства, мають визнаватися не лише джерелами міжнародного права, а й джерелами національного публічного та приватного права. У зв'язку з цим необхідно не лише дослідити питання їх поняття та місця у правовій системі України, а й визначити значення загальновизнаних принципів та норм міжнародного права серед правових регуляторів суспільних відносин.

Слід зауважити, що аналіз наукових праць, присвячених загальновизнаним принципам та нормам міжнародного права, в переважній більшості свідчить про їх публічно-правовий характер. Переважна більшість наукових досліджень проводилась в межах розвитку наук теорії права та міжнародного права. Серед них варто виділити дисертаційні дослідження Л. І. Новікової «Загальні принципи і норми міжнародного права в системі російського публічного права» (Москва, 2001 р.), Ю. В. Климчука «Система принципів міжнародного гуманітарного права» (Харків, 2002 р.), Є. Ю. Зарубаєвої «Загальні принципи і норми міжнародного права і міжнародні договори в правовій системі Росії» (Москва, 2003 р.), О. Є. Лапіної «Загальновизнані принципи і норми міжнародного права в правовій системі Росії» (Москва, 2003 р.), а також наукові статті С. М. Задорожної, О. М. Іванченко, О. А. Кузнєцової, Ю. Ю. Нефьодової, Ж. І. Овсепян та ін. Міжнародному договору як регулятору суспільних відносин присвячено наукові праці таких вчених-міжнародників, як: Я. Броунлі, О. В. Буткевич, В. І. Кузнєцов, І. І. Лукашук, Ф. Ф. Мартенс, О. О. Мережко, Л. Оппенгейм, А. М. Талалаєв, Г. І. Тункін та ін. Трапляються окремі наукові дослідження в галузевих юридичних науках. Однак в приватному праві загальновизнані принципи і норми міжнародного права знаходяться поза увагою науковців. Спробуємо запропоновувати власне бачення місця та ролі загальновизнаних принципів і норм міжнародного права у регулюванні приватних відносин в Україні.

Загальновизнані принципи і норми міжнародного права як частина правової системи тієї чи іншої держави, як правило, закріплюються на конституційному рівні. Причому аналіз Основних законів низки країн світу надає можливість зробити висновок, що в одних державах прямо вказується на їх визнання частиною національного законодавства (ст. 98 Конституції Японії, ст. 25 Конституції ФРН, ст. 8 Конституції Республіки Молдова, ст. 15 Конституції Російської Федерації тощо). Так, в Японії закріплене правило, за яким укладені міжнародні договори і встановлені норми міжнародного права мають добросовісно виконуватись [12], в ФРН визначено, що загальновизнані норми міжнародного права є складовою частиною права Федерації [11], Республіка Молдова зобов'язалась дотримуватися Статуту ООН, будувати свої відносини з іншими державами на загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права [9], частиною національного законодавства визнає загальновизнані принципи і норми міжнародного права також і Російська Федерація [10]. В Конституції України, як і в конституціях Франції, Грузії, Республіки Таджикистан прямо в якості частини національного законодавства загальновизнані принципи і норми міжнародного права не закріплюються, однак це відбувається опосередковано, шляхом визнання загальнообов'язковості та вищої юридичної сили над національним законодавством ратифікованих міжнародних договорів. Більше того, ст. 18 Конституції України визначає, що зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, тобто весь вектор зовнішньої політики України будується на додержанні загальновизнаних принципів і норм міжнародного права. Саме в міжнародних договорах і містяться норми і принципи міжнародного права. Таким чином, в силу конституційності загальновизнаних принципів і норм міжнародного права останні не лише визнаються частиною правової системи країн світу, а й дістають офіційно визнаний статус джерел права на рівні з міжнародними договорами. Як вірно зазначає М. М. Марченко: «Питання про конституційне визнання загальновизнаних принципів і норм міжнародного права в якості складової частини правової системи Росії, а, відповідно, і в якості джерел сучасного російського права є невід'ємною складовою більш загального питання, а саме – питання про характер взаємозв'язку і взаємодії міжнародного і національного (внутрішньодержавного) права» [16, с. 330].

Не менш важливим є з'ясування питання щодо поняття та юридичної природи таких правових категорій як загальновизнані принципи і норми міжнародного права. Зокрема, що вони собою являють, чи є вони самостійною формою (джерелом права), чи елементом змісту інших форм (джерел права), як от міжнародних договорів, та яке місце займають в системі джерел права. Відмежовуючи загальновизнані принципи і норми міжнародного права від інших джерел міжнародного права (міжнародних договорів, міжнародних звичаїв, міжнародних судових прецедентів), Ж. Й. Овсепян зазначає, що їх актуальність має бути відмічена особливо, оскільки, на відміну, припустимо, від міжнародних договорів, загальновизнані принципи і норми міжнародного права – специфічне джерело права, форма якого є багатоманітною, що може породжувати невизначеність і викликати складнощі і питання в правозастосовній практиці на предмет юридичної кваліфікації того чи іншого положення в якості загальновизнаного принципу (норми міжнародного права) [19]. Іншими словами, найбільш проблемним питанням, на нашу думку, буде вирішення того є той (та) чи інший принцип (норма) загальновизнаним у міжнародному праві та чи відноситься він (вона) до джерела права. Спробуємо послідовно розглянути ці питання.

Загальновизнані принципи і норми міжнародного права закріплені в Статуті ООН і Статуті Міжнародного суду ООН від 26.06.1945 р. [24], у Віденській конвенції про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. [3], у Віденській конвенції про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21.03.1986 р. [2], в Декларації про принципи міжнародного права від 24.10.1970 р. [4]. Дані міжнародно-правові акти закріпили сім основних загальновизнаних принципів міжнародного права, а саме: незастосування сили чи погрози силою; мирне вирішення міжнародних спорів; невтручання у справи, що входять до внутрішньої компетенції держави; співробітництво держав одна з одною у відповідності до Статуту ООН, рівноправність і самовизначення народів; суверенна рівність держав; добросовісне виконання міжнародних зобов'язань. В подальшому міжнародною спільнотою було сформульовано і закріплено в Заключному акті Наради з безпеки та співробітництва в Європі від 01.08.1975 р. ще три принципи: територіальної цілісності держави; непорушності державних кордонів; загального визнання і захисту прав людини [6].

Однак чи є вищевказаний перелік принципів вичерпним і чи лише вони претендують на нормативність? Дане запитання є дискусійним. Для прикладу, О. І. Тіунов вважає, що офіційний перелік загальновизнаних принципів і норм міжнародного права не потрібен, оскільки він чітко сформульований у Гельсінському заключному акті 1975 року [23]. Натомість в Німеччині Федеральний Конституційний суд ухвалив рішення, яким визначив 15 загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, які держава визнає для себе обов'язковими [14]. Окремі автори виділяють такі принципи міжнародного права як добросовісність, справедливість, демократизм, гуманізм,

недоторканність особи, гласність та інші [5]. В даному випадку йдеться скоріше про загальні принципи права, а не про загальновизнані принципи міжнародного права. На нашу думку, для того, щоб визначитись із питанням системи загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, спочатку слід з'ясувати їх юридичну природу.

З приводу визначення загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, їх місця в системі права та в складі інших джерел права в науці склалося кілька підходів. Багато авторів вважають, що вони є елементами змісту інших джерел міжнародного права, а самостійно в якості форми (джерела) права не виступають. Як правило, вони існують у формі міжнародного звичаю або міжнародного договору [15, с. 43; 8, с. 70]. Логіка прихильників такої теорії полягає у тому, що юридичне закріплення принципів і норм міжнародного права відбувається за допомогою таких джерел права, як міжнародний договір і міжнародний звичай, а тому самостійно вони існувати не можуть, як і бути самостійним регулятором суспільних відносин. Як зазначає В. І. Адріанов, виходячи з особливостей процесу становлення норм міжнародного права, допустимо вважати, що загальноприйняті принципи і норми міжнародного права можуть приймати як форму договору, так і форму міжнародного звичаю. Однак для одних держав, які є учасниками міжнародного договору, ці принципи і норми договірні, а для держав, що не беруть участь в міжнародному договорі, вони обов'язкові як норми звичаєвого міжнародного права [1, с. 102]. Інша позиція полягає в обґрунтуванні самостійності загальноприйнятих принципів і норм міжнародного права як окремих джерел права [20, с. 67; 21]. Вчені (С. Патракеєв, Г. Мозлер, Т. Нешатаєва) обстоюють думку, що вони є самостійними регуляторами суспільних відносин на рівні з міжнародним договором та звичаєм. Вони вважають, що принципи і норми міжнародного права можуть бути трансформовані у законах, договорах, звичаях, однак є самостійними джерелами права, оскільки не обмежуються останніми формами, а можуть існувати самостійно. Більш аргументованою видається друга точка зору. Однак вищевказані позиції не слід визначати як антагоністичні одна одній, оскільки вони взаємодоповнюють себе. Загальновизнані принципи і норми міжнародного права можуть виступати як елементами змісту інших джерел права, так і самостійними джерела права, залежно від необхідності та доцільності в процесі правозастосування.

До кола дискусійних також належить питання щодо розмежування таких категорій, як загальноприйняті принципи міжнародного права та норми міжнародного права. В переважній більшості наукових праць принципи і норми застосовуються як єдине ціле для позначення особливого виду джерела (форми) права. Однак з етимологічної точки зору, як і з позиції теорії права, виділяють принципи права, норми права, а також норми-принципи права. В теорії права відповіді на ці запитання містяться і не є гостро дискусійними, оскільки розмежувати правила поведінки та основоположні засади, на яких будується правова система, не викликає великих складнощів. Натомість якщо ж сам принцип закріплюється у нормативно-правовому акті, то можливо вести мову про норму-принцип. Інша ситуація виникає у міжнародному праві. В юридичній науці склалися досить різнобічні підходи щодо розуміння загальновизнаних принципів і норм міжнародного права: принципами міжнародного права є норми, які відрізняються від інших норм міжнародного права тим, що вони мають більш загальний характер і регулюють головні питання міжнародних відносин, а чіткого розмежування між принципами і нормами не існує [17, с. 74]; загальновизнані принципи – це ті самі норми тільки з вищою юридичною силою, відхилення від яких в практиці держав є неприпустимим [18, с. 72; 22, с. 65]; поняття «загальновизнана норма міжнародного права» володіє родовим характером, а «загальновизнаний принцип» – видовим, однак останній є загальновизнаною нормою міжнародного права, відхилення від якої є недопустимими [7, с. 212]; загальновизнані принципи міжнародного права – це ті самі норми, але з більш широким змістом, який визначає певну головну ідею права [13]. Не залишилась осторонь від цього питання і юридична практика. В рішенні Міжнародного суду ООН у спорі між США та Канадою про кордони в затоці Мен зазначено, що слова «принципи» та «норми» виражають одну і ту саму ідею, а саме – термін «принципи» означає правові норми; вживаючи термін «принципи» слід мати на увазі більш загальні, фундаментальні норми [13]. Незважаючи на різні методологічні підходи щодо розмежування таких категорій, як загальноприйняті принципи міжнародного права та норми міжнародного права, здебільшого вчені погоджуються з тим, що в контексті міжнародного права їх слід розглядати в сукупності та взаємозв'язку, оскільки загальновизнані принципи є водночас і нормами міжнародного права з вищою юридичною силою та більшим рівнем імперативності.

На перший погляд видається, що загальновизнані принципи і норми міжнародного права в переважній більшості носять публічно-правовий характер те регулюють відносини між суб'єктами публічного права. Однак, не нівелюючи їх значення для публічно-правової сфери, слід зауважити, що в системі джерел приватного права загальновизнані принципи і норми міжнародного права відіграють далеко не останню роль. Зокрема, такі принципи, як загальне визнання і захист прав людини, невтручання у справи, що входять до внутрішньої компетенції держави, співробітництво держав одна

з одною у відповідності до Статуту ООН, добросовісне виконання міжнародних зобов'язань є основоположними для приватноправової системи України. Зокрема, це чітко простежується в процесі правового регулювання цивільних та сімейних відносин з іноземним елементом, особистих немайнових прав фізичної особи, договірних та недоговірних зобов'язань тощо. Участь України у міжнародних договірних зобов'язаннях у сфері цивільного, сімейного та трудового права має базуватись на принципі співробітництва держав одна з одною у відповідності до Статуту ООН та добросовісного виконання міжнародних зобов'язань. Варто зауважити, що є держави, де в цивільному законодавстві загальновизнані принципи і норми міжнародного права визнаються частиною правої системи держави (ст. 7 ЦК РФ). Однак це вже тема окремого наукового дослідження, що стане логічним продовженням даної наукової статті.

Таким чином, під загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права слід розуміти особливий вид джерел міжнародного та національного права, які є основоположними, імперативними нормами, що приймаються і визнаються міжнародною спільною держав, відхилення від яких є недопустимим.

Список використаної літератури:

1. *Адрианов В. И.* Комментарий к ст. 15 Конституции РФ 1993 г. / В. И. Адрианов / Комментарий к Конституции / Под. ред. А. В. Лазарева. – М.: Проспект, 2009. – С. 102.
2. *Віденська* конвенція про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21.03.1986 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_a04.
3. *Віденська* конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118.
4. *Декларация* о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций от 24.10.1970 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_569.
5. *Задорожна С. М.* Загальновизнані принципи права – фундамент міжнародного права та міжнародного правопорядку / С. М. Задорожна // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. – 2014. – Випуск 728. – С. 64–68.
6. *Заключительный* акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 1 августа 1975 г.) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_055/page.
7. *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации / Б. Л. Зимненко. – М.: РАП; Статут, 2006. – С. 212.
8. *Карташкин В. А.* Права человека: международная защита в условиях глобализации / В. А. Карташкин. – М.: Норма, 2009. – С. 70.
9. *Конституция* Молдовы от 29.07.1994 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://lex.justice.md/viewdoc.php?id=311496&lang=2.
10. *Конституция* Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ) //Собрание законодательства РФ. – 03.03.2014. – № 9. – Ст. 851.
11. *Конституция* ФРГ от 23.05.1949 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.rfhwb.de/Pravo/Pravo_ru/pravo_ru1.htm.
12. *Конституция* Японии от 03.05.1947 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа:http://japantoday.ru/entsiklopediya-yaponii-ot-a-do-ya/konstitutsiya-yaponii.html.
13. *Кузнецова О. А.* Соотношение понятий общепризнанных принципов и норм международного права / О. А. Кузнецова // Международное публичное и частное право. – 2009. – № 3. – С. 12–19.
14. *Кузнецова О. А.* Юридическая сила общепризнанных принципов и норм международного права в российской правовой системе // О. А. Кузнецова // Юридическая наука и правоохранительная практика. – 2009. – № 3(9). – С. 4–10.
15. *Лукашук И. И.* Конституция России и международное право / И. И. Лукашук // Общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры в практике конституционного правосудия / Под ред. М. А. Митюкова, С. В. Кобышева, В. К. Бобровой. – М.: Международные отношения, 2003. – С. 4.
16. *Марченко М. Н.* Источники права: учебное пособие / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2009. – С. 330.
17. *Международное* право: учебник [Под ред. Г. И. Тункина]. – М.: Юрид. лит., 1994. – С.74.
18. *Нешатаева Т. Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. Уч. курс в трех частях. Ч. 1 / Т. Н. Нешатаева. – М.: Городец, 2004. – С. 72.

19. *Овсепян Ж. И.* Статус общепризнанных принципов и норм международного права в конституционно-правовой системе России / Ж. И. Овсепян // Конституционное и муниципальное право. – 2011. – № 7.

20. *Патракеев С. П.* Международные договоры о защите прав и свобод человека и гражданина в системе российского права // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 2(5). – С. 67.

21. *Султанов А. Р.* Конституционное (государственное) право. Об общепризнанных принципах международного права и применении судами Постановлений Европейского суда по правам человека [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http: // right777.narod.ru/2008.

22. *Талалаев А. Н.* Два вопроса международного права в связи с Конституцией РФ / А. Н. Талалаев // Государство и право. – 1998. *Тиунов О. И.* Интерпретация норм европейского права. – № 3. – С. 65.

23. *Тиунов О. И.* Интерпретация норм европейского гуманитарного права в российской правовой системе / О. И. Тиунов // Российская и европейская правозащитные системы: соотношение и проблемы гармонизации: сб. статей / Под ред. В. М. Баранова. – Н. Новгород, 200. – С. 167–185.

24. *Устав* Организации Объединённых Наций и Устав Международного Суда от 26.06.1945 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_010.

In the scientific article explores the generally recognized principles and norms of international law, is determined by their place in the system of sources of law. The author analyzes the issues of the relations of the principles and norms of international law justifies the concept of universally recognized principles and norms of international law as started and sources of public and private law.

В статье исследуются общепризнанные принципы и нормы международного права, определяется их место в системе источников права. Анализируются вопросы соотношения принципов и норм международного права, обосновывается концепция общепризнанных принципов и норм международного права как основоположных начал и источников публичного и частного права.

ФОРМУВАННЯ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВОМІРНОЇ ПОВЕДІНКИ ЗАВДАВАЧА ШКОДИ В СТАРОДАВНЬОМУ РИМІ

Гринько С. Д.,
доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС відділу стратегічних міжнародно-правових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено визначенню особливостей формування концепції правомірної поведінки завдавача шкоди у Стародавньому Римі. Охарактеризовано види правомірної поведінки завдавача шкоди. З'ясовано правові наслідки завдання шкоди правомірними діями та випадки виникнення обов'язку щодо її відшкодування.

Ключові слова: римське право, здійснення права, завдання шкоди, самозахист, самооборона, самоуправство і крайня необхідність, згода потерпілого, наказ.

Сьогодні законодавча робота в Україні здійснюється в контексті проведення адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу (далі – ЄС). Для цього доцільним є не лише ознайомлення зі змістом законодавства ЄС та європейських країн–учасниць ЄС, а й засад, на яких ґрунтується їхнє право, розуміння його «духу», – римського приватного права, що надасть можливість уникнути помилок і необдуманих кроків при створенні єдиного всесвітнього цивільного права. Саме римськими юристами було запроваджено деліктні зобов'язання для компенсації потерпілим майнових втрат, завданих вчиненням правопорушення (делікту), – найпершого виду зобов'язань з моменту їх виникнення. Водночас не будь-яке завдання шкоди визнавалося таким, що вчинялося протиправними діями. У праві Стародавнього Риму закріплювалися випадки завдання шкоди правомірними діями, які не породжували виникнення деліктних зобов'язань. При цьому встановлювалися підстави для виникнення обов'язку відшкодування цієї шкоди.

За радянських часів в Україні римське приватне право і його рецепція були предметом вивчення лише у працях В. А. Бека і О. А. Підопригори. Сьогодні дослідження проблем рецепції проводяться досить активно. Вплив ідей римських юристів на концепцію окремих інститутів і правових категорій у цивільному праві України розглядали у своїх дослідженнях такі науковці: І. Г. Бабич, В. В. Васильченко, В. О. Гончаренко, В. В. Гутьєва, А. М. Гужва, Р. М. Достдар, О. Д. Кутателадзе,

Є. М. Орач, Є. С. Сєвєрова, Г. В. Пучкова, Д. С. Прутян, Б. Й. Тищик, П. М. Федосєєв, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, І. М. Шаркова та ін. Проте у працях згаданих учених деліктні зобов'язання римського приватного права, правомірна поведінка завдавача шкоди та їх рецепція в Україні не була предметом спеціального комплексного дослідження.

На підставі викладеного можна дійти висновку, що питання комплексного дослідження формування концепції правомірної поведінки завдавача шкоди у зобов'язаннях Стародавнього Риму є актуальним, що зумовлює доцільність її розгляду на рівні наукової статті.

За римським правом не будь-яке відступлення від приписів права вважалося протиправним. Тому було визначено обставини, наявність яких виключала віднесення дій завдавача шкоди до категорії протиправних. Шкода, завдана за таких обставин, як правило, не відшкодовувалася, оскільки відповідна дія вважалася правомірною, тобто добросовісною. До випадків правомірного завдання шкоди у римському праві відносили здійснення особою свого права і виконання нею своїх обов'язків.

Здійснення права полягало у здійсненні особою дій для задоволення своїх позитивних інтересів (*uti, frui*), які захищалися правом, і в протидії порушенню цих прав (*imperare, vetare*) [1, с. 49].

У римському праві діяв принцип *«qui jure suo utitur, nemini facit injuriam»*, тобто хто здійснює своє право, той не порушує права інших [2, с. 105]. Тому завдання шкоди при здійсненні особою свого права виключало протиправність, відтак – виникнення деліктного зобов'язання.

Така правова конструкція стає зрозумілою із сентенції Гая: «*Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur»*, тобто особа не діє зі злим умислом тоді, коли користується своїм правом (Д. 50. 17. 55). У зв'язку з цим не вважалося протиправним навіть таке здійснення прав однією особою, що робило неможливим здійснення прав іншою особою або їх позбавлення, адже право іншої особи не повинно користуватися будь-якою юридичною перевагою [3, с. 105]. Вказана колізія прав, вважав Б. Віндшейд, вирішувалася поділом користування або прийняттям рішення шляхом жеребкування [3, с. 307]. Тобто дії, вчинені особою для здійснення свого права, якщо і мали наслідком порушення майнових або немайнових інтересів, проте не вважалися деліктними [4, с. 277]. Це означає, що завдання шкоди іншій особі при здійсненні особою свого права вважалося правомірним, тому питання про її відшкодування не виникало.

Таке ставлення до здійснення суб'єктивних прав, як пояснює М. О. Стефанчук, було досить прийнятним у рабовласницькому суспільстві, де власник був наділений абсолютною владою над своїм майном. Однак римські юристи розуміли, що, здійснюючи своє право, особа може зіткнутися (зокрема порушити) з інтересами іншої особи. Вони першими вказали на необхідність встановлення меж здійснення суб'єктивних прав, оскільки виникали ситуації, коли поведінка особи, що начебто діє в рамках свого права, була явно соціально неприйнятною [5, с. 89–90].

«*Neque malitiis indulgendum est*», тобто не слід робити поблажливість злобі (Цельс) (D. 6. 1. 38). Це означає, що особа повинна здійснювати своє право для того, щоб задовольнити свої інтереси, зокрема захистити свої права, а не для того, щоб завдати шкоди іншому. Тому І. Пухан і М. Полєнак-Акімовска наголошували, що дія вважалася протиправною, коли особа здійснювала своє право не для задоволення своїх інтересів, а з метою завдання шкоди іншому [4, с. 277]. Таким чином, здійснення особою свого права з метою завдання шкоди іншим особам за римським правом вважалося таким, що виходить за встановлені законом межі, тому визнавалося неприпустимим [6, с. 18].

Хоча римські юристи встановили загальний принцип *«qui jure suo utitur, nemini facit injuriam»*, однак межі здійснення особою свого права вони встановлювали для кожного випадку окремо. Тому ми поділяємо думку В. П. Грибанова, який вважав, що проблема зловживання правом у римському праві існує лише як проблема вирішення окремих, виняткових за своїм характером випадків; римське право ще не знає самого поняття зловживання правом і не формулює заборону зловживання правом як загальний принцип права [7, с. 26–27]. Водночас у сучасній юридичній літературі є точки зору, що римське право, все ж таки, розуміло заборону зловживання правом саме як загальний принцип [5, с. 95].

Таким чином, за римським правом здійснення права вважалося підставою правомірного завдання шкоди лише у випадках, передбачених законом, а також договором за умови дотримання встановлених законом меж.

Із договірної підстави виникало право на завдання шкоди за згодою потерпілого. Така згода виражалася у формі дозволу на знищення власної речі. Вона означала мовчазну відмову від права на відшкодування завданої шкоди. У своїй сентенції Ульпіан зазначав, що якщо раба вбито за дозволом власника, то закон Аквілія не застосовується (D. 9. 2. 7. 4). Однак така згода повинна бути виражена повнолітньою дієздатною особою і щодо тих майнових благ, якими особа правомочна була розпоряджатися, не порушуючи інтереси інших осіб.

Римський юрист Цельс зазначав, що згода потерпілого не мала юридичного значення, якщо укладався договір про те, щоб не нести відповідальності за злий умисел, оскільки це суперечило принципу доброї совісті (D. 50. 17. 23). У такому випадку згода потерпілого не усувала протиправність поведінки завдавача шкоди, оскільки дія, вчинена зі злим умислом, завжди розглядалася як протиправна,

тому і договір визнавався недійсним. Такими поодинокими були згадки у римських джерелах про завдання шкоди за згодою потерпілого.

Для римського приватного права найбільш характерними були випадки виникнення права особи на завдання шкоди на підставі закону. Здійснення права у цьому випадку мало примусовий характер, оскільки полягало у застосуванні протидії порушенню суб'єктивних прав особи. Така форма здійснення права мала назву «самозахист».

Самозахист належав до таких способів захисту, які кожен мав право застосувати для збереження власного права. Римські юристи розрізняли три способи самозахисту: самооборону, самоуправство і крайню необхідність.

Самооборона застосовувалася тоді, коли відбувався напад на особу чи відбирали її майно. Наприклад, якщо особа вбила чужого раба, який був розбійником і її підстерігав, то вона вважалася невинною, так як природний здоровий глузд дозволяє нам захищатися від небезпеки (Гай) (D. 9. 2. 4); якщо хто-небудь уб'є іншу особу, яка напала зі зброєю, то це не слід розглядати як протиправне вбивство; якщо хтось уб'є крадія зі страху смерті, то він не підлягає відповідальності за законом Аквілія (Ульпіан) (D. 9. 2. 5). Для самооборони був характерним збіг моменту захисту із моментом нападу чи відібрання. При цьому шкода завдавалася тій особі, від якої виходила загроза (нападаючому). Тому, якщо особа кине каміння в супротивника, але попаде в перехожого, то буде відповідати за законом Аквілія (Павло) (D. 9. 2. 45. 4).

На думку римських юристів, для кваліфікації самооборони необхідним було встановлення факту її застосування при загрозі завдання шкоди; така загроза повинна бути реальною, а не удаваною. Як відзначав у своїй сентенції Павло, лише особу, яка вчиняє насилля, можна вдарити, і лише тоді, коли це зроблено для захисту, а не для помсти (D. 9. 2. 45. 4).

Важливою умовою самооборони була відсутність можливості захистити своє суб'єктивне право іншим способом, ніж завданням шкоди. Тому якщо особа мала можливість, наприклад, затримати крадія, але вирішила його вбити, то є підстава розглядати таку дію як протиправну (Ульпіан) (D. 9. 2. 5). Як зазначав Павло, якщо особа не може захисти себе інакше, ніж завдати іншому шкоду, то вона звільняється від відповідальності, бо усі закони та усі права дозволяють захищатися від сили силою (D. 9. 2. 45. 4). Шкода, завдана у стані самооборони, відшкодовувалася лише за умови не перевищення її межі, тобто відповідності захисних мір характеру і небезпеці посягання. Тому якщо особа вийшла за встановлені законом межі, вона була зобов'язана її відшкодувати.

У римських джерелах межі здійснення самооборони не були конкретно визначені. Так, у Кодексі Юстиніана йдеться лише про стриманість правомірного володільця в обороні від завдання насилля (C. 8. 4. 1). Про окремі випадки застосування самооборони і дозволені її межі згадується в Дигестах Юстиніана. Наприклад, якщо крамар запитує, чи завдав він збитки протиправно, якщо його першим ударили батогом? Алфен відповідав: якщо він не вибив око навмисно, то і не вчинив протиправного проступку. Винним є той, хто першим ударив батогом. Але якщо його не вдарили, а він перший розпочав бійку, намагаючись вирвати світильник, то крамар винний у втраті ока (Алфен) (D. 9. 2. 52. 1).

Самооборону як спосіб примусового здійснення права за римським правом характеризували такі ознаки: 1) застосовувалася за умови протиправного нападу на особу чи відібрання її майна; 2) мав місце збіг моменту захисту із моментом вчинення протиправної дії; 3) мало місце у разі створення реальної загрози завдання шкоди; 4) шкода завдавалася лише тій особі, від якої виходила загроза; 5) виключалася можливість захистити своє право іншим способом, ніж завдати шкоду; 6) можливим було не перевищення дозволених меж її застосування.

Римське приватне право наділяло потерпілого, який вночі застав на місці злочину злодія при вчиненні *furtum* або злодія, що чинив опір своєму затриманню, правом вбити злодія. Тому виникало питання про можливість віднесення помсти до способів здійснення самооборони.

За римським приватним правом убити злодія дозволялося, але у присутності свідків (Гай) (D. 9. 2. 4. 1), щоб потерпілий міг заручитися не лише їх підтримкою, але й їхніми показаннями щодо факту привласнення і законності розправи зі злодієм [8, с. 136]. Крім того, ще за Законами XII таблиць норми про *furtum nocturnus* застосовувалися не завжди, а лише у разі практичної необхідності. Право на помсту перетворювалося на право самооборони з характерними їй умовами. Тому вбивство нічного злодія, який чинив опір, але сам не загрожував завданням шкоди іншим, визнавалося незаконною дією [8, с. 138]. Як зазначав Ульпіан, що якщо будь-хто вб'є нічного крадія, то залишиться без покарання тоді, коли не міг без загрози для себе помилувати його [9, с. 89]. Тобто погроза смертю нічному крадію, як і погроза таліоном за *membri ruptio*, була межею дозволеної законом дії. Таким чином, римські юристи розглядали помсту як вид покарання за вчинене правопорушення, а самооборону як спосіб захисту суб'єктивного права від порушення. Якщо підставою застосування помсти був делікт, то для самооборони – створення загрози завдання шкоди.

У стародавньому Римі поширеними були випадки здійснення самозахисту у формі самоуправства. Однак застосування самоуправства призводило до його плутанини із самообороною. Головна

відмінність між цими правовими категоріями полягала у тому, що самооборона означала підтримання власною силою існуючого становища речей при посяганні на нього інших осіб шляхом опору при порушенні володіння. Натомість самоуправством вважалося відновлення власними силами становища відповідно до суб'єктивного права. До самоуправства відносили здійснення права вимоги, наприклад, шляхом відібрання об'єкта боргу, самозадоволення [2, с. 342]. При цьому самооборона вважалася правомірною дією, а застосування самоуправства римською юриспруденцією поступово заборонялося.

Заборона самоуправства була зумовлена встановленням стабільного державного порядку, коли потерпілий одержав можливість вимагати захисту порушеного права в суді. Публічне право забезпечувало приватне право юридичним захистом, встановлювалися межі здійснення самозахисту, тому самоуправство заборонялося. Уже за влади Марка Аврелія у Римі, як зауважував М. Капустін, відновлення прав самими потерпілими було повністю заборонено [10, с. 59].

Римські юристи дозволяли застосування самоуправства лише за двох умов: 1) якщо це було передбачено договором; 2) в умовах крайньої необхідності. Самоуправство було дозволено самим договором тоді, коли ця умова не виходила за встановлені законом межі його здійснення [2, с. 343]. Наприклад, дозволялося не віддавати речі наймача доти, поки він не виконає свої зобов'язання за договором (Павло) (D. 20. 2. 9).

Про застосування самоуправства у випадках крайньої необхідності, коли допомога зі сторони прийшла б занадто пізно, щоб попередити завдання невиправних збитків, згадується у сентенції Ульпіана: якщо особу, яка заборгувала багатьом кредиторам, наздогнав один із них і відібрав заборговану йому суму, то слід погодитися із Юліаном, який стверджував, що мав значення той факт, що це сталося до того, як кредиторів було введено у володіння майном боржника, чи після; якщо раніше – то позов за фактом вчиненого не подавався, а якщо пізніше – він мав місце (D. 42. 8. 10. 16).

За римським правом застосування самоуправства для захисту суб'єктивного права, крім випадків дозволеного самоуправства, кваліфікувалося як публічний делікт. За Законом Юлія Августа Октавіана про приватне насилля, якщо кредитор без дозволу судді заволодів майном боржника, то він ніс покарання у вигляді конфіскації третини майна і підлягав безчестю (D. 48. 8. 8). Крім публічного покарання, за декретом Марка Аврелія 389 р., стягувалися приватні штрафи (D. 4. 2. 13; D. 48. 7. 7).

Для усунення небезпеки, що загрожувала завданням шкоди, застосовувався такий спосіб самозахисту, як крайня необхідність. Римській юриспруденції поняття «крайня необхідність» було не відомо, його виникнення пов'язують із пандектним правом. Однак сутність і умови правомірності такого способу самозахисту було розкрито у римських джерелах[1]. Наприклад, хтось зі страху розібрав будівлю сусіда, щоб не допустити пожежі до себе, тому позов, за законом Аквілія, відсутній незалежно від того, дійшов вогонь або погас раніше (Ульпіан) (D. 9. 2. 49. 1); якщо корабель під час буревію потрапив на канати якорів іншого корабля, а матроси змушені були їх обрубати, оскільки іншого способу звільнитися не було, тому не слід було подавати будь-якого позову (Лабеон) (D. 9. 2. 29. 3).

Питання про крайню необхідність виникало тоді, коли для захисту власних суб'єктивних прав шкода завдавалася іншій особі. Загроза суб'єктивним правам має бути реальна, при цьому її джерело (від кого чи від чого вона надходила) не мало значення. Завдання шкоди за умов крайньої необхідності має бути єдиним способом усунення небезпеки, тому, як зазначав Ульпіан, дія вважалася протиправною за умови, що її здійснено не під впливом безумовної необхідності (D. 9. 2. 49. 1). Умовами застосування крайньої необхідності римські юристи вважали: 1) наявність реальної загрози суб'єктивним правам завдавача шкоди; 2) шкода завдавалася майновим правам іншої особи; 3) завдання шкоди було єдиним способом усунення загрози. Тому дія, вчинена в умовах крайньої необхідності, визнавалася правомірною і не кваліфікувалася як делікт.

Таким чином, незважаючи на загальну заборону самоуправства для захисту суб'єктивних прав, римське приватне право допускало його застосування за умов крайньої необхідності та домовленості сторін, що надає змогу зробити висновок про визнання римськими юристами самоуправства способом самозахисту.

На дії по виконанню обов'язків, крім здійснення прав, вказували римські джерела як на випадки правомірного завдання шкоди. До таких дій належали виконання посадового обов'язку і виконання наказу.

У своїй сентенції Ульпіан зазначав, що все, що вчиняє магістрат за правом посади, не підлягає позову про образу (D. 47. 10. 13. 6). Тому завдання шкоди магістратом при виконанні його обов'язків не кваліфікувалося як делікт, проте за певних умов.

---

[1] *Інститут* крайньої необхідності у римському праві був предметом вивчення О. А. Волкова. Зокрема, науковець доводить, що походження цього інституту пов'язують із розподілом між учасниками морського перевезення збитків, заподіяних при рятуванні судна та вантажу від спільної для них небезпеки. У добу Античності такі відносини були детально регламентовані нормами так званого «Родоського закону про викидання» (близько VII ст. до н. е.). О. А. Волков доходить висновку, що грецькі ідеї про розподіл збитків при морських перевезеннях було рецепійовано до римських джерел і взято за основу при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої при усуненні небезпеки [11, с. 158–162]. До висновку про римський генезис інституту загальної аварії також дійшов В. Ю. Шемонаєв [12, с. 63–67].

Загальна заборона вчиняти протиправні дії поширювалася на усіх римських громадян, зокрема і посадових осіб. Тому Ульпіан наголошував, що магістратам не дозволялося вчиняти будь-що протиправне. Так, якщо магістрат вчинить будь-що для того, щоб образити як приватна особа або посилаючись на свою магістратуру, то до нього можна було подати позов про образу (D. 47. 10. 32). Тобто важливою умовою правомірності дій посадової особи було їх здійснення для виконання обов'язку, а не для завдання шкоди. При цьому заборонялося будь-яке зловживання посадовцями своїм службовим становищем. Відповідно, відступ від встановлених вимог до виконання магістратами своїх посадових обов'язків (умисний за формою вини) розглядався за римським правом як делікт, тому для таких осіб виникав обов'язок відшкодувати завдану шкоду.

Римські юристи розробили порядок притягнення посадових осіб до деліктної відповідальності, який залежав від їхнього службового становища. Так, притягнути до відповідальності старшого магістрата (володів вищою військовою і цивільною владою) можна було тільки після того, як він складе свою магістратуру (Ульпіан) (D. 47. 10. 32). Тобто римській правовій доктрині вже був відомий інститут недоторканності посадових осіб. А якщо завдавачем шкоди буде молодший магістрат (без вищої військової і цивільної влади), то до нього можна було подати позов і під час перебування в магістратурі (Ульпіан) (D. 47. 10. 32).

До випадків правомірного завдання шкоди римські джерела відносили виконання наказу. Римські юристи передбачили вимоги, яким повинен був відповідати наказ. Насамперед, наказ визнавався відданим тоді, коли хто-небудь наказував у присутності свідків або у листі, або словесно, або через вісника, або спеціально в контракті, або загальним чином (Ульпіан) (D. 15. 4. 1. 1).

У своїй сентенції Яволен зазначав, якщо вільна людина за наказом іншої людини своєю рукою вчинила протиправну дію, то позов за законом Аквілія подавався до того, хто віддав наказ, за умови, що він мав право наказувати; якщо він такого права не мав, то позов слід подати до того, хто вчинив дію (D. 9. 2. 37). Тобто розподіл обов'язку по відшкодуванню шкоди, завданої при виконанні наказу, залежав від двох чинників: 1) правового становища особи, яка його віддала; 2) характеру самого наказу.

Римські юристи розрізняли правомірний і неправомірний накази. Правомірним вони визнавали наказ, який віддано правомочною особою, а якщо ні – він був неправомірним. Якщо наказ був правомірним, мало місце виконання обов'язків, то завдавач шкоди звільнявся від обов'язку її відшкодування. При цьому відбувалося перенесення відповідальності за завдану шкоду на особу, яка віддала цей наказ. А якщо наказ був неправомірний, поведінка завдавача шкоди не розглядалася як виконання обов'язку, тому вона визнавалася протиправною. Відтак завдавач шкоди притягувався до відповідальності як за делікт.

Таким чином, обов'язок відшкодувати шкоду, завдану при виконанні наказу, покладався на особу, яка його віддала, та була правомочна на це, а якщо вона була не правомочна віддавати накази – то на безпосереднього завдавача шкоди. Правомірного характеру набувало завдання шкоди тільки при виконанні правомірного наказу.

Розроблене римськими юристами правило «*nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*» було перенесено до цивільного законодавства України. Відповідно до ЦК України завдана шкода не підлягає відшкодуванню у чотирьох випадках: 1) відсутність вини завдавача шкоди (ч. 2 ст. 1166); 2) завдання шкоди правомірними діями (ч. 4 ст. 1166); 3) дії непереборної сили (ч. 5 ст. 1186); 4) умисел потерпілого (ч. 1 ст. 1193). Підхід законодавця до переліку підстав звільнення завдавача шкоди від обов'язку її відшкодувати змінився порівняно з радянськими кодифікаціями лише щодо виключення грубої необережності потерпілого із вказаного переліку. Щодо інших підстав, то у вказаному акті повністю відтворено основні засади радянських цивільних кодифікацій.

Список використаної літератури:

1. *Римское* частное право: [учебник] / И. Б. Перетерский, В. А. Краснокутский, Е. А. Флейшиц и др.; [под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского]. – М.: Юристъ, 2001. – 544 с.

2. *Дернбург Г.* Пандекти / Г. Дернбург; [пер. с нем. Г. фон Рехенберга]. – М.: Университетская типография, 1906. – Том 1. Общая часть. – 347 с.

3. *Виндшейд Б.* Объ обязательствахъ по римскому праву / Б. Виндшейд; [пер. с нем. А. Б. Думашевскаго]. – С.-Петербургъ: Типографія А. Думашевскаго, 1875. – 593 с.

4. *Пухан И., Поленак-Акимовская М.* Римское право [базовый учебник] / И. Пухан, М. Поленак-Акимовская; [пер. с македонского В. А. Томсинова и Ю. В. Филиппова]; [под ред. В. А.Томсинова]. – М.: Издательство ЗЕРЦАЛО, 2000. – 448 с.

5. *Стефанчук М. О.* Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03 / Стефанчук Микола Олексійович. – Київ, 2009. – 201 с.

6. *Яценко Т. С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность / Т. С. Яценко. – М.: Статут, 2003. – 154 с.

7. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских права / В. П. Грибанов. – М.: Статут, 2000. – 411 с. (В серии «Классика российской цивилистики»).

8. *Гусаков А. Г.* Деликты и договоры, какъ источники обязательствъ в системе цивильнаго права Древнего Рима / А. Гусаков. – М.: Унив. тип. 1896. – 246 с.

9. *Дигесты* Юстиниана: [в 8-м т.] / [пер. с латинского Рудоквас А. Д., Смышляев А. Л., Щеголев А. В., Марей А. В. и др.]; [отв. ред. Л. Л. Кофанов].– М.: Статут, 2005. – Т. VII. Полутом 2. – 564 с.

10. *Капустин М.* Институціи римскаго права / М. Капустин. – М.: Типографія М. Н. Лаврова и К^0, 1880. – 392 с.

11. *Волков О. А.* Про існування інституту крайньої необхідності в римському праві / О. А. Волков // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць, 2007. – Вип. 31. – С. 158–162.

12. *Шемонаєв В. Ю.* Римський генезис інституту загальної аварії / В. Ю. Шемонаєв // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – Одеса: Юрид. літ. – 2002. – Вип. 13. – С. 63 – 67.

Article is devoted to determination of features of formation of the concept of lawful behavior of the causer of harm in obligations of Ancient Rome. Types of lawful behavior of the causer of harm are characterized. It is found out legal consequences causing harm by lawful actions and cases of emergence of an obligation for its compensation.

Статья посвящена определению особенностей формирования концепции правомерного поведения причинителя вреда в Древнем Риме. Охарактеризованы виды правомерного поведения причинителя вреда. Выяснено правовые последствия причинения вреда правомерными действиями и случаи возникновения обязанности по ее возмещению.

ЗАКОНОДАВЧІ ЗАСАДИ ТРАНСФЕРТНОГО ЦІНОУТВОРЕННЯ У ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІЙ СФЕРІ

Король В. І.,
доктор юридичних наук, завідувач відділу стратегічних міжнародно-правових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено правовим засадам інституту трансфертного ціноутворення як одного з інструментів антиофшорного законодавства, застосування якого зачіпає як приватні інтереси суб'єктів підприємництва, так і публічні економічні інтереси держави. Розкрито найважливіші зміни у законодавстві України, спрямовані на удосконалення інституту трансфертного ціноутворення у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Ключові слова: трансферне ціноутворення, контрольована операція, податок на прибуток, договір узгодження цін, податковий контроль.

Незмінним стратегічним пріоритетом зовнішньоекономічної політики України залишається залучення іноземних інвестицій. Водночас низький рівень надходження таких ресурсів до вітчизняної економіки залишається актуальною системною проблемою, що обумовлюється сукупністю як об'єктивних, так і суб'єктивних чинників.

Одним із таких чинників, який надає можливість виділити невирішену належним чином окрему складову загальної проблеми, є виведення вітчизняними суб'єктами господарювання, як потенційними внутрішніми інвесторами, значних обсягів валютних коштів до іноземних більш сприятливих податкових юрисдикцій, насамперед офшорних зон, що не сприяє покращенню інвестиційного клімату.

У такому контексті загострюється питання забезпечення балансу публічних інтересів держави та приватних інтересів суб'єктів господарської діяльності – платників податків, що є досяжним в умовах відносної стабільності функціонування внутрішнього та зовнішніх ринків, в той час як в умовах кризових процесів досягнення такої цілі суттєво ускладнюється.

Ризик порушення такого балансу інтересів може мати місце не тільки в силу впливу об'єктивних факторів на макрорівні, а й суб'єктивних на мікрорівні внаслідок узгоджених дій суб'єктів господарювання. Зазначені суб'єкти в рамках реалізації однієї із основних засад приватного права – свободи договору в частині встановлення цін за домовленістю сторін мають можливість маніпулювати цінами зовнішньоекономічних контрактів з метою зменшення суми оподатковуваного прибутку.

На розв'язання окремих проблемних питань спрямовано зміни в Україні щодо одного з елементів у системі правових механізмів антиофшорного законодавства – інституту трансфертного ціноутворення, запровадження яких набуває перманентного характеру.

Виходячи з наведеного, метою цієї статті є розкриття ключових засад інституту трансфертного ціноутворення у податковому законодавстві України з виділенням як своєрідних констант, так і суттєвих новел у законодавчому регулюванні відносин, які носять одночасно приватноправовий характер в частині визначення сторонами зовнішньоекономічних контрактів цін (на товари, роботи, послуги, нематеріальні активи) та публічно-правовий характер в частині оподаткування прибутку платників податків – суб'єктів господарської діяльності.

Для досягнення цілей статті доцільним є звернення як до нормативно-правових актів України, в яких запроваджено загальні засади та останні новели інституту трансфертного ціноутворення, так і наукових досліджень, зокрема таких вчених, як: В. С. Щербина, О. М. Вінник, А. Суббот, В. Попелюк.

Окреслений вище концептуальний підхід обумовлює структурування матеріалу, що надає можливість акцентувати увагу, насамперед, на тих законодавчих засадах, які залишились незмінними. Отже, обсяг оподатковуваного прибутку певної категорії платників податків, а саме тих, що беруть участь у так званих контрольованих операціях, імперативно має відповідати загальноприйнятому в світі у цій сфері принципу «витягнутої руки» (arm's length principle). Відповідність цьому принципу визначається у порівняльній площині шляхом зіставлення умов контрольованих операцій пов'язаних та непов'язаних осіб. Негативним для платників податків економіко-правовим наслідком недотримання принципу «витягнутої руки» є включення до оподатковуваного прибутку додаткової частки, розмір якої розраховується, ґрунтуючись на засадах добросовісного нарахування прибутку в межах контрольованої операції.

Розкриваючи ключові ознаки терміна «контрольована операція», варто звернути увагу на те, що він базується на іншому ключовому терміні – «господарська операція». Виходячи з офіційного автентичного тлумачення, яке міститься у Податковому кодексі України, для цілей трансфертного ціноутворення господарських операцій підлягають визнанню будь-які види операцій, договорів чи домовленостей незалежно від їх документального підтвердження, які здатні вплинути на об'єкт оподаткування податком на прибуток підприємств [1]. Невичерпний перелік господарських операцій включає операції з товарами, з нематеріальними активами (ліцензії, плата за використання патентів, товарних знаків, ноу-хау), фінансові операції (лізинг, кредити, комісії за гарантію), операції з купівлі чи продажу корпоративних прав, акцій або інших інвестицій.

Для сфери правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності в Україні контрольованими операціями визнаються:

– господарські операції, що здійснюються платниками податків безпосередньо з нерезидентами, які є пов'язаними особами;

– зовнішньоекономічні господарські операції з продажу товарів через нерезидентів, які набувають правовий статус комісіонерів.

Законодавчо запроваджено й інший критерій, достатній для віднесення операцій до контрольованих, який потребує прийняття підзаконного акта Урядом України. У даному випадку йдеться про нерезидентів, які зареєстровані у державах (на територіях), у яких загальна ставка податку на прибуток підприємств (корпоративний податок) на п'ять і більше відсоткових пунктів нижча, ніж в Україні, а також державах, з якими Україною не укладено міжнародні договори, що містять положення про взаємний обмін інформацією.

Оскільки формування відповідного переліку держав (територій) віднесено до компетенції Кабінету Міністрів України, варто зазначити, що 16 вересня 2015 р. ним було прийнято розпорядження № 977-р., відповідно до якого з цього переліку виключено, зокрема, Грузію, Люксембург, Мальту, ОАЕ, Сінгапур, Швейцарію. Внаслідок цього операції із зареєстрованими в них контрагентами вітчизняних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності не підлягають контролю відповідно до вимог податкового законодавства України про трансфертне ціноутворення.

Незмінною залишається система методів встановлення відповідності умов контрольованої операції принципу «витягнутої руки», яка включає такі методи: порівняльної неконтрольованої ціни; ціни перепродажу; «витрати плюс»; чистого прибутку; розподілення прибутку.

У свою чергу, концептуальної зміни зазнала правова норма, закріплена у Податковому кодексі України, щодо мети встановлення відповідності умов контрольованої операції принципу «витягнутої руки». Так, наведені вище методи підлягали застосуванню для перевірки правильності, повноти нарахування та сплати як податку на прибуток підприємств, так і податку на додану вартість. У свою чергу, згідно з положеннями Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» [2] мету застосування зазначених методів звужено за рахунок виключення податку на додану вартість.

Для визнання господарських операцій контрольованими необхідним також є одночасне виконання таких умов: перевищення за звітний рік доходу платника податків рівня у 50 мільйонів гривень без непрямих податків від усіх видів діяльності або перевищення обсягу господарських операцій з кожним контрагентом у 5 мільйонів гривень за звітний рік.

Одним із механізмів, передбачених у законодавстві багатьох економічно розвинених держав, які спрямовано на уникнення конфліктів між державою та суб'єктами господарської діяльності у питаннях щодо оподаткування операцій між пов'язаними особами, є попередній договір щодо трансфертних цін (Advance Price Agreement).

В Україні певна категорія суб'єктів господарювання, а саме, великі платники податку, має право ініціювати процедуру попереднього узгодження цін у контрольованих операціях з Державною фіскальною службою України, яка на сучасному етапі є центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику. Відповідно до положень Податкового кодексу України під час такої процедури узгоджуються критерії для визначення умов, що відповідають принципу «витягнутої руки», для деяких майбутніх контрольованих операцій на обмежений строк на підставі договору.

При цьому, з одного боку, укладення договору про узгодження цін не звільняє платника податків від складення і подання інформації про проведені контрольовані операції та звіту про контрольовані операції відповідно до п. 39.4 ст. 39 Податкового кодексу України. З іншого боку, важливим економіко-правовим наслідком добросовісного дотримання великими платниками податку на прибуток умов договору про узгодження цін є те, що контролюючі органи не мають права приймати рішення про донарахування податкових зобов'язань, штрафів, пені стосовно контрольованих операцій, які є предметом договору про попереднє узгодження цін.

Відповідно до абз. 1 пп. 39.6.2.4 пп. 39.6.2 п. 39.6 ст. 39 Податкового кодексу України Кабінетом Міністрів України було прийнято постанову «Про затвердження Порядку попереднього узгодження цін у контрольованих операціях, за результатами якого укладаються договори, що мають односторонній, двосторонній та багатосторонній характер, для цілей трансфертного ціноутворення» від 17 липня 2015 р. № 504. У цій постанові передбачено, що укладення договору про узгодження цін є вільним волевиявленням сторін процедури узгодження цін у разі досягнення ними згоди щодо предмета та положень такого договору. Договір про узгодження цін набирає чинності з 1 січня календарного року, що настає за роком його підписання, і строк дії такого договору не може перевищувати три календарні роки.

У цілому, на думку вітчизняного правознавця А. Субботи, особливості правового регулювання контролю трансфертного ціноутворення у відносинах великих платників податків характеризуються фактичним встановленням повної підзвітності великих платників податків перед податковим органом щодо деталей економічних відносин підприємства з усіма вагомими контрагентами та вичерпною інформацією про останніх [3].

Державне регулювання економіки здійснюється у межах системи правових форм, що структурно складається з кількох підсистем. У даному контексті зазначимо, що В. С. Щербиною виділяються такі чотири форми: державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку, управління, державний нагляд (контроль) та нормативне регулювання. [4, с. 199]. У свою чергу, О. М. Вінник виділяє такі правові форми державного регулювання: нормативне регулювання, поточне управління сферою інвестування, контроль, програмування та прогнозування [5, с. 71]. Отже, серед правових форм здійснення державного регулювання економіки однією із основних форм державного управління економікою є державний нагляд (контроль).

Під таким контролем відповідно до ст. 1 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 р. № 877-V [6] слід розуміти діяльність уповноважених законом органів щодо запобігання та виявлення порушенням вимог законодавства суб'єктами господарювання та забезпечення інтересів суспільства.

Досліджуючи питання правової природи відносин контролю у сфері господарювання, В. Попелюк зазначає, що, виходячи із законодавчих акцентів щодо контрольної функції держави, необхідно розрізняти загальну, міжгалузеву, галузеву контрольну компетенцію, при цьому розвиток зазначеної функції в державі проходить шляхом створення комплексної (змішаної) компетенції, до якої належить, у тому числі, податкова [7, с. 146].

Отже, за встановленням відповідності умов контрольованих операцій принципу «витягнутої руки» передбачається здійснення податкового контролю, який здійснюється шляхом моніторингу таких операцій та проведення перевірок платників податків з питань повноти нарахування і сплати податків під час їх здійснення.

Відповідно до абз. 3 пп. 39.5.1.1 пп. 39.5.1 п. 39.5 ст. 39 Податкового кодексу України Міністерством фінансів України було видано наказ «Про затвердження Порядку проведення моніторингу контрольованих операцій та Порядку опитування уповноважених, посадових осіб та/або працівників платника податків з питань трансфертного ціноутворення» від 14.08.2015 р. № 706. Спостереження за цінами та умовами, що застосовуються сторонами контрольованих операцій, проводиться контролюючим органом шляхом порівняння рівня цін та умов, що застосовуються платниками податків у контрольованій операції, із рівнем ринкових цін та умов у неконтрольованих операціях з метою встановлення операцій, в яких наявний ризик відхилення договірних цін та умов, що

застосовуються сторонами контрольованих операцій, від рівня ринкових цін і умов та проведення аналізу ризикових операцій з метою виявлення заниження платником податків податкових зобов'язань.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що система правових норм, спрямованих на регулювання відносин щодо дотримання суб'єктами господарювання та їх іноземними контрагентами принципу «витягнутої руки», при фіксації у зовнішньоекономічних контрактах цін на товари, роботи, послуги, нематеріальні активи поступово набирає певної цілісності через закріплення загальних засад та спеціальних норм як у кодифікованому нормативно-правовому акті, так і підзаконних актах органів виконавчої влади, прийнятих у розвиток приписів Податкового кодексу України. Водночас ключова проблема перебуває не стільки у правотворчій сфері, скільки у правозастосовчій, оскільки зберігається високий рівень ризиків вибіркового застосування фіскальними органами вимог податкового законодавства щодо контролю за трансфертними цінами у зовнішньоекономічних контрактах та притягнення до відповідальності платників податків за принципом «своїм» (суб'єктам господарювання) дозволено все, для «чужих» – діє закон.

Оскільки застосування трансфертних цін є одним із механізмів, який дозволяє суб'єктам господарювання мінімізувати сплату податку на прибуток до бюджету, здійснювати переведення валютних коштів до офшорних зон, у подальшому теоретично важливим та практично доцільним є дослідження перспектив удосконалення законодавства України й щодо інших елементів у системі таких правових механізмів задля забезпечення балансу приватних інтересів зазначених суб'єктів та національних економічних інтересів держави.

Список використаної літератури:

1. *Податковий* кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI // Голос України. – 2010. – 4 грудня. – № 229.

2. *Закон* України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» від 15.07.2015 № 609-VIII // Голос України. – 2015. – 12 серпня. – № 147.

3. *Суббот А.* Особливості правового регулювання контролю трансфертного ціноутворення у відносинах великих платників податків [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/viche_2014_6_2.pdf.

4. *Суб'єкти* господарського права [Текст]: монографія / В. С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.

5. *Вінник О. М.* Інвестиційне право [Текст]: навчальний посібник / О. М. Вінник – 2-е вид., перероб. та доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 616 с.

6. *Закон* України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 № 877-V // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 29. – Ст. 389.

7. *Попелюк В.* Правова природа відносин контролю у сфері господарювання [Текст] / В. Попелюк // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 3 – С. 144 – 147.

The article is dedicated to legal fundamentals of price transferring as one of the instruments of anti-offshore legislation. Implementation of this instrument influences both private interests of business entities and public economic interests of the state. The most important changes of the tax legislation of Ukraine concerning price transferring in the sphere of the foreign economic activity are researched.

Статья посвящена правовым основам института трансфертного ценообразования, выступающего в качестве одного из инструментов антиофшорного законодательства, применение которого затрагивает как частные интересы субъектов предпринимательства, так и публичные экономические интересы государства. Раскрыты наиболее важные изменения в законодательстве Украины, направленные на усовершенствование института трансфертного ценообразования в сфере внешнеэкономической деятельности.

КОНВЕНЦІЯ ООН ПРО ПОВНЕ ТА ЧАСТКОВЕ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ МОРЕМ

Микита І. Р.,
молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються ідеї іноземних вчених щодо проблемних питань, які безпосередньо пов'язані з відмінністю тлумачення та застосування вироблених норм Конвенцією ООН про повне

та часткове перевезення вантажу морем,а також заперечення її універсальності через відсутність можливості охопити всі держави, які задіяні у морській торгівлі.

Ключові слова: уніфікація, морське право, Роттердамські правила, мультимодальні перевезення, гармонізація, правова визначеність.

Сфера міжнародних морських перевезень є другою за величиною після права інтелектуальної власності, у якій почалася універсальна уніфікація матеріальних норм приватного права. У другій половині XIX ст., а саме, на початку 60-х років, засновник італійської доктрини міжнародного приватного права П. Манчіні висловив думку на одній із свої лекцій, що така небезпечна субстанція як море потребує однотипних правових режимів. 1863 р. француз Де Курсі, відомий своїми працями з історії морського права, публікує працю «Міжнародна реформа морського права», в якій підкреслює єдність основ морського права більшості держав. Того ж року італійський парламент, а у 1973 р. парламент Нідерландів приймають резолюції про необхідність зменшення розходження національних морських законів шляхом заключенням міжнародних угод.

У 1885 та 1888 роках бельгійський уряд організовує міжнародні конгреси з торгового права, у складі яких працюють секції з морського права і лунають заклики щодо уніфікації морського права. Прагнення до визначеності правового режиму міжнародного торговельного мореплавства надало поштовх, по-перше, до розробки і кодифікації звичаїв, узвичаєнь і типових умов морських перевезень і морської торгівлі і, по-друге, до підготовки проектів міжнародних документів про уніфікацію морського права.

Ці заклики пов'язані з тим, що на той час міжнародна торгівля із використанням морського транспорту була поділена на дві частини – країни-перевізники (Англія, Франція) та країни-вантажовідправники (США). Держави часто приймали суперечливі норми, що забезпечували національні стандарти до коносаментів, які включали в себе міжнародні контакти. У державах, де існувала доктрина свободи договору (Франція та Велика Британія), сторони були вільні у виборі застосованого права; там, де перевізники були обмежені в праві звільнятись від відповідальності за недбалість (США), правом суду оголошувалось право, застосоване до всіх контрактів, що укладені або виконуються у межах юрисдикції суду. Як наслідок, положення, яке було включено до коносаменту, яким було оформлено закордонне перевезення, могло бути дійсним в одній країні і не дійсним в іншій, така ж плутанина відбувалась і з відповідальністю перевізника [7].

Даним питанням займались такі дослідники, як: Д. Вільсон, О. Г. Калпін, Т. Нікакі, Д. А. Рябікін, В. Тетлі, Б. Соєр.

Д. А. Рябікін вважає, що у XXI ст. питанням уніфікації сфери торговельного мореплавства є договір міжнародного морського перевезення вантажів. На його думку, це випливає із значення даного договору, оскільки він встановлює правові підстави для виникнення зобов'язань із перевезення, що виникають між власниками вантажу та перевізниками. Для забезпечення виконання слід конкретизувати умови морського перевезення, які встановлені у міжнародних документах, та положення національного законодавства, з урахуванням потреб та можливостей власників вантажів та перевізників, що вимагає договірного закріплення їхніх правовідносин на диспозитивній основі. Також договір міжнародного морського перевезення є підставою майнової відповідальності для сторін у випадку невиконання ними зобов'язань, передбачених таким договором. Це обмежує можливості застосування деліктної (позадоговірної) відповідальності та вносить визначеність у відносини між перевізниками та власниками вантажу [6].

Ми усвідомлюємо важливість інших правових режимів, які були встановлені до нижчезгаданої конвенції, але вважаємо за доцільне продемонструвати думку іноземних вчених щодо даного документа, оскільки Україна у майбутньому має обрати для себе той чи інший режим, щоб забезпечити тим самим зростання міжнародних морських перевезень вантажів та укладення договорів у цій сфері.

UNCITRAL позиціонує Конвенцію ООН про договори повного чи часткового морського перевезення вантажу від 11 грудня 2008 р. (далі – Роттердамські правила) як Конвенцію, яка встановлює єдиний і сучасний правовий режим, що регулює права та обов'язки вантажовідправників, перевізників та вантажоодержувачів за договором перевезення «від дверей до дверей», включаючи sea legs. Даний документ спирається на досвід попередніх документів і забезпечує сучасну альтернативу. Роттердамські правила забезпечують правову основу, пов'язаний і збалансований режим та враховують багато технічних та комерційних змін, що відбулись на морському транспорті після прийняття більш ранніх конвенцій, враховуючи зростання контейнеризації, розробки електронних документів.

Джон Вільсон зазначає, що Роттердамські правила укладені в стилі Гамбурзьких правил, хоча, на відміну від них, більш детально охоплюють різні аспекти договору перевезення, що включає у загальній кількості 96 статей. Нова Конвенція передбачає режим «від дверей до дверей», який є швидшим, «від порту до порту». Період відповідальності перевізника буде розпочинатись з моменту

отримання вантажу і тривати до часу отримання вантажу вантажоодержувачем, включаючи відповідальність за втрату, пошкодження і затримку протягом перевезення, що буде здійснюватись по суші, яке передує перевезенню морем [2].

О. Г. Калпін вважає, що при мультимодальних перевезеннях існує два підходи. Один з них передбачає наявність відповідальності перед вантажовласником першого перевізника протягом всього перевезення вантажу, з яких би відрізків воно не складалось і якими б видами транспорту здійснювалось. Відшкодувавши збитки, які були спричинені незбереженістю вантажу, перевізник, який вступив першим в договір, має право пред'явити регресний позов до співперевізника, на ділянці якого було нанесено збитків вантажу. Якщо ж збиток або втрата вантажу були заподіяні на всьому шляху, то перевізник вправі у регресному порядку вимагати відшкодування з інших співперевізників за мінусом тієї частки збитку, яка припадає на виконане ним перевезення.

Однак при контейнерному перевезенні «від дверей до дверей» доволі складно встановити, на якій ділянці перевезення було допущене незбереження вантажу. До того ж при пред'явленні регресного позову до одного із співперевізників його відповідальність буде визначатись за нормами міжнародного договору, що належить до відповідного виду транспорту, або норми імперативного національного законодавства. Отже, вона може не збігатись з відповідальністю того перевізника, який вступив у мультимодальне перевезення.

Другий підхід до визначення сфер дії міжнародних конвенцій отримав назву мережевого. Його зміст зводиться до того, що при мультимодальному перевезенні кожен із співперевізників несе відповідальність за втрату або пошкодження вантажу, що були допущені при його навантаженні. Він відповідає за нормами тієї конвенції, що регулює відносини відповідно до певного виду транспорту. За таким підходом при контейнерних мультимодальних перевезеннях у скрутному становищі опиняється вантажоодержувач, на якому лежить обов'язок встановити, на якому відрізку перевезення вантажу було допущено незбереження вантажу і виникли обставини, які завадили його вчасній здачі [5].

Вільям Тетлі у своїй праці «A summary of General Criticism of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules)» вважає, що дана Конвенція має обмежену сферу застосування. За цим договором буде забезпечуватися перевезення морем і перевезення вантажу іншими видами транспорту на додачу до морського перевезення. Це пояснює можливість даного документа застосовуватись до мультимодальних перевезень, але це не буде застосовуватись до мультимодальних перевезень повітряним і автомобільним транспортом, чого не можна сказати про таке перевезення морським і автомобільним транспортом. Ця обмежена сфера дії застосування Роттердамських правил суперечить самій меті їхнього створення, а саме, «зобов'язального універсального режиму підтримки функціонування договорів міжнародного перевезення, включаючи інші види транспорту, що були заявлені у преамбулі Роттердамських правил. Як результат, режим регулювання є неповним, тому сторони будуть змушені шукати інші конвенції та інші правові режими для керування їхніми транспортними договорами. Отже, Роттердамські правила нездатні створити певного одноманітного кістяка регулювання мультимодального транспорту і додають складності до вже існуючих мультимодальних транспортних режимів.

На думку В. Тетлі, набагато обґрунтованіший підхід до перевезення вантажу за допомогою мультимодального перевезенням можна знайти у Конвенції ООН з міжнародних мультимодальних перевезень. Перша стаття даної конвенції могла б застосовуватись до перевезення вантажів як мінімум двома різними видами транспорту, вона не обмежується морським перевезенням та іншими видами транспорту як у випадку Роттердамських правил. Стаття 26 вищезгаданого документа містить норму про те, що втрата чи пошкодження вантажу, чи подія, чи обставина, яка веде до затримки при його здачі, виникають у період відповідальності перевізника, однак лише до моменту його навантаження на судно або тільки після моменту його вивантаження з судна, то Конвенції не має переважної сили порівняно з положеннями іншого міжнародного документа. У п. b ст. 26 передбачається норма, відповідно до якої положення такого документа застосовувались б у відносно всіх або будь-яких видів діяльності перевізника, якщо вантажовідправник уклав з перевізником окремий і прямий договір, що стосується конкретної стадії перевезення, на якій виникли втрата або пошкодження вантажу, або подія, або обставина, що ведуть до затримки при його здачі. Це означає, що інший правовий інструмент має пріоритет над цими правилами, коли останні передбачають обмеження відповідальності. Вони можуть водночас застосовуватись до одного і того ж договору міжнародного морського перевезення. Оскільки різні унімодальні міжнародні конвенції та національні закони вміщають різні обсяги відповідальності, це може викликати складності для сторін договору прогнозувати межу відповідальності. Більшість сторін також не може бути ознайомлена зі всіма різними унімодальними конвенціями та тими обмеженнями, що вони містять відносно обмеження відповідальності і не зможуть передбачити можливі потенційні вимоги, які мають вплив [3].

Отже, можна зробити висновок, що дана Конвенція, насправді, може застосовуватись тільки до повного морського перевезення. Ця обмежена сфера дії Роттердамських правил також створює проблему непередбачуваності.

Тетлі припускає, що є можливість за допомогою Роттердамських правил регулювати договірні відносини, які складаються у сфері міжнародного морського перевезення, але зазначає, що є певні неточності з частинами 14 «Юрисдикція» та 15 «Арбітраж», а саме, вони не є обов'язковими держав, які ратифікували Конвенцію, але є можливість приєднання до положення про юрисдикцію. Стаття 74 ч. 14 встановлює, що вона зобов'яже лише договірні держави, які зобов'язались виконувати ці правила. Стаття 78 ч. 15 також містить аналогічне положення про те, що арбітражні положення будуть застосовуватись, якщо держави зобов'язались виконувати ці правила. В результаті, не для всіх держав, які ратифікували Роттердамські правила, положення про юрисдикцію та арбітраж будуть обов'язковими. У свою чергу, сторони договору мультимодального перевезення вантажу, відносини яких регулюватимуться Роттердамськими правилами, будуть змушені спеціально перевіряти, чи їхня договірна держава зробила заяву про обов'язковість щодо положення про юрисдикцію та арбітраж. Навіть якщо це і не той випадок, то договірні сторони будуть зобов'язані прийняти певні положення про арбітраж і юрисдикцію для регулювання договору міжнародного морського перевезення. Необов'язкова природа положень про юрисдикцію та арбітраж Конвенції ООН про повністю чи часткове морське перевезення вантажів не сприяє досягненню одноманітного регулювання мультимодальних перевезень вантажів, а лише додає проблем. У зв'язку з цим також було виявлено проблеми, пов'язані з використанням транспортних документів. Роттердамські правила передбачають використання оборотних документів, необоротних документів та коносаментів. Тетлі вважає, що краще було б залишити два види – оборотні та необоротні документи, оскільки спричиняють три різні правові наслідки, коли вони виступають як докази, наприклад, при частковій доставці вантажу, при аварії судна. Конвенція містить певні двозначності, наприклад, відповідно до ст. 17 (6) перевізник несе відповідальність лише за ту частину втрати, пошкодження або затримки, що пов'язано з подією чи обставиною, за які він несе відповідальність. Посилання на «частину втрати» передбачає, що відповідальність може бути розподілена, але не пояснює, як цей розподіл можна здійснити на практиці [3]. Таким чином, виходить, що стаття містить дві інтерпретації – це знову потягне за собою непорозуміння між сторонами.

Теодора Нікакі (Theodora Nikaki), Баріс Соєр (Baris Soyer) аналізують у своїй статті новий правовий режим регулювання договорів міжнародного морського перевезення. Міжнародна спільнота визначила, що для процвітання міжнародної морської торгівлі потрібно створити міжнародний режим, який би містив дві мети: 1) гнучке виділення ризиків відповідальності у зв'язку з комерційними інтересами перевізників; 2) запобігання зловживань та забезпечення захисту для сторін більш слабких у переговорах. Значну більшість міжнародних морських перевезень регулює змінений варіант Гаазько-Вісбійських правил. Це Гамбурзькі правила, які було пізніше розроблено як альтернативу вищезгаданим правилам з метою відновлення балансу між інтересами вантажовідправниками та перевізниками. Правилам так і не вдалось залучитись великою підтримкою, як результат, Гамбурзькі правила зруйнували надії досягти однаковості в усьому світі і в цій галузі. Після цього розпочалось нове лобіювання з приводу створення нової альтернернативної системи регулювання. Як зазначалось раніше, у грудні 2008 р. Генеральна асамблея ООН прийняла нову Конвенцію ООН про договори повного та часткового перевезення морем. Роттердамські правила останніми роками є джерелом інтенсивної академічної та промислової дискусії. Водночас даний документ має як своїх прихильників, так і низку організацій, які висловили свої заперечення.

Теодора Нікакі (Theodora Nikaki), Баріс Соєр (Baris Soyer) поділили правила, пов'язані з Роттердамськими, на кілька правил. Одне з головних завдань для будь-якого міжнародного документа – підвищення правової визначеності. Укладачі приклали чимало зусиль, щоб переконати, що остаточний документ нової Конвенції буде зрозумілим, оскільки сприятиме підвищенню ефективності та передбачуваності в контексті перевезення вантажу. Ці поліпшення, у свою чергу, мають зменшити деякі транзакційні витрати та судові спори, що випливають з договору міжнародного морського перевезення. Застосування єдиного закону до всього договору міжнародного морського перевезення, безсумнівно, буде сприяти у деякій мірі забезпеченню правової визначеності. Наразі досягти цього не так просто, бо, зазвичай, пріоритети держав у процесі прийняття рішень можуть бути різними. Це залежить від того, на кого держава більше орієнтується – на вантажовідправників чи на перевізників.

Основними цілями, що лежать в основі Роттердамських правил, є: 1) сприяння правовій визначеності; 2) узгодження та модернізації правил, що регулюють міжнародні морські перевезення; 3) сприяння розвитку торгівлі; 4) підвищення ефективності.

Дебати переключились на політичну арену: Європейський Союз закликав держави-члени приймати Роттердамські правила без затримки. Вчені наголошують на тому, що при прийнятті таких рішень, кожна держава, у свою чергу, має визначити свою кінцеву позицію за Роттердамськими правилами, але перед цим взяти до уваги також національні інтереси і те, чи їхні торгові партнери погоджуються на прийняття такого документа. Якщо у двох різних державах будуть існувати два різні правові режими, то економіка таких держав може постраждати від негативних наслідків. При прийнятті таких політичних рішень слід враховувати не лише інтереси держав та їх вантажовідправників, а й інтереси трейдерів, банків, страховиків, інших, що надають свої послуги з підтримки морського сектору.

Роттердамські правила пропонують гармонізацію правового режиму регулювання міжнародних морських перевезень вантажу, досягаючи цієї мети шляхом поліпшення вже існуючих правил з урахуванням нових комерційних практик або технічних досягнень. Крім того, вони покривають велике коло питань, які в даний час не врегульовані, наприклад, перевезення «від дверей до дверей», електронні транспорті документи, відповідальність третіх сторін, категорія морська, виконуюча сторона, затримка в доставці, доставка товарів та права контролюючих сторін. Перевага підходу Роттердамських правил, на думку вчених, полягає у тому, що він заповнює прогалини вже існуючих режимів і в той же час сприяє однаковому тлумачення в застосуванні. З цього випливає, що це допоможе судам різних юрисдикцій слідувати певному єдиному принципу вирішення спорів, які виникають у цій сфері. Крім того, однаковість міжнародних морських законів буде і надалі зміцнюватись завдяки новим положенням Роттердамських правил та надасть можливість врегулювати ті питання, які вийшли за межі попередніх правил [4].

Таким чином, можна дійти висновку, що світова спільнота намагається врівноважити розвиток та вимоги світової торгівлі за допомогою правового регулювання. Але існує дуже багато неточностей у вищезгаданих правових інструментах, які залишаються невирішеними. Тому ми маємо на меті надалі досліджувати Роттердамські правила і досвід держав, які вже наразі користуються правовим режимом, що був запропонований ними.

Список використаної літератури:

1. *Конвенція* Організації Об'єднаних Націй про договори повного або часткового морського міжнародного перевезення вантажів від 11 грудня 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/ decl_conv/conventions/carriage_of_goods.shtml.

2. *Wilson* J. Carriage of goods by sea. – London: Longman, 2010.– P. 174 – 231.

3. *William Tetley.* Summary of Some General Criticism of the UNCITRAL Convention (The Rottedarm Rules) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/ Tetley_Criticism_of_Rotterdam_Rules.pdf.

4. *Nikaki T.*, Soyer *B*. A New International Regime for Carriage of Goods by Sea:Contemporary, Certain, Inclusive AND Efficient, or Just Another One for the Shelves. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: htp://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss2/2.

5. *Калпин А. Г.* Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской перевозки грузов (Роттердамские правила) [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://ecsocman.hse.ru/ hsedata/2012/06/25/1256190785/4-2010-8.pdf.

6. *Рябікін Д. А.* Основні особливості договорів міжнародного морського перевезення вантажів [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://dspace.uzhnu.edu.ua:8080/jspui/handle/lib/1296.

7. *Проблемы* унификации международного частного права: монография (отв. ред. А. Л. Маковский, И. О. Хлестова). – «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ». – 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.garant.ru/57734783/.

The article covers opinions of foreign scientists as for the problematic issues directly related to the difference in the interpretation and application of the norms elaborated by the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. It also reflects the objection on its universality based on absence of the possibility to cover all the states involved the sea trade.

В статье рассматриваются идеи зарубежных ученых, касающиеся проблемных вопросов, непосредственно связанных с отличиями толкования и применения выработанных норм Конвенцией ООН о полной или частичной перевозке груза морем, а также рассматривается отрицание ее универсальности в связи с отсутствием возможности охватить все государства, задействованные в морской торговле.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕНАЛЕЖНОГО ПОВІДОМЛЕННЯ СТОРОНИ В ПРАКТИЦІ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ

Нагнибіда В. І.,
кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядається механізм визнання та приведення до виконання рішень іноземних арбітражів у світлі забезпечення належного процесу та належного повідомлення сторін про формування складу арбітражу та арбітражний розгляд. Аналізується поняття «неналежного повідомлення» про арбітражний розгляд в контексті положень національного та міжнародного позитивного права. Робиться висновок про необхідність послідовного та буквального правозастосування, уникаючи розширеного тлумачення положень Конвенції ООН про визнання та виконання рішень іноземних арбітражів 1958 року.

Ключові слова: арбітраж, неналежне повідомлення, визнання та виконання іноземного рішення, арбітражне рішення.

Однією з найпоширеніших підстав відмови у визнанні та виконанні іноземних арбітражних рішень є неналежне повідомлення сторони про арбітражний розгляд, передбачене у п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції ООН про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (далі – Конвенція 1958 р.) [1]. За змістом Конвенції вказана норма передбачає, що «у визнанні та приведенні до виконання іноземних арбітражних рішень може бути відмовлено на прохання сторони, проти якої таке рішення спрямоване, якщо така сторона надасть компетентному органу за місцем визнання та виконання такого рішення докази того, що сторона, проти якої винесене рішення, не була належним чином повідомлена про призначення арбітра або про арбітражний розгляд чи з інших обставин не могла надати свої пояснення». З огляду на договірну природу арбітражного способу вирішення спорів усунення сторони від процесу призначення (обрання) арбітра або ж «неповідомлення» такої сторони про арбітражний розгляд дійсно є серйозним порушенням засадничих принципів арбітражного процесу, передусім права сторони надати свої пояснення та заперечення щодо вимог (*right to be heard and to present his case*) та принципу належного процесу (*due process*) і має тягнути за собою відмову у визнанні та виконанні постановленого з такими порушеннями рішення. Разом з тим поняття «неналежне повідомлення» з точки зору його змісту на практиці може тлумачитись (і часто тлумачиться) по-різному.

Аналіз вітчизняної судової практики з цього питання свідчить, що окремі ухвали про відмову у визнанні та виконанні рішень іноземних арбітражів часто є недостатньо мотивованими та в окремих аспектах не відображають загальносвітову практику з вирішення такого роду заперечень [2, с. 3]. Щоправда, з прийняттям у 2014 р. Верховним Судом України постанови з питань неоднакового застосування касаційною інстанцією одних і тих самих норм матеріального права, що потягло за собою ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах [3], які стосуються предмета цього дослідження, ситуація значно покращилась, адже станом на листопад 2015 р. уже наявні рішення [4], постановлені з посиланням на зазначене рішення, що свідчить про сталість правозастосовчої практики. Разом з тим проблематика на сьогодні не вичерпана, адже в Україні в силу стійких національних процесуальних традицій терміновживання, поняття «неналежне повідомлення» має дещо відмінне значення, ніж те, яке випливає зі змісту п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 року.

Наразі проблеми застосування Конвенції 1958 року серед вітчизняних учених досліджувались у працях Г. Цірата, М. Мальського, Т. Сліпачук, М. Селівона, Ю. Притики, С. Кравцова та ін. Однак досі не сформульовано чіткі, науково обґрунтовані критерії застосування підстави, передбаченої п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р.

Передусім зазначимо, що відповідно до ст. III Конвенції 1958 р. кожна договірна держава визнає арбітражні рішення як обов'язкові і приводить їх до виконання у відповідності з процесуальними нормами тієї території, де запитується визнання і приведення до виконання цих рішень, на умовах, викладених у подальших статтях Конвенції.

Згідно зі ст. IV Конвенції 1958 р. для отримання згаданого у ст. III визнання та приведення до виконання сторона, яка порушує питання про визнання та приведення до виконання, при поданні такого прохання надає:

a) відповідним чином завірений оригінал арбітражного рішення або належним чином засвідчену копію такого рішення;

b) оригінал арбітражної угоди, згаданої у ст. II, або його належним чином завірену копію.

При цьому у ст. III Конвенції 1958 р. зазначено, що до визнання та приведення до виконання арбітражних рішень, до яких застосовується дана Конвенція, не повинні застосовуватись істотно

більш обтяжливі умови або більш високі мита або збори, ніж ті, які існують для визнання і приведення до виконання рішень.

Звертаючись до «неналежного повідомлення» як до підстави для невизнання та невиконання арбітражного рішення в Україні, сторона, проти якої постановлено таке арбітражне рішення, найчастіше посилається на п. 2 ч. 2 ст. 396 ЦПК України [5], відповідно до якого у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду може бути відмовлено, «якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про *розгляд справи».* Як зазначалось, подібна (але не аналогічна) підстава передбачена також п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р.

З цього приводу слід відмітити, що посилання на застосування вимог п. 2 ч. 2 ст. 396 ЦПК України не повинно братись до уваги, оскільки зазначена норма застосовується лише у випадку, «якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не передбачено випадків, коли клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється» (ч. 1 та ч. 2 ст. 396 ЦПК України). З огляду на те, що Конвенція 1958 р., учасницею якої Україна є з 8 січня 1961 р., містить вичерпний перелік підстав для відмови у визнанні та приведенні до виконання іноземних арбітражних рішень (ст. V Конвенції), підстави, передбачені ч. 2 ст. 396 ЦПК України, не можуть застосовуватись. Виключає застосування також і наявність інших положень чинного законодавства, які встановлюють пріоритет норм міжнародного права перед нормами національного права, а саме, ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [6], ст. 3 Закону України «Про міжнародне приватне право» [7] та ч. 2 ст. 10 Цивільного кодексу України [8].

Досить часто сторони для обґрунтування неналежного повідомлення звертаються також до положень двосторонніх договорів про правову допомогу (наприклад, п. «b» ч. 2 ст. 53 та п. «c» ч. 1 ст. 54 Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 28 травня 2001 р. [9]). Разом з тим у випадку, коли такі договори містять додаткові вимоги до «повідомлення» сторін чи надання додаткових, не передбачених Конвенцією 1958 р. документів в силу вимог ст. III та IV Конвенції 1958 р. такі положення двосторонніх договорів мають визнаватись такими, що обтяжують та ускладнюють процедуру визнання та виконання арбітражних рішень, запроваджуючи вимогу обов'язкової подачі додаткових документів при визнанні та виконанні іноземних арбітражних рішень, не передбачених ст. IV Конвенції 1958 року.

Зміст п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р. передбачає, по суті, позбавлення відповідача можливості захисту своїх прав та порушення балансу прав та інтересів учасників спору. Така підстава для відмови у визнанні та виконання іноземних арбітражних рішень є значно ширшою за змістом, ніж формальне «неповідомлення сторони про розгляд справи» (як це передбачено п. 2 ч. 2 ст. 396 ЦПК України), адже стосується забезпечення стороні (відповідачу) можливості довести складу арбітражу свою позицію по справі, надати можливість заявити вимоги та заперечення, а також брати участь у формуванні складу арбітражу, подавати докази тощо.

Зміст п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р., який передбачає, що у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено **на прохання тієї сторони, проти якої воно спрямоване**, якщо така сторона надасть компетентним органам за місцем, де запитується про визнання та виконання докази того, що сторона, проти якої винесене рішення, «не була належним чином повідомлена про призначення арбітра або про *арбітражний розгляд* чи з інших обставин не могла надати свої пояснення». Відповідно, для застосування такої підстави відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення необхідним є доведення стороною, яка заперечує проти визнання та примусового виконання іноземного арбітражного рішення, обставин, що вона була позбавлена свого права на те, щоб її позиція була вислухана (сприйнята), досліджена та врахована складом арбітражу, тобто позбавлена можливості захисту своїх прав.

У цьому контексті йдеться про забезпечення стороні можливості захищати свої права та брати участь у арбітражному розгляді, зокрема, шляхом:

1) призначення (узгодження) складу арбітражу;

2) подання заперечень щодо позовних вимог та/або зустрічного позову;

3) участь в узгодженні процедурних аспектів ведення арбітражного процесу, погодження порядку подання доказів та їх обсягу, узгодження строків арбітражного розгляду, застосовуваного права, засобів зв'язку між сторонами та арбітражем тощо;

4) подання доказів на обґрунтування своїх вимог та заперечень;

5) подання заперечень щодо компетенції складу арбітражу, відводів арбітра (арбітрів) тощо;

6) інших форм участі в арбітражному провадженні.

Якщо ж сторона активно брала участь в арбітражному розгляді і не заявляла відповідних заперечень на попередніх етапах арбітражного розгляду, вона в силу дії загальновизнаних принципів

арбітражного провадження *waiver* (відмова від права на заперечення) та *estoppel* (втрата права на заперечення) втрачає право посилатись на те, що вона не була належним чином повідомлена про арбітражний розгляд. У цьому зв'язку Верховний Суд України у постанові від 23 квітня 2014 р. зазначив те, що боржник у справі отримав текст позовної заяви, мав свого представника в арбітражному процесі та надавав свої заперечення, які були враховані під час розгляду справи, про що зазначено у відповідному пункті арбітражного рішення [3].

Слід також відмітити, що існує серйозна та недопустима розбіжність у змісті п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р. та п. 2 ч. 2 ст. 396 ЦПК України.

Пункт «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р. як підставу для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення розглядає «неналежне повідомлення про арбітражний розгляд» спору («арбитражное разбирательство» – рос.), розуміючи під цим терміном арбітражний розгляд спору як такий, як спосіб вирішення спору загалом в контексті права особи на захист в межах такого способу вирішення спорів.

Натомість п. 2 ч. 2 ст. 396 ЦПК України оперує поняттям належного повідомлення про «розгляд справи», що є значно вужчим поняттям, оскільки, за термінологією ЦПК України, «розгляд справи» є формою процесуальної діяльності суду, яка здійснюється *в судовому засіданні з обов'язковим повідомленням осіб, які беруть участь у справі* (ч. 1 ст. 158 ЦПК України). Таким чином, поняття «розгляд справи» фактично відбувається у формі слухання справи і пов'язане із дослідженням поданих сторонами доказів, заслуховуванням їх позицій тощо. Як зазначив Верховний Суд України в постанові від 23 квітня 2014 р., що сторона має бути повідомлена про *процес розгляду справи*, а не про дату судового засідання, за результатами якого було винесено рішення у справі [3]. Враховуючи те, що підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення, визначені у пп. 1–8 ч. 2 ст. 396 ЦПК України, не застосовуються в силу застосування положень міжнародних договорів з огляду на вимоги ч. 1 та ч. 2 ст. 396 ЦПК України, ст. 10 ЦК України, ст. 3 Закону України «Про міжнародне приватне право» для оцінки можливості визнання та виконання іноземного арбітражного рішення мають застосовуватися підстави, визначені ст. V Конвенції 1958 р. або ж іншим міжнародним договором.

Слід також відмітити, що на практиці для обґрунтування «неналежного повідомлення сторони зустрічається посилання не на п. «b» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р., а на п. «d» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 року як на підставу відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення, який передбачає можливість відмови у визнанні та виконанні, якщо *склад арбітражу або арбітражний процес не відповідали угоді сторін або за відсутності останньої не відповідали закону країни місця арбітражу*).

З цього приводу слід зазначити, що посилання заявника на п. «d» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р. як на підставу відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення *(склад арбітражу або арбітражний процес не відповідали угоді сторін або при відсутності останньої, не відповідали закону країни місця арбітражу)* також не можуть бути визнані як обґрунтовані, оскільки вказана підстава стосується випадків, коли порушуються вимоги, встановлені угодою сторін або правом країни місця арбітражу, до:

1) складу арбітражу (формування складу арбітражу та порушення умов його формування, його компетенція тощо);

2) арбітражного процесу, тобто процесу розгляду і вирішення спору.

Вказівка на те, що «*арбітражний процес не відповідав угоді сторін або за відсутності останньої не відповідав закону країни місця арбітражу*», мала б супроводжуватись наданням доказів щодо порушень узгодженої процедури вирішення спорів, наприклад, сторони обрали один регламент для проведення арбітражного розгляду, а арбітри застосували інший, або на порушення домовленості сторін про незастосування регламентів інституційних арбітражів, арбітри все ж застосували один з таких регламентів тощо.

Натомість підстава, щодо якої порушується питання про неоднаковість застосування норм, не стосується ні компетенції складу арбітражу, ні самого арбітражного розгляду, а стосується етапу, який слідує за арбітражним розглядом – подання клопотання про визнання та приведення до виконання іноземного арбітражного рішення. А тому посилання на п. «d» ч. 1 ст. V Конвенції 1958 р. як підставу для відмови є необґрунтованим.

Список використаної літератури:

1. *Конвенція ООН* про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.

2. *Ухвала Вищого* спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 червня 2013 р. у справі за № 323/11 [Електронний ресурс]. Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32147447.

3. *Постанова Верховного* Суду України від 23 квітня 2014 р. у справі 6-39цс14 [Електронний ресурс]. Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38655064.

4. *Ухвала Апеляційного* суду м. Києва від 15 жовтня 2014 року за № 22-ц/796/12180/2014 [Електронний ресурс]. Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 40947296.

5. *Цивільний процесуальний* кодекс України від 18 березня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.

6. *Про міжнародний* комерційний арбітраж: Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4003-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4002-12.

7. *Про міжнародне* приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2709-15.

8. *Цивільний кодекс* України від 16 січня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

9. *Договір* між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 28 травня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/203_018.

The article deals with the problems of recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the light of due process and proper notification about arbitral procedure. The concept of «improper notification» about arbitral procedure is analysed within Ukrainian and international law. On the basis of issues researched in the article there have been established proposals for improvement application of law process.

В статье рассматриваются механизмы признания и приведения к исполнению иностранных арбитражных решений в свете обеспечения надлежащего процесса и надлежащего уведомления сторон о формировании состава арбитража и арбитражное разбирательство. Анализируется понятие «ненадлежащего уведомления» об арбитражном разбирательстве в контексте национального и международного права, на основании чего формулируются предложения по совершенствованию применения отечественного законодательства.

ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ РЕЄСТРАЦІЇ ГЕОГРАФІЧНИХ ЗАЗНАЧЕНЬ В КОНТЕКСТІ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УКРАЇНОЮ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ З ЄС

Попович Т. Г.,
науковий співробітник НДІ приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядається питання реєстрації та захисту прав України на окремі географічні зазначення у світлі набуття чинності Угоди про асоціацію України з ЄС. Окремо розглядаються причини нехтування в Україні можливістю отримати економічний ефект від зареєстрованого та визнаного у світі географічного зазначення.

Ключові слова: географічні зазначення, зазначення походження товару, правові підстави виникнення та набуття прав на географічні зазначення, Угода про асоціацію України та ЄС, підтверджена якість товару, процедури підтвердження відповідності, захист прав на географічні зазначення.

Географічне зазначення походження товару – це будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару, який має певні якості, репутацію або інші характеристики, в основному зумовлені характерними для даного географічного місця природними умовами чи людським фактором або поєднанням цих природних умов і людського фактора. Це поняття відображає зв'язок «місце-товар» і дає змогу виробникам товарів з певного географічного району вимагати права на зазначення того, що певний товар походить із цього регіону. Географічне зазначення є широким поняттям, що стосується будь-яких зазначень, які відображають географічне походження товару. Такі зазначення вживаються у відношенні до товарів, що вироблені (перероблені та/або виготовлені) у певній географічній зоні. Правові засади охорони прав на зазначення походження товарів (географічні зазначення) визначаються спеціальним Законом України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 року № 752-XIV. На виконання цього Закону Міністерство освіти і науки України затвердило Правила складання, подання та проведення експертизи заявки на реєстрацію кваліфікованого зазначення

походження товару та/або права на використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару (наказ № 598 від 17.08.2001 р.), що визначають вимоги до документів заявки на реєстрацію кваліфікованого зазначення походження товару та/або права на використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару, порядок подання заявки та проведення її експертизи.

Зазначення походження товару позначається термінами «просте зазначення походження товару» та «кваліфіковане зазначення походження товару». Просте зазначення походження товару – будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару. Ним може бути і назва географічного місця, яка вживається для позначення товару або як складова частина такого позначення. Просте зазначення походження товару не підлягає реєстрації. Кваліфіковане зазначення походження товару, у свою чергу, позначається термінами «назва місця походження товару» та «географічне зазначення походження товару». Назва місця походження товару – назва географічного місця, яка вживається для позначення товару, що походить із зазначеного географічного місця та має особливі властивості, виключно або головним чином зумовлені характерними для даного географічного місця природними умовами або поєднанням цих природних умов з характерним для даного географічного місця людським фактором. 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 або інші характеристики, в основному зумовлені характерними для даного географічного місця природними умовами чи людським фактором або поєднанням цих природних умов і людського фактора. Правова охорона кваліфікованим зазначенням походження товарів надається на підставі їх реєстрації, яка діє безстроково від дати реєстрації.

Станом на 15.10.2015 р. в Україні зареєстровані такі кваліфіковані зазначення походження товарів: 1) мінеральна вода – Миргородська, Східницька, Ессентуки, Нагутская, Славяновская; 2) мінеральна природна вода – Поляна квасова, Менська Остреч, Царичанська, Трускавецька, Збручанська; 3) вина – Сонячна долина, Новий світ, Золота балка, Таврія, Меганом, Балаклава, МАГАРАЧ; 4) коньяк України – Таврія; 5) горілка – Русская водка; 6) шинка – Prosciutto Di Parma (Прошутто Ді Парма); 7) сир – Parmigiano Reggiano (Парміджано Реджано) [1]. У світі так само найбільшу увагу приділяють захисту географічних зазначень, що використовуються у сфері виробництва вин і міцних напоїв, виготовлення сирів, а також хлібобулочних виробів. Наведемо окремі міжнародні дослідження, що проводилися Всесвітньою організацією інтелектуальної власності з метою встановлення відповідності та закріплення прав на географічні зазначення [2]:

Назва дослідження, що проводилося (укр. мовою та мовою оригіналу)	**Назва географічного зазначення чи/та найменування місць походження укр. мовою**	**Країна/Територія**	**Галузь використання**
1	**2**	**3**	**4**
Напій з тисячолітньою історією (A Drink to Last One Thousand Years)	Чача	Грузія	Напої
Керівництво для любителів чаю, що походить з гір з інтелектуальною власнтістю (A Tea Lover's Guide to Climbing IP Mountains)	Чай Камелія китайська	Непал, офіційно Федеративна Демократична Республіка Непал	Напої
Бджоли, географічні зазначення та їх розвиток (Bees, Geographical Indications, and Development)	Оку білий мед	Камерун, офіційно Республіка Камерун	Харчові продукти
Питання брендингу: успіх Чуао какао-бобів (Branding Matters: The Success of Chuao Cocoa Bean)	Кріолло	Венесуела, офіційно Болівариянська Республіка Венесуела	Харчові продукти
А все-таки вино є стародавнім рубіновим багатством (But Still the Vine Her Ancient Ruby Yields)	Ксара	Ліван, офіційна назва Ліванська Республіка	Напої
Визначення походженням назви: справа про Фета (Defining a Name’s Origin: The Case of Feta)	Фета	Греція, офіційна назва Грецька Республіка	Сільське господарство
Оспорювання назви, розробка географічного зазначення (Disputing a	Ройбуш (Рой-бос)	Південно-Африканська	Харчові продукти

Name, Developing a Geographical Indication)		Республіка або ПАР	
Народне мистецтво та можливості сучасного світу (Folk Art and the Opportunities of the Modern World)	Олінала	Мексика, офіційно Мексиканські Сполучені Штати	Побутові продукти нетривалого використання
Географічні зазначення для розвитку (Geographical Indications for Development)	Персики Пінггу	Китай, офіційно Китайська Народна Республіка	Харчові продукти
Географічні зазначення для розвитку сільських районів: випадок Банани (GIs and Rural Development: a Case of Bananas)	Банани Коста-Ріки	Коста-Ріка, офіційно Республіка Коста-Ріка	Сільське господарство, Харчові продукти
В пошуках досконалої чашки (In Search of a Perfect Cup)	Кава з Ямайських Синіх Гір	Ямайка	Харчові продукти
Зв'язок колективних марок з ростом та розвитком (Linking Collective Marks with Growth and Development)	Мантекосо – сир з Кахамарки	Перу	Харчові продукти
Рідке золото з агави (Liquid Gold from the Agave)	Текіла	Мексика, офіційно Мексиканські Сполучені Штати	Харчові продукти
Створити оригінальне походження: досвід Колумбії (Making the Origin Count: The Colombian Experience)	Кава Колумбії	Колумбія, офіційно Республіка Колумбія	Харчові продукти
Управління викликами щодо охорони та захисту прав інтелектуальної власності (Managing the Challenges of the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights)	Чай Дарджилінг	Індія, офіційно Республіка Індія або Індія, Бгарат	Харчові продукти
Мелінда: Перший італійський дизайнер яблука (Melinda: The First Italian Designer Apple)	Вал-ді-Нон яблука	Італія, офіційно Італійська Республіка	Сільське господарство, Харчові продукти
Питання Імені (Name Matters)	Чірімоя Кумбе	Перу	Харчові продукти
Захист суспільства та довкілля з географічним зазначенням (Protecting Society and the Environment with a Geographical Indication)	Арган або Зроблено з плодів Аргана	Марокко, офіційна назва Королівство Марокко	Personal Products
Відроджуючи співтовариство і зберігаючи культуру (Reviving a Community and Saving a Culture)	Маіз Бланко Гіганті Куско	Перу	Сільське господарство
Формування регіональних засобів в інтелектуальній власності (Shaping a Regional IP Tool)	Мармур Афьон	Туреччина, офіційна назва Турецька Республіка	Будівельні матеріали
Король сирів та його корона з інтелектуальної власності (The King of Cheese and its IP Crown)	Парміджано Реджано	Італія, офіційно Італійська Республіка	Харчові продукти
Солодкий смак традицій (The Sweet Taste of Tradition)	Лукум Героскіпу	Кіпр, офіційна назва Республіка Кіпр	Харчові продукти
Вино та прогрес (Wine and Progress)	Долина Виноградників	Бразилія, офіційно Федеративна Республіка Бразилія	Напої

Інформація про всі найменування місць походження в країнах, які увійшли до Лісабонської угоди про охорону найменувань місць походження і їх міжнародної реєстрації (від 31.10.1958 р., переглянута 14.07.1967 р.) та які набули чинності, зберігається у реєстрі в Міжнародному бюро

Всесвітньої організації інтелектуальної власності [3]. Зокрема, у кількісному вимірі ситуація виглядає так: Франція – 509, Італія – 108, Чехія – 76, Болгарія – 51, Грузія – 28, Угорщина – 28, Куба – 19, Іран – 16, Мексика – 14, Перу – 8, Алжир – 7, Гаїті – 7, Португалія – 7, Словаччина – 7, Туніс – 7, Південна Корея – 6, Боснія та Герцоговина – 5, Македонія – 5, Сербія – 3, Чорногорія – 2, Ізраїль – 1, Коста-Ріка – 1, Молдова – 1, Нікарагуа – 0, але 11 відмов.

України серед цих країн немає і не може бути, оскільки ми не розпочали процес входження до таких спільнот. Зокрема, згадану Лісабонську угоду про охорону найменувань місць походження і їх міжнародної реєстрації ми не підписували, хоча підписали та ратифікували:

1) Угоду про заходи щодо попередження та припинення використання неправдивих товарних знаків та географічних зазначень від 04.06.1999 р. (в рамках діяльності СНД, ратифіковано 21.09.2000 р. із застереженням про застосування національних процедур України із захисту власником своїх прав на товарні знаки чи географічні зазначення);

2) Угоду про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994 р. (в рамках вступу до СОТ, приєднання 16.05.2008 р.). За цією угодою встановлюються запобіжні заходи щодо географічних зазначень:

(a) використання будь-яких засобів визначення або представлення товару, який свідчить або передбачає, що товар походить з географічної території іншої, ніж реальне місце походження, у такий спосіб, що вводить в оману широкий загал стосовно географічного походження товару;

(b) будь-якого використання, яке є актом недобросовісної конкуренції, в значенні, зазначеному в ст. 10-bis Паризької конвенції (1967), тобто: 1) всі дії, здатні яким би то не було способом викликати змішування відносно підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента; 2) неправильні ствердження при існуванні комерційної діяльності, що здатні дискредитувати підприємство, продукти чи промислову або торговельну діяльність конкурента; 3) вказівки чи ствердження, використання яких при здійсненні комерційної діяльності може ввести громадськість в оману щодо характеру, способу виготовлення, властивостей, придатності до застосування чи кількості товарів.

Як свідчить економічний розвиток держав, у тому числі держав Центральної та Східної Європи, які вступили до СОТ (а потім і до ЄС), з набуттям членства виникають такі економічні переваги:

– поліпшення умов доступу виробників та експортерів на основні міжнародні ринки;
– збільшення іноземних інвестицій в економіку держави;
– лібералізація режиму торгівлі;
– зменшення тарифних і нетарифних обмежень на експорт до країн ЄС;
– отримання можливості захисту національного товаровиробника в антидемпінгових, спеціальних розслідуваннях у рамках процедури розгляду торговельних спорів СОТ;
– запобігання торговельно-економічній ізоляції від інших країн;
– створення ефективної системи захисту національного товаровиробника від недобросовісного імпорту.

Україна зі вступом до СОТ істотно не відчула усіх переваг такої участі. На нашу думку, це спричинено неготовністю національного товаровиробника до умов ринку інших країн та необізнаністю з можливостями захисту своїх прав шляхом застосування міжнародно-правових механізмів, у тому числі щодо географічних зазначень, які можуть надати товарам суттєву конкурентну перевагу та економічний зиск. Крім цього, ми розпочали вступ до ЄС, що спричиняє нові вимоги до нашого законодавства, яке й так не є досконалим. Загальновідомо для всіх дослідників у сфері інтелектуальної власності щодо географічних зазначень, що Цивільний кодекс України та Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» мають різні підходи до визначення строків охорони прав: Кодекс визначає, що право інтелектуальної власності на географічне зазначення є чинним з дати, наступної за датою державної реєстрації, і охороняється безстроково за умови збереження характеристик товару (послуги), позначених цим зазначенням, а Закон говорить про десятирічний строк (з правом його багаторазового продовження) [4]. Ці положення не є тотожними і потребують уточнення. На нашу думку, строк дії свідоцтва на географічне зазначення не має обмежуватися десятирічним строком. Охорона має скасовуватися лише за умов зникнення характерних ознак географічного зазначення: чи географічного місця походження товару внаслідок природних катаклізмів, чи індивідуалізуючих особливих якостей внаслідок зміни погоди, чи втрата репутації, чи відсутності характерного поєднання природних умов і людського фактора.

В ЄС існує кілька регламентів, що забезпечують охорону прав на географічне зазначення (№ 2081/92 від 14.07.1992 р., № 1493/1999 від 17.05.1999 р., № 1795/2003 від 13.10.2003 р.). При адаптації нашого національного законодавства до законодавства ЄС можуть виникнути інші складнощі. По-перше, в ЄС не охороняються географічні зазначення при наданні послуг (у нас – повна охорона), по-друге, час від часу в ЄС то охороняють права на назви мінеральних вод, то знову їх скасовують. Обґрунтовують це нестійкістю погодних умов, що забезпечують формування, мінералізацію та наповнення природних джерел води, а тому, зважаючи на суворі стандарти ЄС на воду, не можуть

охоронятися в повному обсязі. По-третє, основною галуззю охорони в ЄС є сільськогосподарське виробництво (невеликий перелік сільськогосподарських продуктів та продовольчих товарів), а Україна не обмежує сфери застосування такої охорони. По-четверте, в ЄС суб'єктами права на географічне зазначення обмежуються виробниками такої продукції, а Цивільний кодекс України передбачає можливість асоціацій споживачів продукції на отримання такого права.

В цілому аналіз законодавства у сфері охорони прав на географічне зазначення надає можливість стверджувати, що законодавство України в процесі входження до складу ЄС потребує уточнення та удосконалення, оскільки існуючі механізми охорони заплутують виробників товарів (послуг) в Україні та не дозволяють їм максимально використати економічні та інші переваги своєї продукції на зовнішніх ринках.

Список використаної літератури:

1. *Відомості* про зареєстровані в Україні кваліфіковані зазначення походження товарів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uipv.org/ua/kzpt/.

2. *Географічні* зазначення та найменування місць походження: тематичні дослідження з інтелектуальної власності у цій сфері // Case Studies on Intellectual Property (IP Advantage) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/freepublications/en/geographical/952/wipo_pub_952.pdf.

3. *Карта* кількості найменувань місць походження країн–учасниць Лісабонської угоди, зареєстровані в Міжнародному бюро Всесвітньої організації інтелектуальної власності [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/ipdl/en/lisbon/lisbon-map.jsp.

4. *Дмитриченко Г. М.* Поняття та зміст правового режиму географічного зазначення [Електронний ресурс] / Г. М. Дмитриченко // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 54–57. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nzizvru_2013_3_12.pdf; *Тараненко О. М.* «Географічні зазначення»: проблема термінологічної неоднозначності [Електронний ресурс] / О. М. Тараненко // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 919–923. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2012_1_146. pdf; *Архипова М. І.* Проблеми адаптації законодавства України щодо географічних зазначень відповідно до Угоди про торгівельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) [Електронний ресурс] / М. І. Архипова // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4. – С. 102 – 107. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Unzap_2005_4_19.pdf; *Гуменний Р. В.* Проблемні питання правової охорони географічних зазначень [Електронний ресурс] / Р. В. Гуменний // Університетські наукові записки. – 2009. – № 3. – С. 105 – 108. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Unzap_2009_3_21.pdf; *Кузьменко Т. С.* Географічні зазначення як засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг [Електронний ресурс] / Т. С. Кузьменко // Південноукраїнський правничий часопис. – 2013. – № 3. – С. 97 – 101. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pupch_2013_3_35.pdf та інші.

In this article the registration and protection of Ukraine on certain geographical indications in the light of the entry into force of the Association Agreement with the EU, Ukraine. Separately examined ignoring reason in Ukraine possibility of getting economic effect from the registered and recognized in the world geographical indication.

В статье рассматривается вопрос регистрации и защиты прав Украины на отдельные географические указания в ключе вступления в силу Соглашения об ассоциации Украины с ЕС. Отдельно рассматриваются причины пренебрежения в Украине возможностью получить экономический эффект от зарегистрированного и признанного в мире географического указания.

ҐЕНЕЗА ДОКТРИНИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ В РОМАНСЬКІЙ, ГЕРМАНСЬКІЙ ТА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ СИСТЕМАХ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Посикалюк О. О.,
кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу відділу стратегічних міжнародно-правових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Стаття стосується становлення та розвитку доктрини особистих немайнових прав у романській, германській та англо-американській системах приватного права. Охарактеризовано

основні наукові концепції, які розкривають ознаки та види особистих немайнових прав у романській, германській та англо-американській системах приватного права.

Ключові слова: особисті немайнові права, романська система приватного права, германська система приватного права, англо-американська система приватного права.

Для розуміння сутності цивільно-правової охорони особистих немайнових прав в романській, германській та англо-американській системах приватного права необхідно здійснити аналіз особливостей історичного розвитку доктринальних вчень, присвячених особистим немайновим правам, що може бути здійснено на прикладі таких правових систем, як Французької Республіки, Федеративної Республіки Німеччини, Сполучених Штатів Америки, а також Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії.

Доктринальна база дослідження охоплює фундаментальні наукові здобутки іноземних науковців, у працях яких започатковано та визначено основні тенденції розвитку доктрини особистих немайнових прав, а саме: Л. Брандейс, Д. Декью, Р. Гевісон, К. Гарейс, К. Гормлей, У. Проссер, Д. Солоув, С. Уоррен, А. Вестін, Д. Уїтмен та ін. Разом з тим у вітчизняній науці недостатньо уваги приділено порівняльно-правовим дослідженням ґенези доктрини особистих немайнових прав. Завданням статті є становлення та розвиток вчення про особисті немайнові права в романській, германській та англо-американській системах приватного права.

У французькій доктрині домінує плюралістична концепція особистих немайнових прав. Одним із перших серед науковців, які почали визнавати необхідність цивільно-правової охорони особистого життя, був Е. Боссір, відомий свого часу філософ права. У своїй праці він зазначав, що особиста репутація незалежно від цінності по суті та незалежно від джерел формування повинна бути захищена від буд-яких посягань. Однак надмірна цікавість та образи можуть бути вчинені як за наявності, так і відсутності вини, але незалежно від цього така поведінка порушує закон, якщо вона шляхом публічного оголошення спрямована на приниження репутації, справедливо або несправедливо набутої [1, с. 377–378]. Основоположником доктрини особистих немайнових прав фізичних осіб став Е. Перро, який виокремив їх в окрему категорію суб'єктивних цивільних прав, присвятивши їм статтю «Особисті немайнові права», опубліковану у 1909 р. Зокрема, вчений визначив такі ознаки особистих немайнових прав: об'єктами їх виступають особисті немайнові блага; визнаються за кожною особою; не мають грошового еквівалента; є невідчужуваними, невіддільними та не переходять у спадок; здійснюються та захищаються лише суб'єктом [2, с. 12–13].

Пізніше професор Р. Нерсон в тезах, присвячених немайновим правам, які були репрезентовані в Ліоні в 1939 р., обґрунтувавши плюралістичну концепцію особистих немайнових прав, охопив останніми: права на ім'я, дім, кореспонденцію, правовий статус, право звертатися до суду з цивільним позовом, професійну таємницю, честь, репутацію і сімейні права тощо. В подальшому науковці, застосовуючи системний підхід, намагались диференціювати особисті немайнові права на види: зокрема, А. Мазод розглядав права, пов'язані із фізичною цілісністю (права на життя та здоров'я), духовною цілісністю (право на честь, на особисте життя, на недоторканність телефонних розмов та кореспонденції, на зображення, на ім'я) та правом на працю [3, с. 449]. Наступною віхою в розвитку цивільно-правової доктрини особистих немайнових прав стали праці таких правників, як: Е. Гелар та Д. Ак'юарон [4, с. 155] щодо визнання та закріплення правомочності використання ознак індивідуальності в комерційних цілях, правомочності дозволяти та забороняти таке використання іншим особам.

У німецькій цивільно-правовій доктрині домінуючою є концепція загального особистого немайнового права. Виникнення та розвиток цієї концепції відбувалося значною мірою в силу авторитету німецьких філософських вчень про свободу волі. Провідну роль відіграли праці І. Канта, який зазначав, що атрибут свободи іманентний людській особистості: дар визначати самим собі мету і варіанти відповідної до наміченої мети поведінки є природженим [5, с. 429]; Г. Гегеля, погляди якого можна проілюструвати за допомогою крилатої фрази «будь особистістю та поважай інших як особистостей» [5, с. 457], та низки інших філософів.

Відчутним є вплив рецепції римського приватного права на історичне формування правової охорони особистої сфери людини. Для прикладу слід привести інтерпретацію розвитку делікту injuria, запропоновану Р. Ієрінгом [1, с. 1184]. Вчений зазначав, що честь завжди була під захистом вказаного делікту. Спочатку вважалося, що закон може захищати лише майнові (матеріальні) інтереси. Але, оскільки відчуття честі ставали багатшими та глибшими, такий ранній правовий захист поступово трансформувався, поки не почав покривати усі аспекти честі, включаючи також захист від усних образ та інших проявів неповаги. Отже, еволюція правового захисту честі полягає у поступовому розвитку первинного правового захисту переважно майнових інтересів до багатоаспектного захисту немайнових інтересів.

Провідну роль в зародженні доктрини особистих немайнових прав відіграли К. Гарейс, Й. Колер, О. Гірке, які у своїх працях кінця XIX ст. досліджували правову охорону особистих немайнових

прав, розглядали їх окремі види та вказували на необхідність закріплення загального особистого немайнового права. Подальший розвиток цивілістичного вчення про особисті немайнові права пов'язується з іменами Г. Губман та Г. Ніппердей [3, с. 442], які визначили співвідношення окремих особистих немайнових прав і загального особистого немайнового права та встановили приватноправову природу останнього. Потребує з'ясування методологічне підґрунтя концепції загального особистого немайнового права. У німецькому праві знаходить ідеї загального особистого немайнового права, узагальнена позиція прихильників якої полягає в аргументуванні неможливості охопити всю сферу особистого (проявів особистості) окремими особистими немайновими правами та наявності при цьому прогалин у праві, а тому, на їх думку, слід закріпити єдине особисте немайнове право, яке б охороняло усі юридично значущі прояви особистості, та виділяти поряд із загальним окремі особисті немайнові права, які неодноразово потребували правового захисту – право на ім'я, право на зображення тощо. Противники ж вказаної ідеї (Г. Елінек, Ф. Савіньї, Й. Унгер, Л. Енекцерус) вважали, що загальне особисте немайнове право може призвести до надмірно широкого захисту особистості, що, в свою чергу, спричинить серйозні труднощі у розвитку інших особистостей та перешкоджатиме їх прогресу [6, с. 261].

У доктрині США провідне місце займає вчення про право на приватність, перший камінь у фундамент якого був закладений ще наприкінці XIX ст., зокрема бостонськими адвокатами Л. Брандейс та С. Уоррен у статті «The right to privacy» [7]. Аналіз вказаної праці Л. Брандейса та С. Уоррена дає можливість виокремити таку характеристику права на приватність. По-перше, право на приватність побудоване на положенні загального права (*common law*), відповідно до якого кожна людина вправі визначити, якою мірою її думки, відчуття та емоції можуть бути повідомлені іншим. Право на приватність розглядається як право захищати свою внутрішню духовну цілісність, здійснюючи контроль над інформацією, яка відображає або впливає на особистість людини. При цьому право на приватність виступає як частина більш загального права на недоторканність людини – права на індивідуальність. По-друге, право на приватність може бути захищено компенсацією майнової та немайнової шкоди та іншими способами захисту, при цьому умови їх застосування відмінні від захисту окремих аспектів права власності, авторського права та захисту від дифамації. По-третє, зміст права на приватність визначається такими межами: право на приватність не забороняє публікацію матеріалів, що мають суспільний інтерес; право на приватність припиняє дію після публікації фактів самою особою або з її згоди. У подальшому А. Вестін визначив право на приватність як намагання людей вільно обирати за яких обставин та у якій мірі розкривати себе, своє ставлення та поведінку іншим [8, с. 7]. Відповідно до поглядів А. Вестіна є чотири елементи приватності: усамітнення – людина є відокремлена від спільноти та вільна від стороннього спостерігання; інтимність – близькі та відверті взаємини між двома або більше людьми; анонімність – стан приватності, при якому людина перебуває в громадському місці, але залишається вільною від ідентифікації та стеження; збереження (таємниці) – потреба людини обмежувати обіг особистої інформації [8, с. 31–32]. Значний вплив на розвиток вчення про право на приватність здійснив У. Проссер, вказавши, що право на приватність є особистісним та невідчужуваним [9, с. 408] та охоплює собою захист від чотирьох посягань: втручання – це порушення усамітнення особи, що є дуже образливим для нормальної людини (*intrusion upon seclusion*); оприлюднення фактів особистого життя (*disclosure of private facts*); неправдиве відображення особи або подання про неї спотвореної інформації (*false light in the public eye*); присвоєння – використання імені чи зображення особи без її згоди в корисливих цілях (*appropriation of name or likeness*).

Разом з тим в правовій доктрині США немає єдності щодо розуміння правової природи права на приватність. Натомість виокремлюють низку різноманітних концепцій. Зокрема, Д. Солоув виділяє шість концепцій, що розглядають право на приватність як: право бути наданому самому собі; обмеження доступу до особистості; конфіденційність; контроль особистої інформації; втілення теорії індивідуальності; інтимність [10, с. 1094]. Д. Декью класифікує наукові погляди про право на приватність на такі групи: контроль над інформацією; гідність людини; інтимність; суспільні відносини; обмежений доступ [11]. Досліджуючи сторічну історію вчень про право на приватність, К. Гормлей доходить висновку, що основні з них можна згрупувати у чотири класи, відповідно до яких право на приватність: розглядається як вираз особистості, індивідуальності; окреслюється в межах автономії, свободи людини щодо її думок, поведінки та рішень; визначається як здатність особи управляти інформацією про себе; розщеплюється на декілька суттєвих компонентів [12, с. 1337–1338]. Окремо від цього виділяються наукові погляди, що критикують виділення права на приватність як юридичної категорії. Аналіз такого розмаїття наукових підходів дає можливість об'єднати їх у дві наукові течії: негативну та позитивну.

Негативна течія спрямована на заперечення необхідності або можливості виділення права на приватність як суб'єктивного права, спростовуючи визначення його змісту, виокремлення об'єкта та нормативне закріплення. При цьому використовуються такі аргументи. Аргумент редукції – право на

приватність розглядається не як самостійне поняття, а в межах інших прав та категорій. Наприклад, Д. Томсон стверджує, що право на приватність не окреме право, а охоплюється змістом інших прав: речовими правами, правом на особисту недоторканність тощо [13, с. 310–312]. Ціннісний аргумент застосовує Р. Поснер, вказуючи, що право на приватність стосується «права людини приховати компрометуючі факти про себе». Автор розглядає приватність як форму економічно корисливої поведінки по приховуванню правдивих, але шкідливих фактів про особу для її власної вигоди. Іншими словами, право на приватність переважно здійснюється для того, щоб не допустити розголошення негативної інформації про людину. Р. Поснер стверджує, що закон не повинен захищати приховування компрометуючої інформації [14, с. 231–235]. В основному такі положення використовуються для аргументації всеохоплюючого державного нагляду (в тому числі й шляхом прослуховування телефонних розмов, перехоплення іншої кореспонденції без попереднього судового дозволу), дискусія щодо якого значно активізувалася після терористичних атак 11 вересня 2001 р. [15, с. 745–747]. Формальний аргумент апелює тим, що, по-перше, право на приватність безпосередньо не закріплене ні в Конституції США, ні в поправках до Конституції; по-друге, судові рішення досі чітко не сформулювали та не роз'яснили зміст права на приватність, не визначили його межі [16, с. 99]. Погляди прихильників негативної течії зазнають обґрунтованої наукової критики.

Представники позитивної течії виходять із того, що право на приватність є самостійним суб'єктивним правом, але концептуально пояснюють його правову природу з різних точок зору, які умовно можна назвати абстрактним, консолідованим та прагматичним підходами. Абстрактний підхід об'єднує концепції, які намагаються дати єдине загальне визначення права на приватність:

1) право бути наданому самому собі (Л. Брандейс, С. Уоррен) – право на приватність, в основі якого лежить принцип недоторканності особи [7, с. 205], спрямоване на охорону немайнових інтересів особистості від порушення;

2) право обмеження доступу до особистої сфери як фізичного доступу та доступу до особистої інформації, так і уваги, тобто право на приватність розглядається як право на фізичну недоторканність, недоторканність житла та інформації (С. Бок, Г. Гросс, А. Моор) [11];

3) право контролювати особисту інформацію (Ч. Фрід, А. Вестін) – право на приватність характеризується як можливість визначати, які відомості приватного життя та в якій мірі можуть бути оголошені, а також вимагати збереження таких відомостей в таємниці [10, с. 1110];

4) право на гідність (Е. Блоустейн, Д. Рубенфельд, Д. Міллер) – право на приватність розглядається як аспект права на гідність, оскільки втручання в приватність обґрунтовується, у підсумку, як приниження людської гідності [17, с. 5];

5) право на охорону інтимної сфери життя (Д. Іннесс, Р. Джерстейн) – вказується, що право на приватність спрямоване на забезпечення недоторканності інтимності спілкування та міжособистісних відносин, а також контроль над інтимною інформацією про особу та захист від порушення інтимності як втручання в приватне життя [11].

Консолідований підхід визначає право на приватність як комплексне поняття, як єдність кількох відносно самостійних елементів. Серед представників такого підходу слід назвати Р. Гевісон, яка розглядає приватність як комплекс трьох незалежних та невід'ємних елементів: таємність (щодо інформації про особу), анонімність (щодо уваги, яка приділяється особі) та усамітнення (щодо доступу до особи) [18]. Також інколи виділяють типи приватності: фізична приватність (особиста недоторканність, недоторканність житла); приватність як свобода прийняття рішень (щодо народження дитини, статевих відносин тощо); інформаційна приватність (здатність особи контролювати розголошення особистої інформації); формаційна приватність (стосується можливості самовираження та охоплює, наприклад, особисті щоденники) [19, с. 19–37].

Прагматичний підхід, якого притримується Д. Солоув, спрямований не на визначення абстрактного поняття «право на приватність», а замість цього зосереджується на з'ясуванні змісту права на приватність в специфічних контекстуальних ситуаціях, не намагаючись при цьому запропонувати розуміння приватності, яке б відповідало усім умовам [10, с. 1126–1129].

Праву Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії, на відміну від США, не відома правова конструкція «права на приватність». Водночас наукова думка, присвячена проблемі правової охорони особистих немайнових прав, виробила два підходи до її вирішення, які умовно можна назвати консервативним та прогресивним. Представники консервативного підходу, такі як Г. Фенвік, Г. Філліпсон та інші, вважають, що немає підстав для запровадження нової правової конструкції, а охорону особистої немайнової сфери особи забезпечує розширення змісту вже існуючих правових принципів [20, с. 660]. При цьому можна виділити чотири основних заперечення, які утруднили розвиток загального права на приватність в англійському праві. По-перше, проблемність дефініції поняття «приватність», однак при цьому необхідно відмежовувати визначення суттєвих ознак об'єкта права від встановлення змісту суб'єктивного цивільного права на цей об'єкт. У цьому контексті приватність визначена не менше від інших правових категорій, таких як власність,

репутація тощо. По-друге, сумнівність того, чи є приватність достатньо відмінною та цілісною цінністю для формування відповідного єдиного суб'єктивного права, тобто приватність розглядається не як самостійне поняття, а сукупність інших правил, що захищають чітко окреслені інтереси. По-третє, трудність визначення співвідношення між правом на приватність та свободою слова, яке потребує встановлення балансу в кожному конкретному випадку, що, в свою чергу, призводить до розширення ролі судового розсуду. По-четверте, вважається, що загальне право на приватність досить складно вписується в межі англійського права, конструкції якого переважно стосуються порушення обов'язку, а не проголошення – позитивного права [4, с. 75–76]. Разом з тим захист особистої немайнової сфери може бути здійснено за допомогою позовів: про ведення справ від чужого імені («*passing off*»); навмисний обман («*malicious falsehood*»); дифамацію («*defamation*»); зловживання довірою («*breach of confidence*»), а також порушення фізичної недоторканності («*trespass to the person*») та деяких інших. В основі прогресивного підходу лежить позиція, продемонстрована такими науковцями як Б. Маркезініс, Й. Федтке, М. Хунтер-Хенін, яка полягає в тому, що існуючий деліктний захист не в змозі належним чином та достатньо повно охопити усі аспекти особистої немайнової сфери, а тому є об'єктивні передумови для запровадження *Right to Privacy* [21].

Таким чином, історія цивільно-правової охорони особистих немайнових прав фізичних осіб в кожній окремій системі приватного права знаходилась під впливом домінуючої правової доктрини, наявного позитивного права та досвіду його застосування. Це, в свою чергу, обумовило існування відмінностей у закріпленні та охороні особистих немайнових прав фізичних осіб в романській, германській та англо-американській системах приватного права.

Список використаної літератури:

1. *Whitman J.* The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty [Text] / James Q. Whitman // The Yale Law Journal. – 2004. – Vol. 113. – Is. 1153. – P. 1151–1221.

2. *Perreau E. H.* Des droits de la personnalité [Text] / E. H. Perreau. – REV. TRIM. DROIT CIV. – 1909. – № 8. – P. 501–515.

3. *McDermott N.* The legal protection of privacy: a comparative survey of ten countries by the International Commission of Jurists [Text] / Niall McDermott, Secretary-General // International Social Science Journal. – 1972. – Vol. XXIV. – № 3. – P. 417–584.

4. *Beverley-Smith H.* Privacy, Property and Personality: Civil Law perspectives on Commercial Appropriation [Text] / H. Beverley-Smith, A. Ohly and A. Lucas-Schloetter. – New York: Cambridge University Press, 2005. – 245 p.

5. *Тихонравов Ю. В.* Основы философии права [Текст]: учеб. пособ. / Ю. В. Тихонравов. – М.: Вестник, 1997. – 608 с.

6. *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права [Текст] / Л. Эннекцерус, Т. Кипп, М. Вольф; пер. с 13-го нем. изд. К. А. Граве [и др.]; под ред., с предисл. и вводными замечаниями Д. М. Генкина и И. Б. Новицкого. – М.: Изд-во иностранной лит., 1949–1950. Полутом 1: Введение и общая часть. – 1949. – 432 с.

7. *Brandais L.* The Right to Privacy [Text] / L. Brandais, S. Warren // Harvard Law Review. – 1890. – Vol. IV. – № 5. – December 15. – P. 193–220.

8. *Westin A.* Privacy and Freedom [Text] / Alan F. Westin. – New York: N.Y., Atheneum, 1967. –350 p.

9. *Prosser W.* Privacy [Text] / William L. Prosser // California Law Review. – 1960. – Vol. 48. – №. 3. – P. 383–423.

10. *Solove D.* Conceptualizing Privacy [Text] / Daniel J. Solove // California Law Review. – 2002. – Vol. 90. – P. 1087–1156.

11. *DeCew J.* Privacy / Judith DeCew // Stanford Encyclopaedia of Philosophy [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://plato.stanford.edu/ entries/privacy.

12. *Gormley K.* One hundred years of privacy [Text] / Ken Gormley // Wisconsin Law Review. – 1992. – Vol. 4. – P. 1335–1441.

13. *Thomson J.* The Right to Privacy [Text] / Judith Jarvis Thomson // Philosophy and Public Affairs. – 1975. – Vol. 4. –№ 4 – P. 295–314.

14. *Posner R.* The Economics of Justice [Text] / Richard A. Posner. – Cambridge: Harvard University Press. – 1983. – 415 p.

15. *Solove D.* «I've Got Nothing to Hide» and Other Misunderstandings of Privacy [Text] / Daniel J. Solove // San Diego Law Review. – 2007. – Vol. 44. – P. 745–772.

16. *Böttner G.* Protection of the honour of deceased persons – a comparison between the German and the Australian legal situations [Text] / Götz Böttner // Bond Law Review. – 2001. – Vol. 13. – Is. 1. – P. 109–135.

17. *Miller J.* Dignity as a new framework, replacing the right to privacy [Text] / Jeremy M. Miller // Thomas Jefferson Law Review. – 2008. – Vol. 30. – P. 1–52.

18. *Gavison R.* Privacy and the Limits of Law [Text] / Ruth Gavison // The Yale aw Journal. – 1980. – Vol. 89. – № 3. – P. 421–471 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gavison.com/?l=en&a=2658.

19. *Zucca L.* Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas [Text] / Lorenzo Zucca // Conflicts between fundamental rights [E. Brems (ed.)]. – Portland, Intersentia, 2008. – P. 19–37.

20. *Phillipson G.* Breach of confidence as a privacy remedy in the Human Rights act Era [Text] / Phillipson G., Fenwick H. // The Modern Law Review. – 2000. – Vol. 63. – P. 660–693.

21. *Concerns and Ideas* about the Developing English Law of Privacy (and how knowledge of foreign law might be of help) / Markesinis B., O'Cinneide C., Fedtke J., Hunter-Henin M. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf.

Article deals with research the genesis and development of doctrine of the personal non-property rights under the Romanistic, Germanic and Anglo-American private law systems. The main scientific conceptions, which explain the features and types of the personal non-property rights under the Romanistic, Germanic and Anglo-American private law systems, are characterized.

Статья рассматривает становление и развитие доктрины личных неимущественных прав в романской, германской и англо-американской системах частного права. Охарактеризованы основные научные концепции, которые раскрывают признаки и виды личных неимущественных прав в романской, германской и англо-американской системах частного права.

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КОЛІЗІЙНОЇ ПРИВ'ЯЗКИ «ЗАКОН МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯ РЕЧІ»

Шупінська О.В.,
науковий співробітник відділу стратегічних міжнародно-правових досліджень
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті охарактеризовано колізійну прив'язку «закон місцезнаходження речі» (lex rei sitae) в регулюванні відносин власності, ускладнених іноземним елементом, і визначено загальні засади та особливості її застосування, зокрема до відносин спадкування нерухомого майна.

Ключові слова: колізійна прив'язка «закон місцезнаходження речі» (*lex rei sitae/lex situs*); відносини власності з іноземним елементом; спадкування нерухомого майна; міжнародне приватне право.

На сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права (далі – МПрП) вже сформована значна кількість загальновизнаних колізійних прив'язок, які випробувані часом, знайшли належне закріплення в національному і міжнародному законодавстві та іменуються класичними. Зокрема, до них можна віднести «закон місцезнаходження речі» (*lex rei sitae* або *lex situs*), що використовується до відносин власності, ускладнених іноземним елементом, і має як загальні засади, так і певні особливості застосування. Але й досі дана формула колізійного прикріплення у вітчизняній та зарубіжній доктрині МПрП останнім часом комплексно не досліджувалась і висвітлена фрагментарно здебільшого в підручниках, посібниках, коментарях та окремих статтях, серед яких слід відзначити такі: підручники з міжнародного приватного права (за редакцією проф. А. С. Довгерта, проф. В. І. Кисіля) [1, с. 309–318], (відповідальний редактор Г. К. Дмитрієва) [2, с. 129, 275–278]; науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. за редакцією професора А. С. Довгерта (2008 р.) [3, с. 178–194]; наукові статті О. І. Виговського «Концептуальні засади вирішення колізій у сфері міжнародного речового права» [4, с. 66–71], В. В. Плеханова «Колізійна прив'язка «*lex rei sitae*» як підґрунтя регулювання речових прав в міжнародному приватному праві» [5, с. 265–267], Н. Байбороші «Класичні типи колізійних прив'язок» [6], В. І. Кисіля «Сучасне регулювання спадкових відносин у міжнародному приватному праві» [7, с. 229–267].

У даній статті аналізується «закон місцезнаходження речі» в регулюванні відносин власності, ускладнених іноземним елементом, зокрема до спадкування нерухомого майна.

«Закон місцезнаходження речі» – це формула прикріплення, яка застосовується щодо права власності та інших речових прав, а також спадкування, договірних зобов'язань (якщо предметом є нерухоме майно) [6].

Зазначимо, що використання колізійної прив'язки *lex rei sitae* щодо нерухомих речей є загальноприйнятим положенням, однак щодо рухомих речей історично першим способом вирішення колізій було застосування особистого закону їх власника в рамках відомого юридичного принципу: *mobilia personam sequuntur* («рухоме майно слідує за власником»), де зв'язок речі з певним правопорядком пояснюється як наслідок панування особи над річчю і застосування принципу

особистого закону фізичної особи (*lex personalis),* як правило, у варіанті закону місця проживання (*lex domicilii*), в цьому разі обґрунтовувалося фікцією знаходження рухомої речі там, де перебував уповноважений суб'єкт, навіть якщо фактично це було і не так. В такому випадку залишалося невирішеним запитання: «яке право підлягає застосуванню у разі спору про наявність речового права двох осіб з різними особистими законами?» [1, с. 310–311].

На сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права у переважній більшості національних джерел, спрямованих на регулювання відносин власності та інших речових прав на майно, використовується колізійна прив'язка lex rei sitae як щодо нерухомого майна, включаючи сферу спадкування та договірних зобов'язань, так і до рухомого майна.

Так, закон місцезнаходження речі закріплено:

– в п.1 ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право» 2005 р. та в законодавстві багатьох європейських країн – ст. 51(1) Закону Італії «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» 1995 р. № 218; § 154 Закону Естонії «Про загальні принципи Цивільного кодексу» 1994 р.; ст. 49 Закону Румунії «Стосовно регулювання відносин міжнародного приватного права» 1992 р. № 105; ст. 23 Закону Туреччини «Про міжнародне приватне право» 1982 р.; (1) ст. 46 ЦК Португалії 1966 р.; § 1 ст. 24 Закону Польщі «Про міжнародне приватне право» 1965 р.; § 5 Закону Чехії «Про міжнародне приватне право і процес» 1963 р.; ст. 27 ЦК Греції 1940 р.; ст. 18 Цивільного кодексу Латвії 1937 р.; ст. 10(1) ЦК Іспанії 1889 р. [8];

– в законодавстві країн Американського регіону – ст. 27 Закону Венесуели «Про міжнародне приватне право» 1998 р.; ст. 14 ЦК Куби 1987 р.; п. III ст.13 ЦК Мексики 1928 р. [8];

– в законодавстві країн Азійського регіону – ст.1205 ЦК Російської Федерації 2001 р.; (1) ст.12 Закону Південної Кореї «Про колізії законів» 1962 р. [8].

У тих правопорядках, де міжнародне приватне право не кодифіковано, доктрина і практика також визнають використання закону місцезнаходження речі, зокрема, це стосується Франції, Великої Британії, Королівства Нідерландів.

Підтримуємо думку В. В. Плеханова про те, що застосування більшістю національних правопорядків цієї прив'язки, як підґрунтя регулювання відносин власності, ускладнених іноземним елементом, обумовлює передбачуваність, прозорість і гармонію колізійного регулювання, що, безумовно, деякою мірою сприяє захисту міжнародного майнового обороту, оскільки з легкістю можна передбачити право, що застосовується. Таке широке використання *lex rei sitae* вбачається в принципі територіального суверенітету держави, що має фактичний та юридичний контроль над річчю і найбільший інтерес у регулюванні майнового обігу в межах її території, а також компетентно встановлювати обмеження, що стосуються обігоздатності деяких речей у майновому обороті. В своїй основі застосування прив'язки *lex rei sitae* відповідає одному із важливих принципів МПрП – локалізації відносин в правопорядок, що має більш тісний зв'язок, і в багатьох випадках фізична локалізація речі опосередковує юридичну локалізацію речових правовідносин [5, с. 265–266].

Крім того, підпорядкування відносин власності праву місцезнаходження речі наочно показує учасникам цивільного обігу, право якої держави застосовуватиметься для речово-правових відносин. Серед інших причин такого вибору в доктрині називають також і те, що речові права у повному обсязі можуть бути здійснені лише в державі місцезнаходження речі [1, с. 311].

Таким чином, колізійна прив'язка «закон місцезнаходження речі» (*lex rei sitae* або *lex situs*) є загальновизнаним колізійним принципом в практиці та доктрині міжнародного приватного права, який передбачає застосування права тієї держави, на території якої знаходиться річ, що є об'єктом приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

Lex rei sitae визначає речовий статут і відповідає на питання: чи може річ бути об'єктом права власності, юридичної кваліфікації речі (рухома або нерухома, подільна або неподільна, відчужувана або невідчужувана тощо), змісту речових прав, які підстави виникнення, реалізації, зміни, захисту і припинення права власності та інших речових прав.

В конструкції закону місцезнаходження речі «місцезнаходження речі» – реальна, фізична категорія, яка і обумовлює зв'язок з правом тієї держави, на території якої річ дійсно знаходиться. Існують такі винятки:

1) якщо всі фактичні дії, необхідні для виникнення будь-якого речового права, повністю здійснилися на території тієї держави, де річ знаходиться, а потім вона буде переміщена на територію іншої держави, то речові права, що виникли, визначатимуться за правом держави, де відповідні дії здійснювалися, а не за правом держави, де річ реально знаходиться;

2) правовий стан речей, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, незалежно від того, де річ реально знаходиться, визначається за правом держави, де вона зареєстрована;

3) місцезнаходження речі, що перебуває в дорозі (rei in transitu*)*, постійно змінюється і тому для визначення її правового режиму у випадку необхідності використовується штучна прив'язка:

– або закон місця відправлення (lex loci expeditionis), зокрема, така форма прикріплення використовується у ст. 41 Закону України «Про міжнародне приватне право» 2005 р., п. 2 ст. 1206 ЦК Російської Федерації 2001 р., ст. 1122 ЦК Республіки Білорусь 1988 р. та ін.;

– або закон місця призначення (lex loci destinationis), який застосовується для додаткового захисту слабкої сторони правовідносин, тобто одержувача майна, і закріплений, зокрема, у ст. 52 Закону Італії «Реформа Італійської системи міжнародного приватного права» 1995 р., ст. 3097 Цивільного кодексу Квебеку 1991 р., п. 2 ст. 46 ЦК Португалії 1966 р., ч. 2 ст. 23 Закону Туреччини «Про міжнародне приватне право та міжнародний цивільний процес» 1982 р., п. 2 ст. 833 ЦК В'єтнаму 1995 р., ст. 101 Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» 1987 р., п. 3 § 153 Закону Естонії «Про загальні принципи Цивільного кодексу» 1994 р., ст. 18 Закону Югославії «Про розв'язання колізій законів з правилами інших країн» 1982 р.

Аналіз іноземного законодавства у сфері регулювання відносин власності в МПрП свідчить про те, що наведений вище перелік винятків не є вичерпним, і законодавець іноді безпосередньо звертається до принципу більш тісного зв'язку як способу вирішення колізійної проблеми у сфері речового права [4, с. 70]. Як приклад можна навести положення ст. 46 Вступного закону до Німецького цивільного Уложення 1896 р., де встановлено імперативне колізійне правило щодо речових прав, згідно з яким, якщо з правом якої-небудь держави існує найтісніший зв'язок, ніж з правом, яке було визначальним згідно зі ст. 43–45 цього закону, то застосовується саме те право [8, с. 286].

При вирішенні речових колізійних питань територіальний чинник набуває домінантного значення і тому зміна місцезнаходження речі веде до зміни її «речового статуту», а новий правопорядок сам встановлює можливість та межі визнання іноземного речового права, а також визначає порядок його «адаптації» до реалій власної правової системи через наповнення новим змістом. Хоча, заради справедливості, слід зауважити, що однією з тенденцій сучасного МПрП є послаблення ролі територіальних чинників при локалізації правовідносин та визначенні більш тісного зв'язку, і саме поняття «місцезнаходження речі» у багатьох випадках означає юридичне, а не територіальне місцезнаходження, що визначається можливістю зарахування певної речі до правового поля конкретної юрисдикції за умови задоволення визначеним критеріям такого зарахування [1, с. 311–312].

Як вже зазначалось вище, питання кваліфікації майна, зокрема його приналежність до категорії рухомого або нерухомого, сфери застосування колізійної прив'язки *lex rei sitae*. Від цієї кваліфікації залежить визначення як змісту права власності, так і способів та умов переходу права власності на таке майно, оскільки від того, до якої категорії буде віднесена спірна річ, залежить визначення компетентного правопорядку. Поділ майна на рухоме та нерухоме, зазвичай, ґрунтується на національних правових традиціях, а тому характеризується наявністю значних відмінностей у законодавстві різних країн світу, хоча при транскордонному переміщенні речі обсяг прав її власника визначатиметься законом держави її нового місцезнаходження і такий закон не може ігнорувати юридичні факти, які виникли на підставі закону попередньої юрисдикції. У міжнародному речовому праві існує принцип визнання речових прав, що виникли за кордоном на підставі норм іноземного права. Це означає, що право власності на майно, яке було правомірно набуте в одній державі, визнаватиметься і в інших державах, навіть якщо законодавства цих держав і не передбачають такої підстави набуття права власності, за якою фактично відбувся перехід права власності, а особа, яка підтверджує наявність речових прав відповідними правовстановлювальними документами, виданими в іноземній країні, вважатиметься повноважним власником відповідного майна [1, с. 313].

Цей принцип відображений у ч. 1 ст. 39 Закону України «Про міжнародне приватне право»[1] (в основу колізійної норми покладено модифікований варіант загального колізійного правила *lex rei sitae*, викладеного у ч. 1 ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право»[2]), де йдеться не просто про місцезнаходження майна, а про його місцезнаходження на момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення суб'єктивних речових прав. При цьому, як вже зазначалось, немає значення, де майно знаходилося на момент здійснення, оспорювання чи захисту речових прав на нього. Право держави, у якій знаходилося майно на момент вчинення дії, або наявність обставин, що зумовлюють виникнення або припинення права власності та інших речових прав на майно, їх здійснення та обмеження повноважень власника визначатимуться за правом тієї країни, де це майно знаходиться на момент здійснення його власником своїх повноважень (тобто за правилом ч. 1 ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право» [3, с. 184].

Розглянемо специфіку застосування закону місцезнаходження речі до спадкування нерухомого майна.

Як зазначає український правознавець В. І. Кисіль, особливе значення для здійснення колізійного регулювання у міжнародних спадкових правовідносинах мають два інститути МПрП: правова кваліфікація

[1] «*Виникнення* та припинення права власності та інших речових прав визначається правом держави, у якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення права власності та інших речових прав, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України» [3, с. 182].

[2] «*Право власності* та інші речові права на нерухоме та рухоме майно визначаються правом держави, в якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачено законом» [3, с. 178].

та публічний порядок. Для визначення права, що підлягає застосуванню до спадкування певного майна, має значення правова кваліфікація понять та інститутів, на яких ґрунтується як обсяг, так і прив'язка відповідної колізійної норми. За загальним правилом, зарахування спадкового майна до рухомого або нерухомого здійснюється відповідно до права країни, на території якої таке майно знаходиться [7, с. 233–235].

Для наочності наведемо положення статей Закону України «Про міжнародне приватне право», зокрема, згідно зі ст. 71 «спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться це майно, а майна, яке підлягає державній реєстрації в Україні, – правом України» [3, с. 283]. Надаючи тлумачення цій нормі, повністю погоджуємося із твердженням В. Я. Кисіля щодо того, що застосовуване право можна буде правильно визначити тільки тоді, коли буде зрозуміло, чи є спадкове майно рухомим, чи нерухомістю [7, с. 234–235], і український нотаріус, за загальним правилом, у цілому має керуватися колізійними нормами українського права, зокрема ч. 2 ст. 38 Закону, згідно з якою належність майна до рухомих або нерухомих речей визначається за правом держави, де таке майно знаходиться [3, с. 178].

Зазначимо також, що прив'язка до права держави місцезнаходження спадкового майна, незалежно від природи такого майна та особистого статусу спадкодавця, сприйнята законодавством Уругваю, Панами та деяких інших держав. Країни, у яких прийнято роздільний режим колізійного регулювання (застосування закону громадянства спадкодавця до спадкування рухомих речей та закону місцезнаходження речі до спадкування нерухомості), – це, зокрема, Бенін, Камерун, Молдова, Румунія, Таїланд. Принцип застосування закону місця проживання спадкодавця до спадкування рухомих речей та закону місцезнаходження речі до спадкування нерухомості сприйнятий законодавством Австралії, Бельгії, Великої Британії, Габону, Ізраїлю, Канади, Кенії, Кіпру, Люксембургу, Мадагаскару, Нової Зеландії, більшості штатів США, Франції та ін. Такий підхід притаманний законодавству багатьох країн ближнього зарубіжжя, зокрема й України та Росії [7, с. 241].

Стислий аналіз законодавства дає змогу зробити висновок, що на сьогодні колізійний принцип *lex rei sitae*, як правило, використовується до спадкування нерухомих речей.

Завершуючи зазначимо, що «закон місцезнаходження речі» викристалізовувався у доктрині, законодавстві та практиці протягом майже всього існування МПрП і набув значення міжнародних звичаїв, які, за виключенням деяких обмежень, є загальновизнаними як основні колізійні критерії в багатьох державах світу.

Вважаємо також, що при проведенні подальших досліджень слід зосередити увагу на виявленні проблем, пов'язаних із застосуванням прив'язки *lex rei sitae* та пошуку шляхів їх вирішення, можливо за рахунок посилення міжнародного співробітництва держав в напрямі уніфікації колізійних норм у сфері регулювання відносин власності, ускладнених іноземним елементом.

Список використаної літератури:

1. *Міжнародне* приватне право: підручник / За ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. – 2-е видання. – К.: Алеута, 2014. – С. 309–318.

2. *Международное* частное право: учеб. / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева [и др.]; отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 688 с.

3. *Міжнародне* приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерта. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 352 с.

4. *Виговський О. І.* Концептуальні засади вирішення колізій у сфері міжнародного речового права / О. І. Виговський // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 5. – С. 66–71.

5. *Плеханов В. В.* Коллизионная привязка «*lex rei sitae*» как основа регулирования вещных прав в международном частном праве / Вадим Викторович Плеханов // Бизнес в законе. – 2008. – № 8. – С. 265–267.

6. *Байбороша Н.* Классические типы коллизионных привязок / Наталья Сергеевна Байбороша // Журнал международного права и международных отношений. – 2011. – № 4 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://evolutio.info/content/view/1887/232/.

7. *Кисіль В. І.* Сучасне регулювання спадкових відносин в міжнародному приватному праві / Василь Іванович Кисіль // Нариси з міжнародного приватного права. Вип. 3 / За ред. А. С. Довгерта, О. М. Бірюкова. – К.: Алерта, 2014. – 324.

8. *Международное* частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: «Статут», 2000. – 892 с.

The article characterizes the connecting factor lex rei sitae (the law where the property is situated) in regulation of property relations complicated by foreign element and specifies general principles and peculiarities of its application to inheritance of immovable property.

В статье охарактеризовано коллизионную привязку «закон местонахождения вещи» (lex rei sitae) в регулировании отношений собственности, осложненных иностранным элементом, и определены общие основы и особенности её применения к наследованию недвижимого имущества.

Для нотаток

НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

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

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 15, 2016

Редактори **А. М. Шадріна**

Оригінал-макет **С. В. Максименко**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки **С. В. Максименко**

Підписано до друку 18. 05. 2016 р. Формат 60х84/8
Обл.-вид. арк. 23,6 Тираж 300 прим. Зам. № 16-040

Видавець Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
вул. Раєвського, 23-а, м. Київ, 01042
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції,
серія ДК № 2233 від 05.07.2005 р.

Виготовлювач Редакція газети «Підручники і посібники».
46000, м. Тернопіль, вул. Поліська, 6а. Тел.: (0352) 43-15-15; 43-10-21.
Збут: zbut@pp-books.com.ua Редакція: red@pp-books.com.ua
Виробництво: print@pp-books.com.ua www.pp-books.com.ua
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 4678 від 21.01.2014 р.