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 16

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. 16, 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. – 160с.

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 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 № 7 від 22 червня 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 НАПрН України 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

20-річчя Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Відділ проблем приватного права
Наукові здобутки 11

Лабораторія проблем корпоративного права 13

Відділ проблем договірного права
Наукові здобутки 16

Відділ правового забезпечення ринкової економіки
Наукові здобутки 19

Відділ міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
Основні віхи становлення та наукові здобутки 23

Відділ юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства
Наукові здобутки 27

Зміст

Крупчан О. Д. Методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права 30

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

Безух О. В. Господарський (комерційний) та цивільний обороти: сутність та відмінності в умовах ринкової економіки 35

Беляневич О. А. Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України 41

Король В. І. Міжнародно-правові детермінанти модернізації правової політики України у сфері економічної безпеки держави і суб'єктів господарювання 45

Lutts V. V. Phenomenon of a contract in civil law 50

Махінчук В. М. Визначення контролюючих корпорацію осіб крізь призму доктрини зняття корпоративної вуалі (piercing/lifting the corporate veil) 55

Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у медичній сфері: деякі питання методології 60

Примак В. Д. Непереборна сила як обставина, що звільняє від цивільно-правової відповідальності: порівняльно-правовий вимір 64

ІІ. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Васильєва В. В. Проблеми спадкування частки спадкоємця за заповітом у випадку його смерті до відкриття спадщини в Україні та країнах англо-американської правової системи 69

Гетманцев М. О. Уніфікація процесуального права як один з наукових підходів до вдосконалення науки цивільного права 72

Калаур І. Р. Сучасні тенденції щодо форми заповіту 76

Kochyn V. V. The concept and features of non-entrepreneurial society 79

Лапечук П. І., Бесарабчик В. О. Організаційно-правове забезпечення екологічних фондів 83

Левківський Б. К. Забезпечення гендерної рівності у спорах про визначення місця проживання дитини 88

Лузан Т. Л. Рішення суду у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення, в сімейних відносинах 92

Первомайський О. О. Проблеми тлумачення та застосування норми статті 329 ЦК України 96

Пленюк М. Д. Роль юридичних фактів у цивільно-правових зобов'язаннях 99

Пожоджук Р. В. Дифузні права фізичної особи – споживача електричної енергії 103

Резнік Г. О. Право на захист особистих немайнових прав дитини 108

Шевченко О. М. Правове забезпечення рівного доступу до здобуття середньої освіти у формі екстернату 111

III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Гриняк А. Б. Договір підряду як регулятор підприємницьких відносин у сфері виконання робіт 116

Кицик Я. Р. Використання примірних та типових договорів у галузі електроенергетики України 120

IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Галянтич М. К. Матеріальний та процесуальний зміст захисту житлових прав фізичних осіб 124

Корнієнко Ю. І. Право власності на об'єкти незавершеного будівництва 128

Рябова К. О. Особливості правового статусу членів житлово-будівельного кооперативу 132

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Полюхович В. І. Основні напрями розвитку конкуренції та антимонопольного регулювання на ринках паливно-енергетичного комплексу України 136

Попович Т. Г. Зміна правових засад у сфері технічного регулювання в Україні відповідно до вимог ЄС 141

Сергійко О. В. До питання дерегулювання підприємницької діяльності 145

Черненко О. А. Проблеми законодавчого визначення кворуму загальних зборів господарських товариств 150

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Курзинска-Сингер Е. Гармонизация права как процесс правовых заимствований 153

Микита І. Р. Проблеми вибору застосованого права до договору міжнародного морського перевезення вантажу 156

Колектив кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Щиро Вітає колектив Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України з 20-річчям наукової діяльності.

Від початку свого існування Інститут плідно виконує важливі завдання, які полягають у проведенні комплексних фундаментальних і прикладних досліджень, втіленням яких є наукові монографії, науково-практичні коментарі чинного законодавства, наукові статті, а також публікації за матеріалами науково-практичних конференції.

Завдяки творчій та висококваліфікованій праці наукових співробітників Інституту забезпечується всебічне дослідження актуальних проблем приватного права, що, в свою чергу, дозволяє створювати належні умови для вдосконалення національного законодавства та його адаптації до європейських стандартів.

Ми особливо цінуємо Вашу налаштованість на постійні наукові звершення, участь в процесах координації та консолідації зусиль науково-дослідних установ, навчальних закладів тощо.

Від щирого серця бажаємо Вам, щоб усі наступні роки лише примножували Ваші здобутки. Нехай і надалі Ваша праця буде вагомим внеском у розбудову сильної держави.

Хай завжди супроводжують Вас оптимізм та невичерпне джерело натхнення.

Віримо, що Ваша невтомна праця лише примножує добробут нашої держави.

Завідувач кафедри
цивільного права
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка *Р. А. Майданик*

Керівництву та співробітникам
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

Щиро вітаємо Вас із 20-річчям від дня створення НДІ приватного права і підприємництва.

Нам приємно зазначити, що за цей незначний в історичних масштабах відрізок часу свого існування науковці Інституту завдяки своїй творчій та висококваліфікованій праці зробили значний вклад для вдосконалення національного законодавства та його адаптації до європейських стандартів.

Наукові розробки та пропозиції, аналітичні матеріали, які підготовлені вченими Інституту, стали не лише основою підвищення правової культури українського суспільства, а й зумовили проведення правових перетворень в державі до європейських стандартів.

Ми особливо цінуємо Вашу налаштованість на плідну співпрацю та постійні контакти не лише з науково-дослідними установами, а й з усіма державними навчальними закладами, серед яких Львівський національний університет імені Івана Франка.

Нехай усі наступні роки плідної роботи Інституту будуть щедрими на нові задуми, а джерело натхнення – невичерпним.

Наукових здобутків в ім'я процвітання незалежної України!

Завідувач кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
Юридичного факультету
Львівського національного
університету імені Івана Франка *О. С. Яворська*

Міністерство освіти і науки України
Тернопільський національний економічний університет
Юридичний факультет

Mykulynetcka Str. 46-a, 46000, Ukraine
Tel./Fax +380 (352) 25 06 36
E-mail: law@tane.edu.ua
http://www.tneu.edu.ua

Україна, 46000, Тернопіль, вул. Микулинецька, 46-а
Тел./факс +380 (352) 25 06 36
E-mail: law@tane.edu.ua
http://www.tneu.edu.ua

№ 93 "07" червня 2016 р.

Керівництву та співробітникам Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Вельмишановні колеги!

Щиро вітаємо Вас з нагоди славного ювілею, що став помітною подією у житті наукової і освітянської громадськості, міжнародного співтовариства, а також численних шанувальників започаткованої Вами загальнонаціональної справи. 20 – це не лише цифри, які позначають кількість чогось. 20 – це символи, що виокремлюють, визначають, винагороджують тих, хто попри усі негаразди і перешкоди, трансформації і кризи, зуміли подолати цей відтинок часу, збудувавши новітній храм правової науки, утверджуючи право приватної власності, формуючи підвалини демократичної, правової держави в Україні.

Високоповажні колеги! Як постійні поціновувачі Ваших здобутків, ми пишаємося, що класична правова наука в Україні отримала потужні імпульси й вектори розвитку. Своїми справами Ви піднесли на новий рівень методологію наукового пошуку, Ваші наукові студії стали духовним капіталом нації, зайнявши провідне місце у міжнародному науковому просторі. Двадцять плідних років діяльності Інституту стали суттєвим надбанням у формуванні національного науково-інформаційного ресурсу, правової культури та правосвідомості громадян, слугували оновленню законодавства. На всіх етапах становлення Української суверенної держави, громадянського суспільства Ваша діяльність була наповнена високим змістом і шляхетністю, невтомною працею на благо народу України, науки та освіти.

Горді за Ваші успіхи, засвідчуємо, що наукові доробки працівників Інституту, посіли чільне місце на полицях знаних бібліотек, провідних університетських кафедр і дослідницьких центрів. Ми щиро переконані, що своєю принциповою позицією, пріоритетами національного розвою, винятково відданою працею Ви, дорогі ювіляри, утверджуєте вагомий авторитет науковця-правознавця.

За усіма величними проектами стоїть воля подвижництва його керівництва, якому притаманна мудрість, великий життєвий досвід, глибоке розуміння подій, що відбуваються у державі. Упродовж багатьох років Ви працюєте в системі правової науки, проводячи фундаментальні наукові дослідження, користуєтесь заслуженою повагою серед інтелектуалів. Ваша багаторічна діяльність отримала високу оцінку з боку держави та наукової громадськості.

Глибокошановні ювіляри, нехай невтомно служать людям Ваші розум та серце! Залишайтесь й надалі однією з найяскравіших зірок у науковому просторі, незмінним орієнтиром для української юриспруденції та освітніх правових осередків.

З повагою і шанобливістю
декан юридичного факультету
Тернопільського національного
економічного університету ***С. В. Банах***

НДІ приватного права і підприємництва АПрНУ
Вхідний № 01-8/221
від "09" 06 2016 р.

Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales
Privatrecht | Hamburg

Direktoren
Jürgen Basedow
Holger Fleischer
Reinhard Zimmermann

Max-Planck-Institut · Mittelweg 187 · 20148 Hamburg

Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer

Durchwahl: +49 40 41 900-420
Fax : +49 40 41 900-288
kurzynsky@mpipriv.de
www.mpipriv.de/gus

12.05.2016

Глубокоуважаемый профессор Александр Крупчан!

Мы рады поздравить Вас и весь творческий научный коллектив Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака Национальной академии правовых наук Украины со знаменательной датой – 20-летием со дня создания с целью всесторонних научных изысканий в области частного права! На наш взгляд, 20 лет настойчивой работы ваших ученых заложили прочный фундамент для дальнейшего научного существования Института частного права!

Мы рады отметить что, начало нашего сотрудничества было успешным. Это подтверждает как плодотворная научная дискуссия, которая проходила в стенах вашего замечательного института, так и многочисленные встречи с выдающимися учеными, исследующими те аспекты и проблемы, которые вызывают наш общий интерес!

Будем надеяться, что наше творческое сотрудничество воплотится в многочисленных научных проектах, в том числе в публикациях, семинарах, конференциях и других мероприятиях, посвященных обмену различными мнениями по актуальным вопросам современной науки!

Искренне желаем Институту новых интересных исследований, авторитетных авторских работ, перспективных проектов и всяческих успехов!

С уважением и наилучшими пожеланиями,

E. Kurzynsky – Singer

Евгения Курзински-Сингер,

старший научный сотрудник, руководитель отдела «Страны СНГ»

State institution of higher education
Vasyl Stefanyk
Precarpathian National University
LAW INSTITUTE

Shevchenko Street, 44a, Ivano-Frankivsk, 76018
tel. (fax) (0342) 50-87-60, tel. (0342) 59-61-81
www.law.pu.if.ua e-mail: lawdept@pu.if.ua

Державний вищий навчальний заклад
Прикарпатський національний
університет імені Василя Стефаника
ЮРИДИЧНИЙ ІНСТИТУТ

вул. Шевченка, 44а, м. Івано-Франківськ, 76018
тел./факс (0342) 50-87-60, тел. (0342) 59-61-81
www.law.pu.if.ua e-mail: lawdept@pu.if.ua

Колективу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Професорсько-викладацький склад Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника вітає Вас із 20-річчям від дня заснування.

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України у сучасному науково-практичному просторі є передусім установою, яка шляхом нормотворчої і законопроектної роботи впроваджує у національне правове поле передові ідеї правового регулювання приватноправових і підприємницьких відносин.

Під умілим фаховим керівництвом, від дня свого створення і до сьогодення Інститут домігся серйозних наукових успіхів та підготував багато кваліфікованих фахівців у галузі цивільного та господарського права.

Усвідомлюючи науку як найвищий національний пріоритет, колектив Інституту впродовж тривалого часу плідно працює над залученням широкого кола фахівців до наукового супроводу законопроектів, надання правових експертиз, просвіти населення України з питань приватноправового регулювання суспільних відносин.

Не викликає сумнівів, що Ваш згуртований колектив і надалі примножуватиме високі науково-освітні традиції, залишаючись натхненним інтелектуальним центром національної юриспруденції.

З нагоди ювілею прийміть найщиріші вітання і побажання творчої наснаги, успіхів, міцного здоров'я, миру, особистого щастя і родинного добробуту.

Директор
Юридичного інституту **проф. В. А. Васильєва**

ВЕЛЬМИШАНОВНИЙ ОЛЕКСАНДРЕ ДМИТРОВИЧУ!

ВЕЛЬМИШАНОВНІ КОЛЕГИ!

Прийміть щирі вітання
від колективу Університету «КРОК»
з нагоди Славного Ювілею – 20-річчя
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України!

Щиро зичимо Вам та колективу Інституту
міцного здоров'я, щастя, благополуччя,
невичерпної енергії, впевненості
у мирному майбутньому, мудрості
й витримки у життєвих випробуваннях,
подальших успіхів у сміливих планах і мріях!

Щира подяка колективу Інституту
за високе служіння обраній справі, невтомний
творчий пошук, самовідданість і щедрість душі!

Нехай і надалі життя буде
змістовним та багатим на задуми, що принесуть
благо суспільству, а Вам – відчуття задоволення
і значимості Вашої праці!

Нехай повага та людська шана надихають
Ваш колектив на нові добрі справи
в ім'я нашої незалежної України!

Дякуємо за щиру дружбу, плідну співпрацю
та сподіваємося на її успішне продовження!

Із глибокою повагою
ректор **С.М. Лаптєв**

10 червня 2016 року

НАУКОВІ ЗДОБУТКИ ВІДДІЛУ ПРОБЛЕМ ПРИВАТНОГО ПРАВА

З моменту створення Відділу проблем приватного права його очолює доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України **Володимир Васильович Луць.** Під його керівництвом авторськими науковими колективами вчених-цивілістів здійснюються сучасні дослідження актуальних наукових проблем, що втілюється у написання обґрунтованих монографій, проведення наукових конференцій тощо. Володимир Васильович Луць докладає максимум зусиль для зміцнення наукового потенціалу Відділу, згуртувавши навколо себе професіоналів, кращих представників сучасної цивілістичної науки України. Багато сил, уміння та енергії В. В. Луць віддає підготовці молодого покоління науковців, свідчення чого є значна кількість виконаних та успішно захищених дисертаційних досліджень.

За роки свого існування основним напрямом діяльності відділу проблем приватного права є дослідження багатьох фундаментальних тем, виконання яких у різні роки відзначалось публікаціями результатів наукових пошуків у вигляді монографій, збірників наукових праць, навчально-методичних посібників, науково-популярних брошур, наукових статей тощо.

Такими фундаментальними темами, які зумовили активну науково-організаційну та видавничу роботу Відділу за останній період, були:

«Методологічні засади приватного права», науковий керівник теми – **Луць В. В.** Планові строки виконання: 01.01.2003 – 31.12.2007 рр.

«Житлове право у світлі ринкових перетворень: стан та напрямки вдосконалення на сучасному етапі в Україні», науковий керівник теми– Галянтич М. К., док. юрид. наук, заступник директора з наукової роботи. Планові строки виконання: 01.01.2005 – 31.12.2007 рр.

«Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав», науковий керівник теми Луць В. В. Планові строки виконання: 01.01 2008 р. – 31.12.2012 р.

«Шляхи удосконалення правового регулювання відносин власності в Україні», науковий керівник теми Луць В. В. Планові строки виконання: 01.01 2013 р. – 31.12. 2017 р.

Виконання цих тем знайшло своє втілення у численних публікаціях науковців, співробітників Відділу проблем приватного права, у проведенні науково-організаційних заходів, за підсумками яких вийшли друком фундаментальні праці та збірники наукових праць, які узагальнюють актуальні питання та визначають шляхи вирішення загальнотеоретичних, галузевих і практичних проблем приватного права. Такими узагальнюючими працями, спрямованими на глибоку і всебічну розробку досліджуваних у Відділі проблем приватного права тем, стали наукові монографії вчених. Серед численних доробків співробітників Відділу проблем приватного права того періоду можна відзначити найвагоміші:

Луць В. В. Строки і терміни в цивільному праві. Позовна давність. Підручник «Цивільне право України». Академічний курс. Підручник. Під ред. академіка Шевченко Я. М. – К.: Ін Юре, 2003.

Мадіссон В. В. Деякі питання соціології приватного права. Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2003. – 124 с.

Штефан О. О. Позовне провадження у справах з авторських і суміжних правовідносин у цивільному судочинстві України. Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2003. – 236 с.

Галянтич М. К. Промислова власність: правові засади охорони та захисту. Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2004 р. – 256 с.

Берестова І. Є., Бобрик В. І. Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави в підприємницькій діяльності (питання теорії і практики) / За заг. ред. М. К. Галянтича. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2006. – 150 с.

Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб / Монографія. – Тернопіль, Підручники і посібники, 2008. – 176 с.

Галянтич М. К., Лічман Л. Г., Дрішлюк А. І. Здійснення і судовий захист суб'єктивних житлових прав / За заг. ред. В. В. Луця / Монографія, 2008. – 521 с.

Спасибо І. А. Набуття права власності: Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 176 с.

Теоретичні та практичні аспекти розгляду судами спорів, що виникають із договору підряду. Монографія / За заг. ред. В. В. Луця. – К.: 2010.

Крупчан О. Д., Проценко В. В. Агентський договір: порівняльно-правовий аналіз за законодавством України та Республіки Молдова. Монографія / О. Д. Крупчан, В. В. Проценко. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 358 с.

Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин: Монографія / Відп. ред. В. В. Луць. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 320 с.

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.

Пленюк М. Д. Строки і терміни у договорах про виконання робіт (цивільно-правовий аспект). Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – 140 с.

Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві: монографія / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 320 с.

Набуття та припинення права власності в Україні (проблеми теорії та практики). Монографія / За заг. ред. В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – 358 с.

Договірне регулювання суспільних відносин: тези доповідей Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 19 – 20 квітня 2013 року / За заг. ред. Т. О. Коломієць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2013. – 128 с.

Бесарабчик В. О., Лапечук П. І., Попович Т. Г. Науково-практичний коментар статей 373, 374 Цивільного кодексу України та статей 83, 84 Земельного кодексу України щодо права власності на землю держави та органів місцевого самоврядування: Брошура [Текст] / В. О. Бесарабчик, П. І. Лапечук, Т. Г. Попович / За заг. ред. В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – 42 с. (1,8 д.а.).

Примак В. Д. Відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності / Монографія. – К.: Юрінком Інтер. – 2014. – 432 с.

Кострyба А. В. Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин: монографія / А. В. Кострyба. – К.: Ін Юре, 2014. – 376 с.

Заіка Ю. О., Солтис Н. Б., Рябоконь Є. О. Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження): Монографія / Ю. О. Заіка, Н. Б. Солтис, Є. О. Рябоконь. – Відп. ред. В. В. Луць. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015.

У різні роки співробітниками відділу були такі відомі вчені-цивілісти: док. юрид. наук, акад. НАПрН України Н. С. Кузнєцова, док. юрид. наук, професор Р. А. Майданик, док. юрид. наук, професор О. В. Дзера, док. юрид. наук, пофесор З. В. Ромовська, док. юрид. наук А. Б. Гриняк, канд. юрид. наук, доцент Берестова І. Е. та інші.

На сьогодні чисельність співробітників скоротилась, проте актуальність досліджень, які проводять науковці відділу, не вщухає. Так, були захищені дисертаційні дослідження співробітниками відділу проблем приватного права під науковим керівництвом завідувача відділу ***В. В. Луця***:

на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук:

Солтис Н. Б. «Житлові права у спадкових правовідносинах», 2011 р.

Пленюк М. Д. «Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про виконання робіт», 2011 р.

Хащівська Н. В. «Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування», 2011 р.;

на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук:

Мічурін Є. О. «Обмеження майнових прав фізичних осіб (цивільно-правовий аспект)», 2009 р.

Гриняк А. Б. «Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України», 2013 р.

Калаур І. Р. «Договірні зобов'язання з передання майна у користування в цивільному праві України», 2015 р.

Кострyба А. В. «Юридичні факти в механізмі припинення цивільних майнових відносин», 2015 р. (науковий консультант док. юрид. наук **Кузнєцова Н. С.).**

Наукову потужність Відділу проблем приватного права станом на сьогодні підтримують 4 доктори юридичних наук, 2 кандидати юридичних наук, 1 кандидат історичних наук, а саме: док. юрид. наук **Заіка Ю. О.**, канд. юрид. наук **Солтис Н. Б.,** док. юрид. наук **Калаур І. Р.,** канд. юрид. наук **Первомайський О. О.,** канд. юрид. наук **Кот О. В.,** док. юрид. наук **Кострyба А. В.,** канд. істор. наук **Шевченко О. М., Корнієнко Ю. І.,** що підтверджують чисельні монографії, підручники, науково-практичні видання, експертні висновки, законопроекти.

Так, впродовж останніх років вийшло друком понад 30 монографій, понад 14 збірників наукових праць та понад 400 наукових публікацій.

Отже, головними завданнями Відділу проблем приватного права є проведення комплексних фундаментальних та прикладних досліджень з метою одержання наукових знань у галузі приватного права і підприємництва, впровадження їх у практику, сприяння державним органам у розбудові України як правової держави, що має відповідати сучасним вимогам європейського рівня.

Перспективним напрямком наукових досліджень Відділу проблем приватного права після завершення останньої наукової теми «Шляхи удосконалення правового регулювання відносин власності в Україні» вбачається розробка фундаментальної теми спільно з Лабораторією проблем корпоративного права: «Механізм правового регулювання корпоративних відносин». Планується випуск монографії «Корпоративне право: проблеми теорії».

Луць В. В., завідувач відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України

Корнієнко Ю. І., науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ПРО СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЛАБОРАТОРІЇ ПРОБЛЕМ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА НДІ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА НАПрН УКРАЇНИ

Вже впродовж 15 років на Прикарпатті функціонує Лабораторія проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, яка створена відповідно до статутів Інституту приватного права і підприємництва та Прикарпатського національного університету імені В. Стефаника і є науково-дослідною установою без статусу юридичної особи. Розпочала свою діяльність Лабораторія корпоративного права 1 липня 2001 року на базі Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені В. Стефаника.

Цю наукову школу в місті Івано-Франківськ започаткував її перший керівник – док. юрид. наук, проф., академік НАПрН України **Луць Володимир Васильович**, який став першим завідувачем лабораторії з 2001 року. Згодом завідування лабораторією перейняла док. юрид. наук, проф. Васильєва Валентина Антонівна (з 2013 р.). На сьогодні безпосереднє керівництво діяльністю підрозділу здійснює канд. юрид. наук, наук. співр. В. В. Васильєва (з 2015 р.), а співробітниками підрозділу є док. юрид. наук, проф., головний наук. співр. В. А. Васильєва; канд. юрид. наук, ст. наук. співр. І. Б. Саракун; канд. юрид. наук, наук. співр. Л. В. Сіщук; наук. співр. Н. Вінтоняк.

Показовим є те, що за час керівництва лабораторією В. В. Луцем співробітниками Лабораторії було захищено дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата наук, зокрема, І. Б. Саракун «Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правові аспекти)», І. Р. Калауром «Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права власності юридичної особи», В. В. Васильєвою «Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання», Л. В. Сіщук «Правонаступництво в корпоративних правовідносинах»,.

З огляду на багатогранність та комплексність корпоративних відносин, правниками Прикарпатської школи продовжує розроблятись корпоративна тематика. Так, вже під керівництвом В. А. Васильєвої на кафедрі цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника були захищені дисертації Н. А. Сліпенчук на тему «Цивільно-правові способи захисту корпоративних прав», Н. С. Бутрин-Боки «Правочин як підстава виникнення та припинення корпоративних прав», а на стадії підготовки до захисту знаходяться такі теми: «Корпоративні права подружжя» (Н. Д. Вінтоняк), «Корпоративний договір» (М. М. Сигидин), «Суб'єкти корпоративних правовідносин» (В. Б. Сохан), «Цивільний-правовий захист прав та інтересів корпорації» (Т. В. Жарський) та багато інших.

Основними завданнями лабораторії є: вдосконалення механізму правового регулювання корпоративних відносин, реалізація державної політики у галузі державного управління корпоративними правами, адаптації та уніфікації внутрішнього законодавства відповідно до принципів і норм Європейського Співтовариства та міжнародного права.

На шляху до вдосконалення чинного законодавства, аналізу та узагальнення практики корпоративного правозастосування лабораторія проблем корпоративного права:

– здійснює аналіз і тлумачення норм корпоративного законодавства;

– проводить науково-правову експертизу правових документів на відповідність нормам чинного законодавства;

– здійснює підготовку науково-правових експертних висновків з приводу корпоративних документів товариства (установчий договір, статут, протокол загальних зборів товариства, положення);

– надає роз'яснення та консультації щодо застосування положень нормативно-правових актів з корпоративного права, а саме, з приводу: реєстрації, діяльності, реорганізації та ліквідації господарських товариств та інших суб'єктів господарювання; реалізації і захисту корпоративних прав та інтересів акціонерів, учасників господарських товариств, зокрема, з питань здійснення корпоративного управління, відчуження корпоративних прав тощо;

– бере участь у проведенні, а також проводить науково-практичні конференції, семінари, інші подібного роду заходи;

– бере участь у конкурсах наукових робіт, конкурсах на одержання грантів на проведення наукових досліджень за корпоративною тематикою.

Окрім цього, співробітниками Лабораторії щорічно подаються законопроекти до Верховної Ради України про внесення змін до законів України «Про господарські товариства», «Про акціонерні товариства», які спрямовані на вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин в Україні.

Лабораторія проблем корпоративного права входить до складу Ради науково-правових експертиз при НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України та діє згідно з Положенням «Про раду науково-правових експертиз при НДІ приватного

права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України» та Положенням «Про науково-правову експертизу при НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України».

Впродовж багатьох років діяльності Лабораторії було укладено низку договорів про співпрацю. Так, Лабораторія співпрацює з територіальним управлінням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку в Івано-Франківській області, а також із практиками, зокрема, з юристами ТОВ «Юридична компанія «МОРІС ГРУП». Наукові співробітники докладають немало зусиль для налагодження та підтримання зв'язків з міжнародними науковими установами. Так, у 2014 році було укладено договір про співпрацю між Лабораторією та факультетом права, канонічного права та адміністрації Католицького університету ім. Івана Павла II в Любліні, що дав старт спільному проекту українських та польських правників. Метою цього проекту стало проведення порівняльного аналізу корпоративного права України та Польщі і вивчення нормативно-правового регулювання корпоративних відносин у ЄС.

Результатом роботи відділу є численні монографічні дослідження, наукові статті, матеріали науково-практичних конференцій, семінарів, круглих столів, пояснювальні записки та наукові експертизи проектів нормативно-правових актів, в тому числі актів місцевих органів управління, нормотворчі пропозиції, фахові висновки щодо тлумачення і застосування діючих норм.

Так, серед монографічних досліджень лабораторії слід виокремити такі: «Здійснення та захист корпоративних прав в Україні» (2007 р.), «Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект)» (2009 р.), «Охорона прав суб'єктів корпоративних правовідносин» (2013 р.), «Корпоративне право України та Австрії» (2015 р.), «Корпоративне право України та Польщі» (2016 р.) та інші.

Лабораторія у різні роки проводить щорічні семінари, всеукраїнські та міжнародні конференції, присвячені дослідженню напрямів розвитку корпоративного законодавства в Україні та зарубіжних країнах. Серед проведених заходів слід згадати про науково-практичну конференцію, присвячену 10-ій річниці заснування Юридичного інституту Прикарпатського університету ім. В. Стефаника «Нові Цивільний і Кримінальний кодекси – важливий етап кодифікації законодавства України» (3–4 жовтня, 2002 р.), науково-практичний семінар «Приватно-правові питання створення та діяльності акціонерних товариств» (26–27 вересня, 2003 р.), науково-практичний семінар «Приватноправові питання створення та діяльності акціонерних товариств» (2004 р.), науково-практичний семінар «Проблеми здійснення і захисту корпоративних прав в Україні» (14 жовтня, 2005 р.), Всеукраїнська науково-практична конференція «Поєднання публічно-правових та приватно-правових механізмів регулювання господарських відносин» (на базі ЛьвДУВС) (19–20 жовтня, 2007 р.), Всеукраїнський науково-практичний семінар «Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин в сучасних умовах» (25–26 вересня, 2009 р.), Всеукраїнський науково-практичний семінар «Охорона корпоративних прав» (1–2 жовтня, 2010 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних правовідносин» (10-та річниця створення Лабораторії) (23–24 вересня, 2011 р.), Всеукраїнська науково-практична конференція «Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин» (21–22 вересня, 2012 р.), Всеукраїнська науково-практична конференція «Корпоративні правочини» (27–28 вересня, 2013 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Корпоративне право України та інших європейських країн: порівняльно-правова характеристика» (26–27 вересня, 2014 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Корпоративне право України та інших європейських країн: шляхи гармонізації» (2–3 жовтня 2015 р.).

Тематика проведених лабораторією заходів та опублікованих монографій випливає з фундаментальної теми лабораторії для досліджень «Напрямки розвитку корпоративного законодавства в Україні». Перспективним напрямом подальших досліджень підрозділу є «Адаптація корпоративного законодавства України до права Європейського Союзу», в межах якої досліджуватимуться питання проблем теорії корпоративного права України; правового регулювання корпоративних відносин у праві європейських країн; проблеми здійснення та захисту корпоративних прав; удосконалення окремих питань правового регулювання корпоративних відносин в Україні, а також буде здійснюватися порівняльно-правовий аналіз окремих питань правового регулювання корпоративних відносин в Україні та праві європейських країн.

Співпраця з колегами, фахівцями у сфері корпоративних відносин з близького зарубіжжя довела взаємний інтерес та зацікавленість у дослідженні різних правових систем з цих питань, а також необхідність у подальшому обміні таким досвідом.

Особливої уваги заслуговує співпраця з колегами з Польщі та Австрії, наслідком якої стало видавництво двох вже зазначених раніше монографічних досліджень та які стали учасниками наших щорічних наукових заходів.

Поряд із цим міжнародна співпраця Лабораторії не обмежується лише вказаними досягненнями. Безумовно, у міжнародному співробітництві завжди важлива роль відводиться особистому спілкуванню

з колегами, обміні інформацією та науковими поглядами з найрізноманітніших проблем корпоративних правовідносин. Це стає можливим й завдяки спільному проведенні лекційних та семінарських занять. Так, зокрема, слід відзначити проведення в Юридичному інституті лекційних занять професором габілітованим, заступником декана та завідувачем кафедри торгового права Факультету права, канонічного права та адміністрації Католицького університету ім. Івана Павла ІІ в Любліні – Анджеєм Гербетом; професором габілітованим кафедри торговельного права факультету права та адміністрації Сілезького університету в Катовіцах – Пьотром Піньором; доктором права кафедри цивільного та комерційного права юридичного факультету Трнавського університету (Словаччина) – Петером Месарошем.

У свою чергу, канд. юрид. наук, ст. наук. співр. Лабораторії І. Б. Саракун провела лекційне заняття на польській мові для професорсько-викладацького складу кафедри цивільного, торгового та страхового права факультету права та адміністрації Університету Адама Міцкевича в Познані.

В межах гранту Європейського Союзу на впровадження освітнього курсу «Корпоративне право країн Вишеградської групи (Польща, Чехія, Словаччина і Угорщина)», окрім лекційних занять, заплановано написання спільної наукової монографії з представниками цих університетів. Зокрема, на сьогодні таку співпрацю вітають представники міст Катовіц, Трнава (Словаччина), Плзень (Чехія), Люблін і Гданськ (Польща).

Таким чином, можна констатувати, що започаткована В. В. Луцем під умілим керівництвом наступних завідувачів Лабораторія проблем корпоративного права досягла чималих успіхів на дослідницькій ниві, успішно функціонує та має перспективні напрями та плани для своєї подальшої наукової діяльності.

Васильєва В. В., завідувач Лабораторії проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук

Саракун І. Б., старший науковий співробітник Лабораторії проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук

НАУКОВІ ЗДОБУТКИ ВІДДІЛУ ПРОБЛЕМ ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Створення у структурі Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України в 2015 році ***відділу проблем договірного права*** стало однією із потреб сьогодення, адже втілення правових ідей громадянського суспільства, складовою частиною якого є ринкова економіка, розширення ядра правового масиву зобов'язального права, яке у системі приватного права завжди виконує роль своєрідної «робочої» сили, зумовлюють підвищену увагу не лише до категорій, що пройшли шлях розвитку від римського приватного права до сучасного європейського права, а й, ґрунтуючись на засадах добросовісності, розумності та справедливості, зумовлюють виконання договірних зобов'язань належним чином.

Договір, як унікальне, виключне явище чи факт, 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. Саме конструкція договору стала одним із найвизначніших здобутків світової правової культури. Адже договір як універсальний інструмент правового регулювання, поряд із традиційним застосуванням у сфері приватного права, у сучасних умовах застосовується не тільки у сфері приватного, а й публічного права.

Завдяки договору забезпечується правове регулювання відносин майнового обороту на засадах юридичної рівності, вільного волевиявлення і майнової самостійності його учасників. Інститут договірного права привертає посилену увагу з боку як вчених, так і практиків. Наукову цікавість до проблем договірного права проявляють й співробітники Відділу.

Очолює Відділ проблем договірного права доктор юридичний наук, старший науковий співробітник ***Андрій Богданович Гриняк.*** Захистивши у 2013 році докторську дисертацію на тему «*Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України»,* в якій, окреслюючи усю проблематику належного та ефективного регулювання підрядних відносин, безапеляційно довів нагальну потребу у переосмисленні усієї концепції правового регулювання відносин з виконання робіт, що сформувалася в часи командно-адміністративної системи управління. Адже зобов'язання, які зумовлювалися директивними плановими актами держави, назавжди відійшли у минуле. При цьому стверджувати, що ті новели структур, концепцій приватноправових категорій та інститутів сприйнятих суспільством, та, відповідно, юридичною практикою, є ідеальними, на сьогодні видається надто передчасним.

Враховуючи те, що у договірній сфері закон перестає вважатися «істиною в останній інстанції», відтак сторони мають право відходити від його положень, коригуючи їх до своїх інтересів, дедалі актуальнішими стають питання щодо теоретичного осмислення не лише пойменованих договорів з виконання робіт, а й договорів непойменованих. Саме тому нагальною є й розробка дієвого механізму правового регулювання відносин з виконання робіт не лише за участю публічно-правових утворень, а й за участю приватних осіб.

Окреслені завдання сучасної науки цивільного права в цілому та й договірного зокрема намагаються дослідити й інші співробітники відділу проблем договірного права.

Зокрема, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник ***Мар'яна Дмитрівна Пленюк,*** займаючись дослідженнями юридичних фактів як підстав виникнення договірних зобов'язань, обґрунтовує їх місце в механізмі правового регулювання, звертаючи увагу, що саме юридичні факти виступають тим «важелем», який запускає усю систему правовідносин. Безсумнівну цінність роботи становить й дослідження історичної спадщини у сфері зобов'язального права на теренах України, що надало можливість дійти висновку, що еволюція договірних зобов'язань тривала протягом всього розвитку людства, яке дослідниця представила читачам у певних етапах, серед яких не лише етап формування, утвердження, а й етап законодавчого закріплення в Галицькому цивільному кодексі 1797 р. та етап нехтування договірними зобов'язаннями та встановлення повного контролю над економікою з боку держави.

Такою, що вимагає до себе підвищеної уваги, є позиція авторки з приводу передумов виникнення договірних зобов'язань, адже саме за їх наявності виникають, змінюються та припиняються договірні зобов'язання. На думку дослідниці, до таких слід віднести: а) норми права, адже вони наділяють учасників правовідносин правами та обов'язками; б) інтерес уповноваженої особи – потреба у купівлі або продажу речі, укладенні договору тощо; в) поведінка – діяльність (правова активність) учасників договірних зобов'язань; г) правосуб'єктність – як певна юридична властивість учасників договірних зобов'язань.

Обравши напрям свого наукового пошуку дослідження договірних зобов'язань у сфері страхування кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник ***Надія Василівна Міловська*** звертає увагу на те, що страхування, будучи однією із форм охорони майнових та особистих інтересів застрахованих, виступає як справедлива передача ризику потенційної втрати від однієї особи до іншої за відповідну сплату. Страхування є видом цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних, юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених

договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними/юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій).

Підставою для виникнення страхових правовідносин є договір як юридичний факт, що породжує виникнення цивільних прав та обов'язків. Під договором страхування дослідниця розуміє договір, за яким одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити іншій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі 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.

Враховуючи договірну сферу дослідження, співробітники Відділу проявляють свої наукові інтереси й щодо захисту прав споживачів. Так, ***Роман Васильович Пожоджук,*** досліджуючи питання захисту прав споживачів за договором постачання електричної енергії, неодноразово акцентував увагу на специфіці цього договору. Відтак його наукові інтереси дістали подальшого розвитку у пропозиціях новизни дисертаційної роботи на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему *«Захист прав споживачів за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу»*. Звертаючи увагу на специфіку способів захисту прав споживачів за договором постачання електроенергії фізичній особі – споживачу, автор довів, що фізична особа–споживач, по-перше, позбавлена можливості застосування такого способу захисту, як припинення правовідношення, адже постачальник електроенергії є монополістом на закріпленій території, а, по-друге, позбавлена можливості застосування заходів оперативного впливу на постачальника електроенергії у разі порушення ним прав споживача (наприклад, неправомірного відключення від електроенергії). Тому механізм реалізації матеріально-правової вимоги споживача електроенергії, право якого порушене, до постачальника електроенергії про припинення порушення права та/або його відновлення може бути забезпечений тільки після прийняття відповідним органом рішення щодо застосування конкретного способу захисту суб'єктивного цивільного права.

Свій творчий доробок цього року у Відділі представив й молодший науковий співробітник ***Микита Віталійович Бернацький.*** Досліджуючи цивільно-правові відносини власності на житло, він звертає увагу на те, що серед усіх правомочностей власника розпорядження щодо житла, яке знаходиться у власності держави, житло може реалізуватися виключно в передбачений законом спосіб. Держава та територіальні громади мають спеціальні способи набуття права власності на житло, серед таких: реквізиція, конфіскація, вилучення нерухомого майна тощо.

Молодший співробітник Відділу ***Влада Олександрівна Бесарабчик*** спрямувала свої наукові пошуки на дослідження правового статусу дошкільних навчальних закладів як учасників цивільних відносин. Досліджуючи специфіку правосуб'єктності дошкільних навчальних закладів, правовий режим майна, порядок їх створення та припинення (реорганізації), авторка звертає увагу на необхідність удосконалення механізму правового регулювання відносин за участю цих суб'єктів цивільних правовідносин.

Наукові доробки Відділу, що спрямовані на удосконалення законодавства, співробітники доносять до широкого кола читачів у монографіях, наукових статтях, тезах конференцій тощо.

Зокрема, незважаючи на лише дворічну діяльність Відділу проблем договірного права фахівці представили для широкого кола читачів колективну монографію ***«Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики»***, в якій на основі чинного законодавства здійснено ґрунтовне теоретичне узагальнення напрямів договірного регулювання відносин з виконання робіт, відображено правові позиції щодо удосконалення механізму правового регулювання зобов'язань з виконання робіт та запропоновано нові концептуальні підходи до їх правового регулювання. Окреслені загальні ознаки, які об'єднують усі підрядні договірні зобов'язання в договірний тип із виконання робіт, надали можливість авторам запропонувати своє розуміння договірних зобов'язань з виконання робіт через структуру зовнішніх та внутрішніх правовідносин, виокремити ознаки підрядних договорів, серед яких: 1) предметом виступає індивідуалізований результат роботи підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми; 2) право підрядника залучати до виконання робіт інших осіб, якщо інше не передбачено договором; 3) виконання робіт на власний ризик; 4) обов'язковість за чинним законодавством підписання акта прийому-передачі результату робіт; 5) розмежування у часі виконання робіт та споживання їх результатів.

На основі проведеного порівняльно-правового аналізу основних договорів на виконання робіт розроблено ***науково-практичний коментар глави 61 Цивільного кодексу України***, в якому автори з урахуванням позитивного іноземного досвіду намагаються уніфікувати сучасне законодавство до вимог Європейського Союзу, цим самим вберегти вітчизняну судову практику від помилок, а також недопущення їх у майбутньому.

Взявши участь у третій Міжнародній науково-практичній конференції, яка присвячена 20-річчю НДІ приватного права і підприємництва імена академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України «Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практика застосування», співробітники Відділу окреслили низку питань. Зокрема, А. Б. Гриняк акцентував увагу слухачів на *«Методологічних аспектах розвитку інституту саморегулювання як інструменту впливу на підрядні організації в сфері виконання робіт»,* М. Д. Пленюк звернула увагу на сьогоднішні проблеми «*Удосконалення загальних положень про зобов'язання у Цивільному кодексі України»,* Р. В. Пожоджук зацікавив слухачів доповіддю про *«Особливості правонаступництва ПАТ «Українська залізниця»*, М. В. Бернацький закцентував увагу на «*Захисті права власності на житло, що знаходиться на тимчасово окупованій території»,* В. О. Бесарабчик запропонувала свій погляд на *«Цивільну правосуб'єктність дошкільних навчальних закладів».*

Заявлені наукові теми доповідачів лише підкреслили становлення якісно нового типу суспільних відносин в Україні, які приводять до активного розвитку різноманітних аспектів правової науки, що відкриває нові можливості для методологічних пошуків у договірній сфері.

Одним із пріоритетних напрямів наукової діяльності Відділу виступає законопроектна та нормотворча робота. Постійно здійснюється аналіз проектів законодавчих актів, що розробляються і виносяться на розгляд Верховної Ради України. Крім того, співробітники лише за останній рік проаналізували та надали відповідну наукову оцінку понад 10 наукових експертиз та висновків. Серед них висновок щодо неоднакового застосування норм матеріального права судом (судами) касаційної інстанції у подібних ситуаціях ст. 1073 ЦК України та відповідних пунктів Положення «Про порядок емісії спеціальних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використання»; офіційного тлумачення ч. 4 ст. 559 ЦК України; звернення Громадської Організації «Всеукраїнське об'єднання правової допомоги громадянам» (м. Одеса) з переліку питань щодо діяльності громадської організації у сфері укладення договору відступлення права вимоги; норм матеріального права, які неоднаково застосовані судом касаційної інстанції у подібних правовідносинах – ст. 554 ЦК України та ст. 11, 18 Закону України «Про захист прав споживачів» тощо.

Завдяки правильно обраним напрямам діяльності Відділ підтримує творчі зв'язки з Комітетом Верховної Ради з питань європейської інтеграції та питань будівництва, містобудування і житлово-комунального господарства, юридичним факультетом Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого, Прикарпатським національним університетом імені Василя Стефаника, Харківським національним університетом внутрішніх справ, Тернопільським національним економічним університетом, Східноєвропейським національним університетом імені Лесі Українки та іншими.

Відділ виконує свою роботу в рамках основних завдань, пов'язаних із дослідженням загальнотеоретичних і практичних проблем у галузі цивільного права, які обрано НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака завдяки постійній увазі та підтримці Національної академії правових наук України.

Молодий запал науковців простежується і в майбутніх творчих починаннях. Адже у процесі виконання наукових тем дослідницька робота Відділу спрямована на розробку теоретичної моделі договірного регулювання приватноправових відносин, механізму правового регулювання договірних відносин.

У процесі досягнення визначених завдань співробітниками передбачається вирішення таких завдань, серед яких дослідження: структури та дже**рел** договірного регулювання приватноправових відносин; механізму правового регулювання договірних відносин; суб'єктивного складу та змісту договорів; питання розподілу ризиків за договорами; найбільш ефективних видів забезпечення виконання договірних зобов'язань; цивільно-правових способів і форм захисту прав та інтересів суб'єктів договірних правовідносин тощо.

Наукові співробітники Відділу щиро вірять, що соціальна та економічна значимість роботи Відділу, наукові дослідження, які пов'язані із впровадженням результатів шляхом вдосконалення існуючого договірного регулювання приватноправових відносин, нададуть можливість гармонізувати договірне законодавство України до стандартів ЄС, що, як результат, приведе до належного функціонування системи цивільних відносин в цілому та договірних зокрема.

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

Пленюк М. Д, старший науковий співробітник відділу проблем договірного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник

ВІДДІЛ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ: НАУКОВІ ЗДОБУТКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Відділ правового забезпечення ринкової економіки був створений в Науково-дослідному інституті приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України в 2015 р. Основними завданнями наукового відділу є проведення комплексних фундаментальних і прикладних досліджень, спрямованих на одержання приросту нових знань з проблем правового регулювання соціально орієнтованої ринкової економіки, наукового обґрунтування системи цивільно-правових, господарсько-правових та процесуальних засобів забезпечення правового порядку в сфері підприємницької діяльності; визначення особливих засобів забезпечення стабільності цивільного обороту в основних правових інститутах цивільного та господарського права. Очолює відділ доктор юридичних наук, професор **О. А. Беляневич.**

Творчими зусиллями співробітників відділу забезпечується виконання двох фундаментальних наукових досліджень: «Правове забезпечення стабільності цивільного обороту» та «Забезпечення оптимального співвідношення приватних і публічних інтересів в державному регулюванні підприємницької діяльності». Правові проблеми забезпечення стабільності цивільного обороту є недостатньо розробленими сучасною юридичною наукою, хоча їх актуальність зумовлена переходом до ринкової моделі економіки країни та розвитком підприємництва в Україні, проведеною кодифікацією цивільного та господарського законодавства, яка з набуттям чинності з 01.01.2004 р. діючих ЦК та ГК України завершилася принциповою зміною акцентів у регулюванні зобов'язальних відносин учасників цивільного обороту. Актуальність та важливість наукової розробки загальнотеоретичних питань забезпечення стабільності майнового обороту зумовлена, перш за все, необхідністю втілення в законодавство та правозастосовну практику принципу верховенства права з тим, щоб кожна особа була впевнена у правових наслідках своєї поведінки, яка відповідає встановленим нормативним вимогам. Підтримання балансу публічних та приватних інтересів у цивільному обороті вимагає визначення створення такого механізму правового регулювання майнових (зобов'язальних) відносин, в якому б не конфліктували принцип pacta sunt servanda та об'єктивна необхідність змін у законодавстві як реакції законодавця на поточні потреби суспільного життя. Стабільність законодавства та врегульованих ним відносин, яка діалектично поєднана із динамікою суспільного життя, є однією з передумов існування в країні сприятливого підприємницького та інвестиційного клімату і, в результаті, слугує економічному зростанню. Забезпечення стабільності цивільного обороту є однією з умов інтеграційного процесу в європейську спільноту і передбачає врахування позитивного зарубіжного досвіду в цих питаннях.

Необхідною складовою побудови в Україні ринкової економіки та входження України до європейського та світового економічного простору є належне законодавче забезпечення державного регулювання підприємницької діяльності. Макро- і мікроекономіка, приватна підприємницька діяльність, юридична відповідальність суб'єктів господарської діяльності залежить від досконалості їх правового забезпечення. Господарським кодексом України визначено, що правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави. Це обумовило потребу в систематизації наукових розробок проблем державного регулювання та забезпечення оптимального співвідношення приватних і публічних інтересів у правових відносинах, що виникають між органами державної влади, суб'єктами господарювання і споживачами у господарській сфері. Має бути розроблена концепція забезпечення оптимального співвідношення приватних і публічних інтересів у сфері підприємницької діяльності, спрямована на створення організаційно-правового механізму, реалізація якого б забезпечила конкурентоспроможність господарської системи України, баланс застосування методів державного впливу на економіку та ринкового саморегулювання відносин суб'єктів підприємництва, захист прав та інтересів споживачів у сфері підприємницької діяльності.

Час показав синергичний ефект наукових розвідок, що здійснюються співробітниками відділу на перетині цих напрямів.

Сферою наукових інтересів доктора юридичних наук, професора ***Олени Анатоліївни Беляневич*** є розробка теоретичного підґрунтя правової моделі забезпечення стабільності цивільного обороту як системи правових засобів (в тому числі способів захисту учасників зобов'язальних (договірних) відносин від проявів недобросовісності та зловживання правом, гарантій прав та законних інтересів суб'єктів під час зміни законодавства тощо) та шляхів її практичного впровадження. Сутність цивільного (господарського) обороту у вузькому сенсі визначається дослідницею як правова форма економічних відносин обміну результатами господарської діяльності (продукцією, роботами, послугами) як товарами, що мають цінову визначеність. В широкому сенсі під господарським оборотом як

частиною цивільного обороту запропоновано розуміти сукупність юридичних фактів (та/або фактичних складів) та господарських правовідносин, які виникають на їх основі, в силу яких у сфері господарювання організується та здійснюється перехід майна від однієї особи до іншої. О. А. Беляневич виявлено зміст стабільності господарського обороту як визначений законом режим відносин обміну, який залишається незмінним з моменту виникнення і до часу припинення, і в такому аспекті стабільність може бути розкрита через принцип правової певності як частину верховенства права. Зміна законодавства, якщо при цьому не порушуються базові принципи законодавчого регулювання господарських відносин, як така не може розглядатися як загроза стабільному обороту. Відповідно, стабільність господарського обороту означає стійкість підстав виникнення правовідносин та, власне, правової форми відносин (зобов'язання) до збурень зовнішнього середовища об'єктивного характеру (зміни законодавства, зміни умов господарювання тощо) при можливій або, в деяких випадках, неминучій рухливості *змісту* зобов'язання (прав та обов'язків). Водночас стабільність цивільного обороту залежить не лише від зовнішніх факторів, а й від правомірної поведінки учасників правовідносин, тобто знаходиться під впливом суб'єктного фактору. В такому сенсі стабільність залежатиме від дотримання учасниками правовідносин соціальних, в тому числі моральних, норм і може бути прирівняна до юридичної захищеності добросовісної сторони та, власне, самого зобов'язання. Наголошується на тому, що моральні норми є тим ціннісним інваріантом, фундаментом господарського обороту, які в умовах посилення диспозитивних засад регулювання господарських відносин мають лише збільшувати свою вагу. Предметом уваги О. А. Беляневич також є визначення місця правової науки в правовій системі країни. Обґрунтовується, що правова наука як така (сукупність знань) або її окремі складові (поняття, теорії, гіпотези тощо) не може розглядатися як формально-юридичне джерело права, оскільки не відповідає деонтичним вимогам, що висуваються до будь-якої нормативної системи (деонтичної узгодженості, деонтичної збалансованості та деонтичної повноти). Правова наука, в тому числі й правова доктрина як науковий результат, в силу своєї сутності як дослідницька діяльність із розробки нових знань та тих функцій, які нею виконуються, не має і не може мати ознак нормативності. Систему законодавчих актів, якими регулюються відносини господарського (цивільного) обороту, можна розглядати як самодостатню: норми про аналогію права та аналогію закону дозволяють говорити про те, що принаймні з точки зору правозастосування пустот у цивільному та господарському праві в принципі не існує. З огляду на це, правова наука сприяє подоланню правової невизначеності (подоланню неясностей та суперечностей у законодавстві для цілей правозастосування) за допомогою наукового інструментарію (насамперед, прийомів тлумачення, юридичної доктрини тощо).

Обравши такий напрям наукового пошуку, як дослідження правовідносин, що виникають унаслідок економічної конкуренції, доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник ***Олександр Васильович Безух*** звертає увагу на те, що економічна конкуренція пронизує та підкоряє собі всі відносини, які виникають у сфері господарювання в умовах ринкової економіки. Економічна конкуренція відбувається між приватними особами та фактично створює правовідносини за їх участю. Разом з тим приватний егоїзм, який є рушієм та домінантою цивільних відносин, зазнає обмежень з боку держави у сфері економіки шляхом встановлення правил й заборон та потребує з боку держави штучної організації конкуренції у певних сферах господарювання.

Механізм конкуренції та правового регулювання в умовах ринку передбачає підтримку лише тих дій, інтересів та економічних відносин між приватними особами, які корисні для суспільства, тобто відповідають публічному інтересу. При цьому публічний інтерес може розглядатися не як суспільний або державний, а як сукупний інтерес певної групи приватних осіб, тобто економічна конкуренція створює умови для зміни певної сукупності приватних інтересів на публічний інтерес, коли інтереси певної групи приватних осіб розглядаються як один інтерес, а група суб'єктів права розглядається як один суб'єкт права.

Існування конкуренції в умовах ринку передбачає особливості господарського обороту, який створює сукупність взаємопов'язаних відносин між учасниками ринку, яка виникає унаслідок реалізації товару на ринку. Характерно, що такі відносини, побудовані на закономірностях та правилах економічної конкуренції, визначаються спеціальним статусом суб'єктів відносин, взаємозамінністю та безособовістю товарів обороту, можливістю розщеплення правомочностеї власності, унаслідок чого предметом обороту, крім продукції, робіт та послуг, можуть виступати документи, що підтверджують певні правомочності, зобов'язання та права, які є самостійними стосовно майна, наявністю часових та територіальних меж обороту, попиту й пропозиції, спеціальної відповідальності за порушення правил обороту та порядком її застосування.

Виявляється ще одна ознака регулювання приватних економічних відносин, а саме: спрямованість на наслідки або результат функціонування економічної конкуренції. Не є важливим, чи діяли суб'єкти відносин добросовісно з точки зору цивільного права, чи дотримано всіх вимог цивільного законодавства у договірних відносинах, чи є вина сторін договору. У випадку, коли дії

суб'єктів відносин можуть призвести до обмеження, усунення чи недопущення конкуренції, вони визнаються протиправними та припиняються. Тобто у випадку виникнення неюридичного результату – спотворення конкуренції, він стає юридичним фактом правопорушення та, відповідно, застосовуються юридичні засоби відповідальності. Таким чином, регулювання приватних економічних відносин у ринковій економіці передбачає систему як юридичних, так і неюридичних (економічних) явищ, які існують разом та впливають один на одного.

Доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник ***Ольга Олегівна Бакалінська*** досліджує питання антимонопольного регулювання та правового забезпечення розвитку добросовісної конкуренції в Україні. Добросовісна конкуренція є втіленням певних морально-етичних та соціально-історичних уявлень про добро і зло в господарській діяльності, що визначає межі дозволеної поведінки, зокрема в конкуренції. На думку дослідниці, існує тісний зв'язок між принципом доброї совісті, який став основою побудови всієї системи цивільного та господарського обороту Німеччини, Франції, Італії та Швейцарії, і розвитком конкурентного законодавства цих країн. Визнання пріоритетного значення принципу добросовісності в діях учасників господарського обороту зумовило необхідність захисту їх прав та законних інтересів від проявів недобросовісної конкуренції. І незважаючи на те, що кожна з країн має свою унікальну систему захисту від недобросовісної конкуренції, в більшості з них недобросовісна конкуренція розглядається як форма зловживання правом, делікт або форма неправомірної поведінки на відміну від добросовісного конкурентного змагання, що захищається нормами міжнародних договорів, чинного конкурентного законодавства та звичаями ділового обороту.

Забезпечення законодавчих умов для вільного і безперешкодного здійснення добросовісного конкурентного змагання є одним з провідних напрямів реалізації правової політики держави. Недостатня увага до даної проблеми призводить до глибоких негативних наслідків, зокрема в господарському обороті, що зрештою впливає на весь процес соціально-економічного розвитку суспільства й держави. З огляду на це, основна увага дослідниці спрямовується на теоретичне обґрунтування необхідності створення цілісної системи правового регулювання конкурентних відносин, що спирається на єдину теоретичну концепцію підтримки й захисту добросовісної конкуренції на ринку та їх практичну реалізацію. Особлива увага приділяється дослідженню проблем і тенденцій впровадження програм антимонопольного комплаєнсу окремими суб'єктами господарювання та їх об'єднаннями, механізмів медіації при вирішенні конкурентних спорів, а також проблемам реалізації розділу 10 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

Доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник ***Віталій Миколайович Махінчук*** досліджує досвід та застосування доктрини «Зняття корпоративної вуалі». В своїх працях В. М. Махінчук обґрунтовує, що ця доктрина є важливим інструментом захисту інтересів кредиторів від недобросовісних боржників, оскільки в окремих випадках вона дає можливість покласти відповідальність за зобов'язаннями неспроможних юридичних осіб не тільки на них, а й на інших осіб (засновників, учасників), які своїми діями спричинили збитковість діяльності юридичної особи. Загальним в межах застосування зазначеної доктрини для більшості країн є твердження про те, що якщо особи, які мають можливість контролювати, визначати дії юридичної особи, діють в інтересах такої юридичної особи недобросовісно та нерозумно, то вони мають відповідати за збитки, нанесені юридичній особі своїми незаконними діями або бездіяльністю. Науковець зазначає, що на цей час практика зняття корпоративної вуалі має стати реальністю в Україні, що означатиме зміну усталених поглядів на регулювання відносин, пов'язаних із банкрутством суб'єктів підприємницької діяльності, і вже зараз здійснюються спроби подання відповідних позовів на підставі запозичення положень цієї доктрини (зокрема, відповідні справи були ініційовані стосовно банків «Форум», «Брокбізнесбанк» та ФК «Металіст»). В. М. Махінчук виявляє особливості доктрини зняття корпоративної вуалі, зокрема такі: її застосування означає нехтування відокремленою правосуб'єктністю юридичної особи та принципом обмеженої відповідальності засновників, учасників; у практичній площині цю доктрину потрібно розглядати з двох позицій цивільно-правової відповідальності, а саме: як відповідальність учасників (засновників), контролюючих осіб юридичної особи за її зобов'язаннями та як відповідальність головного підприємства (контролюючого) за зобов'язаннями дочірнього (підконтрольного). Загальним є твердження про те, що якщо особи, які мають можливість контролювати, визначати дії юридичної особи, діють в інтересах такої юридичної особи недобросовісно та нерозумно, то вони мають відповідати за збитки, завдані юридичній особі своїми діями або бездіяльністю. При застосуванні зарубіжними судами цієї доктрини загальноприйнятим є те, що суд не в праві знімати корпоративну вуаль лише тому, що це необхідно для інтересів справедливості. Корпоративна вуаль у більшості випадків знімається, якщо встановлено, що компанія використовується в якості прикриття з метою вчинення шахрайських дій або коли наявне певне зловживання (неналежна поведінка) з боку контролюючих компанію осіб та здійснюється надмірний контроль за діяльністю компанії. Зловживання і контроль мають бути безпосередньо пов'язані з тим, що корпоративна структура використовується власником з метою

уникнення або ухилення від відповідальності. Основними критеріями застосування доктрини можна вважати наявність контролю, економічної залежності, протиправних дій та причинно-наслідкового зв'язку між діями головного підприємства стосовно дочірнього й понесеними останнім збитками.

Кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник ***Олена Анатоліївна Черненко,*** досліджуючи основні положення про забезпечення виконання зобов'язання, розглядає окремі проблемні питання, пов'язані з неоднаковим застосуванням судами норм матеріального права у подібних правовідносинах.

Від належного виконання договірних зобов'язань залежить як стабільність відносин між контрагентами, так і ефективність функціонування економіки країни в цілому. Причиною невиконання може бути як пряма недобросовісність боржника, так і збіг обставин, внаслідок яких боржник не зміг виконати зобов'язання.

В контексті досліджуваної проблематики акцентується увага на передумовах виникнення поруки як виду (способу) забезпечення зобов'язань, питаннях щодо природи прав поручителя у разі виконання ним договору поруки та підставах припинення поруки тощо.

Окрема увага приділяється дослідженню конструкції іпотечних взаємовідносин, оскільки з початку фінансової кризи найбільший відсоток судових спорів становлять спори у кредитних правовідносиніх. Сучасний стан іпотечних відносин вказує на існування проблеми затягування процедури задоволення вимог кредиторів за рахунок предмета іпотеки в межах судового та виконавчого провадження. В основу вітчизняного правового регулювання іпотеки покладено концепцію захисту прав боржника, внаслідок чого підвищується кредитний ризик банку, що, в свою чергу, заважає розвитку вітчизняного іпотечного ринку.

Дослідниця звертає увагу на те, що ефективний судовий захист прав та охоронюваних законом інтересів учасників кредитних відносин був і залишається одним із найважливіших чинників підтримання стабільності економіки країни в цілому.

Молодший науковий співробітник відділу ***Ярослав Романович Кицик*** займається дослідженням проблем примірних та типових договорів у господарському праві України. У своїх наукових роботах він звертає увагу на те, що примірні договори мають рекомендуватись суб'єктами, які не виступатимуть стороною у договорі, що буде розроблятись на основі примірних договорів. Це сприятиме мінімізації диспропорцій у викладенні прав та обов'язків сторін у примірних договорах. Також науковець відстоює думку про необхідність встановлення строковості примірних та типових договорів. Так, органи, уповноважені їх рекомендувати чи то затверджувати, мають переглядати примірні та типові договори раз на п'ять років для поліпшення їх якості та перевірки на відповідність потребам суспільства та суб'єктів господарювання. При цьому після закінчення строку дії примірних та типових договорів вважати їх нечинними. Примірні та типові договори сьогодні є не пережитками планових договорів, а ефективними регуляторами господарських відносин. Сучасна практика застосування примірних та типових договорів в Україні бере початок з часів радянської доби, чим пояснюється велика схожість у порядку застосування примірних та типових договорів у країнах колишнього СРСР або країн, які входили до зони його впливу. У багатьох країнах світу відрізняються від вітчизняних терміни, під якими в Україні звикли розуміти примірні та типові договори. Найбільш поширеним аналогом є стандартні договори, чи то стандартні форми договорів. В останніх можуть відрізнятись суб'єкти, уповноважені їх рекомендувати чи затверджувати, зокрема, це можуть робити, крім державних, також недержавні органи, в тому числі й міжнародні організації. Проте завдання, які виконують стандартні договори, є практично ідентичними тим, які виконують примірні та типові договори в господарському праві, і їх застосування, на думку дослідника, є виправданим та необхідним.

Науковці відділу правового забезпечення ринкової економіки підтримують плідні творчі зв'язки з юридичним факультетом Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого, Національним університетом «Одеська юридична академія», Прикарпатським національним університетом імені Василя Стефаника, юридичним факультетом Донецького національного університету, Інститутом економіко-правових досліджень НАН України, а також з Верховним Судом України та Вищим господарським судом України.

У творчих планах відділу – теоретична розробка проблем формування національної правової системи України та її адаптації до європейського права, насамперед, розробка конституційних основ правопорядку у сфері господарювання.

Науковці відділу як творчі особистості та відповідальні громадяни своєї країни усвідомлюють те, що інтелектуальна енергія правової науки у поєднанні із законотворчістю та судовим правозастосуванням здатна позитивно впливати на конкретні правовідносини, і що суспільна правосвідомість може знаходитися на висоті лише там, де перебуватиме на висоті юридична наука. І попри усі негаразди і труднощі сьогодення переконані в тому, що юридична наука обов'язково буде визначальним чинником поступального розвитку України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Беляневич О. А., завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, доктор юридичних наук, професор

ОСНОВНІ ВІХИ СТАНОВЛЕННЯ ТА НАУКОВІ ЗДОБУТКИ ВІДДІЛУ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Відділ міжнародного приватного права та порівняльного правознавства був створений у Науково-дослідному інституті приватного права і підприємництва Академії правових наук України (нині – Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України) у 2005 році.

До основних завдань Відділу є проведення фундаментальних і прикладних наукових досліджень, спрямованих на одержання приросту нових знань у сфері міжнародного приватного права у цілому та зокрема проведення порівняльного аналізу і узагальнення світового досвіду колізійного та матеріально-правового регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом, наукове забезпечення нормотворчої діяльності органів законодавчої та виконавчої влади, включаючи процеси адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

Завідувачем Відділу було призначено **Володимира Івановича Короля**, який у 2004 р. в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України захистив кандидатську дисертацію за темою «Правове регулювання інвестиційних та зовнішньоторгових договірних відносин в Україні і Китаї (міжнародний приватноправовий аспект», у 2013 р. – в НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України докторську дисертацію за темою «Правове забезпечення регіональних зовнішньоекономічних стратегій України».

На початковому етапі функціонування Відділ брав участь у виконанні двох тем Інституту: 1) «Правові проблеми розвитку підприємництва в Україні» (№ 0103U003102), здійснивши такі дослідження: «Правове забезпечення формування та реалізації зовнішньоекономічної стратегії України» і «Прикладні проблеми гармонізації цивільного законодавства України з ЄС»; 2) Методологічні засади приватного права (№ 0103U003101), досліджуючи «Теоретико-методологічні засади та тенденції розвитку цивільного права відповідно до стандартів Європейського Союзу».

У подальшому безпосередньо Відділом виконувались такі фундаментальні наукові теми: «Проблеми регулювання приватноправових відносин в умовах регіональних та глобальних трансформацій» на 2008–2012 рр. (номер державної реєстрації: 0108u000497); «Правове забезпечення регіональних інтеграційних стратегій України в контексті модернізаційної політики держави» на 2013–2016 рр. (номер державної реєстрації: 0113U001118).

Керівник обох фундаментальних наукових тем – завідувач Відділу док. юрид. наук, старш. наук. співробітник В. І. Король.

Історія розвитку Відділу та **реалізація місії щодо** подальшого його становлення як одного із провідних центрів міжнародних приватноправових та порівняльно-правових досліджень в Україні нерозривно пов'язана з іменами членів дружнього творчого колективу, який формувався як з визнаних в Україні та за кордоном видатних особистостей та правознавців, так і молодих науковців. Вагомий внесок у виконання на високому науковому рівні фундаментальних тем Відділу, в організацію і проведення наукових заходів (конференцій, круглих столів) внесли: док. юрид. наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, голов. наук. співробітник А. С. Довгерт; док. юрид. наук, професор, голов. наук. співробітник А. І. Дмитрієв; док. юрид. наук В. Д. Примак (захистив докторську дисертацію в Інституті у 2015 р.); док. юрид. наук., професор, провід. наук. співробітник С. П. Рабинович; канд. юрид. наук, канд. філос. наук, доц., старш. наук. співробітник О. О. Гайдулін; канд. с/г. наук., старш. наук. співробітник П. І. Лапечук; канд. юрид. наук., старш. наук. співробітник К. Ю. Молодико (захистив кандидатську дисертацію в Інституті у 2007 році); канд. філософ. наук., старш. наук. співробітник Г. А. Миронова; канд. юрид. наук, провід. наук. співробітник Т. В. Сліпачук; канд. юрид. наук, наук. співробітник С. О. Шемшученко; канд. юрид. наук, наук. співробітник І. І. Новосельцев (захистив кандидатську дисертацію в Інституті у 2012 році); наук. співробітник Т. Г. Попович; наук. співробітник О. В. Шупінська; молод. наук. співробітник Є. Д. Боярський (захистив кандидатську дисертацію в Інституті у 2016 році); молод. наук. співробітник С. Ф. Задорожна; молод. наук. співробітник Ю. В. Кондратенко; молод. наук. співробітник І. Р. Микита; молод. наук. співробітник Т. С. Солом'яна; молод. наук. співробітник Ю. С. Черних.

У процесі діяльності з 2005 по 2016 рік проведено велику наукову роботу та одержано вагомі здобутки, які мають як теоретичну цінність, так і практичну значущість, що втілено у різноманітні притаманні для вітчизняної наукової сфери форми. При цьому на постійній основі:

– розробляються у порядку власної ініціативи проекти законів, які у подальшому передаються до відповідних комітетів Верховної Ради України;

– проводиться правова експертиза проектів законів та підзаконних нормативно-правових актів на запити органів законодавчої та виконавчої влади;

– готуються наукові експертні висновки на запити судових органів, зокрема, Конституційного Суду України, Верховного Суду України;

– готуються науково-аналітичні записки, які передаються до відповідних органів виконавчої влади, зацікавлених державних та комунальних підприємств і установ;

– проводиться науково-правова експертиза за договорами із суб'єктами господарювання державної та приватної форм власності;

– публікуються тези наукових доповідей, наукові статті у фахових видання України та іноземних країн;

– видаються друком збірники наукових праць та монографії (колективні та одноособові), які наведено далі.

Збірники наукових праць:

Проблеми реалізації приватноправових відносин в умовах глобалізації (м. Київ, 12 листопада 2008 року): науково-практична конференція «Загальні тенденції та особливості реалізації, охорони і захисту приватних прав в Україні та світі»: круглий стіл «Проблеми реалізації приватноправових відносин в умовах глобалізації»: Збірник матеріалів круглого столу / Ред. кол.: О. Д. Крупчан, М. К. Галянтич, В. І. Король, К. Ю. Молодико. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2008. – 111 с.

Міжнародний арбітраж в Україні та світі: доктрина і практика (м. Київ, 9 грудня 2010 року): науково-практичний круглий стіл: Збірник матеріалів круглого столу / Ред. кол.: О. Д. Крупчан, І. Г. Побірченко, М. Ф. Селівон, О. Д. Святоцький, В. І. Король та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. – 72 с.

Модернізація правових засад європейської та євразійської інтеграційних стратегій України. Збірник наукових праць / За заг. ред. В. І. Короля. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2014. – 287 с.

Правове забезпечення інтересів фізичних та юридичних осіб в умовах реалізації інтеграційної політики України. Збірник наукових праць / За заг. ред. В. І. Короля. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – 326 с.

Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції : збірник наукових праць / За заг. ред. Ю. В. Білоусова ; НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Хмельницький університет управління та права. – Хмельницький : ФОП Мельник А. А., 2015. – 532 с.

Монографії:

Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: колективна монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. – 240 с.

Молодико К. Ю. Банківські гарантії у міжнародному та внутрішньому обігу: питання теорії та практики застосування: монографія. – Київ-Тернопіль: Підручники і посібники, 2008. – 176 с.

Новосельцев І. І. Транскордонна неплатоспроможність у міжнародному приватному праві: монографія / Наук. ред. Т. В. Сліпачук. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2009. – 148 с.

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

Солтис Н. Б. Житлові права у спадкових правовідносинах [текст]: монографія / Н. Б. Солтис. − К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – 170 с.

Проблеми регулювання приватноправових відносин в умовах регіональних та глобальних трансформацій: монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – Рекомендовано до друку Вченою радою НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України.

Король В. І. Правове забезпечення зовнішньоекономічної стратегії України (теоретико-методологічні та прикладні засади державно-правового прогнозування): монографія / В. І. Король. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – 415 с.

Шемшученко С. О. Захист іноземних інвестицій: міжнародно-правові стандарти: монографія / Сергій Олегович Шемшученко – К.: Вид-во «Юридична думка», 2014. – 22 д. а.

Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія / Відп. ред. академік НАПрН України О. Д. Крупчан. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2015. – 309 с.

Дмитрієв А. І. Міжнародне канонічне право: виникнення, розвиток і основи теорії: монографія / А. Дмитрієв. – Одеса: Фенікс, 2015. – 238 с.

Важливою віхою у розвитку Відділу стало включення до його структури функціонуючої в Інституті Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу.

Лабораторія з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу (у науковому середовищі її інколи називають просто Подільською лабораторією) як відокремлений структурний підрозділ НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України була створена згідно з наказом № 12 від 26.03.2004 р. Для створення умов функціонування та забезпечення ефективної роботи лабораторії 13.04.2004 р. було укладено договір про співробітництво між Інститутом та тоді ще Хмельницьким інститутом регіонального управління та права, а також затверджено Положення про лабораторію (схвалено вченою радою Інституту, протокол № 3 від 17.03.2004 р.).

Метою створення лабораторії стало проведення наукових досліджень у сфері адаптації положень актів цивільного законодавства України до вимог та законодавства Європейського Союзу, міжнародно-правових стандартів щодо регулювання майнових та особистих немайнових відносин як новому та перспективному напрямку розвитку юридичної науки. Головними завданнями лабораторії стали: організаційне, методичне та консультативне забезпечення організації та проведення науково-дослідної роботи у сфері адаптації цивільного законодавства України до вимог Європейського Союзу та міжнародних стандартів; проведення досліджень та порівняльно-правового аналізу законодавства країн Європи та СНД для опрацювання науково-обґрунтованих рекомендацій по удосконаленню чинного цивільного, сімейного, трудового, житлового, міжнародно-правового, підприємницького та цивільного процесуального законодавства України; організація та здійснення нормопроектної роботи з питань удосконалення чинного цивільного, сімейного, трудового, житлового, міжнародно-правового, підприємницького та цивільного процесуального законодавства України.

Лабораторія почала функціонувати з 1 квітня 2004 року. Першим її керівником став Ю. В. Білоусов. До роботи у лабораторії у різний час залучалися найкращі представники цивільно-правової науки Хмельницького: тепер вже доктори юридичних наук Р. О. Стефанчук та С. Д. Гринько, канд. юрид. наук Н. Л. Бондаренко-Зелінська, В. А. Ватрас, О. Ю. Димінська, В. І. Нагнибіда, О. О. Посикалюк, М. О. Стефанчук, Н. І. Чудик-Білоусова, а також М. Б. Гарієвська.

З 2014 року керівником лабораторії став доктор юридичних наук В. Д. Примак.

Серед основних напрямів діяльності лабораторії варто виділити:

1. Проведення наукових досліджень у сфері європейського приватного права, порівняльного правознавства та модернізації цивільного, сімейного та цивільного процесуального права України дало можливість підготувати низку монографій: «Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України» (Р. О. Стефанчук, 2006), «Речові права на чуже майно: досвід правового регулювання зарубіжних країн» (В. І. Нагнибіда, 2009), «Цивільно-правовий статус споживача: у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу систематизації» (Ю. В. Білоусов, О. Ю. Черняк, 2010), «Особисті немайнові права фізичних осіб в романській, германській, англо-американській системах приватного права» (О. О. Посикалюк, 2011), «Рецепція римського приватного права в Україні та європейських країнах (на прикладі інституту деліктних зобов'язань)» (С. Д. Гринько, 2012), «Механізми забезпечення майнових прав та інтересів в Україні та Європейському Союзі в контексті концепції сталого розвитку» (колективна монографія, за заг. ред. О. Д. Крупчана, 2009), «Проблеми систематизації приватного права України та Європи» (колективна монографія, за заг. ред. Ю. В. Білоусова, 2009), «Цивільне законодавство України в контексті розвитку європейського приватного права» (колективна монографія, за заг. ред. Ю. В. Білоусова, 2012), збірники наукових праць «Пан'європейська кодифікація приватного права та її вплив на кодифікацію цивільного законодавства України» (2010), «Удосконалення механізмів захисту цивільних прав в умовах реформування цивільного законодавства в європейських країнах» (2012), «Стратегія модернізації приватного права в сучасних умовах» (2013), «Стратегія модернізації приватного права в умовах євроінтеграції» (2015), понад 200 наукових статей у фахових виданнях та збірниках наукових конференцій. Співробітники лабораторії також включалися до складу авторських колективів монографій та брали участь у підготовці збірників наукових праць, які підготовлені Інститутом.

Окремої уваги заслуговує унікальне видання «Право Світової організації торгівлі. Основні установчі акти. Англо-російсько-український глосарій» (за ред. О. Д. Крупчана, Ю. В. Білоусова) (2011), яке стало не тільки виданням актів цієї організації, а й перекладом із роз'ясненням понад 1200 термінів, понять та скорочень, які використовуються у діяльності СОТ. Системність та якість проведених досліджень демонструє і той факт, що у рамках наукових тем досліджень підготовлено 2 докторські та 6 кандидатських дисертацій.

Статус лабораторії та довіра до наукового потенціалу його співробітників підкреслюється тим, що протягом 2008–2012 рр. у рамках лабораторії самостійно проводилось наукове дослідження наукової теми Національної академії правових наук України «Уніфікація приватного права Європи та тенденції розвитку цивільного законодавства України у контексті євроінтеграції» (номер державної реєстрації: 0108U000492).

2. Створення умов для обговорення проблематики впливу європейського приватного права на національну правову систему, що надало можливість стати майданчиком для наукових дискусій у рамках значної кількості наукових заходів, які було організовано та проведено у Хмельницькому та інших містах. Серед таких заходів особливо варто відмітити міжнародні конференції «Сучасні проблеми адаптації цивільного законодавства до стандартів Європейського Союзу» (2005 р.), «Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції» (2015 р.), круглі столи «Проблеми здійснення і захисту особистих немайнових прав фізичних осіб» (2007 р.), «Пан'європейська кодифікація та її вплив на систематизацію цивільного законодавства України» (2010 р.), «Стратегія модернізації приватного права в сучасних умовах» (2013 р.). Примітно, що два із вказаних заходів проходили на фоні та з активним обговоренням буремних подій, які визначали вектор розвитку держави у 2004–2005 та 2013–2014 роках.

3. Напрацювання рекомендацій щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства в частині приведення його до європейських стандартів через підготовку відповідних наукових записок та проектів законодавчих актів.

Відділ на регулярній основі виступає як організатор, так і співорганізатор проведення науково-організаційних заходів разом з партнерами Інституту, насамперед, Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України. У свою чергу, наукові співробітники Відділу беруть активну участь та виступають з науковими доповідями на парламентських слуханнях, конференціях та інших наукових заходах в Україні, Білорусі, Російській Федерації, Австрії, Великій Британії, Нідерландах, Німеччині, Франції.

Король В. І., завідувач відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, доктор юридичних наук

Білоусов Ю. В., провідний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук

Шупінська О. В., науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

НАУКОВІ ЗДОБУТКИ ВІДДІЛУ ЮРИСДИКЦІЙНИХ ФОРМ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТІВ ПРИВАТНОГО ПРАВА, СУДОУСТРОЮ ТА СУДОЧИНСТВА

З моменту створення Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України згідно з постановою Президії Академії правових наук України від 19.04.96 №7/7-Н, відповідно до мети та завдань інституту у його структурі було створено низку підрозділів. Надзвичайно вдало та продумано було визначено кількість та специфічні напрями діяльності кожного із функціональних та обслуговуючих структурних підрозділів. За традиціями академічних наукових установ, функціональні (наукові) структурні підрозділи було створено у формі відділів. Відповідно до чинного законодавства саме відділ є базовим структурним підрозділом, який є основою для побудови структури, утворюється для виконання завдань за одним напрямом (функцією) діяльності, з чисельністю не менш як 4 працівники (у виняткових випадках у зв'язку з особливостями виконуваних функцій та через неможливість поєднання їх з функціями інших підрозділів – 3 працівники).

Маючи специфічні напрями, які розробляються кожним відділом, всі наукові відділи, а також наукові теми взаємопов'язані між собою, спрямовані на досягнення приросту наукових знань, що, в цілому, сприяє вдосконаленню наукових підходів щодо актуальних проблем приватного права і підприємництва та забезпечує результативну роботу Інституту.

Відділ юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства було створено у 2009 році як відділ, на який покладено вивчення та узагальнення практики, ознайомлення з новими тенденціями в науці, а також надання науково обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватних відносин, а також вивчення світового досвіду щодо реформування судоустрою та удосконалення судочинства України.

При виникненні державного устрою правосуддя стає носієм судової влади, яка є втіленням справедливості. У стародавні часи правосуддя здійснювалося від імені фараона, васала, короля. Потребу людини у захисті своїх прав було закріплено в правилах, законах, звичаях[1].

Минуло двадцять п'ять років з часів здобуття Україною незалежності, однак, на жаль, ми і досі не можемо позбутися стандартних «радянських» підходів до юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватних відносин, а головне судоустрою та судочинства. Хоча на українських землях завжди були міцними саме європейські традиції судоустрою та судочинства, наше суспільство і досі не розробило надійних механізмів, які б забезпечували функціонування наближеної до ідеалу системи судоустрою, а судочинство – було спроможне ефективно забезпечувати надійний правовий захист суб'єктам приватноправових відносин.

Одним з основних аспектів конституційної реформи, що триває в Україні, є перегляд нинішньої моделі урядування судової влади. Україні потрібні справедливі й незалежні суди.

Незалежний суд є одним із головних чинників правової держави, яка позабудовується в Україні. Проте на сьогодні судова система нашої держави ще не відповідає європейським стандартам і становить об'єкт справедливої критики як зарубіжних, так і вітчизняних фахівців[2].

Всі ці проблеми на шляху до побудови демократичних інституцій правової держави і призвели до суттєвої кризи у нашому суспільстві, до виникнення майже повної недовіри судовій гілці влади. Саме з метою задоволення суспільної потреби у створенні науковообґрунтованих ефективних механізмів і було створено відділ юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства.

З моменту створення у 2009 р. в НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НаПрН України відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства його очолив досвідчений юрист, науковець **Володимир Іванович Бобрик**. Саме з 2009 року по 2016 рік В. І. Бобрик, поєднуючи наукову роботу з практичною, своїми інноваційними підходами спрямовував співробітників відділу до нових наукових розвідок.

Під керівництвом В. І. Бобрика співробітники відділу ефективно провели низку наукових досліджень, зокрема, з 2010 по 2011 р. у межах теми наукових досліджень «Наукове розроблення шляхів оптимізації цивільного процесу в сучасних умовах судової реформи» проведено дослідження загальних проблем оптимізації цивільного процесу, запропоновано та науково обґрунтовано окремі шляхи та способи оптимізації цивільного процесу.

---

[1] *Гринюк В.* Становлення та еволюція незалежності судді у правовій доктрині і практиці [Текст] / В. Гринюк // Вісник Національної академії прокуратури України, 2012. – Вип. 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/soc_gum/Vnapu/2012_4/12Grin.pdf.

[2] *Там само*.

Заявивши про себе, свій науковий потенціал співробітники відділу з 2011 по 2012 р. успішно провели наукове дослідження в межах наукової теми «Наукові підходи до уніфікації і спеціалізації законодавства про цивільне, господарське і адміністративне судочинство в Україні». Основне завдання полягало у визначенні доцільності посилення уніфікації та спеціалізації судових процедур вирішення цивільних, господарських і адміністративних справ, а також відповідного вітчизняного процесуального законодавства в умовах прискорення реформи судової влади в Україні та вироблення на основі цього науково обґрунтованих рекомендацій щодо уніфікації цивільного, господарського та адміністративного процесу та внесення відповідних змін до процесуального законодавства України. За успішне проведення наукового дослідження співробітники відділу були відзначені Президією Національної академії правових наук України.

Через чотири роки наполегливої праці співробітники відділу здобули визнання в науковому суспільстві, що надало можливість переконати як керівництво та колектив Інституту, так і більш широкий науковий загал у спроможності протягом двох років виконати наукову розвідку у межах надскладної теми для сучасної юридичної науки, а, можливо, і для всього українського суспільства «Теоретичні та практичні шляхи удосконалення цивільного, господарського та адміністративного судочинства в Україні в контексті вимог європейської конвенції з прав людини». Це надскладне дослідження було проведено у 3-и етапи, кожен з яких визначено відповідно до основної мети наукового дослідження, з урахуванням тенденцій сучасної правової науки та практики, враховуючи міжнародний досвід та практику ЄСПЛ, у такій послідовності: сутність основних вимог Європейської конвенції з прав людини щодо некримінального судочинства. Справедливість як основа правосуддя у некримінальних справах. Втілення вимог Європейської конвенції з прав людини щодо некримінального судочинства в європейських країнах і Україні: порівняльний аналіз. Удосконалення некримінального процесуального законодавства України та практики його застосування в аспекті втілення вимог Європейської конвенції з прав людини.

Слід зазначити, що завдяки наполегливій кадровій роботі В. І. Бобрика та за цілковитого сприяння керівництва інституту до роботи у відділі було залучено плеяду талановитих молодих науковців, які прагнуть зробити свій внесок у розвиток сучасної юридичної науки активно поєднуючи наукову роботу з практикою.

У лютому 2016 року, зберігаючи традиції інституту, керівником відділу було призначено канд. юрид. наук, старшого наукового співробітника **Левківського Богдана Казимировича**, який на сьогодні є керівником наукової теми «Наукові підходи до удосконалення цивільного і господарського судочинства в світлі судової реформи», термін виконання якої розраховано до 2020 року.

На сьогодні у відділі працює шість наукових співробітників, серед них п'ять мають науковий ступінь кандидата юридичних наук, три з яких мають вчене звання старшого наукового співробітника за спеціальністю 12.00.03 цивільне право і цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право.

Бобрик В. І., канд. юрид. наук, стар. наук. співробітник, провід. наук. співробітник відділу, автор близько 140 наукових публікацій, коло наукових інтересів: цивільне право, цивільний процес, міжнародне приватне право. Практикуючий юрист

Гетьманцев М. О., канд. юрид. наук, стар. наук. співробітник, автор близько 30 наукових публікацій, коло наукових інтересів: цивільне право, цивільний процес, сімейне право.

Короленко В. М., канд. юрид. наук, стар. наук. співробітник, стар. наук. співробітник відділу, автор близько 50 наукових публікацій, коло наукових інтересів: цивільний процес, трудове право, цивільне право. Практикуючий юрист.

Левківський Б. К., канд. юрид. наук, стар. наук. співробітник, завідувач відділу, автор понад 70 наукових публікацій, коло наукових інтересів: сімейне право, цивільне право, цивільний процес. Практикуючий юрист.

Пижова О. В., без наукового ступеня, молод. наук. співробітник відділу.

Резнік Г. О., канд. юрид. наук, стар. наук. співробітник відділу, автор близько 60 наукових публікацій, коло наукових інтересів: цивільне право, сімейне право.

Співробітники відділу, які мають допуск Вченої ради інституту, здійснють наукове керівництво аспірантами та здобувачами наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії права). З початку 2016 року було рекомендовано 12 дисертаційних робіт до подання у спеціалізовану вчену раду Інституту з захисту дисертаційних робіт на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03: цивільне право, цивільній процес, сімейне право, міжнародне приватне право.

Відділ також бере активну участь у законопроектній роботі, яка полягає у системному аналізі проектів нормативних актів, які розробляються та вносяться на розгляд до Верховної Ради України.

За проведення якісної експертної роботи, зокрема надання науково-правових висновків у межах конкретних справ, співробітники відділу неодноразово були відмічені керівництвом Верховного Суду України.

Упродовж найближчого часу співробітники відділу будуть здійснювати активну наукову розробку теми наукових досліджень, розрахованої до 2020 р., «Наукові підходи до удосконалення цивільного та господарського судочинства в світлі судової реформи», яка здійснюватиметься за такими напрямами: формування загальних напрямків удосконалення цивільного та господарського судочинства в рамках вироблення концепції судової реформи; вироблення наукових підходів до удосконалення загальних положень, в тому числі глосарію, цивільного процесуального та господарського процесуального законодавства України; розробка і формулювання рекомендацій щодо удосконалення окремих норм та інститутів цивільного процесуального і господарського процесуального права; визначення напрямків оптимізації існуючих судових процедур в межах цивільного та господарського процесу. Створення наукового підгрунтя для законодавчого закріплення особливостей розгляду та вирішення судами окремих категорій справ.

Однак, незважаючи на вже існуючу наукову тему, співробітники відділу визначили нові перспективні напрями для наукових розвідок, зокрема: правове забезпечення гендерної рівності в сучасному судочинстві України; поблеми здійснення та захисту суб'єктивних прав громадян в умовах реформування судової системи України; правове забезпечення прав громадян на судовий захист (справедливий суд).

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

МЕТОДОЛОГІЧНІ ВИМІРИ СУЧАСНОГО ВІТЧИЗНЯНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Крупчан О. Д.,
доктор юридичних наук, професор, директор НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті аналізуються методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права. Визначено основні здобутки в межах цивілістичних та господарсько-правових досліджень, окреслено основну проблематику, а також перспективні напрями приватноправової науки.
Ключові слова: цивільне право, господарське право, методологія досліджень, приватне право.

Приватноправові дослідження займають чільне місце в системі наукових пошуків у сфері юриспруденції. Їх результати забезпечують зміцнення ринкової економіки, що обумовлює нові потреби в поглибленні приватноправового регулювання суспільних відносин. Важливим етапом розвитку приватноправової науки стала підготовка серед 5-томних видань «Правова система України: історія, стан та перспективи» та «Правова доктрина України», томів – «Цивільно-правові науки. Приватне право» [3] та «Доктрина приватного права» [2], відповідно.

Доктрину приватного права становлять як загальнометодологічні, так і окремі цивільно-правові проблеми, зокрема, суб'єктний склад, строки, правочини, а також цілісні інститути цивільного права: право власності, зобов'язальне право, корпоративне право, сімейне право тощо. Разом з тим спостерігається певна тенденція до зменшення рівня теоретичної складової підготовки наукових робіт та формальне до них ставлення, особливо дисертаційних, на жаль і докторських, робіт. Основними проблемами є відсутність належної методологічної спрямованості, а також несприйняття тенденцій розвитку реальних приватних відносин [2, с. 15].

Хоча слід зазначити, що до наукових здобутків вітчизняної цивілістики, головним чином, слід віднести результати небагатьох дисертаційних досліджень на здобуття наукового ступеню доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.03. Так, заслуговують на увагу праці, захищені у спеціалізованій вченій раді НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України, авторами яких є: А. Б. Гриняк «Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України», С. Д. Гринько «Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні», В. М. Махінчук «Теоретичні засади приватноправового регулювання підприємницьких відносин», С. О. Короєд «Процесуальне забезпечення ефективності цивільного судочинства», В. Д. Примак «Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності у цивільному праві України», А. В. Коструба «Юридичні факти в механізмі припинення цивільних майнових відносин», І. Р. Калаур «Договірні зобов'язання про передання майна у користування в цивільному праві України», Н. В. Федорченко «Зобов'язання з надання послуг у цивільному праві України: теоретико-правові засади», Л. В. Козловська «Теоретичні засади здійснення і захисту спадкових прав у цивільному праві України».

Крім того, не менш вагомими є результати досліджень за спеціальністю 12.00.04, а саме: докторські дисертації В. І. Полюховича «Господарсько-правовий механізм державного регулювання фондового ринку України», В. І. Короля «Правове забезпечення регіональних зовнішньоекономічних стратегій України», О. В. Безуха «Теоретичні проблеми правового регулювання відносин економічної конкуренції в Україні» та О. О. Бакалінської «Правове забезпечення добросовісної конкуренції в Україні: проблеми теорії і практики». Ці праці відповідним чином стосуються проблематики як приватного права, так і економічних відносин у сфері підприємництва.

Аналіз лише названих вище праць, а також тематики докторських досліджень, затверджених вченою радою Інституту, свідчить про різноманітність предметів приватноправової науки. Нині в літературі вірно відмічається, що пріоритетними є проблеми окремих груп майнових та немайнових відносин, а також питання, що виникають у сфері правозастосування. При цьому дослідження мають характеризуватися двома ознаками: єдністю правової системи України з акцентуванням на адаптацію національного права до acquis communautaire ЄС, а також збереженням «чистоти» приватного права, що забезпечується належним окресленням його предмета та методу правового регулювання, а також його принципами справедливості, розумності, добросовісності, неприпустимого втручання у сферу особистого життя людини, неприпустимості позбавлення права власності, свободи договору, свободи підприємництва, можливості реалізації права на захист.

Нині в Інституті досліджуються такі теми фундаментальних досліджень: «Шляхи удосконалення правового регулювання відносин власності в Україні», «Напрямки удосконалення корпоративного законодавства в сучасних умовах», «Договірне регулювання приватноправових відносин у цивільному праві України», «Удосконалення правового регулювання статусу непідприємницьких організацій в Україні», «Забезпечення оптимального співвідношення приватних і публічних інтересів в державному

регулюванні підприємницької діяльності», «Правове забезпечення стабільності цивільного обороту», «Наукові підходи до вдосконалення цивільного та господарського судочинства в світлі судової реформи», «Правове забезпечення регіональних інтеграційних стратегій України в контексті модернізаційної політики держави».

Предмет приватного права складають особисті немайнові та майнові відносини, які формують конститутивні ознаки приватноправових відносин, а не свідчать про їх просту дихотомію. Так, взаємодія цих відносин тією чи іншою мірою формує інші види приватних відносин, наприклад, організаційні, договірні, корпоративні, житлові, спадкові, а також відносини інтелектуальної власності. Таким чином, вказівка ст. 1 ЦК України лише на дві групи цивільних відносин, особливо зважаючи на диспозитивність приватного права, надає можливість урізноманітнити підходи до правового регулювання суспільних відносин, що ґрунтуються на приватноправових принципах.

Говорячи про методологію приватного права, неможливо уникнути розгляду методу приватного (цивільного) права, тобто способу його впливу на суспільні відносини. Цивільно-правовий метод є диспозитивним, дозвільним, тобто надає можливість учасникам відносин вільно діяти в межах урегульованих законом відносин. Таким чином, пізнання та перетворення правової дійсності корелюється тим, що цивільні відносини регулюються на основі юридичної рівності суб'єктів, їх організаційно-правової відокремленості та самостійності, ініціативності, що надає їм можливість вільно обрати власну поведінку відповідно до законодавчої моделі й навіть сформувати власну модель, керуючись свободою договору. Отже, основу методології приватного права формують безпосередньо наукові методи пізнання, принципи та методи у правовій діяльності, а також оцінка практичної доцільності існування тих чи інших правових норм.

Об'єктивним підґрунтям будь-якої науково вивіреної правової методології та вихідним пунктом побудованої на її засадах юридичної діяльності є певна система принципів. Адже у принципах права найбільш рельєфно розкриваються цілі правового регулювання, прагнення до практичного втілення яких призводить до конструювання та впровадження різноманітних правових засобів. Зважаючи на це, методологія українського приватного права має бути зорієнтована як на вироблені вітчизняною цивілістикою визначальні принципи (засади), значною мірою закріплені у ст. 3 ЦК України у формі засад цивільного законодавства, так і на відправні постулати, сформульовані у Принципах, дефініціях та модельних правилах європейського приватного права (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference – DCFR).

Примітно, що у зазначеному документі роль основоположних принципів відведена свободі, безпеці, справедливості й ефективності, які тісно взаємодіють (а подекуди навіть конфліктують) одне з одним та переплітаються з принципами інших рівнів – насамперед такими, як принципи захисту прав людини, добросовісності й чесного ведення справ, розумності. Тож одним із актуальних завдань українського приватного права нині слід вважати вироблення комплексного уявлення про багаторівневу систему його принципів – у тому числі в контексті співвідношення закріплених у ст. 3 ЦК України засад і принципів, згаданих у DCFR.

Головною методологічною проблемою завжди залишатиметься правильність обрання конкретного методу дослідження, що, безперечно, впливатиме на істинність наукового результату. Нині вчені не мають обмежень у виборі наукових методів, що забезпечує реалізацію їх основного права – обирати види, напрями і засоби наукової і науково-технічної діяльності відповідно до власних інтересів, творчих можливостей та загальнолюдських цінностей. Отже, єдиним методологічним «обмеженням» у науковому пошуку є загальнолюдські цінності.

Професори Є. О. Харитонов та О. І. Харитонова у монографії «Приватне право як концепт: пошук парадигми» розглядають приватне право як концепт, тобто використовують методологічний імператив дослідження, обравши такі визначальні характеристики приватного права, як:

1) оцінка приватного права в цілому і приватного права зокрема як явища, органічно притаманного західній культурі (цивілізації);

2) розгляд приватного права як концепту, котрий, разом з тим, виступає як елемент національних правових систем, проявляючись у останніх як національне цивільне право;

3) розуміння концепту ментальності як чинника формування (існування) загального концепту приватного права, котрий, разом з тим, внаслідок відмінностей національних менталітетів виступає підставою для диференціації «цивільно-правових» систем;

4) припущення про взаємодію правових систем (вплив одних правових систем на інші) як чинник формування і розвитку традицій приватного права;

5) визнання ментальності та правосвідомості (ставлення до Особистості) як чинників формування особливостей концепту приватного права та критеріїв розрізнення правових традицій [4, с. 5–6].

Вважаємо, що такий підхід є науково виваженим, оскільки при ньому окреслюється головна мета – дослідження приватного права з точки зору його розуміння у відповідній цивілізаційній парадигмі. Разом з тим звертаємо увагу на необхідність виокремлення й інших спеціально-наукових та міждисциплінарних підходів.

Зосереджуючись на доробку європейської цивілізації, не забуваємо про генетичний взаємозв'язок кожної певним чином формально визначеної приватноправової засади з різними складовими глобального за своїм юридичним значенням принципу верховенства права. І тут важко переоцінити той внесок, який робить у його інтерпретацію Європейський суд з прав людини та Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія). Однак, попри наявність відповідного законодавчого припису, нам ще належить укорінити практику зазначеного Суду як повноцінне джерело вітчизняного права (приватного зокрема), у тому числі в частині застосування його тлумачень щодо конкретних виявів верховенства права. При цьому слід виходити з того, що всі дотичні до приватного права види юридичної діяльності та складові правової системи України мають бути пронизані ідеями всебічного сприяння реалізації прав людини, забезпечення правової визначеності, доступності ефективних засобів юридичного захисту та справедливого судочинства тощо.

Р. А. Майданик у монографії «Розвиток приватного права України» звертає увагу на такі основні тенденції сучасного українського приватного права: 1) формування ідеології українського приватного права ліберального типу, яка ґрунтується на базових/універсальних цінностях прав людини, єдиного європейського комерційного простору, зміцнення європейської культурної єдності, балансу інтересів на засадах партнерства і співробітництва; 2) визнання законодавства як основного джерела права та набуття окремих рис звичаєвого типу; 3) універсалізація цивільного законодавства та відмова від комплексних галузей права; 4) лібералізація законодавства; 5) розуміння об'єктивності розширення приватного сектора [1, с. 59–60].

Таким чином, маємо в юридичній літературі чітке розуміння сутності приватного права та напрями його розвитку. Перш за все, слід звернутися до економічної основи досліджень та її співвідношення з правовими категоріями. Наприклад, економічна категорія «форма власності» непритаманна цивільному праву, яке оперує принципами рівності суб'єктів права власності, а також особливостями правового режиму окремих об'єктів цивільних прав. Отже, врахування економічних принципів та закономірностей має належним чином окреслюватися відповідною формою та змістом цивільних відносин.

Іншою методологічною складовою досліджень приватного права є врахування сучасних соціальних викликів. Особливу увагу нині привертають проблеми, пов'язані з проведенням АТО та тимчасово окупованою територією України, внаслідок цього розширюється не лише предмет досліджень (права внутрішньопереміщених осіб, виплата пенсій, повернення майна тощо), а й методи приватноправових досліджень, які мають співвідноситися з методами соціальних наук.

З методологічної точки зору надзвичайно важливим завданням є узгодження вітчизняного приватноправового інструментарію з міжнародно-правовими актами у сфері приватного права, до яких, серед іншого, належить Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. Так, імплементація у цивільному законодавстві України багатьох закріплених у цій Конвенції правових моделей могла б сприяти подоланню низки гострих проблем, які постали останнім часом у правовому регулюванні цивільних відносин. Серед іншого йдеться про труднощі, які виникають при розгляді судових спорів, спричинених негативними цивільно-правовими наслідками подій, пов'язаних з віроломною окупацією Російською Федерацією Українського Криму та окремих районів Донецької та Луганської областей, а також бойовими діями, які тривають на території проведення антитерористичної операції. Адже, наприклад, більша узгодженість вітчизняного законодавства з апробованими при застосуванні вищезгаданої Конвенції міжнародними стандартами кваліфікації обставин непереборної сили дозволила б забезпечити належну правову визначеність у вирішенні зазначеного питання.

До останньої групи методів слід додати порівняльно-правові, що надають можливість належним чином обґрунтувати шляхи адаптації законодавства України до права ЄС. Проте це породжує відповідну правову проблему – дослідження правової доктрини держав – членів ЄС. Її вирішення можливе шляхом вивчення зарубіжних наукових праць, а також публікації українськими вченими наукових робіт у іноземних виданнях, що пов'язано як з науковою, так і формально-адміністративною необхідністю.

У регулюванні цивільних відносин з іноземним елементом дедалі більшого значення набувають численні положення так званого м'якого права, включно з тими, що були напрацьовані спеціалізованими міждержавними організаціями. У цьому зв'язку не можна обійти увагою Принципи УНІДРУА, потенціал яких явно недостатньо використовується при вдосконаленні українського цивільного законодавства. Разом з тим важко переоцінити методологічне значення джерел «м'якого права» (до яких можна зарахувати й модельні акти на кшталт Принципів європейського договірного права) для визначення перспектив розвитку приватного права як невід'ємної складової правової системи України.

Стрімке розширення транскордонних зв'язків зумовлює зростання методологічної ваги порівняльно-правових досліджень, результати яких можуть бути використані як з метою запозичення найкращого зарубіжного досвіду, так і у практичній діяльності із захисту інтересів громадян України

у міжнародних приватних відносинах. Тому порівняльно-правовий метод має посідати одне з чільних місць у методологічному інструментарії юридичної науки.

До неодмінних складових цього інструментарію слід зарахувати й Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами – з іншої. Адже йдеться про правовий акт, який визначає обов'язки України щодо масштабної адаптації вітчизняного законодавства до законодавства ЄС. При цьому маємо виходити з того, що чи не всі елементи acquis communautaire так чи інакше мають безпосередній вплив на інтереси приватних осіб.

Отже, слід дійти висновку про існування нагальної потреби в утвердженні такого погляду на методологічні засади розвитку українського приватного права, який ґрунтується на поєднанні регулятивного потенціалу, закладеного, з одного боку, у напрацьованих вітчизняною цивілістикою принципах цивільного права (засадах цивільного законодавства), а з іншого – у різних елементах принципу верховенства права, практиці Європейського суду з прав людини, законодавстві ЄС, модельних актах європейського приватного права і нормах «м'якого права».

Практичним результатом упровадження запропонованого підходу у наукову і законодавчу діяльність, а також практику правозастосування має стати досягнення системою приватного права України такого стану, який буде характеризуватися: високою ефективністю механізмів правового регулювання – насамперед щодо захисту прав людини і основоположних свобод, а також створення належних передумов для прискореного розвитку економіки країни; адаптованістю законодавства України до законодавства ЄС і виконанням юридичних умов щодо повноправної інтеграції нашої держави до Європейського Союзу; узгодженістю вітчизняного приватного права з ключовими підходами, утіленими у модельних актах європейського приватного права.

Вважаємо, що сучасна наука приватного права має вирішувати у тому числі проблеми взаємодії публічного та приватного права. До них слід віднести окремі аспекти надмірної пріоритетності приватноправового регулювання суспільних відносин. Так, слід дослідити необхідність зрівняння приватної та публічної власності, зважаючи на різнорідність приватних та публічних інтересів, а також доречність використання приватноправових та публічно-правових механізмів регулювання економічних відносин, зважаючи на їх системність, динамічність та здатність до повторюваності зростання і спадів. Таким чином, приватне право має стати ефективним інструментом регулювання різних суспільних відносин не лише використовуючи існуючі конструкції, а й створюючи нові.

Нині новими викликами для Інституту є дослідження, які започатковуватимуться у 2017 році. Так, планується відкриття трьох фундаментальних тем досліджень, які стосуються як публічно-приватної взаємодії, так і міжнародної уніфікації.

Так, дослідження за темою «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності» має на меті удосконалення загальних концептуально-правових засад та конкретного правового інструментарію, спрямованого на забезпечення на належному рівні життєво важливих майнових інтересів як держави, так і суб'єктів приватного права у нинішніх фундаментально інших умовах суспільного розвитку, в іншому регіональному контексті. У свою чергу, очікувані результати дослідження, у тому числі прогностичного характеру, матимуть як теоретико-методологічне, так і прикладне значення для широкого кола суб'єктів публічного та приватного права на усіх рівнях: макрорівні – державному, мезорівні – регіональному, муніципальному, мікрорівні – юридичних та фізичних осіб.

Інший напрям – «Приватноправові проблеми реалізації євроінтеграційної стратегії України» має сформувати науково обґрунтовані підходи до адаптації законодавства України у сфері правового регулювання приватних відносин до законодавства ЄС, забезпечити гармонізацію приватноправової складової правової системи України з положеннями уніфікованих (модельних) актів європейського приватного права, а також впровадити правові моделі, здатні забезпечити верховенство права у приватних правовідносинах.

Нарешті, дослідження «Адаптація корпоративного законодавства України до права Європейського Союзу» передбачає аналіз стану правового забезпечення здійснення, охорони і захисту корпоративних прав в Україні і зарубіжних країнах з урахуванням накопиченого досвіду застосування попереднього законодавства, результатів наукових досліджень, судової практики, а також пропозиції нових підходів до їх врегулювання та розроблення науково обґрунтованої цивілістичної концепції щодо вдосконалення корпоративного законодавства в Україні. Вкрай важливим при цьому є вивчення досвіду країн–учасниць ЄС та наднаціонального законодавства.

У сучасних умовах розробка методології приватного права забезпечує пізнання закономірностей розвитку правових явищ, визначення цілей та вдосконалення механізмів правового регулювання, ефективний вплив приватного права на розвиток суспільства. Вона повинна ґрунтуватися на застосуванні таких традиційних методів пізнання правової дійсності, як загальнологічні методи пізнання (аналіз, синтез тощо), загальнонаукові (насамперед, правове моделювання та системний підхід), а також

сучасних методів соціально-гуманітарних наук, таких як: юридична герменевтика, аксіологія, теорія самоорганізації та синергетика. Її спрямування має зосереджуватися на науковому обґрунтуванні юридичних моделей, заснованих на методах регулювання приватноправових відносин, а також вирішенні проблем правозастосовного характеру, а також має забезпечуватися через підвищення рівня теоретико-правових досліджень у галузі приватного права. Актуальним також залишається визначення меж взаємодії приватного та публічного інтересів та вироблення ефективних механізмів їх узгодження у процесі побудови правової держави.

Вважаємо, що методологічні дослідження приватного права мають бути зорієнтовані на органічне поєднання і взаємозв'язок приватних та публічних інтересів, дотримання балансу яких має бути пріоритетним напрямом у регулюванні взаємовідносин держави та особи. Крім того, доцільним є запровадження в методології приватного права переходу від абсолютизації принципу «монізму» до визнання принципу «плюралізму» з метою адекватного пізнання і перетворення сучасної правової дійсності, від однобічних поглядів та оцінок правових явищ до порівняльного аналізу результатів, отриманих за різними методиками.

Насамкінець, слід звернути увагу на необхідність приведення на європейський рівень правового регулювання інститутів громадянського суспільства, визначаючи не лише їх публічно-правову роль у державі, а й забезпечуючи їх приватноправовий статус як юридичних осіб чи неформальних організацій з використанням aquis ЄС щодо права компаній та некомерційної господарської діяльності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Майданик Р. А.* Розвиток приватного права України: монографія. – К.: Алерта, 2016. – 226 с.
2. *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.
3. *Правовая* система Украины: история, состояние и перспективы: в 5-и т. – Харьков: Право, 2011. – Т. 3: Гражданско-правовые науки. Частное право / Под. общ. ред. Н. С. Кузнецовой. – 680 с.
4. *Харитонов Є. О.* Приватне право як концепт: пошук парадигми: монографія / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова. – Одеса: Фенікс, 2014. – 804 с.

Krupchan O. D. Methodological Dimensions of Modern Domestic Private Law

The article analyzes the methodological dimensions of modern domestic private law. The main achievements within civil law and economical legal studies, outlined the main issues and promising areas of private science.

Key words: civil law, economic law, research methodology, private law.

Крупчан А. Д. Методологические измерения современного отечественного частного права

В статье анализируются методологические измерения современного отечественного частного права. Определены основные достижения в пределах цивилистических и хозяйственно-правовых исследований, очерчена основная проблематика, а также перспективные направления частноправовой науки.

Ключевые слова: гражданское право, хозяйственное право, методология исследований, частное право.

ГОСПОДАРСЬКИЙ (КОМЕРЦІЙНИЙ) ТА ЦИВІЛЬНИЙ ОБОРОТИ: СУТНІСТЬ ТА ВІДМІННОСТІ В УМОВАХ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Безух О. В.,
доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України

В статті аналізується сутність господарського (комерційного) і цивільного оборотах та їх відмінності в умовах ринкової економіки.
Ключові слова: господарський оборот, цивільний оборот, економічна конкуренція.

В умовах подальшого шляху України до ринкової економіки та економічної інтеграції з Європейським Союзом постає питання оцінки правового впливу на економічні відносини та шляхи його удосконалення. Основу будь-яких відносин в умовах ринку становлять відносини між підприємцями (суб'єктами господарювання) та споживачами (фізичними та юридичними особами). За своєю природою ці відносини є приватноправовими.

Розглядаючи пануючі в Україні погляди на стратегію модернізації приватного права в сучасних умовах, слід констатувати, що науковці бачать модернізацію, насамперед, у рецепції принципів римського приватного права, визначення такої рецепції як методологічного імперативу. Що цікаво, у стратегії модернізації приватного права в сучасних умовах відсутнє будь-яке посилання на регулювання економічних відносин взагалі та ринкових зокрема [1]. Враховуючи, що римські юристи не займалися бізнесом майже півтори тисячі років, а суспільні відносини, особливо в економічній сфері, зазнали суттєвого розвитку, такий підхід у сфері регулювання приватних економічних відносин є відверто помилковим. Не випадково Р. Саватьє слушно зазначив, що відносини приватної власності, які є базовими в римському праві, перебувають у непримиримій суперечці з сучасним рівнем розвитку виробничих кіл [2, с. 93]. Це ставить питання про диференціацію приватних відносин та їх розуміння в межах поширених посилань на цивільний та господарський оборот.

У дореволюційній правовій доктрині цивільним оборотом вважалася сукупність всіх юридичних угод, які здійснювали особи в суспільстві. При цьому поняття «цивільний оборот» вважалося родовим по відношенню до поняття «економічний оборот» [3]. З розвитком економічних відносин поняття «цивільний оборот» як «економічний оборот» застосовувалося як для ідентифікації відносин в адміністративній радянській економіці, так і для визначення ринкових відносин як його сьогодні намагаються застосовувати.

У радянські часи С. М. Братусь визначав цивільний оборот як сукупність юридичних фактів (планових та інших адміністративних актів, правочинів, подій, інших правотворюючих актів) і правовідносин, що з них виникають, в силу яких здійснюється перехід майна від одного суб'єкта права до іншого. Цивільний оборот охоплює не лише оборот товарів, а й передачу майна безоплатно, опосередковує передачу майна у власність, в оперативне управління, в тимчасове володіння, а також у вигляді відшкодування шкоди [4].

У сучасній літературі Є. О. Суханов визначає цивільний оборот як сукупність угод, що укладаються суб'єктами цивільного права, і зобов'язальних відносин, що виникають на цій основі. Цивільний оборот являє собою юридичну (цивільно-правову) форму товарообміну як сукупності економічних відносин по переходу матеріальних благ від одних осіб до інших. Об'єкти цивільного обороту – різні матеріальні і нематеріальні блага, які є виробами в економічному значенні, включаються до цивільно-правової категорії майна, а сам цивільний оборот називають тому також товарним, або майновим, оборотом. Та частина відносин цивільного обороту, учасниками яких виступають професійні підприємці (комерсанти), підпадає під поняття підприємницького, або комерційного, обороту. Категорією «цивільний оборот» охоплюються угоди не тільки з відчуження речей, а і за їх тимчасового використання (наприклад, на засадах оренди); угоди, які оформляють обмін не тільки речами, а й результатами робіт і послуг, а також надають можливість використовувати результати творчої діяльності і деякі інші нематеріальні блага, які є виробами; угоди оплатного і безоплатного характеру [5].

Дуже показовим є те, що Є. О. Суханов виокремлює з цивільного обороту відносини, учасниками якого є професійні підприємці (комерсанти), тобто в межах цивільного обороту існує ще й підприємницький, або комерційний, оборот, ознаки та підстави його виокремлення, співвідношення з родовим цивільним оборотом в цивільному праві не розглядаються. Враховуючи, що, за визначенням Є. О. Суханова, суб'єктами цивільного обороту є суб'єкти цивільного права, підприємці за статусом та особливостями від них відрізняються.

В ЦК УРСР предметом правового регулювання було визначено майнові і пов'язані з ними особисті немайнові відносини, а основою майнових відносин є соціалістична система господарства і

соціалістична власність. Згідно з сучасним ЦК України цивільним законодавством регулюються *особисті* (курсив наш – О. Б.) немайнові та майнові відносини (цивільні відносини). Тобто, коли ЦК УРСР регулював усі майнові відносини, в тому числі ті, що виникали з адміністративних та інших публічних актів і відносин, то згідно з ЦК України цивільним законодавством мають регулюватися лише особисті майнові відносини. Виникає запитання: чи є оборот товару та сучасні ринкові відносини особистими, чи можливо їх впорядковувати на принципах цивільного права?

Слід акцентувати увагу, що в економічних ринкових відносинах їх суб'єкти виступають не як особистості, а, в першу чергу, як економічні суб'єкти, волю яких визначають економічні закономірності. Загальновідомим є прислів'я: нічого особистого, лише бізнес. Об'єктом цивільних відносин є об'єкти цивільного права, визначені ЦК України. В економічному обороті також здійснюється передача певних об'єктів прав від одних суб'єктів до інших, які в умовах ринку набувають інший правовий статус – статус товару. Суб'єктами відносин є підприємці (суб'єкти господарювання) та споживачі, які можуть розглядатися як окремі особи, так і групи осіб (як одна особа), мають особливий правовий статус та протилежні економічні інтереси.

Основними об'єктами правовідносин в ринковій економіці є товар і гроші, які складають оборот за загальновідомою формулою: гроші – товар – гроші. Поняття товару та грошей, як специфічного товару, в ЦК України не згадується. Специфікою товару є те, що він часто-густо має безособовий та безтілесний характер, характеризується оборотом на ринку певних правомочностей щодо товару, яким протистоїть право вимоги. Недарма Р. Саватьє вказав на можливість розщеплення права власності в економічному обороті на певні правомочності, які набувають власну реальність, оскільки вони самі по собі створюють майнові блага і є підстави для ствердження про самостійне право власності на це право. Додання слова «власність» окремій правомочності лише надає цьому праву більшу силу, виокремлює його, має тенденцію надання йому переваг по відношенню з конкуруючим з ним правом [2, с. 91].

У господарському законодавстві, зокрема Законі України «Про захист економічної конкуренції», товаром визнається будь-який предмет господарського обороту, в тому числі продукція, роботи, послуги, документи, що підтверджують зобов'язання та права (зокрема цінні папери), тобто предметом господарського обороту є товар. Згідно з європейським правом під товаром слід розуміти продукти, які можливо оцінити в грошах і які спроможні як такі формувати основу комерційної трансакції.

Законодавством встановлено сферу обороту товару (взаємозамінних товарів), тобто сферу господарського обороту, яким є ринок. Відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» ринок товару – це сфера обороту товару (взаємозамінних товарів), на який протягом певного часу і в межах певної території є попит і пропозиція. Сьогодні саме поняття «господарський оборот» прямо пов'язане із поняттям «ринок», який є специфічним об'єктом правового впливу [6].

Конкурентні відносини мають певні особливості порівняно з класичним розумінням правовідносин. Так, Закон України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» як предмет дослідження для застосування механізмів захисту інтересів національного товаровиробника та врегулювання відносин при зростанні імпорту товарів на ринки України визначає не суб'єктів ринку, а безпосередньо товар, який конкурує з товаром, що є об'єктом спеціального розслідування. Тобто об'єкт правовідносин може бути важливішим ніж суб'єкт та бути відокремленим від волі суб'єктів конкурентних правовідносин.

Головним для визначення процесу конкуренції та обороту товару є не якості особи, що виробляє та реалізовує відповідний товар, а властивості самого товару, який обирається споживачами. При цьому процес сприйняття відповідного товару споживачем може бути пов'язаний із виробником внаслідок наявності у нього певної ділової репутації, а може взагалі не пов'язаний з будь-яким виробником. Споживчі якості товару, відповідна його цінність та бажаність його придбання визначається виключно споживачем за його внутрішнім переконанням, що передбачає можливість впливу на нього з боку недобросовісних підприємців та інших викривлень у процесі його господарського обороту. Тобто господарський оборот на відміну від цивільного має певні характеристики (критерії), які не згадуються у визначеннях цивільного обороту, зокрема, взаємозамінність та безособовість товарів обороту, предметом обороту яких, крім продукції, робіт та послуг, є документи, що підтверджують зобов'язання та права (зокрема цінні папери), часові та територіальні визначення, наявність попиту і пропозиції, організований на принципах економічної конкуренції, має специфічні суб'єкти відносин (суб'єкти господарювання та споживачі), які можуть виступати як окремі особи або група осіб, що виступає як одне ціле. Особливу увагу слід звернути на те, що документи на товар, інші майнові вимоги можуть бути самостійним предметом господарського обороту, який відокремлений від права власності на товар. Таким чином, підтверджується висновок Р. Саватьє, що в економічному обороті відбувається розчленування певних прав на правомочності, які створюють окремі права власності та є предметом окремого обороту.

С. Є. Долгаєв слушно зазначив, що порівняно із «цивільним оборотом», який складають активні, вольові, правомірні дії, спрямовані на оборот об'єктів між його учасниками, розуміння

ринку через таку категорію як «оборот» передбачає ширше його тлумачення, яке додатково включає його суб'єктів та відносини, що виникають [7]. Головними ж суб'єктами відносин є не просто юридичні або фізичні особи, а підприємці та споживачі, які набувають окремого правового статусу. Відносини також зазнають трансформації та набувають статус відносин економічної конкуренції.

Щодо кола та статусу суб'єктів господарювання як учасників відносин економічної конкуренції, то вони визначені у ст.1 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Слід звернути увагу, що вони є іншими ніж ті, що зазначені у ГК України.

Іншою фігурою є споживачі (фізичні та юридичні особи), які є невід'ємним елементом, «арбітром» економічної конкуренції. Саме споживачі, вступаючи у приватний господарський зв'язок (господарські правовідносини) із суб'єктом господарювання з приводу придбання товару, надають такому суб'єкту перевагу, що створює публічний господарський зв'язок між суб'єктами господарювання на певному ринку, перетворюючи їх у конкурентів. Виникнення такого суспільного явища як економічна конкуренція унаслідок укладення системи правочинів на ринку докорінно відрізняє сучасний господарський оборот від цивільного, оскільки економічна конкуренція загалом відокремлюється від особистості, має публічний аспект та підкоряється власним правилам. Цивільне право не розглядає вплив правочину в межах цивільного обороту на інших осіб, ринок у цілому, умови обороту (бар'єри доступу на ринок, цінові умови, доступ споживача до інформації про умови обороту товарів, наявність різноманітних «дискримінаційних» умов) та таке явище як економічна конкуренція.

Економічна конкуренція є одним з головних елементів ринку та ринкових відносин, який забезпечує максимізацію прибутку та на цих підставах розширення масштабів виробництва. Конкуренція виступає як форма взаємодії ринкових суб'єктів і механізмів регулювання пропорцій на ринку [8]. Певні форми взаємодії (відносин) суб'єктів підлягають правовому врегулюванню шляхом встановлення правил діяльності (конкуренції) суб'єктів господарювання на ринках та умов обороту товарів, що є предметом діяльності таких суб'єктів.

У науковій літературі та правотворенні мало звертають увагу на те, що згідно з п. 8 ст. 92 Конституції України гарантії підприємництва, правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання визначаються виключно законами України. Слід підкреслити, що правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання не ототожнюються. Однакове виконання встановлених правил господарської діяльності передбачає рівність усіх суб'єктів в конкуренції, коли перемогу в економічних відносинах з іншими суб'єктами господарювання можна отримати лише завдяки власним досягненням.

Іноді суб'єкти господарювання ухиляються від виконання встановлених правил, що може і не передбачати настання відповідальності в звичайному розумінні, але рівність учасників конкуренції порушується і одні суб'єкти господарювання отримують неправомірні переваги над іншими. Відповідним чином порушуються і пропорції на ринку внаслідок збою механізму конкуренції, що тягне за собою негативні наслідки для умов господарського обороту.

За таких умов для регулювання господарського обороту застосування принципів «використання права» та «дозволено все, що не заборонено» є недостатнім, реалізація принципу свободи договору та правомочностей власності порівняно з цивільними відносинами набуває інших рис, встановлюються жорсткі правила (правила конкуренції) шляхом зобов'язування суб'єктів господарювання діяти певним чином.

Слід підкреслити, що ст. 6, 627 ЦК України начебто передбачають безмежну свободу договору всіх приватних осіб, але ст. 633 ЦК України здійснює, щонайменш, його суттєве обмеження у випадках, коли стороною договору є підприємець, покладає на нього обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Умови публічного договору незалежно від волі підприємця встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Підприємець не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору, якщо інше не встановлено законом. Підприємець не має права відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг).

На думку автора, все ж йдеться не про обмеження принципу свободи договору, а про те, що в цивільному і господарському оборотах принципи свободи договору мають різний зміст. За слушним визначенням С. Погребняка, принципи права – це найбільш загальні і стабільні вимоги, які сприяють утвердженню та захисту суспільних цінностей [9]. Оскільки ставиться питання про певні і чисельні виключення з принципу свободи договору, навіть надана класифікація обмежень свободи договору [10], постає питання про його стабільність, незмінність, що виключає застосування цього принципу у такому розумінні в господарському обороті. Провідні засади не можуть змінюватися або обмежуватися.

Як слушно визначив В. С. Щербина, ГК України на відміну від ЦК України надає перевагу у регулюванні договірних відносин закону, а не договору; для господарських договорів у багатьох

випадках характерним є застосування державного замовлення і державного оборонного замовлення, здійснення державних закупівель, а також використання типових і примірних договорів; в господарських відносинах досить важливими є обмеження договірної свободи приписами законодавства про захист економічної конкуренції тощо. Тому переносити принцип договірної свободи, притаманний певним цивільним правовідносинам, на відносини за участю суб'єктів господарювання, на нашу думку, немає достатніх підстав [11].

Стаття 633 ЦК України визначає договір, укладений підприємцем щодо реалізації товару, як публічний договір. Як слушно зазначає В. О. Горєв, положення про те, що обов'язок підприємця здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звернеться, обумовлений публічним характером його діяльності. Доведено, що публічний характер підприємницької діяльності встановлюється законодавцем. Підприємницька діяльність має публічний характер, якщо із закону або інших нормативно-правових актів випливає, що підприємець, який здійснює таку підприємницьку діяльність, зобов'язаний обслуговувати кожного, хто до нього звернеться, або в силу імперативних правових приписів має вважатися таким, що взяв на себе обов'язок обслуговувати кожного, хто до нього звернеться. На сьогодні публічний характер мають: а) види підприємницької діяльності, які прямо вказані в ч. 1 ст. 633 ЦК України; б) торговельний та інші види обслуговування фізичних осіб для задоволення їх особистих потреб; в) види підприємницької діяльності, які опосередковуються договорами, прямо названими в законі публічними [10]. Тобто договір, укладений підприємцем в процесі власної господарської діяльності, визначений як публічний тоді, коли згідно зі ст. 1 ЦК України предметом регулювання цивільного законодавства є особисті відносини. Виникає запитання, чому договір, укладений однією приватною особою з іншою, виявився публічним?[1] В умовах ринку договір є частиною (елементом) публічних явищ: економічної конкуренції, ринкових відносин, забезпечення добробуту суспільства та його економічної безпеки тощо та не передбачає самостійного ізольованого існування, як це досліджується в цивільному праві. Договір в господарському обороті є одним із правових інструментів формалізації ринкових відносин та є об'єктом публічного інтересу. Сама конструкція договору жодним чином не відображає сутності та змісту відносин, що виникають на ринку, в цілому.

Зміст економічних ринкових відносин визначається інтересами багатьох сторін, метою правового регулювання, яка визначає правовий режим регулювання та модель відносин як правових. Щодо господарських ринкових відносин, то, за слушним визначенням Т. В. Боднар, призначенням ГК України та інших актів господарського законодавства щодо регулювання договірних відносин (договірних зобов'язань) є регулювання відносин, якщо таким договірним відносинам (договірним зобов'язанням) властива публічно-правова складова, що знаходить свій прояв у публічному інтересі [12].

При цьому, як справедливо зазначив І. В. Дрішлюк, економічна нерівність сторін впливає на співвідношення прав та юридичних обов'язків суб'єктів договору, що, у свою чергу, впливає на механізм укладення та правові наслідки порушення вимог законодавства щодо публічного договору [13].

Для компенсації асиметрій, що виникають унаслідок вчинення правочинів на ринку, держава встановлює правила ведення господарської діяльності (фактично в ринкових умовах це правила конкуренції), які передбачають створення певного господарського правового порядку та інститутів для його підтримання. Унаслідок вчинення приватними особами правочинів, окрім договірних, також виникають відносини економічної конкуренції, які мають публічний характер, охоронні відносини щодо захисту споживачів та економічної конкуренції, додаткові господарські зобов'язання, пов'язані із захистом споживачів. Це обумовлено публічним інтересом до змісту економічних приватних відносин. У сукупності зазначені відносини створюють умови обороту товару на ринку, тобто господарський оборот.

Як слушно зазначає Н. М. Корчак, ринок та ринкові структури розглядаються як цілісна, відкрита, багаторівнева система, окремі компоненти якої (для товарного ринку – це умови обороту, для видів ринкових структур – це система умов, в яких здійснюється конкуренція) складають діалектичну єдність [14].

Для того, щоб така система працювала, а також здійснювався справедливий, ефективний оборот товарів, держава створює правила конкуренції (правила поведінки на ринку), окремою частиною яких є відповідальність за їх порушення, які функціонують на підставі інших принципів та механізмів, ніж цивільний оборот. В таких правилах публічні правові заборони є важливим

[1] *На думку автора,* такий підхід щодо публічності договору, який укладається підприємцем, відображає сутність суспільних процесів, оскільки відбувається унаслідок суспільного розподілу праці та економної конкуренції, захищає публічні економічні інтереси, які певним чином збігаються з приватними. В економічному житті не може бути місця «голому» приватному егоїзму, оскільки це призводить до руйнування нормального розвитку економіки, монополізації та олігархації економічного життя, що відбулося в Україні. Договірні відносини, окрім приватного регулювання з боку учасників, визначаються та корегуються публічно-правовими засобами, що змінює не лише порядок реалізації правомочності, а й їх зміст. Водночас виникає термінологічне зауваження, оскільки між приватними особами виникають приватні відносини, хоча вони і зазнають суттєвого впливу з боку держави та інших публічних явищ (економічна конкуренція, соціальна відповідальність тощо).

елементом регулювання приватних відносин, що забезпечує вольове утримання таких суб'єктів від здійснення небажаних дій. В цьому сенсі норми антимонопольного законодавства є суттєвим елементом договірного господарського права, приписи та заборони якого забезпечують господарський (економічний, ринковий) оборот.

Однією з кваліфікуючих ознак господарського обороту є його системний характер. Як зазначив І. Б. Родіонов, при системному підході об'єкт дослідження представляється як система. Саме поняття «система» може бути віднесене до одного з методологічних понять, оскільки розгляд об'єкта досліджується як система та відмова від такого розгляду і залежить від завдання дослідження і самого дослідника. Існує багато визначень системи. Система є комплекс елементів, що перебуває у взаємодії. Система – це безліч об'єктів разом з відносинами цих об'єктів. Система – це безліч елементів, які перебувають в стосунках або зв'язках один з одним, що утворює цілісність або органічну єдність [15].

Цивільне право не передбачає регулювання систем відносин. Цивільний оборот розглядається як певна сукупність (механічна) правочинів, що задовольняє особисті потреби певних осіб. Воно не ставить питання про можливий вплив, навіть правомірного правочину, на умови укладення інших правочинів, оскільки це суперечить принципам свободи волі та свободи договору. Господарський оборот передбачає систему взаємопов'язаних відносин, яка бере свій початок з встановлення технічних регламентів та оцінки відповідності при введенні товару в оборот (виробництві), його стандартизації і сертифікації. Тобто введення товару в оборот відбувається до моменту укладення правочинів. В подальшому забезпечуються певні умови обороту та споживання товарів (ціна, якість, безпечність, однаковість, конкурентність, недискримінаційність тощо).

Господарський оборот як система відносин будується та функціонує відповідно до певних власних принципів, які є визначальними, провідними засадами побудови всіх ринкових відносин. Як слушно визначив С. Погребняк, принципи права мають пріоритет над нормами права. Норми формуються під впливом або на розвиток того чи іншого принципу або групи принципів і не повинні їм суперечити. Вони є зазвичай лише різними проявами дії принципів, засобами їх конкретизації. Принципи визначають зміст системи права та її структурних елементів, а також напрями їх подальшого розвитку [9].

У зв'язку із трансформацією економіки, пов'язаної із переходом на ринкові відносини, змінюються і принципи її регулювання. С. Погребняк зазначає, незважаючи на більшу стійкість принципів права відносно правових норм, оскільки вони залишаються незмінними протягом тривалого часу, така підвищена стійкість не заважає принципам еволюціонувати разом з суспільством [9]. В. С. Щербина підкреслює, що визначення переліку загальних принципів в теорії господарського права разом із однозначним розумінням їх змісту, більш чітке розуміння принципів правового регулювання відносин у сфері господарювання, відмінних від принципів правового регулювання цивільних відносин, надало б змогу чітко розмежувати предмети регулювання ЦК і ГК України і розв'язати надуману проблему «конкуренції кодексів» [11].

Автор зазначає, що в Україні відсутнє чітке розуміння принципів організації побудови господарських ринкових відносин [16]. В цьому сенсі нам необхідно здійснювати рецепцію принципів не з Римського права та його цивільного обороту, а з права сучасних ринкових економік, які визначають принципи сучасного господарського обороту.

Іншою відмінністю господарського обороту є виникнення феномена 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. 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 [17]. Це обумовлює встановлення у сфері господарського обороту особливого порядку виникнення певних прав і обов'язків суб'єктів господарювання (отримання ліцензій, дозволів тощо), особливих санкцій та порядку їх застосування (адміністративно-господарські штрафи, відмінний від цивільно-правового порядок застосування неустойки та відшкодування збитків), застосування процедури відновлення платоспроможності суб'єктів господарювання, покладення додаткових зобов'язань згідно з законом тощо.

Сучасний господарський оборот відбувається відповідно до правил економічної конкуренції, які проявляються та функціонують у взаємопов'язаному комплексі правових явищ, що включає, по-перше, правові принципи, що забезпечують економічну конкуренцію, по-друге, правові приписи та заборони, які мають як нормативний, так і ненормативний характер (дотримання торгових та інших чесних звичаїв у підприємницької діяльності), по-третє, реалізацію органами влади та управління, суб'єктами господарювання правових принципів та приписів у сфері господарювання, які знаходяться у взаємозв'язку між собою та здійснюють вплив на весь господарський правовий порядок в ринкових умовах.

Висновок: цивільний та господарський оборот відрізняється: принципами побудови, правового регулювання та забезпечення обороту, його призначенням, правовим статусом учасників, порядком виникнення прав і обов'язків, економічними та, відповідно, правовими наслідками обороту, відповідальністю учасників та порядком її застосування тощо.

Господарський оборот – сукупність взаємопов'язаних відносин між учасниками ринку, яка виникає унаслідок руху товару на ринку. Такі відносини характеризуються побудовою на закономірностях та правилах економічної конкуренції, спеціальним статусом суб'єктів відносин, взаємозамінністю та безособовістю товарів обороту, можливістю розщеплення правомочностей власності, унаслідок чого предметом обороту крім продукції, робіт та послуг можуть виступати документи, що підтверджують певні правомочності, зобов'язання та права, які є самостійними по відношенню до майна, наявністю часових та територіальних меж обороту, попиту і пропозиції, спеціальної відповідальності за порушення правил обороту та порядком її застосування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Стратегія* модернізації приватного права в сучасних умовах: збірник наукових праць/ За ред. В. І. Короля, Ю. В. Білоусова; НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. – К.: Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2013. – 396 с.

2. *Саватье Р.* Теория обязательств: юридический и экономический очерк. Пер. с франц. Р. О. Халфиной. – М., 1972. – С. 93.

3. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). – М., 1994. – С. 24.

4. *Большая* советская энциклопедия. – М.: Советская энциклопедия. – 1969–1978 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dic.academic.ru/dic.nsf/bse/81063.

5. *Энциклопедия* юриста [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eyu.sci-lib.com/article0000451.html.

6. *Безух О. В.* Ринок як об'єкт правового впливу // Стабільність цивільного обороту в Україні: проблеми забезпечення: збірник наукових праць. Випуск 3 / Беляневич О. А., Бакалінська О. О., Гриняк А. Б. та ін.; за ред. О. А. Беляневич. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – С. 8–24.

7. *Долгаев С. В.* Правовое регулирование оборота ценных бумаг [Текст]: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ Долгаев Сергей Евгеньевич; Волгоградская академия МВД РФ. – Волгоград, 2002. – С. 12.

8. *Кныш М. И.* Конкурентные стратегии: учебное пособие. – СПб., 2000. – С. 10.

9. *Погребняк С.* Принципи права: доктринальні питання// Право України. – 2013. – № 9. – С. 217–226.

10. *Горєв В. О.* Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України: авт. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва АПрН України. — К., 2007.

11. *Щербина В. С.* Принципи господарського права як напрями модернізації господарського законодавства підприємництва // Правове забезпечення підприємництва в умовах сучасного ринку. Збірник наукових праць / Ред. кол.: В. С. Щербина (голова), В. І. Полюхович та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – С. 13.

12. *Боднар Т. В.* Забезпечення публічних і приватних інтересів у договірних відносинах за участю суб'єктів підприємництва // Правове забезпечення підприємництва в умовах сучасного ринку. Збірник наукових праць / Ред. кол.: В. С. Щербина (голова), В. І. Полюхович та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – С. 16.

13. *Дрішлюк В. І.* Публічний договір (цивільно-правовий аспект) : авт. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва АПрН України. — К., 2007.

14. *Корчак Н. М.* Державне регулювання відносин конкуренції в Україні (господарсько-правовий аспект): монографія. – Національна академія прокуратури України, 2014. – С. 43.

15. *Родионов И. Б.* Теория систем и системный анализ [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://victor-safronov.ru/systems-analysis/lectures/rodionov/00.html.

16. *Безух О. В.* Трансформація господарських правовідносин в умовах сучасного ринку // Правове забезпечення підприємництва в умовах сучасного ринку. Збірник наукових праць / Ред. кол.: В. С. Щербина (голова), В. І. Полюхович та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – С. 19–37.

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

Bezukh A. V. Economic (business) and civil circulation: the nature and differences under market economy conditions

The article analyzes the essence of economic (commercial) and civil turnover, their difference in market conditions.

Keywords: economic turnover, turnover of civil , economic competition.

Безух О. В. Хозяйственный (коммерческий) и гражданский оборот: сущность и отличия в условиях рыночной экономики

В статье анализируется сущность хозяйственного (коммерческого) и гражданского оборота и их различия в условиях рыночной экономики.

Ключевые слова: оборот, гражданский оборот, экономическая конкуренция.

ПОНЯТТЯ ЛЕГІТИМНИХ ОЧІКУВАНЬ ТА ПРОБЛЕМИ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ СУДАМИ УКРАЇНИ

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 проблемам, що виникають при застосуванні судами України автономного поняття легітимних очікувань, напрацьованого практикою Європейського суду з прав людини як об'єкта правового захисту. На основі аналізу рішень ЄСПЛ та Верховного Суду України запропоновано концептуальні підходи їх подолання при розгляді судами справ про захист права власності та спорів, що виникають у зобов'язальних відносинах.

Ключові слова: автономні поняття, легітимні (розумні) очікування, правова визначеність, право на мирне володіння майном.

Ідея передбачуваності (очікуваності) суб'єктом відносин правових наслідків (правового результату) своєї поведінки, яка відповідає існуючим в суспільстві нормативним приписам, утворює основу принципу правової визначеності і відображена в практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), що визнається в Україні джерелом права (ст. 17 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). Так, згідно з усталеною прецедентною практикою ЄСПЛ (рішення у справах «Реквеньї проти Угорщини», «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства», «Коккінакіс проти Греції», «Бесарабська Митрополія проти Молдови») однією з вимог, що випливає зі слів «встановлений законом», є вимога передбачуваності: норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, яка дає громадянинові змогу керуватися цією нормою у своїх діях.

Чи не найбільше питань як теоретичного, так і прикладного характеру викликає застосування вітчизняними судами тих понять та юридичних конструкцій, які або взагалі не відомі системі права України і не мають будь-яких аналогів, або мають в ній інше змістовне навантаження. Однією з таких конструкцій, яка дедалі частіше трапляється в судових рішеннях, зокрема господарських судів, є «легітимні (законні) очікування» як об'єкт правового захисту.

У більшості випадків поняття «легітимні (законні) очікування» розглядається як елемент верховенства права та як елемент юридичної визначеності. Водночас легітимні очікування розглядаються і як об'єкт правового захисту (охорони), що не є тотожним суб'єктивному праву або законному інтересу.

Розуміння «законних очікувань» саме як елемента юридичної визначеності втілилося в практиці Суду ЄС, який у справі Salumi наголосив, що дія (наслідки) права Співтовариства має бути чіткою і передбачуваною для тих, на кого воно поширюється. Далі Суд послався на свої попередні рішення у справах Racke v Hauptzollamt Mainz (1979) та Hauptzollamt Landau (1979), в яких він неодноразово підкреслював важливість принципів правової визначеності і законних очікувань, а також вказав, що «принцип правової визначеності покликаний запобігати випадкам набрання чинності положеннями законодавства Співтовариства до моменту їх публікації і що така можливість є винятковою, коли це обумовлено цілями відповідного законодавства та у випадку, якщо законні очікування тих, на кого воно поширюється, належним чином забезпечені».

На цей час єдиної теорії легітимних (законних) очікувань, придатних для всіх національних правопорядків, немає.

Деякі дослідники доводять, що принцип *юридичної визначеності* походить з права Німеччини, де «правові гарантії, правова безпека» є принципом, спрямованим на забезпечення чіткості змісту законодавства і який стосується, насамперед, ретроактивної дії закону. Законні ж очікування як принцип німецького адміністративного права (захист довіри) застосовується лише в контексті дії та рішень публічної адміністрації. *З огляду на це «законні очікування» та юридична визначеність не збігаються і можуть навіть протиставлятися*. Так, це стосується права вимагати захисту законних очікувань при оспорюванні актів публічної адміністрації з мотивів їх несправедливості, навіть якщо юридична визначеність при цьому не порушена [1].

Поняття легітимних очікувань пов'язується із застосуванням в практиці ЄСПЛ концепції автономного тлумачення. Ця концепція є одним з інструментів (способів тлумачення) захисту прав, передбачених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, незалежно від того, який зміст цим правам надається державами-учасницями. Результатом застосування автономного тлумачення, яке наближене до телеологічного тлумачення, традиційного для українського правознавства та правозастосовної практики, є сформульовані ЄСПЛ так звані *автономні поняття*.

Одними з таких автономних понять є поняття «майно» (ст. 1 Першого протоколу до Конвенції) та поняття «легітимні (законні) очікування». Так, в практиці ЄСПЛ майном визнаються, зокрема, права на речі та майно (права in rem та права in personam); існуючі володіння або фактично існуючі права власності; вимоги, борги та звернення на певне майно; економічні, комерційні, підприємницькі та професійні інтереси; дозволи та ліцензії; пенсії та соціальні виплати (за певних умов); спадкові права та правонаступництво; майно – власність юридичних осіб, асоціацій, компаній, власників акцій; права та інтереси акціонерів; інші права власників. Автономність понять не надає змоги державам давати в національних законодавствах такі визначення, які б порушували баланс приватних та публічних інтересів. Автономність понять не повинна сприйматися як вимога уніфікації, а лише як вимога застосовувати єдині правила та принципи тлумачення, іншими словами, вона сприяє уніфікації стандартів правозастосування.

Нарешті, ЄСПЛ сприймає гнучкість в інтерпретації термінів правозастосовними органами держав-учасниць, головне, щоб вона була достатньо розумною і відповідала цілям Конвенції [2, с. 25–26].

Практикою Суду ЄС та ЄСПЛ законні очікування розглядаються як елемент правової визначеності, в тому числі і тоді, коли йдеться про захист законних очікувань щодо здійснення права власності і *саме* у зв'язку із автономними поняттями майна та власності.

У своїй практиці ЄСПЛ конструкцію «законні очікування» використовував неодноразово. Наприклад, існування заборгованості, визнаної остаточними і обов'язковими для виконання судовими рішеннями, надає особі, на користь якої таке рішення було винесене, *«законне очікування», що заборгованість буде виплачено та становить «майно» такої особи у розумінні* ст. 1 Протоколу № 1. Таким чином, *скасування такого рішення* прирівнюється до порушення права на мирне володіння майном (див. рішення у справі Брумареску проти Румунії (п. 74), Пономарьов проти України (п. 43), Агрокомплекс проти України (п. 166).

Суд уже констатував, що процесуальні норми створюються для забезпечення належного відправлення правосуддя та дотримання принципу юридичної визначеності та що сторони провадження повинні *мати право очікувати застосування* вищезазначених норм. Принцип юридичної визначеності застосовується не тільки щодо сторін провадження, а й до національних судів (рішення у справі «Дія-97» проти України (п. 47); «Олександр Волков проти України» (п. 143).

У рішенні ЄСПЛ у справі «Суханов та Ільченко проти України» зазначено: за *певних обставин «законне сподівання» на отримання «активу» також може* захищатися ст. 1 Першого протоколу. Так, якщо суть вимоги особи пов'язана з майновим правом, особа, якій воно надане, може вважатися такою, що має «законне сподівання», якщо для такого права у національному законодавстві існує достатнє підґрунтя – наприклад, коли є усталена практика національних судів, якою підтверджується його існування (див. рішення у справі «Копецький проти Словаччини»). Проте не можна стверджувати про наявність законного сподівання, якщо існує спір щодо правильного тлумачення та застосування національного законодавства і вимоги заявника згодом відхиляються національними судами (див. вищенаведене рішення у справі «Копецький проти Словаччини» (Kopeck? v. Slovakia) (п. 35).

В рішенні ЄСПЛ у справі «Федоренко проти України» визначено: «заявник мав щонайменше *«законні сподівання»* на дохід відповідно до пункту договору про доларовий еквівалент суми в гривні, і це сподівання може вважатися «майном» у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Європейський суд з прав людини також констатував, що дії управління юстиції можна розцінити як такі, що звели нанівець «законні сподівання» заявника за договором і позбавили його, зокрема, умови, на яку він погодився під час укладання договору.

Таким чином, характеристика очікувань як легітимних поєднує в собі: 1) їх законність, яка зумовлена реалізацією особою належного їй суб'єктивного права, 2) їх обґрунтованість, тобто зумовлену законом раціональність сподівань учасників суспільних відносин.

У матеріально-правовому сенсі легітимні очікування суб'єктів мають захищатися від непередбачуваних змін законодавства, яким встановлено відповідний правовий режим (власності, інвестиційної діяльності тощо). У процедурному ж сенсі легітимні очікування стосуються однакової та послідовної правозастосовної практики, уникнення вибіркового правосуддя.

Слід зазначити, що принцип захисту легітимних очікувань є невід'ємним елементом комунітарного права ЄС, одним з фундаментальних правових принципів, тісно пов'язаних із принципом правової визначеності. Він забезпечує особам, які перебувають під дією права ЄС, можливість вибудовувати свою поведінку, покладаючись на заходи Союзу та поведінку його службовців. Концепція легітимних очікувань має розглядатися також в світлі *міжнародно-правового стандарту справедливого та рівного ставлення* (цей стандарт закріплений в ст. 10 Договору до Енергетичної Хартії і є обов'язковим для України).

В цьому сенсі легітимні очікування безпосередньо випливають із конституційної норми ч. 2 ст. 19 Конституції України про те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

На нашу думку, використання концепції легітимних очікувань є найбільш ефективним та зрозумілим для застосування у справах про захист права приватної власності на відміну від вирішення спорів, що випливають із зобов'язальних відносин.

У рішенні ЄСПЛ у справі «Стретч проти Сполученого Королівства» (наразі офіційний переклад цього рішення українською відсутній), яке останнім часом дедалі частіше цитується у судових рішеннях вітчизняних судів, викладено інший погляд на законні очікування: ними є «очікування на законних підставах продовження терміну дії договору оренди, і це очікування є складовою частиною права власності заявника, наданого йому за договором оренди в розумінні зазначеної статті»). ЄСПЛ дійшов висновку про те, що «заявник мав право, принаймні, очікувати на законних підставах, що він зможе продовжити термін дії договору, і *таке очікування* можна вважати – в цілях застосування положень ст. 1 Першого протоколу до Конвенції – *складовою частиною його права власності*, наданого йому за договором оренди. Дії місцевої влади Європейський суд з прав людини розцінив як порушення права заявника на *законне очікування виконання певних умов* і, таким чином, вони утворювали акт втручання у реалізацію його права власності».

Такі різні підходи до визначення легітимних очікувань можуть породжувати конфлікти інтерпретацій у вітчизняній судовій практиці.

Зокрема, рішення у справі «Стретч проти Сполученого Королівства» разом із згадуваним вище рішенням у справі «Федоренко проти України» аналізувалося Верховним Судом при розгляді справи № 6-92цс13 (постанова ВСУ від 18.09.2013) за позовом Бердянського природоохоронного міжрайонного прокурора Запорізької області в інтересах держави в особі Бердянської міської ради до ОСОБА_1, третя особа – державне підприємство «Центр державного земельного кадастру», про визнання державного акта на право власності на земельну ділянку недійсним, скасування державної реєстрації права власності на земельну ділянку та повернення її. ВСУ сформулював таку правову позицію: «особу може бути позбавлено її власності лише в інтересах суспільства, на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права, а при вирішенні питання про можливість позбавлення особи власності мусить бути дотримано справедливої рівноваги між інтересами суспільства та правами власника».

З точки зору національного законодавства у справі «Федоренко проти України» йшлося про неналежне виконання боржником (покупцем) умов договору купівлі-продажу та право кредитора (продавця) на отримання визначеної договором суми (ціни товару). В традиціях українського законодавства та правової традиції, коли йдеться про право вимоги та борг, розуміється наявність зобов'язальних відносини між сторонами та їх зміст. І для вирішення українськими судами спорів, пов'язаних із неналежним виконанням договорів, немає потреби застосовувати концепцію «законних очікувань» для вирішення питання про задоволення позову кредитора. Уявляється, що і розгляд вимоги про продовження терміну дії договору оренди за українським законодавством так само не потребувало б застосування доктрини легітимних (законних) очікувань.

Не менш контроверсійним є застосування концепції легітимних очікувань і у випадках, коли захисту потребують право публічної власності та публічні інтереси.

Публічна власність відрізняється складом та якістю об'єктів, якими є: а) необхідні ресурси для здійснення публічних функцій; б) найбільш цінні об'єкти з точки зору суспільної значущості; в) джерела ресурсів (земля, надра); г) унікальні цінності (не відтворювані для суспільства). Громадяни для задоволення своїх потреб можуть користуватися об'єктами права державної та комунальної власності відповідно до закону (ч. 3 ст. 41 Конституції). На цей час головна загроза існуванню публічної власності як такої є не стільки недостатня кількість законодавчих норм, скільки знецінення ідеї суспільного блага та сформоване у масовій свідомості ставлення до публічної власності як до джерела особистого збагачення.

Конституційні механізми охорони права власності (ст. 41 Конституції) придатні, головним чином, до охорони права приватної власності (див., також, Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності»). Головні елементи цього механізму такі: 1) проголошення непорушним права приватної власності; 2) заборона протиправного позбавлення права власності (примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості; 3) примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану); 4) конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Критеріями оцінки обґрунтованості втручання держави в конвенційне право особи на мирне володіння майном (тобто в право приватної власності), відповідно до практики ЄСПЛ, є: приналежність об'єкта правового захисту до майна в розумінні ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції; б) види втручання, визначені в самій конвенційній нормі; в) наявність легітимної мети з урахуванням суспільних інтересів; г) пропорційність такого втручання та наявність справедливого балансу між вимогами відносно загальних інтересів суспільства та вимогами захисту основних прав людини; д) відповідність такого втручання критерію правової визначеності або законності (за відсутності законних підстав для втручання воно не може відповідати вимогами ст. 1 Протоколу 1 до ЄКПЛ).

Якщо на підставі правочинів та інших юридичних фактів змінюється стан привласненості певних благ і об'єкти, які перебували у державній або комунальній власності, неправомірно відчужуються на користь приватних осіб, то йдеться не про суспільні інтереси в їх доволі абстрактному тлумаченні, а про право публічної власності, *яке має бути захищеним*. І коли ми говоримо про захист права приватної власності, яке було набуте на підставі відповідного рішення органу, уповноваженого управляти майном, що є державною або комунальною власністю, або договору (приватизація майна), то йому протиставляється саме право публічної власності, яке може виявитися порушеним.

Відповідно до ч. 2 ст. 328 ЦК право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або *незаконність набуття права власності не встановлена судом.* Якщо така незаконність встановлена судом (наприклад, якщо особа отримала у власність земельну ділянку на підставі незаконних розпоряджень державного органу або органу місцевого самоврядування, що стало підставою для визнання судом рішень цих органів незаконними, виданих на їх підставі державних актів про право власності на земельні ділянки і укладені на їх підставі договори купівлі-продажу недійсними), то немає підстав застосовувати концепцію «легітимних очікувань» або віддавати йому перевагу порівняно із нормами ст. 19 Конституції України та ЦК.

Таким, чином, при застосуванні автономного поняття «легітимні очікування» слід враховувати таке:

1) в практиці ЄСПЛ і речові, і зобов'язальні права розглядаються крізь призму автономного поняття «майно»;

2) національне законодавство України дозволяє вирішувати спори, що виникають в зобов'язальних відносинах і стосуються захисту права кредитора, за допомогою наявних правових конструкцій, тому застосування концепції «законних очікувань» невиправдано обтяжуватиме і ускладнюватиме практику;

3) з точки зору забезпечення правового порядку в країні принцип, закріплений в ч. 2 ст. 19 Конституції України, є пріоритетним і йому не може протиставлятися автономне поняття «законні очікування», особливо в тих випадках, коли рішення ЄСПЛ можуть використовуватися недобросовісними сторонами для індульгенції незаконних дій органів влади;

4) в умовах нестабільного правового порядку переносити на вітчизняний ґрунт автономні поняття ЄСПЛ слід дуже обережно, оскільки за діями сторони в процесі може ховатися недобросовісність.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Магрело М.* Концепт «законних очікувань» і принцип юридичної визначеності: причинно-наслідковий чи симбіотичний зв'язок? // Режим доступу: irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis.../cgiirbis_64.exe?...

2. *Кретова І. Ю.* Концепція автономного тлумачення у практиці Європейського Суду з прав людини// Право і суспільство. – № 4 частина 3/2015. – С. 25–30.

Belianevych O. A. The concept of legitimate expectations and problems of its application by the Ukrainian courts

The article is devoted to the problems that courts of Ukraine deal with while applying the autonomous concept of legitimate expectations. Author proposes conceptual approaches to overriding problems, which appear when considering court cases on property right protection and disputes that arise in obligational relations.

Key words: autonomous concepts, legitimate (reasonable) expectations, legal certainty, peaceful enjoyment of possessions.

Беляневич Е.А. Понятие легитимных ожиданий и проблемы его применения судами Украины

Статья посвящена проблемам, возникающим при применении судами Украины автономного понятия легитимных ожиданий как объекта правовой защиты. Предложены концептуальные подходы к их преодолению при рассмотрении судами дел о защите права собственности и споров, возникающих в обязательственных отношениях.

Ключевые слова: автономные понятия, легитимные (разумные) ожидания, правовая определенность, право на мирное владение имуществом.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ДЕТЕРМІНАНТИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ У СФЕРІ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ І СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Король В. І.,
доктор юридичних наук, завідувач відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено ключовим тенденціям, які зумовлюють необхідність корегування тактичних і стратегічних цілей України з огляду на відсутність перспектив набуття членства у ЄС у найближчі 20–25 років. Розкрито ключові чинники-детермінанти модернізації концептуальних і прогностичних засад правової політики України у сферах економічного розвитку та безпеки держави на макрорівні та суб'єктів господарювання на мікрорівні, що набуває характеру нерозривного зв'язку в умовах регіональної нестабільності.

Ключові слова: правові загрози, життєво важливі інтереси, Угода про асоціацію, зона вільної торгівлі, правове прогнозування.

Визначальною ознакою сучасного етапу розвитку України є те, що суспільні процеси відбуваються в принципово нових історичних умовах, насамперед, нестабільності на регіональному рівні. Це проявляється як на внутрішньодержавному (Крим, Донбас), так і зовнішньому рівнях на обох стратегічно важливих для України напрямах – європейському та євразійському з огляду на посилення дезінтеграційних тенденцій у межах Європейського Союзу на фоні соціального напруження та економічної стагнації, дестабілізації правового режиму доступу українських товарів на ринок Росії як провідної країни Євразійського Економічного Союзу.

В таких умовах прямі та зворотні зв'язки об'єктивних і суб'єктивних чинників не просто актуалізують, а гранично загострюють суспільно значущу проблему забезпечення національної безпеки України та системного удосконалення відповідного законодавства. У межах загальної проблеми можна виділити її ключову складову, яка полягає у тому, що як приватноправовий, так і публічно-правовий інструментарій в Україні неповною мірою відповідає нагальній потребі у забезпеченні охорони та захисту майнових інтересів держави і суб'єктів приватного права на внутрішньому та зовнішньому ринках, що відноситься до сфери економічної безпеки.

Окреслені контури проблематики підкреслюють своєчасність підготовки даної статті, метою якої є визначення концептуально-правових та прогностичних засад забезпечення економічної безпеки Української держави та суб'єктів господарювання в контексті імплементації Угоди про асоціацію в частині поглибленої та всеохоплюючої зони вільної торгівлі, що у такій комплексній міждисциплінарній площині досліджується у вітчизняній правовій науці вперше.

Для досягнення мети статті необхідним є звернення до міжнародних договорів та актів законодавства України, результатів наукових досліджень українських та іноземних вчених, офіційних позицій вищих посадових осіб Європейського Парламенту та Європейської Комісії тощо.

На нинішньому історичному етапі для Української держави та суб'єктів господарювання актуалізувались правові ризики і загрози, які носять як досить прогнозований російськоцентричний характер, так і менш очікуваний, хоча й цілком можливий євроцентричний.

Послідовно конкретизуючи цю тезу, зазначимо таке. З 1 січня 2016 р. суб'єкти господарювання України мають реалізовувати свої бізнес-стратегії як на внутрішньому, так і зовнішньому ринках в умовах нової правової реальності – початком функціонування поглибленої та всеохоплюючої зони вільної торгівлі (ПВЗВТ). Система норм щодо такої зони становить центральну частину Угоди про асоціацію між Європейським Союзом, Євроатомом та їх державами-членами, з одного боку, та Україною – з іншого, якою передбачається необхідність здійснення широкомасштабної адаптації законодавства України до acquis ЄС.

Усвідомлення Росією неможливості досягти, як мінімум, подальшого відстрочення дати початку функціонування ПВЗВТ, а, як максимум, внесення таких змін і доповнень до Угоди про асоціацію в частині ПВЗВТ в ході тристоронніх переговорів, які відповідали б її економічним інтересам обумовили вчинення Росією прогнозованого юридичного кроку. Йдеться про прийняття Президентом Росії Указу № 628 від 16 грудня 2015 р. «Про призупинення Російською Федерацією дії Договору про Зону вільної торгівлі щодо України». При цьому важливо підкреслити, що виконання міжнародно-договірних зобов'язань призупинено щодо нашої держави з цієї ж дати – 1січня 2016 року.

Оскільки наявність передумов для подібних заходів з боку органів влади Росії, їх правомірність у контексті норм Договору про зону вільної торгівлі держав СНД було проаналізовано в іншій статті автора [1], варто лише наголосити, що для прийняття зазначеного вище Указу Президента Росії відсутні правові підстави, водночас у даному випадку в України відсутні дієві правові механізми захисту прав та інтересів українських експортерів товарів на міжнародному рівні чи то в межах СНД, чи то у межах СОТ.

Прийняття цього підзаконного акта є, ніби-то, окремим правовим феноменом, який, однак, характеризує розгортання загальної негативної тенденції для України. Її сутність, у прогностичній площині, полягатиме у великій ймовірності запровадження органами влади Росії як правомірних, так і неправомірних правових заходів (ембарго на продовольчі товари з України, створення перешкод українським автоперевізникам для транзиту, стягнення антидемпінгових мит), які об'єднуватимуться спільною метою. Вона полягатиме у завданні суттєвої шкоди або створення загроз завдання шкоди майновим інтересам Української держави та вітчизняних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, насамперед, експортерів. Це вимагатиме застосування правових інструментів захисту їх майнових прав та інтересів, у тому числі механізму вирішення спорів Світової організації торгівлі.

Виконання Україною договірних зобов'язань, передбачених Угодою про асоціацію, сприятиме зовнішньодетермінованій **модернізації** правового господарського порядку в процесі широкомасштабної адаптації її законодавства. Це відповідає інтересам ЄС та європейських компаній, водночас співвідношення позитивних і негативних наслідків для Української держави та вітчизняних суб'єктів господарювання внаслідок імплементації цієї угоди залишатиметься проблемним як протягом, так і поза межами десятирічного перехідного періоду створення поглибленої всеохоплюючої зони вільної торгівлі.

У контексті референдуму в Нідерландах щодо Угоди про асоціацію, значення якого як для України, так і ЄС розглядатиметься у даній статті нижче, заслуговує на увагу позиція Голови Уряду цієї держави. Її квінтесенція полягає у визнанні України лише інструментом для забезпечення власних інтересів, власної безпеки, оскільки «Україна за межами ЄС, але на краю Європи. Ми зацікавлені у стабільній ситуації в Україні, розвитку економіки та верховенства права, це питання безпеки» [2].

Відповідно до результатів застосування інститутами Європейського Союзу спеціального аналітично-прогностичному інструменту – оцінки впливу міжнародних торговельних угод ЄС на сталий розвиток (Trade Sustainability Impact Assessment) щодо ПВЗВТ, на Україну, поряд з прогнозованими перевагами, високоймовірно, очікують і негативні наслідки як економічного характеру у вигляді погіршення стану низки галузей економіки, банкрутства суб'єктів підприємництва, так і соціального характеру через зростання безробіття в окремих регіонах. До основних засобів їх мінімізації віднесено стимулювання підприємництва та сприяння діяльності суб'єктів малого і середнього бізнесу.

До середньострокових цілей Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», які визначено у межах такого напряму як «Дерегуляція та розвиток підприємництва», віднесено, зокрема, створення сприятливого середовища для ведення бізнесу, розвитку малого і середнього підприємництва, залучення інвестицій, спрощення міжнародної торгівлі.

При цьому в сфері міжнародної торгівлі визнано необхідність привести систему технічного регулювання у відповідність із європейськими вимогами, що має сприяти розширенню та спрощенню доступу українських товарів на ринки держав–членів Європейського Союзу. У свою чергу, в сфері іноземного інвестування актуальним визначено підтримку інвестиційної активності та захист прав інвесторів, що потребує забезпечення ефективного захисту права приватної власності, гармонізації положень законодавства України із законодавством Європейського Союзу щодо захисту прав національних та іноземних інвесторів та кредиторів тощо [3].

Виходячи з нерозривного зв'язку між такими суспільними феноменами-процесами як «розвиток» і «безпека», саме забезпечення економічної безпеки визнається Українською державою ключовою умовою нової якості зростання, що слід вважати однією із визначальних концептуально-правових засад нової Стратегії національної безпеки України, прийнятої у 2015 році. Зазначену стратегію спрямовано на реалізацію до 2020 р. визначених нею пріоритетів державної політики національної безпеки, а також реформ, передбачених як Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», схваленою Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5, так і Угодою про асоціацію між Україною та ЄС, ратифікованою Законом України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII [4].

На рівні суб'єктів господарювання слушним є визначення «економічної безпеки» підприємства (фірми) білоруських фахівців, під якою слід розуміти захищеність життєво важливих інтересів підприємства від внутрішніх та зовнішніх загроз шляхом реалізації системи заходів, у тому числі правового характеру. При цьому система економічної безпеки підприємства має взаємодіяти на правовій основі з державною системою забезпечення економічної безпеки [5, с. 391].

Виявляючи наявність та характер взаємозв'язків макрорівня та мікрорівня у межах цілісної системи економічної безпеки України, можна погодитись з позицією вітчизняних фахівців Н. М. Гапака і І. В. Дочинець, які наголошують на тому, що «економічна безпека підприємства залежить від економічної безпеки держави, регіону, адже ґрунтується на їхньому фінансовому, сировинному та виробничому потенціалі, перспективах розвитку. Наявність багаторівневої концепції економічної безпеки господарюючих суб'єктів усіх рівнів дає можливість забезпечити передбачуваність зовнішніх загроз підприємствам» [6, с. 68].

Отже, перед вітчизняною правовою наукою постає важливе завдання забезпечити розвиток і безпеку належним системно-узгодженим публічно-правовим та правовим інструментарієм. Водночас основний вектор правової політики держави має передбачати не стільки перманентне запровадження нового правового інструментарію, що також є необхідним за наявності переконливих об'єктивних передумов, скільки підвищення дієвості як окремих елементів, так і цієї політики як системи у цілому.

Такий підхід надасть можливість оптимізувати правове підґрунтя для вирішення ключових завдань, передбачених у Стратегії національної безпеки України, а саме: формування сприятливого бізнес-клімату, прискореного інноваційного розвитку, залучення іноземних інвестицій у ключові галузі економіки як інструменту забезпечення національної безпеки; ефективного застосування механізму спеціальних обмежувальних заходів (санкцій), унеможливлення контролю стратегічних галузей капіталом держави-агресора; юридичного захисту в міжнародних інституціях майнових інтересів фізичних і юридичних осіб України та Української держави, порушених Росією; підвищення стійкості національної економіки до негативних зовнішніх впливів, диверсифікації зовнішніх ринків, торговельних та фінансових потоків.

У контексті реалізації євроінтеграційної стратегії України зазначимо, що у системі правових інструментів, які мають забезпечити як публічні інтереси Європейської спільноти, так і приватні інтереси європейських суб'єктів підприємництва у межах зовнішньоторговельної стратегії ЄС до 2020 р., до основних можна віднести угоди про вільну торгівлю нового покоління (Free Trade Agreements), інструменти торговельного захисту (Trade Defence Instruments). Наріжним компонентом Стратегії Європейського Союзу до 2020 р. є єдина торговельна політика, ключовою функцією якої, у свою чергу, Європейською Комісією визнано стратегію ЄС щодо забезпечення європейським компаніям доступу на зовнішні ринки (Market Access Strategy).

У сучасних умовах реалізація українськими суб'єктами підприємництва власного експортного потенціалу є майже неможливою без сприяння уповноважених владних інститутів щодо усунення як тарифних, так і нетарифних торговельних бар'єрів для доступу конкурентоздатних товарів на перспективні зовнішні ринки. При цьому проблема загострюється розгортанням тенденції до зростання рівня впливу і складності, а також виникнення нових нетарифних бар'єрів (обтяжливі митні процедури; технічні регламенти, стандарти та процедури визнання відповідності, санітарні та фітосанітарні заходи, застосування третіми країнами державної допомоги суб'єктам підприємництва у спосіб, що суперечить нормам відповідних багатосторонніх угод СОТ; обмежувальні вимоги у сфері державних закупівель, які ускладнюють або унеможливлюють участь українських компаній у тендерах з публічних закупівель у третіх країнах тощо).

Референдум у Нідерландах, який носив консультативний характер, причому в частині не тільки правових наслідків негативного для України голосування щодо Угоди про асоціацію, а й самого факту його проведення, висвітлив певні важливі проблеми, які стосуються сфери правового (юридичного) прогнозування, що залишалась та продовжує залишатись поза увагою як вчених-правознавців, так і органів державної влади. При цьому, насамперед, увагу доцільно звернути на проблему, яка носить, на перший погляд, теоретико-методологічний та галузево-правовий характер, однак її невирішеність на законодавчому рівні зумовила виникнення для України стратегічних правових ризиків зменшення дієвості Угоди про Асоціацію.

Ключове питання полягає у тому, що законодавчо закріплений інституціонально-правовий механізм державного прогнозування виявився неспроможним своєчасно виконати прогностичну функцію саме у правовій сфері, у даному випадку у міжнародно-договірній. Водночас у теоретико-методологічній площині слід зауважити, що при формуванні цілісної зовнішньоекономічної стратегії України необхідним є розроблення прогнозів щодо системи об'єктів правового прогнозування, одним з елементів якої є міжнародні торговельні угоди, котрі характеризуються високим рівнем імовірності суттєво впливати на забезпечення економічних інтересів Української держави та вітчизняних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

За відсутності прийняття вкрай необхідного нового Закону України щодо державного стратегічного планування і прогнозування, необхідним є концептуально-правове удосконалення чинного Закону України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України».

Заслуговує на увагу слушне узагальнення Д. В. Задихайла, що більшість вчених господарників серед правових форм здійснення державного регулювання економіки виокремлює державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України як один із основних напрямів економічної політики держави та форму державного управління економікою [7, с. 216]. Однак сучасні умови свідчать, що виконання правом лише ролі правової форми, правового закріплення прогнозів соціального та економічного розвитку є недостатнім.

Інший аспект, нерозривно пов'язаний із зазначеним вище референдумом, носить стратегічний та екзистенціальний характер, оскільки пов'язаний з перспективами існування самого Європейського Союзу у майбутньому. В даному контексті заслуговує на увагу позиція Президента Європейського Парламенту М. Шульца, який наголошує на тому, що «колапс ЄС є реалістичним сценарієм», «ЄС може «вибухнути». У даному контексті доречно вести мову не про одну подію-трігер, а про цілу низку таких подій, які здатні детермінувати потенційні та посилити існуючі небезпечні для ЄС тренди, зокрема, згаданий референдум у Нідерландах 6 квітня 2016 р., референдум у Великій Британії щодо подальшого членства у Європейському Союзі 23 червня 2016 р. Дійсно, на переконання Президента Європейського Парламенту «після результатів референдуму у Нідерландах щодо України важко повірити, що в Європі все буде добре. Те, що голландці сказали «ні» Угоді про асоціацію України з ЄС, свідчить – люди розчарувалися в Євросоюзі. І якщо не провести реформи, ЄС може опинитися на грані розпаду. ЄС вже деякий час рухається по низхідній траєкторії. Люди втратили довіру до установ на різних рівнях – від національних до загальноєвропейських. Європа на грані краху. Якщо з ЄС вийдуть британці, не виключено, що подібні референдуми пройдуть і в інших країнах» [8].

Оскільки наведені прогнози одного із найвищих посадових осіб в ЄС ґрунтуються, очевидно, на повній інформації як офіційно оприлюдненій, так і інсайдерській, на неї можна спиратись у методологічній площині в частині такої процедури у сфері прогнозування як верифікація прогнозів. Так, ще у 2013 р. у своїй монографії автор обґрунтовував власний інституціонально-правовий прогноз щодо майбутнього ЄС на період до 2020 р. Одним із ключових було актуалізоване таке питання: у рамках прогнозованого періоду в ЄС відбуватимуться внутрішньоструктурні зміни, матиме місце удосконалення самої системи (ЄС) як певної нерозривно пов'язаної цілісності із трансформацією її цільової функції в результаті виходу ЄС на якісно вищий рівень розвитку або ж система розпадеться як така. При цьому висловлювалось випереджальне бачення майбутнього, що не тільки фактичне недосягнення у 2020 р. стратегічних цілей, а й зростаюча у прогресії ймовірність такого недосягнення ще задовго до цього часового горизонту може вивести ЄС до точки біфуркації та максимально загострити питання екзистенціального плану, а саме, існування Європейського Союзу [9, с. 107–116].

Відповідно до п. 4.6 Стратегії національної безпеки Україна розглядає інтеграцію в політичні та економічні структури Європейського Союзу як пріоритетний напрям своєї як внутрішньої, так і зовнішньої політики. При цьому цілком логічним виглядає визначення як пріоритету формування ключових передумов, необхідних для набуття Україною членства в ЄС, що є магістральним шляхом зміцнення її національної безпеки.

З наведеною стратегічною метою дисонує позиція Голови Європейської Комісії Ж.-К. Юнкера, який чітко акцентував увагу на тому, що «безперечно у найближчі 20–25 років Україна не буде здатною стати членом Європейського Союзу» [10], що, очевидно, вимагає корегування ієрархії стратегічних цілей України та концептуально-правових засад їх досягнення.

Підводячи підсумок викладеному вище, варто зазначити, що на сучасному етапі як керовані, так і хаотизовані геополітичні та геоекономічні кризові процеси навколо України на регіональному рівні унеможливлюють добровільну реалізацію будь-яких інтеграційних проектів, орієнтованих на Євразійський Економічний Союз, який почав функціонувати з 1 січня 2015 р. Відповідно, безальтернативною домінантою для нашої країни залишаться реалізація євроінтеграційної стратегії, що породжує не тільки нові можливості для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, а й ризики, співвідношення яких може динамічно змінюватись, причому не обов'язково у позитивному напрямі.

Пріоритетні цілі та задавання для забезпечення динамічного розвитку України у пріоритетних сферах (міжнародна торгівля, іноземне інвестування, стимулювання малого і середнього підприємництва) визначено в останніх міжнародно-правових та внутрішньодержавних документах стратегічного спрямування, насамперед Угоді про асоціацію з ЄС, Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», новій Стратегії національної безпеки України. Водночас досягнення таких цілей та виконання завдань в умовах суперечливих регіональних трансформацій вимагає модернізації як самої парадигми забезпечення життєво важливих інтересів Української держави та суб'єктів приватного права, так і правого інструментарію.

Принципово новий для України історичний контекст у регіональній площині зумовлює нагальну потребу удосконалення науково-правового підґрунтя для підвищення рівня виконання юридичною наукою прогностичної функції та взаємної узгодженості правових засобів реалізації цілісної зовнішньоекономічної стратегії України у середньостроковій та довгостроковій перспективі.

Публічно-правовий та приватноправовий інструментарій, удосконалення та застосування якого належить до іманентних функцій держави та інших суспільних інститутів, має забезпечити у нерозривному зв'язку розвиток та безпеку України, причому як у поточній ситуації, так і у поствоєнний період у межах можливих альтернативних моделей у стратегічному трикутнику ЄС–Україна–Російська Федерація, що становить суспільно значущий, стратегічно важливий напрям подальших науково-правових досліджень прогностичного спрямування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Король В. І.* Правові ризики зміни режиму імпорту українських товарів у межах зони вільної торгівлі держав СНД / В.І. Король // 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 НАПрН України, 2015.– С. 168 – 172.

2. *Прем'єр* Нідерландів очікує, що люди підтримають асоціацію Україна–ЄС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.newsjs.com/url.php?p=http://www.ukrinform.ua/rubric-abroad/1991855-premer-niderlandiv-ocikue-so-ludi-pidtrimaut-asociaciu-ukrainaes.html.

3. *Указ* Президента України від 12.01.2015 № 5/2015 «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» // Урядовий кур'єр. – 2015 р. – № 6.

4. *Указ* Президента України від 26.05.2015 № 287/2015 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України» // Урядовий кур'єр. – 2015 р. – № 95.

5. *Экономическая* безопасность и экономическая политика: учеб. пособие / А. В. Бондарь, В. Н. Ермашкевич, С. Н. Князев, Е. Г. Моисенко; под ред. А. В. Бондаря, С. Н. Князева. – Минск: БГЭУ, 2007. – 423 с.

6. *Гапак Н. М., Дочинець І. В.* Суть та еволюція поняття «економічна безпека підприємства» // Науковий вісник Ужгородського університету. – Випуск 2 (43). – С. 68–73.

7. *Задихайло Д. В.* Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави: монографія / Д. В. Задихайло. – Харків : Юрайт, 2012. – 456 с.

8. *Schulz* warns of «implosion of EU» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unian.info/world/1316688-schulz-warns-of-implosion-of-eu-faz.html.

9. *Король В. І.* Правове забезпечення зовнішньоекономічної стратегії України (теоретико-методологічні та прикладні засади державно-правового прогнозування): монографія / В. І. Король. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – 415 с.

10. *Juncker J.-C.* Ukraine will not join EU, NATO for another 20-25 years [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://en.europeonline-magazine.eu/ukraine-will-not-join-eu-nato-for-another-20-25-years-juncker-says_442069.html.

Korol V. I. Ukrainian law policy in the field of the state and business entities economic security modernization international and law determinants

The article is dedicated to the key trends predicating tactic and strategic targets of Ukraine readjustment necessity for taking into account the absence of the prospects to become a member of the EU during next 20-25 years. It's researched core factors-determinants of the legal policy of Ukraine concept and forecast fundamentals modernization in the field of economic development and security both the state at a macro-level and companies at a micro-level which is to be considered as inextricable connection under regional instability.

Key words: legal risks, vitally important interests, Association Agreement, free trade area, legal forecasting

Король В. И. Международно-правовые детерминанты модернизиции правовой политики Украины в сфере экономической безопасности государства и субъектов хозяйствования

Статья посвящена ключевым тенденциям, обуславливающим необходимость корректировки тактических и стратегических целей Украины в силу отсутствия перспектив получения членства в ЕС в ближайшие 20–25 лет. Раскрыты ключевые факторы-детерминанты модернизации концептуальных и прогностических основ правовой политики Украины в сферах экономического развития и безопасности государства на макроуровне и субъектов хозяйствования на микроуровне, что приобретает характер неразрывной связи в условиях региональной нестабильности.

Ключевые слова: правовые угрозы, жизненно важные интересы, Соглашение об ассоциации, зона свободной торговли, правовое прогнозирование

PHENOMENON OF A CONTRACT IN CIVIL LAW

V. V. Luts,
Doctor of Juridical Sciences,
Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

It is determined in the paper that the construction of a contract becomes one of the most notable achievements of the world culture. Provisions on contracts «seem to pierce» almost all sub-branches and institutes of civil law. Legal contract as the element of the mechanism of the legal regulation of property and to some extent personal non-property civil relations, as a legal fact influences the other elements of this mechanism: civil legal relations (obligations), acts of the realization of law, protection of violated rights and interests, etc. Some tendencies of the development of Ukrainian contract law in the current period in particular problems of its adaptation to the standards of the European Union are stressed.

Key words: mechanism of legal regulation, transaction, sense of contract, contract content, civil legal responsibility, legal fact.

The construction of a contract has become one of the most prominent achievements of the world legal culture. A contract is a unique legal construction in the mechanism of legal regulation of social relations. A contract as an instrument of legal regulation along with the traditional application in the field of private law is used in contemporary conditions in the field of public law, constitutional, administrative, ecological, financial law, etc. (public-legal contracts) [1, c. 15–16].

A unique, phenomenal role belongs to a contract in the field of private, in particular civil law. As I.V. Beklenischeva affirms, civil contract under the effect of strengthening of common to mankind humanitarian ideals and principles, the idea of human rights and the value of an individual in the modern society acquires today a new, earlier not peculiar to it meaning, in particular the meaning of the element of common European legal culture [2, c. 8].

The construction of a contract penetrates into all spheres of economic and spiritual life of society. The role of a contract as a unique and the most reasonable legal form of mediation of market relations is especially growing in contemporary conditions. The transition to the market economy and the functioning of the market mechanism itself are only possible under the condition that the main mass of commodity producers (enterprises and citizens) has the freedom of economic activities and entrepreneurship. The results of these activities are realized in the commodity market on the contractual terms. The planned-administrative influence of a state on the property relations is restricted with the transition to the market, thus, the freedom of choice of partners in economic relations and the determination of the content of contractual obligations are extended at the discretion of the parties of a contract. First of all this concerns contracts directed to ensuring the needs of legal and natural persons in material, energy, food resources (purchase and sale, delivery, contracting, energy supply etc.). The role of hiring contracts (lease, leasing, hiring out), contracts of performance of work (contracting, construction, contract of design and survey), contracts of different kinds of services provided to natural and legal persons (agency contract, commission, consignment, credit contract, transportation, insurance, etc.) is not decreased.

Material and spiritual needs of a wide range of consumers (citizens) in goods and services are secured owing to contracts which are concluded in the spheres of retail commerce, transportation by public transport, communication, medical, hotel, bank service, etc. Spiritual interests of citizens in the spheres of intellectual property, creative work are realized in particular through conclusion and performance of contracts on disposal of property rights to intellectual property (license contract, commercial concession, etc.) or contracts of research and development, design and development and technological works, etc.

A contractual form also can be used in other kinds of civil legal relations, in particular during the realization of personal intangible rights between the subjects of tortious obligations.

The rise of the role of a contract in the life of society is also stipulated by the external factors, most of all by the processes of the legal and economic integration which take place in the Western Europe. In particular the formation of the united economic space is impossible without the development of legal forms and institutions which are adequate to the character and nature of relations that emerge along with this, among which, a contract shell play the key role, taking into consideration the supremacy of liberal values in the European consciousness. In connection with this there was the necessity of creation of the common term of a contract for different legal systems. This term would satisfy the national legal doctrines of the European states as well as objects raised [3].

Among more than 1300 Articles of the Civil Code of Ukraine (CC) almost the half is dedicated to a contract, starting with the general provisions on a contract (Chapters 52 and 53) and finishing with the rules on particular kinds of contractual obligations (Chapters 54–77). This fact affirms the determinant role of a

contract among the institutions of civil law. Besides, contractual provisions of CC of Ukraine, which determine the contents and scope of civil capacity of natural, legal persons and other participants of civil circulation, rules on transactions, the right to property, representation, limitation of action, concern contractual relations. Most of general provisions on obligations and in particular on means of their security (forfeit, pledge, deposit, bailment, guarantee, retention, etc.) are grounded on the construction of a contract.

The provisions on civil contracts are located in the Family Code of Ukraine, Land, Commercial Codes, other numerous laws, decrees of the President, regulations of the Cabinet of Ministers of Ukraine, acts of other bodies of the state power, bodies of power of the Autonomous Republic of Crimea, bodies of local self-government, in articles of association of commercial partnerships, business-dealing practice and other regulators of civil relations (judicial practice, morality, etc.).

Achievement of objects determined by the participants of these relations is secured due to characteristic features of a contract as a universal legal mean of the regulation of property and to some extent personal non-property (civil) relations.

According to the Part 1 of the Article 626 of CC a contract is an arrangement between two or more parties targeted at the establishment, change, or termination of civil rights and obligations. It follows from this that a contract belongs to the legal acts of an individual character – juridical acts, in particular transactions. Under the Parts 1, 2, 4 of the Article 203 of CC a transaction is an action of a person aimed at acquisition, changing or termination of civil rights and obligations. Depending on the number of expressions of the will of parties transactions may be bilateral or multilateral (contracts). A bilateral or multilateral transaction shall be a coordinated action of two or more parties.

Such features are peculiar to civil contract as a legal fact: 1) the will of not one person (party) is manifested in a contract, but the will of two or some persons (parties), besides that the expression of the will of participants has to coincide with and correspond to each other; 2) a contract – is such joint action of persons, which is directed to the achievement of some civil legal consequences: to establishment, change, or termination of civil rights and obligation. Namely by this feature a civil contract is distinguished from contractual forms, which are used in other branches of law (labor, ecological, etc.) getting there some specific features. However, the role of a contract is not limited only by that it influences on dynamics of civil legal relations (generates, changes and terminates them), but according to the requirements of the legislation, business-dealing practice, requirements of reasonableness, good faith and fairness, it determines the contents of concrete rights and obligations of the participants of a contractual obligation. In this sense a contract appears to be the mean of the parties' conduct in civil legal relations.

The free expression of the will of a subject in a contract is one of the displays of contract freedom as one of the principles of civil legislation: parties are free in conclusion of a contract, choice of contractor and determination of contract terms accounting the requirements of Civil Code, other acts of civil legislation, business-dealing practice, requirements of reasonableness and good faith (Section 3 of the Part 1 of the Article 3, Article 627 CC).

However, the content of contractual freedom of parties is much wider. Besides the possibility of choice of a contractor and determination of the contract content, the freedom of a contract also includes: a) the free expression of person's will for entering into contractual relations; b) freedom of choice of the form of a contract by the parties, with the exceptions prescribed by the law; c) the right of parties to conclude contracts, stipulated by a law (defined contracts), as well as contracts, which are not stipulated by a law but does not contradict it (undefined contracts); d) possibility of parties to change, terminate or prolong the validity of a concluded by them contract; e) the right to establish the forms (measures) of liability for contractual delinquency, etc [4, c. 3].

But freedom of a contract is not unlimited because parties have to account the requirements of CC, other acts of the civil legislation, business-dealing practice, requirements of reasonableness and good faith concluding and performing contracts. Some limitations on the force of the principle of the freedom of a contract, stipulated by CC, are pointed out in the literature [5, c. 45–48].

Thus, the expression of the will of participants of a contract has to be formed freely, without any pressure from the part of a contractor or other persons, moreover the expressions of the will of every participant by their sense have to coincide with and correspond to each other. Attainment of a consent concerning conclusion and content of a contract occurs due to performing by them actions (offer and acceptance), which generate together such a phenomenon as a contract.

There was no extensive definition of the term «contract» in the Civil Code of USSR. It was exposed through the term «agreement» as an action of a citizen or organization directed to establishment, change, or termination of civil rights and responsibilities. A contract is a bilateral or multilateral agreement (Article 41 CC USSR). However, the term «agreement» hardly suited the definition of unilateral action, in which the will of only one party (person) is expressed and there is no agreement (consent, concordance) with any other person. That's why the term «agreement» in CC of 2003 is replaced with the word «transaction» (action

which makes law), and the term «agreement» has to be interpreted accounting its peculiar meaning as the concerted will of two or more persons (parties).

The sense of a contract in civil law is in an agreement as the concerted will of two or more parties, directed to the establishment, change, or termination of civil rights and obligations. Figuratively speaking it can be said that an agreement (consent) – is the «sole» of a contract, the «body» of which is formed by concerted in it conditions which form the content of a contract. That's why the term «arrangement» is ultimately to be replaced by the term «agreement», which reflects the sense of an agreement as a legal phenomenon.

If the sense of a contract is in an agreement of parties, then points arise: agreement on what, what is the subject matter of a contract, with what conditions is it concluded, what rights and responsibilities are established, changed, or terminated from an agreement? Thus, it deals with the content of a contract as an agreement of parties. According to definitions which are represented in philosophic sources, the content – is the aggregate of elements, processes, relations, which form the subject or phenomenon.

According to the Part 1 of the Article 628 CC the content of a contract is formed by the conditions (clauses), determined at the discretion of parties and agreed by them, which are obligatory according to the act of the civil legislation. In other words, the content of a contract is those conditions, on which the respective agreement is concluded. If a contract is legalized in writing in the form of one instrument, signed by parties, or by the way of changing the letters, or in another form (Article 639 CC), then respective conditions are fixed in the clauses of a contract, in which the references to the rule of the current legislation in this sphere may be contained.

Touch upon the correlation of conditions in a contract, which are determined at the discretion of parties (so called «initiative» conditions), and conditions which are obligatory according to the acts of the civil legislation, it is necessary to address to the general provisions on the correlation of the acts of civil legislation and a contract, fixed in the Article 6 CC. According to the Parts 2 and 3 of this Article parties have the right to settle in a contract, which is stipulated by the acts of the civil legislation, their relations which are not arranged by these acts. The parties to a contract may depart from the provisions of the acts of civil legislation and settle their relations at their discretion. But the parties to a contract may not depart from the provisions of the acts of civil legislation, if in these acts this is directly stated and also in the case of obligatoriness of the provisions of the acts of the civil legislation for the parties, which follow from the content or sense of the relations between them.

A contract is one of determinant elements of the mechanism of the legal regulation of property and, to some extent, personal non-property civil relations. Concerning the definition and the structure of the mechanism of the legal regulation of social relations, different by their content opinions are expressed in the civil literature. So, in particular, concerning the sphere of contracting contractual relations A. B. Gryniak understands under the term «the mechanism of the legal regulation of relations» the aggregate of the legal means, methods and forms with the help of which ordering of constricting relations occurs, their ideal form materializes which is stipulated in the rules of law and provisions of a contract, with which the establishment of the rights and responsibilities of concrete participants of contracting relations is connected [6, c. 17].

S. O. Pogribny considers the mechanism of the legal regulation of contractual civil relations in some another way. He considers it as a consecutive chain of changes of particular legal phenomenon: rule of law, which regulates civil relations, – legal fact – rights and obligations, which exist in the civil legal relations, which emerged on its ground, the realization of civil rights and performance of obligations, and if necessary – also the protection of a broken right or interest [7, c. 43].

Such understanding of the mechanism of the legal regulation of contractual relations is the reflection of a universally adopted in the common theory of law understanding of the legal regulation as a continuing process, in the course of which the influence of law on social relations is exercised, and which has three links (stages): 1) legal rules; 2) legal relations and in particular subjective rights and legal obligations of their participants; 3) the acts of the realization of rights and obligations.

However, the separation of particular stages of the legal regulation process is quite relative, because in legal reality the legible bounds of the course of this process cannot always be traced in its particular stages. For example, the stages of rise and realization of subjective rights and obligations of the parties by the contract can coincide under the one-time sales contract of goods which is performed when it is concluded. The idea of many authors should be agreed with. They refer much wider range of legal means: rules of morality, customs, acts of enforcement of law, legal positions, definitions, fictions, presumptions, scientific doctrines, etc., to the mechanism of the legal regulation [8, c. 19–25].

The phenomenal role of a contract consists in that its regulatory influence on other elements of this mechanism is reflected during the whole process of legal regulation of civil contractual relations. That's why the idea of A. V. Kostruba, that legal facts are bounded with each stage of the legal regulation, should be defined as a correct one [9, c. 49–50].

First of all, the legal model of the future contractual relations of persons is settled in the rules of law and other social regulators (morality, customs, business-dealing practice, religious rules, etc.). It is enough to

address to any defined contractual institution, regulated by the Civil Code and other acts of the civil legislation, and in the first articles the definition of a given contract, its parties, subject matter, form, rights and obligations of parties, consequences of the breach of a contract, etc. is given, which permit to mark off it from other (contiguous) legal constructions.

Some conditions (preconditions), adhering to which is necessary for the contract to exercise its role as a regulator of concrete relations of parties. It deals with, in particular, general requirements, adhering to which is necessary for a contract (transaction) to be valid (in force). As it is admitted in the Article 203 CC such conditions are: 1) the content of a contract cannot contradict CC, other acts of the civil legislation, interests of a state, of society, and also moral principles of society; 2) a person who concludes a contract has to have the necessary extent of a legal capability; 3) the expression of a will of a participant of a contract has to be free and correspond to his/her inner will. 4) a contract has to be concluded in the form, prescribed by the law; 5) a contract has to be directed to a real legal occurrence of consequences; 6) a contract which is concluded by parents (adopters), cannot contradict the rights and interests of their infants, minors and disable children. In civil law the presumption of lawfulness of a transaction (contract): a transaction is lawful if its invalidity is not stated directly by the law or if it is not recognized invalid by a court (Article 204 CC).

A contract is an individual legal act, in which the absolute model of persons' relations is traced in general features, is filled with a concrete content, takes its own «flesh and blood». In this sense a contract appears as a legal fact which is one of the grounds of rise of subjective civil rights and obligations (legal relations, in particular obligations). According to the Part 2 of the Article 11 and Part 2 of the Article 509 CC obligations arise from contracts and other transactions, stipulated by the law, however do not contradict with it. An obligation is a legal relation in which one party (a debtor) shall be obliged to perform an action (to transfer property, to do a job, to render service, to pay money etc.) to the benefit of the other party (a creditor) or to abstain from a certain action, while the creditor shall have the right to claim from the debtor to fulfill his obligation (Part 1 of the article 509 CC).

But the character of an action, which one party to the obligation shall perform to the benefit of another (in bilateral contracts such as sales contract, hiring, constructing, etc., each party is simultaneously a creditor and a debtor), is defined first of all by the conditions (clauses) of a contract, determined and agreed by parties, and also conditions, which are obligatory according to the acts of the civil legislation (Part 1 of the Article 628 CC). Thus, concrete rights and obligations of parties, which constitute the content of a contractual obligation, result from the conclusion of a contract as a legal fact and depend on its content. Owing to the fact of the conclusion of a contract other conditions enter into force, which are obligatory for parties according to the acts of the civil legislation.

Generated by a contract obligation acts during the period of the validity of a contract, except cases of termination of an obligation in the result of its pre-term performance or cancellation of a contract or in the result of its transformation in another kind of an obligation, for example, obligation of reimbursement for losses. So, if as a result of the debtor's delay the creditor has lost his interest in the obligation fulfillment, he can refuse from the acceptance of execution and claim to reimburse for the losses (Part 3 of the Article 612 CC).

There is the direct connection of a contract as a legal fact and other elements of the mechanism of the legal regulation of civil relations – acts of the realization of subjective rights and obligations and methods of their protection, in particular with responsibility for the contractual obligation violation. Acts of the realization of rights and obligations by the parties of a contractual obligation are their performance of actions or restriction from them, which result from the content of an obligation, for example delivery of goods by separate consignments in terms stipulated under a contract, payment of money for the performed work or rendered services, etc. And here contract conditions appear as the criteria for conformity of acts of right's realization to established requirements concerning subjects, subject matter, place, periods, methods of fulfillment of an obligation, etc. According to the Article 526 CC an obligation shall be properly fulfilled according to conditions of the contract, requirements of CC, other acts of civil law, and in absence of such conditions and requirements – according to traditions of business practice or other universally recognized requirements.

The need in the protection of civil rights and obligations appears in the case of the violation of civil contractual obligation. According to the Articles 610 and 611CC violation of the obligation shall be its non-fulfillment or fulfillment with breaking the provisions determined by the content of the obligation (undue execution). In the case of violating the obligation the legal consequences determined by the agreement or the law shall come to effect, in particular: 1) termination of the obligation due to unilateral refuse from the obligation, if it is stipulated by the agreement or the law, or cancellation of the agreement; 2) change of the obligation's provisions; 3) payment of the forfeit; 4) reimbursement for losses and moral damages.

Among the admitted legal consequences of violating the obligation, which at the same time are the means of the protection of civil rights and interests (Sections 8 and 9 of the Part 2 of the Article 16 CC), it is possible to emphasize the reimbursement for losses and moral damages as the means of civil legal liability.

The provision on the responsibility for delinquency is grounded in the works of prof. G. K. Matveyev and other civil lawyers. The ground for delinquency is the composition of a tort, which has to contain such

elements (conditions): 1) presence of tortious conduct (act or omission) of a person; 2) harmful result of such conduct (damage); 3) cause-effect relation between tortuous conduct and damage; 4) tortfeasor [10, c. 162].

A contract may stipulate sanctions (in particular forfeit, penalty or fine) for the violation of its particular conditions, if they are not stipulated in the law. By the arrangement of parties the departure from the principle of guilt as the ground for the civil legal responsibility is possible. According to the Part 1 of the Article 614 CC a person that violated the obligation shall be responsible, provided the guilt (intent or negligence) is obvious, unless otherwise is stipulated by a contract or the law. It means that the responsibility may be stipulated in a contract, regardless of the guilt (without guilt) of a person, who violated an obligation; or discharge from the responsibility with the presence of the guilt in the form of recklessness in the conduct of a person may also be stipulated. However, according to the Part 3 of the Article 614 CC a transaction terminating or restricting the responsibility for deliberate violation of the obligation is void.

The actions different by the character and often contradictory tendencies are admitted in the development of the institute of a contract, accordingly, contract law in contemporary conditions.

Thus, on the one hand, the freedom of the expression of the will in the determination of rights and obligations by parties is extended in the regulation of property relations.

Stressing the extension of the parties' freedom concluding contracts in some spheres of economic relations, in particular which were formed in the circumstances of command-administrative system on the basis of planned prescriptions, it is impossible to admit the opposite tendency which is peculiar to modern contract law of foreign states. The point is that the number of limitations of the principle of contract's freedom is set up with the aim of the protection of interests of a weak contractual party and securing of balanced development of property circulation. These limitations are displayed in particular in the intensive development of the competition legislation, legislation on the protection of consumer's rights, state regulation of pricing, regulation of the quality of goods, works and services, etc.

An important tendency of the development of civil in particular contract law is the rapprochement and interpenetration of the elements of proprietary, obligatory and other legal relations. First of all this is displayed in contracts directed to the transfer of a property right from an alienator to beneficiary of property (purchase and sale, supply, exchange, gift, lifelong maintenance, hire, etc.). The example of the contractual construction, in which proprietary and obligatory elements are combined, is the property management contract (Chapter 70 CC).

The extension and complication of economic relations in domestic and external circulation leads to the transformation of the system of contracts, appearance of new contractual forms in particular in the spheres of service rendering, compilation of information, international scientific-technological cooperation, etc. Contractual relations take a complex and long-lasting character more and more often (lease contracts of enterprises as integral property complexes, lease of accommodation with the condition of purchase, purchase and sale or lease of objects of unfinished construction, leasing, factoring, etc.).

An important direction in the development of contractual legislation of Ukraine is its adaptation to the standards of the European Union. Though, 10 years passed from the time of enactment of the National program on adaptation of the legislation of Ukraine to the legislation of the European Union, it's a pity but considerable steps in this direction were not taken at the legislative level.

At the current stage in Europe rather intensive work is conducted concerning the preparation of the Unified European Civil Code, which can become the culmination in the unification of one of the most important branches of the legislation.

The removal of duplication and discrepancy which exist in the regulation of contractual relations under the Civil and Commercial Code of Ukraine and some other acts of domestic legislation is important for the accession to the legal space of EU in particular to the sphere of contract law. The priority here has to be given to the provisions of the Civil Code, which has general character to contract law. A grate work has to be done in revision and renewal of the mass of normative-legal acts in the sphere of civil and commercial legislation and also commercial and judicial practice concerning the application of this legislation.

Correct offers concerning the improvement of the civil legislation which are declared by researchers in scientific publications, with the defense of candidate and doctor dissertations, at scientific conferences and «round tables» should be accounted in revisionary work with the normative base of contract law.

REFERENCES:

1. *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. – Х.: Право, 2012. – 432 с.

2. *Бекленищева И. В.* Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – М.: Статут, 2006. – 204 с.

3. *Договірне* право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 1200 с.

4. *Луць А. В.* Свобода договору в цивільному праві України: навч. пос. / А. В. Луць.– Вид. «Школа», 2004. – 47 с.

5. *Боднар Т.В.* Договірні зобов'язання (Загальні положення) // Т. В. Боднар.– К.: Юстиніан, 2007. – 280 с.

6. *Гриняк А. Б.* Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія / А. Б. Гриняк. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – 374 с.

7. *Погрібний С. О.* Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія / С. О. Погрібний. – Правова єдність, 2009. – 304 с.

8. *Луць В.В.* Договір як регулятор цивільних відносин / В. В. Луць // Право України. – 2012.– № 9. –С. 19–25.

9. *Коструба А. В.* Юридичні факти і механізми правоприпинення цивільних відносин: монографія // А. В. Коструба. – К.: Ін Юре, 2014. – 376 с.

10. *Матвеев Г. К.* Основания гражданско-правовой ответственности / Г. К. Матвеев.– М.: Юрид. лит., 1970. – 312 с.

Луць В. В. Феномен договору у цивілістиці

У статті визначається, що конструкція договору стала одним із найвизначніших здобутків світової правової культури. Положення про договори «начебто пронизують» майже усі підгалузі та інститути цивільного права. Як елемент механізму правового регулювання майнових і, певною мірою, особистих немайнових (цивільних) відносин, як юридичний факт договір впливає й на інші елементи цього механізму: цивільні правовідносини (зобов'язання), акти реалізації права, захист порушених прав та інтересів тощо. Наголошується й на певних тенденціях розвитку договірного права України в сучасний період, зокрема на проблемах адаптації його до стандартів Європейського Союзу.

Ключові слова: механізм правового регулювання, правочин, сутність договору, зміст договору, цивільно-правова відповідальність, юридичний факт.

Луць В. В. Феномен договора в цивилистике

В статье определяется, что конструкция договора стала одним из крупнейших достижений мировой правовой культуры. Положения о договорах «как будто пронизывают» почти все подотрасли и институты гражданского права. Как элемент механизма правового регулирования имущественных и, в определенной степени, личных неимущественных (гражданских) отношений, как юридический факт договор влияет и на другие элементы этого механизма: гражданские правоотношения (обязательства), акты реализации права, защиту нарушенных прав и интересов и тому подобное. Акцентируется внимание на определенных тенденциях развития договорного права Украины в современный период, в частности на проблемах адаптации его к стандартам Европейского Союза.

Ключевые слова: механизм правового регулирования, сделка, сущность договора, содержание договора, гражданско-правовая ответственность, юридический факт.

ВИЗНАЧЕННЯ КОНТРОЛЮЮЧИХ КОРПОРАЦІЮ ОСІБ КРІЗЬ ПРИЗМУ ДОКТРИНИ ЗНЯТТЯ КОРПОРАТИВНОЇ ВУАЛІ (PIERCING/LIFTING THE CORPORATE VEIL)

Махінчук В. М.,
доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано сучасні теоретичні підходи в розумінні поняття «корпорація» та визначено основні ознаки, притаманні корпоративним структурам. Дано характеристику різним критеріям, за допомогою яких встановлюється контролююча корпорацію особа. Окрему увагу приділено доктрині «зняття корпоративної вуалі» (piercing/lifting the corporate veil), як одній з моделей встановлення цивільно-правової відповідальності контролюючих осіб за зобов'язаннями корпорації.

Ключові слова: корпорація, контроль, контролююча особа, кінцевий бенефіціарний власник (вигодоодержувач), відповідальність, корпоративна вуаль (corporate veil), зняття корпоративної вуалі (piercing/lifting the corporate veil).

На сьогодні корпоративна форма ведення бізнесу є найбільш поширеною і ефективною формою організації підприємницької діяльності та здійснюється відповідно до принципу обмеженої відповідальності, який закладено в основу концепції існування юридичної особи. За такої ситуації доволі часто корпоративний бізнес стає основою для різного роду зловживань, використовуючи у протизаконних схемах свої корпоративні структури. Відтак в нинішніх умовах стрімкого розвитку ринкової економіки з метою забезпечення стабільності цивільного обороту актуальність питання про встановлення контролюючих корпорацію осіб не викликає сумнівів.

Наразі немає потреби додатково обґрунтовувати позиції щодо актуальності абсолютно всіх питань, пов'язаних із особливостями правового статусу і діяльністю корпорацій, адже і досі дані питання є основою багатьох дискусій. Тому в межах заявленої тематики більш цікавим і актуальним вбачається розгляд питання про доктрину зняття корпоративної вуалі як таку, за допомогою якої можна визначити і притягнути до відповідальності особу, яка контролює корпорацію.

Для якнайкращого розуміння сутності питання про контроль в корпораціях і визначення контролюючих осіб, в межах розгляду питання про доктрину «зняття корпоративної вуалі», потребує уваги питання про правову природу корпорацій, оскільки на сьогодні дискусії з цього питання досі залишаються актуальними.

Нині немає єдиного уніфікованого визначення поняття «корпорація», що призводить до різноманіття наукових поглядів на розуміння даного суб'єкта господарювання.

Так, корпорацію можна визначити як договірне об'єднання підприємств своїх виробничих та наукових можливостей для досягнення ними єдиної комерційної мети шляхом делегування повноважень централізованому органу управління. Відтак корпорація є економічною категорією, що відображає систему суспільно-економічних відносин між: суб'єктами внутрішнього інституційного середовища (членами корпорації за дольовою участю у виробництві та розподілі створеного продукту); усіма суб'єктами зовнішнього інституційного середовища щодо використання економічних ресурсів виробництва та присвоєння створеного продукту; корпорацією та державою щодо розподілу створеного корпорацією доходу і формування бюджету держави [1].

У США, наприклад, корпорація – це організація, створена двома або більше особами з метою здійснення господарської діяльності, зареєстрована у встановленому порядку, наділена законом правом діяти як окрема (юридична) особа, відокремлена від своїх учасників, має право випускати акції та інші цінні папери й існувати протягом невизначеного проміжку часу, акціонери якої не несуть відповідальності її боргами [2].

При цьому в правовій термінології держав англосаксонської правової системи поняття «корпорація» ототожнюють з поняттям «юридична особа» [3]. Більше того, у літературі звертається увага на те, що у континентальному праві поняття корпорації теж, в основному, збігається з поняттям юридичної особи. Тому корпорацію визначають як колективне утворення, організацію, визнану правом юридичною особою, засновану на об'єднаних капіталах, яка здійснює соціально-корисну діяльність [4].

Існує точка зору, відповідно до якої корпорацією є акціонерне товариство чи товариство з обмеженою відповідальністю або товариство з додатковою відповідальністю, управління якою здійснюється через складну централізовану систему органів і учасники якої по відношенню до неї здійснюють інвестиційну діяльність з метою отримання дивідендів, і така участь породжує у них сукупність корпоративних прав [5].

Існуюча, очевидна, наведена вище відмінність у понятті «корпорація» в різних правових системах все ж не позбавляє визначеної спільності ознак, їм притаманних. Відтак, виходячи з чинного правового визначення й аналізу основних наукових положень, І. П. Васильчук виділяє такі ознаки, які притаманні корпораціям як юридичним особам корпоративного типу: 1) об'єднання майна засновників у разі створення юридичної особи; 2) наявність статутного (складеного) капіталу; 3) право власності юридичної особи на майно, передане засновниками як вклад до статутного (складеного) капіталу; 4) власність, відокремлена від управління; 5) в статутному (складеному) капіталі (майні) визначена частки учасника, яка надає йому корпоративні права; 6) участь учасника такої організації в управлінні нею на основі корпоративних прав; 7) участь засновників (учасників) у розподілі доходів юридичної особи та ризиків у межах внеску, якщо більший розмір ризиків не встановлений законом чи установчими документами; 8) обмежена відповідальність; 9) управління здійснюють відповідні органи з чіткою структурою і повноваженнями; 10) соціальний інститут [6].

Безсумнівно, наведені ознаки не є вичерпними і можуть слугувати основою для подальших наукових досліджень. Відтак, розкриваючи правову природу корпорації в науковій літературі, неодноразово зверталася увага на те, що на сьогодні до корпорацій можна віднести не всі союзи осіб, а тільки акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю [5].

Крім того, загальноприйнятий термін «корпорація» в Україні досить часто розглядають як синонім терміна «акціонерне товариство», тобто як одну з трьох основних форм організації бізнесу поряд з власною справою та товариством [6].

Стосовно позицій щодо поняття «корпорація», закріплених у чинному законодавстві України, потребує уваги таке. Нині Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) не закріплює поняття «корпорація», оперуючи лише поняттям «корпоративні права» (ст. 111, 152, 245 ЦК). Натомість Господарський кодекс України (далі – ГК України), визначаючи види та організаційні форми підприємств (ст. 63), згадує про корпоративне підприємство і зазначає, що таке підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому числі через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства. Корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб.

Майже аналогічне визначення корпоративного підприємства надає і Закон України (далі – ЗУ) «Про холдингові компанії в Україні» від 15.03.2006 № 3528-IV, в якому закріплено, що корпоративним підприємством є господарське товариство, холдинговим корпоративним пакетом акцій (часток, паїв) якого володіє, користується та розпоряджається холдингова компанія. В цьому контексті холдингова компанія є акціонерним товариством, яке володіє, користується та розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств.

При цьому у ст. 120 ГК України зазначається, що корпорацією визнається договірне об'єднання, створене на основі поєднання виробничих, наукових і комерційних інтересів підприємств, що об'єдналися, з делегуванням ними окремих повноважень централізованого регулювання діяльності кожного з учасників органам управління корпорації.

В контексті сказаного слід звернути увагу на те, що в літературі вже неодноразово слушно зауважувалося, що більша загадка полягає у тому, що наведене у ст. 120 ГК України визначення корпорації не узгоджується з поняттям корпоративного підприємства й корпоративних прав, закріплених у цьому ж кодексі [2, с. 58].

Враховуючи сказане, важливо зазначити, що вже давно не секрет, що особливістю управління корпораціями на Заході є розмивання відповідальності, заміна персональної відповідальності власників і менеджменту на корпоративну, так звану *corporate veil* – дослівно – корпоративну вуаль, а значить – ніхто з директорів персонально ні за що не відповідає [7].

За таких обставин виникає ситуація, коли внаслідок зловживання конструкцією юридичної особи, в межах недосконалого законодавства, відбувається ухилення від персональної відповідальності контролюючих корпорацію осіб.

В контексті сказаного слід згадати про відому зарубіжній науці і судовій практиці доктрину «*piercing/lifting the corporate veil» (далі – PCV*), що в перекладі означає «зняття корпоративної вуалі». Застосування даної доктрини у практичній площині надає можливість у виключних випадках і за наявності вагомих підстав перекласти відповідальність юридичної особи на іншу особу (засновника, учасника), відступаючи в такому випадку від принципу обмеженої відповідальності. Слід зауважити, що вказана доктрина доволі часто використовується і у взаємовідносинах між головним і дочірнім підприємством в частині притягнення до відповідальності одного за борги іншого.

Відтак вбачається, що відносно корпорації доктрину «зняття корпоративної вуалі» потрібно розглядати з двох позицій цивільно-правової відповідальності: як відповідальність контролюючої корпорацію особи за її борги та як відповідальність головного підприємства (контролюючого) за борги дочірнього (підконтрольного).

У першому випадку йдеться про необхідність встановлення (ідентифікації) контролюючої особи, яка фактично має можливість давати вказівки і тим самим визначати напрями діяльності юридичної особи, чиї дії або бездіяльність могли спричинити негативні наслідки для юридичної особи, внаслідок чого виникла ситуація, за якої неможливо задовольнити вимоги кредиторів, тобто доволі часто корпоративна структура є прикриттям для незаконних дій своїх засновників (учасників). За наявності ситуації, в якій контролююча особа прийняла рішення, яке в подальшому спричинило збитки і, як наслідок, спричинило негативні наслідки і неможливість відповідати перед кредиторами, покладення персональної відповідальності на таких осіб може слугувати як превентивний засіб, який, по-перше, убезпечить від різних ризиків і, по-друге, додатково виступить гарантією захисту інтересів кредиторів.

Крім того, відносини залежності між головною і дочірньою компанією сформулювали нові концепти у розумінні інституту відповідальності. Оскільки корпорації, зазвичай, є складними утвореннями, які ведуть бізнес у складі груп компаній, то в іншому випадку слід говорити про притягнення до відповідальності головної компанії за борги дочірньої внаслідок очевидності ситуації, за якої дії контролюючої компанії призвели до неплатоспроможності підконтрольної, що теж призвело до неможливості кредиторів задовольнити свої вимоги за рахунок активів боржника. В даному випадку притягнення до відповідальності в межах доктрини PCV дає можливість кредиторам напряму звертатись

до головної компанії за боргами дочірньої. Однак наявність залежності між головною і дочірньою компанією не є в класичному розумінні підставою для застосування розглядуваної доктрини.

Вже давно не новина, що для законодавця юридична особа є лише абстрактною категорією, за якою він не бачить фізичних осіб, що надає можливість фізичним особам зловживати формою юридичної особи, користуватись податковими пільгами в офшорних юрисдикціях та преференціями для іноземних інвесторів, майже без перешкод виводити активи з підконтрольних юридичних осіб на шкоду міноритарним учасникам [8].

Відтак, вибудовуючи важкі холдингові конструкції, підприємці забезпечують безпеку активів, оптимізують оподаткування прибутків, приховують бенефіціарів (з метою конфеденційності) та обмежують свою особисту відповідальність [9].

Питання про здійснення контролю над діяльністю корпорацій завжди були актуальними, оскільки, маючи можливість реально впливати на прийняття основних рішень, фактично визначаються напрями її діяльності, що у підсумку впливає на отриманий прибуток і на можливість відповідати за своїми зобов'язаннями.

Зокрема, поширеною є точка зору, відповідно до якої контроль пов'язаний з плануванням і покликаний забезпечити керівництво організації своєчасною і достовірною інформацією про хід виконання стратегічних планів, їх зв'язок з місією організації для своєчасного їх корегування [10].

Наприклад, ЗУ «Про холдингові компанії в Україні» у взаємовідносинах між холдинговою компанією та її корпоративними підприємствами згадує про контроль лише в контексті можливості проводити внутрішній аудит (контроль) холдингами своїх корпоративних підприємств.

Принагідно слід вказати на те, що корпоративний контроль по-різному визначається в різних правових системах. Якщо в континентальному праві контроль розглядається як нагляд, перевірка діяльності визначених осіб, то у загальному праві контроль розуміють як панування над корпорацією [11].

Відтак правозастосовча практика держав загального і континентального права демонструє стійкі тенденції використання критерію контролю для визначення осіб, що контролюють юридичну особу, і покладання на них відповідальності за зобов'язаннями юридичної особи. Найбільш поширеними і опрацьованими теоріями, в основу яких покладений критерій контролю, є доктрина «зняття корпоративної вуалі» (piercing the corporate veil) і доктрина «сторони, яка не підписала контракт» (non-signatories doctrine) [8, с. 88].

Так, прослідковується тенденція, відповідно до якої критерій контролю за діяльністю корпорації тісно пов'язаний з доктриною «зняття корпоративної вуалі», основний концепт якої, як зазначалося вище, зводиться до можливості покладення відповідальності на контролюючих корпорацію осіб. Вбачається, що для того, щоб зняти корпоративну вуаль, спочатку слід встановити і підтвердити ступінь контролю саме фактичного, а не потенційного контролю фізичної особи над корпорацією і вже потім встановлювати і доводити причинно-наслідковий зв'язок між діями і наслідками.

Контроль з метою застосування доктрини «зняття корпоративної вуалі» являє собою сукупність дій, направлених на управління поточною діяльністю компанії, а також на визначення загальних принципів її розвитку. Очевидно, що встановлення контролю і подальше притягнення до відповідальності особи, яка здійснює такий контроль, залежить від відповідності такої особи критеріям, за наявності яких вона (особа) може бути визнана суб'єктом контролю [8, с. 92].

Заслуговує на увагу доволі поширена позиція, відповідно до якої особа не наділена контролем над комерційною організацією виключно тому, що є лише директором або головним управляючим (principal manager) організації [12, с. 58].

В цьому контексті право Німеччини встановлює (у відносинах між головною і дочірньою компанією), що право давати вказівки і наявність залежності ще не означає наявність здійснюваного контролю [13, с. 52–35], а відтак і не є підставою для застосування доктрини.

Принагідно зазначимо, що суб'єктом, який може контролювати корпоративну структуру (контролююча особа), можуть бути не лише безпосередні власники, які створили корпорацію, а й директори, акціонери, інші учасники, які мають можливість визначати напрями діяльності корпорації та впливати на прийняття рішень, тим самим здійснюючи контроль за корпоративною структурою.

На сьогодні законодавство багатьох зарубіжних країн, в тому числі і українське, для позначення контролюючої особи використовує термін «кінцевий бенефіціарний власник» (контролер), яким позначають особу, яка фактично має можливість контролювати діяльність юридичної особи. Викладене свідчить про те, що ідентифікація особи кінцевого бенефіціарного власника є можливістю встановити осіб, які фактично стоять за такими складними бізнес-структурами як корпорації та є своєрідним контролем за діяльністю корпорацій.

Вказаний підхід вимагає враховувати різноманітність критеріїв у визначенні контролюючих корпорацію осіб в межах доктрини «зняття корпоративної вуалі». Взявши за основу визначення особи кінцевого бенефіціарного власника у ЗУ «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження

зброї масового знищення» від 14.10.2014 № 1702-VII, насамперед слід говорити про контролюючу особу як таку, яка незалежно від формального володіння має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб. Такий вплив має здійснюватись шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності. Для того, щоб особа вважалась контролюючою, вона повинна давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління і мати можливість здійснювати вплив шляхом прямого або опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самостійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у певному визначеному розмірі відсотків (в різних країнах визначається по-різному) статутного капіталу або права голосу в юридичній особі.

Крім того, очевидним має бути причинно-наслідковий зв'язок між діями або бездіяльністю контролюючої особи та фактично спричиненими негативними наслідками, понесеними збитками корпоративною структурою, зокрема, якщо такі наслідки настали внаслідок отримання відповідних вказівок. З викладеного випливає очевидність факту зловживання контролюючою особою своїми правами.

При цьому слід зауважити, що доволі поширеним на сьогодні є підхід, відповідно до якого доктрину «зняття корпоративної вуалі» вважають лише розвитком загальних принципів доктрини контролю, що підтверджує лише другорядний характер вказаної доктрини [8, с. 60]. Вбачається, що критерій контролю в межах доктрини зняття корпоративної вуалі є інструментом у визначенні залежності діяльності корпоративних структур від контролюючих їх осіб, оскільки очевидним є факт прямого втручання у справи корпорацій, використовуючи різноманітні важелі впливу.

Проведений аналіз здійснення контролю за діяльністю корпорації та встановлення контролюючої особи з метою притягнення її до відповідальності за борги корпорації в межах доктрини PCV надає можливість зробити такі висновки.

Визначення контролюючої особи (осіб) корпорації з метою притягнення до відповідальності, якщо буде доведено недобросовісність, протиправність їхніх дій при виконанні своїх обов'язків, що призвело до неможливості корпорації відповідати за своїми зобов'язаннями, є доволі дієвим способом захисту прав кредиторів від недобросовісних боржників в межах застосування доктрини «зняття корпоративної вуалі», оскільки наслідком ідентифікації особи кінцевого бенефіціарного власника має стати значно спрощена процедура накладення арешту на майно таких осіб у випадках, передбачених у законодавстві.

Вбачається, що визначення контролюючих корпорацію осіб, як інструмент покладення відповідальності в межах застосування доктрини «зняття корпоративної вуалі», нівелює принцип обмеженої відповідальності засновників (учасників) корпорації. Розмір відповідальності в даному випадку передбачає велику ймовірність здійснення різного роду зловживань з боку контролюючих осіб – суб'єктів цивільного обороту, які мають фактичний вплив на діяльність корпорацій. Однак слід віднайти розумну межу у співіснуванні принципу обмеженої відповідальності та меж відповідальності контролюючих корпорацію осіб.

Відтак подальше застосування на практиці доктрини «зняття корпоративної вуалі» в якості основи для ідентифікації та притягнення контролюючих корпорацію осіб до відповідальності за її борги надасть можливість урегульовувати проблемні питання, пов'язані із справедливим розподіленням відповідальності в механізмі цивільного обороту.

СПИСОК ВИКОРИСТАННОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Хімченко А. М.* Щодо сутності поняття «корпорація» та її класифікації як економічної категорії / А. М. Хімченко // Наукові записки Національного університету «Острозька академія». Серія: Економіка. – 2013. – Вип. 24. – С. 80–85.

2. *Прилуцький Р. Б., Шатило В. С.* Про визначення поняття «корпорція» // Юридична наука. – 2013. – № 2. – С. 55–61.

3. *Коханович О. О.* Корпорації: дефініція та регулювання діяльності // Юридичний науковий електронний журнал. – 2014. – № 3. – С. 57–59.

4. *Кашанина Т. В.* Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. – М.: Изд. гр. ИНФРА'М-КОДЕКС, 1995. – 554 с.

5. *Глусь Н. С.* Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Глусь Наталія Степанівна; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2000. – 23 с.

6. *Васильчук І. П.* Сутність та ознаки корпорацій: теоретичний аспект / І. П. Васильчук // Наукові записки [Національного університету «Острозька академія»]. Економіка. – 2013. – Вип. 23. – С. 205–209.

7. *Контрактович П.* Корпоративна вуаль. У транснаціональних корпораціях керівники ні за що не відповідають [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://texty.org.ua/pg/article/editorial/read/40099/ Korporatyvna vual U transnacionalnyh korporacijah kerivnyky ni.

8. *Контроль* за корпорациями: доктрина и практика / Е. Б. Дяченко. – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – 148 с.

9. *Кокарева А., Кутишенко Д.* Корпортивная вуаль: танцы в темноте // Слияние и поглащение. – 2012. – № 12 (118). – С. 56–61.

10. *Міжнародний менеджмент*. Навч. посіб. / Юхименко П. І., Гацька Л. П., Півторак М. В. та ін. – К.: Центр учбової літератури, 2011. – 488 с.

11. *Корпоративное право*. Под ред. Шиткиной И. С. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 648 с.

12. *Григораш И. В.* Зависимые юридические лица в гражданском праве: опыт сравнительно-правового исследования / И. В. Григораш. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 184 с.

13. *Das Weisungsrecht* im Vertragskonzern / Ioannis Kantzas. – Frankfurt am Main: Lang, 1988. – IX, 233 S.

Makhinchuk V. M. Determination controlling people through a corporation prism doctrine of «piercing / lifting the corporate veil» (lifting the corporate veil).

In the article the modern theoretical approaches within the meaning of the term «corporation» and the main features inherent to corporate structures. Describes the various criteria by which the corporation is established controlling person. Special attention is given to the doctrine of «lifting of the corporate veil» (piercing / lifting the corporate veil), as one of the models establish civil liability for the obligations of the persons controlling the corporation.

Keywords: corporation, monitoring, controlling person, the ultimate beneficial owner (beneficiary), responsibility, corporate veil), piercing / lifting of the corporate veil.

Махинчук В. М. Определение контролирующих корпорацию лиц через призму доктрины снятие корпоративной вуали (piercing / lifting the corporate veil).

В статье рассмотрены современные теоретические подходы в понимании понятия «корпорация» и определены основные признаки, свойственные корпоративным структурам. Даётся характеристика различным критериям, с помощью которых определяется контролирующее корпорацию лицо. Отдельное внимание уделяется доктрине «снятия корпоративной вуали» как одной из моделей определения гражданско-правовой ответственности контролирующих лиц по обязательствам корпорации.

Ключевые слова: корпорация, контроль, контролирующее лицо, конечный бенефициарный собственник, ответственность, корпоративная вуаль (corporate veil), снятие корпоративной вуали (piercing/lifting the corporate veil).

ПРИВАТНОПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН У МЕДИЧНІЙ СФЕРІ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ МЕТОДОЛОГІЇ

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

У статті досліджуються окремі методологічні питання приватноправового регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери, зокрема: вплив природного права та концепції прав людини на приватноправове регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери; застосування аналогії права у правовому регулюванні відносин медичної сфери.

Ключові слова: природне приватне право, загальні засади цивільного законодавства, прогалини правового регулювання, аналогія права, договірне регулювання особистих немайнових відносин.

Включення особистих немайнових відносин до предмета регулювання ЦК України стало насправді видатною правовою подією для вітчизняної цивілістичної теорії та практики. Також вперше в історії українського права особисті немайнові права у сфері надання медичної допомоги

посіли належне їм місце як у доктрині, так й нормативній частині цивільного права. І хоча вже більше десяти років країна живе за новими правилами, проте практичний потенціал даних нововведень ще не повною мірою реалізовано, а методологічне значення не повною мірою осмислено. Саме тому автор обрав в якості предмета даної розвідки окремі методологічні питання приватноправового регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери, зокрема: вплив природного права та концепції прав людини на приватноправове регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери; застосування аналогії права у правовому регулюванні відносин медичної сфери.

Підґрунтям для проведення дослідження стали ідеї та висновки, що було здобуто у працях вітчизняних та зарубіжних вчених (в першу чергу – розробників Цивільного кодексу України) та у захищених дисертаціях з проблем приватноправового регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери, зокрема, у працях Н. Кузнєцової, А. Довгерта, О. Крупчана, Є. Харитонова, С. Булеци).

Ключова вихідна теза розбудови приватноправової сфери сучасного громадянського суспільства – це «визнання природного походження значної кількості прав та свобод людини: на життя, на особисту недоторканність, на повагу до честі та гідності, на власність тощо» [1]. Суть природного приватного права становить моральний закон, який лежить в основі сучасної європейської цивілізації та надає поняття про належне, що відповідає розумінню сутності людини та її прав. Саме тому природне право як сталий моральний закон лежить в основі сучасних західноєвропейських кодифікацій. Відповідно, вплив природного права на позитивне – це застосування моральних вимог безпосередньо до правового регулювання цивільних правовідносин або опосередковано – через акти цивільного законодавства та правозастосовчу діяльність.

Усвідомлюючи вказані чинники та обмеженість регулюючого потенціалу позитивного права та закону, розробники нового Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) свідомо запропонували цілісну систему регуляторів цивільних відносин: принципи природного права, моральні засади суспільства, цивільно-правові договори, звичаї, судова практика тощо. За задумом розробників нового ЦК України саме ідея природного приватного права та концепція співвідношення природного права та закону повинна розміщуватися на верхньому щаблі багаторівневої системи кодифікації цивільного права України. Фактично це ті макроскладові, під які мають підлаштовуватися решта нижчих та похідних елементів – теорії окремих інститутів, їх частин та нормативні положення [2]. І сьогодні ми є свідками того, що ці джерела починають реально діяти, зміцнюючи свої позиції як у правосвідомості населення, так й у практиці правозастосування.

У такий спосіб «концептуально ЦК України розроблявся на основі природно-правових теорій, згідно з якими закони держави не регулюють відносини, а лише здебільшого прагнуть наблизитися до конфігурації правовідношення, яке походить від природи» [3]. У тексті ЦК України даний методологічний підхід реалізовано, по-перше, через закріплення низки принципів природно правового походження, які складають підґрунтя, тобто засади цивільного законодавства України. Як підкреслює у зв'язку з цим Н. Кузнєцова, загальні засади цивільного законодавства, закріплені у ст. 3 ЦК України, виконують в українському приватному праві щодо позитивного права, договорів, звичаїв та інших джерел інтерпретаційну, доповнювальну та виправну функції, «ці принципи мають загальнообов'язковий характер і тому їх дотримання та врахування при нормотворенні й вирішенні конкретних правових ситуацій є обов'язковою вимогою закону». Фактично здійснилося те, що було задумано розробниками нової доктрини та тексту ЦК України: «основоположні засади цивільного права стали повноцінними регуляторними конструкціями». На практиці це означає, зокрема, що «суд повинен не лише аналізувати конкретний юридичний матеріал у вигляді юридичних документів, а й усвідомлювати принципи та цілі, що лежать в основі їх прийняття» [4].

По-друге, відбулося розширення змісту приватного права за рахунок особистих немайнових прав фізичної особи, які є похідними від природних прав людини. І цим фактом започатковано нові напрями розвитку системи приватного права та цивільного законодавства України. Такий крок став надзвичайно важливою – евристичною за своєю суттю – подією: цивільно-правове регулювання особистих немайнових відносин відбулося в аспекті правонаділення у нормальних відносинах, а не тільки в умовах правопорушень в аспекті захисту. Це стало своєрідним доктринальним наробком, викликом та випробовуванням вітчизняної цивілістики на зрілість, майстерність, яку треба виявити аби «позитивувати» природні права людини, органічно вплести їх у канву цивільно-правового механізму.

Але перехід права із площини природного (абстрактного) до суб'єктивного цивільного є не завжди простим. Як влучно зазначає О. Крупчан, «визнання природності походження прав та свобод учасників приватноправових відносин стикається з тією проблемою, що органи державної влади, у тому числі суд, визнаючи види, суть, обсяг та зміст цих прав, з огляду на положення ст. 19 Конституції України мають діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». Отже, правозастосовна діяльність органів влади обмежена позитивним правовим джерелом – законом. Але відповідність законів (тим більше – відомчих нормативних актів) природному праву не завжди простежується або свідомо закладається законодавцем. «Як наслідок, – підсумовує О. Крупчан, – типовою є ситуація, коли фактичне здійснення чи захист прав та свобод учасників приватних відносин стикається з проблемою недостатності,

суперечливості тощо тексту закону» [1]. Фактично йдеться про те, що здійснення та захист приватних прав природного походження на практиці пов'язується із багатьма перепонами».

Однією з таких практичних проблем є правові ситуації, за якими завжди залишаються відносини, не охоплені нормами закону. Йдеться про так звані прогалини у цивільно-правовому регулюванні, які неоднозначно оцінюються науковцями і які не можна визнавати безспірно негативним правовим явищем. На думку Кузнєцової, «безумовною особливістю регулювання відносин у приватній сфері є необхідність усувати прогалини у праві, які виявляються тут значно частіше, ніж у публічному праві. «Життя рухається значно швидше та динамічніше, ніж у праві складаються відповідні механізми.» [5]. Якщо розуміти прогалини у праві як неповноту врегулювання суспільних відносин, то, на думку А. Довгерта, «з позиції природного права прогалин у праві бути не може, прогалини існують лише у законодавстві чи так званому позитивному праві» [6].

Але чи можна вести мову про прогалини у цивільному законодавстві як ієрархічно структурованій позитивній системі норм, що регулюють цивільні відносини? На перший погляд здається, що так, адже будь-яка системність вимагає довершеності, що передбачає встановлення відповідних правил на всі випадки, але цієї довершеності ніколи не може бути досягнуто. Проте відповідь криється в тому факті, що цивільне законодавство як системне утворення якраз не має на меті встановлення конкретних правил поведінки на всі можливі випадки. І тому у цивільному праві прогалин теж бути не може, адже відносини учасників цивільних відносин завжди врегульовані, якщо не нормами цивільного законодавства, то договорами, на засадах цивільного законодавства, на основі міжнародно-правових норм чи моральних засад суспільства.

То ж про прогалини у цивільному законодавстві можна говорити лише на рівні індивідуальної непоінформованості, необізнаності чи тимчасових утруднень стосовно вибору та обґрунтування легітимних способів врегулювання окремих видів відносин. Виходом із таких ситуацій, що сприймаються суб'єктивно як «прогалини», можуть бути цілеспрямовані зусилля, налаштовані на визначення способів та засобів врегулювання цивільних відносин їх учасниками.

Цілком слушно відмічає Н. Кузнєцова, що «у цивільному праві джерельна база для формування стандартів належної поведінки … виявляється значно ширшою, ніж у галузях публічного права. Це положення реалізується, перш за все, через механізм аналогії права і закону та через принцип диспозитивності, який є панівним у цивільному праві» [5]. Тому теоретично та практично в усіх випадках цивільні відносини можуть бути ефективно врегульовані наявним набором правових інструментів та адекватним вибором таких юридичних інструментів. Регулювання цивільних відносин відповідно до загальних засад законодавства, інших правових регуляторів, застосовних до даного виду відносин, є використанням аналогії права.

Висловлене набуває особливої актуальності для практики приватноправового регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери. Адже це відносно новий пласт суспільних відносин, які не знайшли детальної регламентації у нормах цивільного законодавства та щодо яких ще не напрацьовано адекватну юридичну практику. Яким чином оцінювати прогалини у приватноправовому регулюванні відносин медичної сфери та яким може бути механізм дії аналогії права щодо можливості заповнення цих прогалин у легітимний спосіб? Розглянемо для прикладу дві проблеми. Перша стосується проблеми позитивації фундаментальних природних прав суб'єктів медичної діяльності. Друга – легітимних можливостей договірного регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери.

Ключем до розуміння дії механізму аналогії права у даному випадку є правильне розуміння сутності цивільного права як живого утворення, яке складається з «концепцій, ідей та правових норм, що встановлюють на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін, підстави придбання, порядок реалізації і захисту цивільних прав та обов'язків фізичними та юридичними особами» [7]. Тобто живе діюче цивільне право тільки на частину складається з позитивних норм, закріплених в актах цивільного законодавства. Решту (левову частку) нормативного масиву цивільного права складають принципи та норми природно-правового походження.

Враховуючи викладене, природні права людини становлять найважливіший елемент цивільно-правового статусу фізичної особи, незалежно від того, чи визнані вони позитивним правом, чи ні. Іншими словами, фундаментальні права людини, визнані міжнародно-правовими угодами за участю України, є обов'язковими елементами усіх цивільно-правових відносин, учасниками та суб'єктами яких є фізичні особи – медичні працівники та пацієнти. На практиці це означає, наприклад, що позитивний обов'язок лікаря надавати медичну допомогу може бути обмежено (в деяких ситуаціях навіть відмінено) особистим немайновим правом лікаря, яке походить від абсолютного природного права людини на свободу совісті та релігійні переконання. І хоча немає відповідних позитивних юридичних механізмів, все ж право лікаря на відмову від здійснення законного аборту з міркувань совісті присутнє у доктрині європейського приватного права та цивільного права України.

По-перше, це право ґрунтується на загальних принципах цивільного законодавства: неприпустимості свавільного втручання в сферу особистого життя, свободи договору; справедливості, добросовісності (ст. 3 ЦК України). По-друге, на визнаних суб'єктивних цивільних правах, що належать лікарю як

фізичній особі: право на повагу до гідності і честі (ст. 297); право на індивідуальність та вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 300).

По-третє, за нормою ст. 3 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» кожному громадянину в Україні гарантується право на свободу совісті, що включає свободу мати, приймати і змінювати релігію або переконання за своїм вибором і свободу сповідувати будь-яку релігію, зокрема, відкрито виражати і вільно поширювати свої релігійні або атеїстичні переконання. Відмова лікаря від здійснення аборту за релігійними переконаннями в широкому контексті може підпадати під дію передбаченого законом права «відкрито виражати» свої релігійні переконання. До того ж право на «здійснення свободи сповідувати релігію або переконання» можна трактувати в аспекті відмови від дій, які суперечать релігійним переконанням. Також практика Європейського суду з прав людини свідчить про підтвердження права лікаря на заперечення з міркувань совісті із врахуванням визначених юридичних процедур та легітимних обмежень.

Друга проблема, що потребує застосування механізму аналогії права, стосується легітимних можливостей договірного регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери. Договірне регулювання приватноправових відносин є дещо новим та незвичним явищем у вітчизняній сфері охорони здоров'я. Це пов'язано з тим, що правовідносини, що виникають у процесі лікування, регулювалися в основному нормами медичної етики та адміністративного права. Така патерналістська модель взаємовідносин лікаря і пацієнта достатньо ефективно працювала в умовах обмежених медичних технологій та солідарних соціальних зв'язків. Проте сьогодні договір є універсальною конструкцією взаємодії автономних учасників приватноправових відносин, що зачіпає також і медичну сферу. Й тому виникає потреба віднайти «такі форми регулювання особистих немайнових відносин, в яких якнайповніше проявлялася б воля учасників» [8]. Однією з таких форм може бути цивільно-правовий договір.

На сьогодні перед наукою українського цивільного права постає актуальне завдання обґрунтувати можливість включення до цивільно-правових договорів умов, що стосуються особистих немайнових благ. Зокрема, свого вирішення потребує питання місця договору в регулюванні особистих немайнових відносин медичної сфери. Якщо стосовно договорів з медичних послуг існують загальні норми глави 63, то щодо інших можливих договорів, які опосередковують особисті немайнові відносини медичної сфери, є тільки загальні положення щодо регулювання цивільних відносин. Так, ЦК України прямо не передбачено, але й не виключено можливість застосування договірного регулювання до особистих немайнових благ та відносин. Тому цілком слушно, що «особисті немайнові відносини, що ґрунтуються на юридичній рівності, автономії волі та вільному волевиявленні учасників, складають предмет цивільно-правового регулювання та підпадають під дію методу юридичної децентралізації, який включає в себе й договірне регулювання (на загальних засадах цивільного права та імперативних нормах, передбачених для даного виду відносин)» [9].

Наприклад, у європейській юрисдикції існує великий масив правочинів, якими опосередковуються правовідносини щодо завчасного планування лікування та догляду. Зокрема, йдеться про договірне представництво пацієнта у правовідносинах з вибору методів лікування. Спеціальні норми щодо таких договорів у ЦК України відсутні, тому для обґрунтування можливості таких договорів слід застосовувати аналогію права. Так, у ст. 6 ЦК України сторонам цивільних правовідносин надано право самостійно врегулювати у договорі свої відносини, які конкретно не передбачені (не названі) у законодавстві. Дане право обмежується тільки забороною відступати від положень актів законодавства, в яких прямо вказано про це, а також у випадках, коли імперативна обов'язковість положень випливає або зі змісту відносин або із суті відносин між сторонами.

Як цілком слушно зазначає Н. Кузнєцова, «у сфері приватного права основою регулювання слугує юридична рівність суб'єктів та їхнє вільне волевиявлення. Природно, що за таких умов стандарти належної поведінки формуються та закріплюються, перш за все, через систему дозволів» [5]. То ж кінець диспозитивності у цивільних договорах медичної сфери обумовлюється межами імперативності, яка присутня у загальних принципах цивільного права, моральних засадах суспільства та конкретно в актах цивільного законодавства.

Таким чином, регулятивний потенціал приватного права в контексті його адекватного впливу на особисті немайнові відносини медичної сфери ще не вивчено та не задіяно повною мірою. Актуальними напрямами такого подальшого дослідження мають стати: проблема застосування механізму аналогії права щодо особистих немайнових прав фізичних осіб, що конкретно не врегульовані нормами ЦК України; правові можливості та перспективи договірного регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери. Реалізація даних завдань сприятиме більш повній реалізації приватних прав фізичних осіб та, врешті-решт, гуманізації суспільних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Крупчан О. Д.* Методологічні засади приватноправової сфери громадянського суспільства // Право України, 2009. – № 8. – С. 49.

2. *Довгерт А*. Кодифікація цивільного права незалежної України – важливий етап розвитку цивілістичної доктрини // Право України, 2014. – № 6. – С. 36.

3. *Кузнєцова Н., Довгерт А*. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації // Право України, 2014. – № 2. – С. 10.

4. *Кузнєцова Н. С*. Стан і тенденції розвитку цивілістичної науки в Україні // Право України, 2014. – № 6. – С. 10, 11.

5. *Кузнецова Н*. Совершенствование механизма правового регулирования гражданских правоотношений // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватнго права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 10 листопада 2011 року. – К.: Алеута, 2012. – С. 48, 49.

6. *Довгерт А*. Юридична аналогія в цивільному кодексі та судовій практиці України // Приватне право, 2013. – № 1. – С. 159.

7. *Харитонов Є. О.* Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» / Є. О. Харитонов // Часопис цивілістики, 2013. – Вип. 14. – С. 13.

8. *Бобрик В. І. , Короленко В. М*. Особисті немайнові відносини як предмет договірного регулювання. Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин. Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – С. 201.

9. *Кузнєцова Н*. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України, 2012. – № 9. – С. 12.

Myronova G. **The private Law regulation of the personal non-property relations at the medical sphere – the methodological issues**

The article explores certain methodological issues of the legal and personal regulation of the personal non- property relations of the medical sphere, namely the effect of the natural law and the concept of human rights on the legal and personal regulation of the personal non- property relations of the medical sphere; the use of law analogies for the legal regulation of the relations of the medical sphere.

Key words: the natural law, the principles of civil law, gaps in legal regulation, law analogies, contractual regulation of the personal relations of the medical sphere

Миронова Г. А. Частноправовое регулирование личных неимущественных отношений в медицинской сферы: отдельные вопросы методологии

В статье исследуются отдельные методологические вопросы частноправового регулирования личных неимущественных отношений медицинской сферы, в частности: влияние естественного права и концепции прав человека на частноправовое регулирование личных неимущественных отношений медицинской сферы; применение аналогии права в правовом регулировании отношений медицинской сферы.

Ключевые слова: естественное частное право, общие начала гражданского законодательства, пробелы правового регулирования, аналогия права, договорное регулирование личных неимущественных отношений.

НЕПЕРЕБОРНА СИЛА ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ЗВІЛЬНЯЄ ВІД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

Примак В. Д.,
доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництв аімені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті з використанням порівняльно-правового методу розглядаються актуальні питання правового регулювання цивільних відносин, на які впливають обставини непереборної сили, що є підставою для звільнення зобов'язаної особи від цивільно-правової відповідальності.

Ключові слова: непереборна сила, цивільно-правова відповідальність, надзвичайність, невідворотність, договір.

Невід'ємною складовою інституту цивільно-правової відповідальності є субінститут звільнення від неї. Він являє собою взаємопов'язану систему правових норм, що визначають коло чинників (фактичних обставин), за наявності яких виключається чи обмежується можливість застосування або

примусової реалізації тих чи інших компенсаційно-майнових санкцій, які кваліфікуються як конкретні заходи цивільної відповідальності. Причому національне законодавство багатьох зарубіжних країн, норми міжнародно-правових актів та модельні документи європейського приватного права чільне місце у системі зазначених чинників закріплюють за обставинами непереборної сили (force majeure). Адже вирішальний вплив останньої, за окремими, вельми рідкісними, винятками, визнається об'єктивною межею цивільно-правової відповідальності навіть у разі виключення зі складу її умов вини правопорушника.

Втім у вітчизняній науці цивільного права проблема визначення суті й критеріїв непереборної сили, юридичних наслідків її вияву, порядку встановлення фактичної наявності її впливу тощо не дістала належного висвітлення. Серед іншого, нині вочевидь бракує наукових розвідок, присвячених порівняльно-правовому дослідженню згаданого правового феномена і тієї ролі, яку покликана відігравати у забезпеченні його позитивної формалізації Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. [1].

Водночас звернення до порушеної тематики стає дедалі більш нагальним з огляду на нещодавні зміни, внесені до законодавства України, щодо регламентації цивільних відносин, які зазнають впливу непереборної сили. Зрештою, реалізація євроінтеграційних устремлінь України, формалізованих, зокрема, в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами – з іншої [2], на нашу думку, має передбачати й певну гармонізацію дотичних до тематики непереборної сили аспектів правового регулювання, притаманних європейському приватному праву і цивільному праву України. Тому метою представленої статті є зіставлення реалізованих у різних правових системах, міжнародному приватному праві та модельних актах європейського приватного права підходів до непереборної сили з метою визначення оптимальної правової моделі врахування юридичного значення такого роду обставин у цивільному праві України.

Як правило, звільнення від цивільно-правової відповідальності зумовлюють юридичні факти і правові характеристики, які, попри порушення прав кредитора, засвідчують відсутність принаймні однієї з нормативних, правосуб'єктних, юридико-фактичних, процесуальних підстав, об'єктивних або суб'єктивної умови відповідальності боржника. При цьому правового значення набуває або спеціальна, відмінна від загального порядку застосування конкретної санкції, юридична кваліфікація поведінки безпосереднього правопорушника і зобов'язаної особи (а подеколи і кредитора), наслідків їхніх дій чи бездіяльності або наявність спеціально визначених законодавцем юридичних фактів. Так, непереборна сила визнається підставою для звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання (ст. 617 ЦК України [3]) остільки, оскільки (і наскільки) її вплив виключає вирішальну зумовленість факту порушення суб'єктивного цивільного права кредитора саме поведінкою боржника.

Обставини, що зумовлюють повне або часткове звільнення від цивільно-правової відповідальності, можуть бути прямо закріплені в законодавстві чи узгоджені в договорі. При цьому дія принципу свободи договору обмежується засадами справедливості, розумності й добросовісності – надто в частині недопущення звільнення від відповідальності за умисні правопорушення та забезпечення справедливого балансу інтересів фактично нерівних за своїми можливостями сторін (насамперед маємо на увазі захист прав споживачів як слабкої сторони договору).

Такий підхід має поширюватися як на договірну, так і на позадоговірну відповідальність. Недарма у ст. VI.-5.401 Принципів, дефініцій та модельних правил європейського приватного права (Проект спільної системи підходів; далі – DCFR) [4], яка регламентує охоронні відносини, що виникають із деліктів, наголошується на недопустимості виключення або обмеження відповідальності: за умисне заподіяння шкоди; у випадку, коли шкода спричинена повним ігноруванням очевидних за даних обставин вимог щодо вияву належної турботливості; якщо звільнення від відповідальності суперечить принципу добросовісності й чесного ведення справ; у разі завдання шкоди дефектами у продукції. Своєю чергою, ст. III.-3.105 DCFR установлює правило про недійсність договірних умов, які виключають чи обмежують можливість відшкодування шкоди, завданої ушкодженням здоров'я (включно зі смертельною шкодою), яку було заподіяно внаслідок умислу або грубої необережності. Крім того, зазначена стаття забороняє звернення до умов договору, які усувають можливість застосування тих чи інших способів захисту всупереч принципу добросовісності й чесного ведення справ.

Безперечно, оцінка поведінки сторін на предмет додержання ними вимог добросовісності має значення й для кваліфікації певних фактів як таких, що мають ознаки непереборної сили та зумовлюють звільнення від цивільно-правової відповідальності – зокрема й тоді, коли конкретні життєві обставини були пойменовані як вияви непереборної сили (форс-мажору) в договорі. Принаймні суди мають зважати на наявність у боржника можливості достовірно передбачити настання події, яка створить нездоланні перешкоди для виконання покладених на нього обов'язків, і вжити належних заходів для уникнення або мінімізації пов'язаних з відповідною подією негативних наслідків для прав та законних інтересів кредитора.

З цього приводу варто звернути увагу на положення ст. III.-3.104 DCFR, ст. 7.1.7 принципів UNIDROIT [5] і майже тотожні до них приписи ст. 79 Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., згідно з якою сторона не несе відповідальності за невиконання будь-якого зі 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. До того ж таке звільнення від відповідальності поширюється лише на той період, протягом якого існує дана перешкода, а сторона, яка не виконує свого зобов'язання, повинна повідомити іншу сторону про перешкоду і про її вплив на її здатність здійснити виконання. Якщо це повідомлення не отримане іншою стороною протягом розумного строку після того, як про цю перешкоду стало чи повинно було стати відомо боржникові, він нестиме відповідальність за збитки, які є результатом того, що таке повідомлення не було отримане.

Втім притаманний вітчизняному законодавству підхід до визначення непереборної сили та її наслідків значною мірою суперечить наведеним положенням. Причому такий стан речей значною мірою зумовлений неприпустимою фрагментарністю вітчизняного правового регулювання в означеній сфері. Адже ЦК України, по суті: взагалі не дає дійсно змістовного, розгорнутого визначення непереборної сили як обставини, що звільняє від відповідальності (її критерії, до того ж з якоїсь незрозумілої причини протиставлені один одному, наведені у ст. 263 ЦК України, що визначає підстави зупинення перебігу позовної давності, а не у ст. 617 ЦК України); не акцентує увагу на суто зовнішній природі зазначеного чинника щодо власної поведінки учасника цивільних відносин; ігнорує можливість нехтування вимогами добросовісності за наявності в особи певних відомостей, достатніх для формування достовірного передбачення щодо виникнення у майбутньому або фактичного існування на момент укладання договору перешкод, які унеможливлюють виконання її обов'язків; не покладає на боржника конкретних обов'язків щодо інформаційної співпраці з кредитором з метою мінімізації ймовірних втрат останнього.

Отже, в Україні правове регулювання цивільних відносин, обтяжених впливом непереборної сили, загалом не враховує необхідності створення спеціальних гарантій послідовного додержання несправною стороною вимог, що випливають із принципу добросовісності й покликані утвердити максимальну безпеку кредитора.

Натомість статті 117 і 118 Договірного права Народної Республіки Китай [6] демонструють прагнення до повнішої імплементації вищезгаданих положень UNIDROIT і Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. Водночас відповідні статті китайського законодавства містять кілька важливих норм, творче використання яких може сприяти дійсно справедливому вирішенню справ щодо застосування заходів цивільно-правової відповідальності. Передовсім йдеться про уточнення з приводу можливості як повного, так і часткового припинення невиконаного зобов'язання залежно від впливу непереборної сили та, навпаки, його збереження в разі виникнення такого роду обставин у період прострочення виконання, за яке відповідає сторона. Поряд з цим китайський законодавець дещо відійшов від конвенційного формулювання непереборної сили, замінивши його більш стислою й місткішою вказівкою на три неодмінні ознаки такого роду обставини: непередбачуваність, невідворотність та нездоланність.

Критерій передбачення тут, з одного боку, покликаний забезпечити добросовісність заінтересованої особи, а з іншого – випливає з урахуванням того факту, що за тривалого вияву певних об'єктивно невідворотних обставин непереборної сили їх надзвичайність, принаймні для окремих категорій учасників цивільних відносин, неминуче нівелюється. Це, своєю чергою, надає можливість вживати належні заходи для мінімізації негативного впливу конкретного зовнішнього чинника на можливість виконання зобов'язання.

Виразну прихильність до представленої у Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. концепції непереборної сили демонструє ЦК Республіки Литва [7]. До того ж його норми деталізують і низку додаткових аспектів правового регулювання, серед яких можна виокремити наголос ч. 4 ст. 6.212 ЦК Республіки Литва на тому, що застосування нормативних положень щодо юридичного значення непереборної сили не позбавляє заінтересовану сторону наданого законом права розірвати договір, зупиняти його виконання та вимагати сплати належних їй процентів. Напевно, варто згадати і наведений у ч. 1 тієї самої статті перелік обставин, які не можуть вважаються непереборною силою – відсутність на ринку необхідних товарів, недостатність у сторони фінансових ресурсів та порушення власних зобов'язань контрагентами боржника (що спонукає вкотре замислитися над правильністю реалізованого у ст. 617 ЦК України рішення співвіднести ті самі обставини не з непереборною силою, а з виною зобов'язаної особи).

Слід зазначити, що відповідно до ст. 14-1 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» [8] саме Торгово-промислова палата (далі – ТПП) України та уповноважені нею регіональні

ТПП засвідчують форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) та видають сертифікат про такі обставини протягом семи днів з дня звернення суб'єкта господарської діяльності. При цьому в названому Законі України зазначено: «Форс-мажорними обставинами (обставинами непереборної сили) є 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, а саме: загроза війни, збройний конфлікт або серйозна погроза такого конфлікту, включаючи але не обмежуючись ворожими атаками, блокадами, військовим ембарго, дії іноземного ворога, загальна військова мобілізація, військові дії, оголошена та неоголошена війна, дії суспільного ворога, збурення, акти тероризму, диверсії, піратства, безлади, вторгнення, блокада, революція, заколот, повстання, масові заворушення, введення комендантської години, експропріація, примусове вилучення, захоплення підприємств, реквізиція, громадська демонстрація, блокада, страйк, аварія, протиправні дії третіх осіб, пожежа, вибух, тривалі перерви в роботі транспорту, регламентовані умовами відповідних рішень та актами державних органів влади, закриття морських проток, ембарго, заборона (обмеження) експорту/імпорту тощо, а також викликані винятковими погодними умовами і стихійним лихом, а саме: епідемія, сильний шторм, циклон, ураган, торнадо, буревій, повінь, нагромадження снігу, ожеледь, град, заморозки, замерзання моря, проток, портів, перевалів, землетрус, блискавка, пожежа, посуха, просідання і зсув ґрунту, інші стихійні лиха тощо».

Таким чином, ТПП уповноважені давати суто юридичну кваліфікацію потенційно невичерпному переліку обставин суспільного життя і природних явищ на предмет їх відповідності критеріям: а) надзвичайності та невідворотності; б) здатності об'єктивно унеможливлювати виконання зобов'язань. Заразом по суті встановлюється неспростовна презумпція того, що прямо перелічені у ст. 14-1 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» обставини беззастережно відповідають усім переліченим критеріям. Проте погодитися з таким підходом важко.

Однією з ознак непереборної сили є її відносний характер. Тому ті самі військові дії, а тим паче військова мобілізація або серйозна небезпека («загроза») виникнення збройного конфлікту можуть у певних життєвих ситуаціях поставати як надзвичайні й невідворотні обставини у відносинах між певними сторонами, тоді як у інших спірних ситуаціях, що виникли за участі тих самих учасників або інших суб'єктів, які здійснюють свою діяльність за аналогічних умов (мають те саме місцезнаходження зокрема), про жодний надзвичайний і невідворотний вплив таких обставин на можливість виконання зобов'язання не йтиметься.

З цього погляду неоднозначно виглядають положення ст. 10 Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» [9], згідно з якою протягом дії цього Закону єдиним належним та достатнім документом, що підтверджує настання обставин непереборної сили (форс-мажору), що мали місце на території проведення АТО, як підстави для звільнення від відповідальності за невиконання (неналежного виконання) зобов'язань, є сертифікат ТПП України. Адже торгово-промислові палати, не будучи органами здійснення правосуддя, позбавлені доступу до належного процесуального інструментарію для достовірного встановлення всіх істотних фактичних обставин кожної конкретної справи. Проте лише на підставі всебічного аналізу зазначених обставин можна дійти дійсно обґрунтованого висновку про наявність або відсутність вирішального впливу непереборної сили.

Схоже на те, що подібні міркування беруться до уваги й багатьма національними правовими системами, оскільки зарубіжний досвід [10] засвідчує перевагу судового порядку встановлення (доказування або спростування) факту наявності обставин непереборної сили над процедурами, що передбачають надання виняткових повноважень у цій сфері тим чи іншим спеціально уповноваженим адміністративним органам або самоврядним організаціям.

Натомість суди загальної юрисдикції наділені усіма необхідними для цього процесуальними повноваженнями. При цьому доступ до механізмів апеляційного і касаційного оскарження судових рішень створює додаткові гарантії для додержання у порушених питаннях засад справедливості, розумності й добросовісності. До того ж суто формально ні ст. 10 Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції», ні, тим паче, ст. 14-1 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» не скасовують юрисдикцію судів у частині можливості використання саме судового порядку встановлення наявності непереборної сили (в окремому або позовному провадженні) як факту, що має юридичне значення для виникнення, зміни або припинення цивільних відносин.

Насамкінець кілька слів слід сказати й про легальну дефініцію непереборної сили, яка, на нашу думку, має напряму корелювати з визнаним у міжнародному і європейському приватному праві поняттям події поза контролем. Недарма ст. VI.-5.302 DCFR, котра так і озаглавлена «Подія поза контролем», передбачає звільнення особи від позадоговірної відповідальності у разі спричинення шкоди надзвичайною подією, яку не можна було відвернути вжиттям будь-яких розумних заходів і яка не може розглядатися як ризик, покладений на зазначену особу.

На підставі викладеного можна дійти таких висновків.

1. Новітнє законодавство України щодо визначення змісту обставин непереборної сили, їх правового значення та порядку встановлення у окремих своїх положеннях суперечить Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., а також модельним документам європейського приватного права, міркуванням справедливості, розумності й добросовісності, що засвідчує необхідність коригування їх змісту.

2. Доцільним є пряме законодавче закріплення за стороною договору, порушеного внаслідок впливу обставин непереборної сили, права вимагати розірвання договору, сплати належних з іншої сторони процентів, зупиняти виконання порушеного договірного зобов'язання.

3. В імовірній легальній дефініції непереборної сили як чинника, вирішальний вплив якого на порушення суб'єктивного цивільного права кредитора зумовлює звільнення боржника від цивільно-правової відповідальності: слід поєднати поняття події поза контролем з критеріями надзвичайності та невідворотності відповідної обставини; визначити наслідки передбачення її настання (так само як і спричинених нею негативних наслідків) зобов'язаною особою; врахувати можливість обмеженого в часі та (або) поєднаного з власними неправомірними діями чи бездіяльністю боржника впливу непереборної сили; покласти на сторони договору обов'язок вчасно інформувати одна одну про виникнення обставин непереборної сили; закріпити у цивільному процесуальному законодавстві можливість розгляду в окремому провадженні справ про встановлення факту виникнення зазначених обставин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конвенція ООН* про договори міжнародної купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: Інформаційно-правова система «Законодавство».

2. *Угода про асоціацію* між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої [Електронний ресурс]. – Режим доступу: Інформаційно-правова система «Законодавство».

3. *Цивільний кодекс України* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: Інформаційно-правова система «Законодавство».

4. *Principles, Definitions and Model Rules* of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

5. *Unidroit principles 2010* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/404-chapter-7-non-performance-section-1-non-performance-in-general/1050-article-7-1-7-force-majeure.

6. *Contract Law* of the People's Republic of China [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm.

7. *Civil Code* of the Republic of Lithuania [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=404614.

8. *Закон України* «Про торгово-промислові палати в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : Інформаційно-правова система «Законодавство».

9. *Закон України* «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: Інформаційно-правова система «Законодавство».

10. *Аналитическая справка* по вопросам предоставления официальных документов, подтверждающих форс-мажорные обстоятельства в странах мира [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://buhgalteria.com.ua/Hit.html?id=1698.

Prymak V. D. Force majeure as a circumstance that exempts from civil liability: comparative law aspects

In this article with using a comparative law method author examines actual issues of legal regulation on civil relations affected by the force majeure, which is the ground for exemption the obliged person from civil liability.

Key words: force majeure, civil responsibility, extreme unpredictability, irresistibility, contract.

Примак В. Д. Непреодолимая сила как обстоятельство, освобождающее от гражданско-правовой ответственности: сравнительно-правовое измерение

В статье с использованием сравнительно-правового метода рассматриваются актуальные вопросы правового регулирования гражданских отношений, на которые воздействуют обстоятельства непреодолимой силы, являющиеся основанием для освобождения обязанного лица от гражданско-правовой ответственности.

Ключевые слова: непреодолимая сила, гражданско-правовая ответственность, чрезвычайность, неотвратимость, договор.

ПРОБЛЕМИ СПАДКУВАННЯ ЧАСТКИ СПАДКОЄМЦЯ ЗА ЗАПОВІТОМ У ВИПАДКУ ЙОГО СМЕРТІ ДО ВІДКРИТТЯ СПАДЩИНИ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Васильєва В. В.,
кандидат юридичних наук, науковий співробітник, завідувач лабораторії проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню порядку спадкування майна у разі смерті спадкоємця за заповітом до відкриття спадщини. Проаналізовано досвід країн англо-американської правової системи та встановлено відсутність нормативного врегулювання цього питання в українському законодавстві. Зроблено висновок, що найбільш прийнятним варіантом врегулювання згаданого питання є встановлення норми щодо розподілу частки померлого до відкриття спадщини спадкоємця між іншими спадкоємцями за заповітом пропорційно до їх часток.

Ключові слова: заповіт, спадкування за заповітом, англо-американська правова система.

У даній статті розглядається проблема застосування положень права в процесі спадкування за заповітом, а саме, у випадку, коли один чи більше спадкоємців, вказаних спадкодавцем у заповіті, помер до відкриття спадщини, а порядок розподілу його частки у разі його смерті заповітом не визначений.

В англо-американській правовій системі для такої умови заповіту, яка була дійсною на момент складення заповіту, але не може бути виконана у зв'язку зі смертю спадкоємця, його небажанням прийняти спадщину, відмовою від прийняття спадщини чи неприйняттям спадщини через іншу причину, існує спеціальний термін – *lapse* (*англ.* провал, упущення). Іншими словами, *lapse* – це провал розпорядження спадкодавця, тобто неможливість виконання заповіту (в цілому або в частині). Найбільш поширена причина неможливості виконання заповіту – смерть спадкоємця раніше спадкодавця. В останньому випадку право на спадщину припиняється, оскільки неможливо передати майно померлому, а для прийняття майна обов'язково потрібно пережити спадкодавця [1, с. 7–9].

Додаткового вирішення потребує з'ясування, коли ж спадкоємець є таким, що пережив спадкодавця. Одночасна смерть (*англ.* simultaneous death) є проблемою при спадкуванні, яка виникає, коли двоє осіб, щонайменше одна з яких має право на частку або усю спадщину (як правило, подружжя), помирають в один момент. За загальним правилом, якщо є докази того, що одна особа пережила іншу навіть на кілька секунд, то спадщини будуть відкриті відповідно до моменту смертей осіб, хоча померлі можуть зробити у заповіті застереження з цього приводу. Деякі заповіти включають так звані *titanic clauses* (застереження, названі так після катастрофи «Титаніка», яка спричинила численні одночасні смерті спадкодавців та їх спадкоємців), які містять детальні вказівки, яким чином має бути відкрита та розподілена спадщина у випадку одночасної смерті спадкодавця та спадкоємця (ів).

Для визначення того, в яких випадках спадкоємець вважається таким, що пережив спадкодавця, більшість штатів США визнали Єдиний закон про одночасну смерть або норми про смерть в швидкій послідовності [2]. Відповідно до них у випадку, якщо дві особи померли за таких обставин, коли відсутні достатні докази того, хто з них кого пережив, майно кожного з них спадкується так, наче заповідач пережив свого спадкоємця. А згідно з § 2-601 Єдиного Спадкового кодексу (Uniform Probate Code 1969) і в кількох штатах, що його визнають, спадкоємець, який не пережив заповідача більше як на 120 годин, з метою спадкування вважається померлим раніше, якщо тільки інше прямо не передбачене у заповіті [3].

Загальне право Англії та Уельсу (а також Австралії) не приймає теорію одночасної смерті. Якщо немає медичних документів, що засвідчують час смерті, старша з двох осіб вважається такою, що померла раніше (Law of Property Act 1925, Section 184) [4]. Застосування цієї норми може спричинити труднощі при спадкуванні, коли, наприклад, старша особа з подружжя мала дітей до останнього шлюбу. Тому це правило може бути змінено застереженням в заповіті. Заповіти переважно мають застереження *«про того, хто пережив»* (*англ.* survivorship clause*)*, яким найчастіше встановлюється строк в 30 днів до наступної смерті для іншого з подружжя для презумпції одночасної смерті. У такому випадку спадщина обох з подружжя розподіляється так, наче вони були вдівцями на момент смерті.

У статті 1220 ЦК України [5] зазначається, що, якщо протягом однієї доби померли особи, які могли б спадкувати одна після одної, спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з них. При цьому не зовсім зрозуміло, чи мається на увазі смерть осіб в межах 24 годин, чи в межах календарної дати доби. Слідуючи логіці даної норми, ймовірно має йтися про 24 години, інакше на осіб, що померли під час спільної для них небезпеки незабаром до і незабаром після опівночі, і різниця між часом смерті яких невелика, не поширюватиметься презумпція одночасної смерті. Видається за необхідне уточнення цього моменту в законодавстві на користь встановлення чіткого варіанта, вираженого в годинах, а саме – 24 години. Частиною 2 цієї статті встановлено, що якщо кілька осіб,

які могли б спадкувати одна після одної, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо), припускається, що вони померли одночасно. У цьому випадку спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з цих осіб.

Повертаючись до порядку спадкування за заповітом при смерті одного або більше спадкоємців за заповітом, варто зауважити, що в англо-американському праві містяться норми про втрату спадкових прав, які передбачають отримувачів замість спадкоємців у випадках, коли раніше померлий спадкоємець залишив після себе нащадків, що пережили заповідача. Ці норми називаються законами, що запобігають втраті спадкових прав (*англ.* antilapse statutes). Такі норми були запозичені американським правом зі ст. 32 англійського Закону про заповіти 1837 р. [6], в якій було вказано, що якщо спадкоємець за заповітом помер раніше спадкодавця, але залишив потомство, то спадковий дар не зникає, а спадкується так, начебто спадкоємець помер незабаром після заповідача [7, с. 513] (у 1996 р. ця норма була усунута з англійського Закону, однак в американському праві вона залишилась). Ці норми діють аналогічно нормам про спадкування за правом представлення (*англ.* by representation) при спадкуванні за законом. Наприклад, батько залишив заповіт, де містилось розпорядження «усе своє майно заповідаю сину Джону», але останній помер раніше батька, залишивши двох дітей, які пережили заповідача. Згідно з типовою нормою, що перешкоджає втраті спадкових прав, діти Джона отримають у спадок майно, яке мало б перейти їхньому батьку.

Цей правовий інститут близький українському спадкуванню за правом представлення, що міститься у ст. 1266 ЦК України, в якій визначається порядок спадкування частки за правом представлення, тобто спадкування по низхідній та висхідній лінії споріднення родичами померлих спадкоємців, які закликались би до спадкування, якщо були б живими на час відкриття спадщини. Однак ця норма застосовується *лише при спадкуванні за законом*.

Стаття 1276 ЦК України визначає умови застосування спадкової трансмісії та порядок спадкування за законом або за заповітом, коли належна спадкоємцю частка спадщини, окрім права на прийняття обов'язкової частки у спадщині, переходить до його спадкоємців. Однак ця норма діє *лише, якщо спадкоємець помер після відкриття спадщини* і не встиг її прийняти.

Таким чином, питання спадкування за заповітом у разі, якщо спадкоємець за заповітом помер раніше за спадкодавця, в законодавстві України залишається неврегульованим і віддається на розсуд нотаріуса чи суду.

В американському праві норми, що перешкоджають втраті спадкових прав, можуть не застосовуватися у тих випадках, коли спадкоємець за заповітом (*англ.* devisee) не входить до кола осіб, що спадкують за законом (наприклад, він не родич спадкодавця), або він не має своїх нащадків, які пережили заповідача. У цьому випадку згідно з законодавством та практики різних штатів можливі такі варіанти:

1) майно може бути успадковано як незаповідане, тобто за законом;

2) спадщина на користь групи осіб ділиться між членами відповідної групи осіб (або така група презюмується), на користь якої було заповідано майно;

3) за наявності у заповіті застереження про залишкове майно (*англ.* residuary clause), майно може перейти не нащадку померлого спадкоємця, а тому, хто вказаний спадкоємцем решти майна.

За Загальним правом і законом більшості штатів на сьогодні частка спадкоємця, що помер раніше заповідача, не переходить до решти спадкоємців, якщо тільки інше не передбачено в самому заповіті. Замість цього така частка випадає з-під дії заповіту і спадкується як незаповідана спадкоємцями за законом. Це правило називають «від залишку немає залишку» («no residue of a residue») і обґрунтовують тим, що наміром заповідача було передати спадкоємцям лише обумовлені частки і не більше того [8, с. 506–507].

За правом меншості штатів дане правило не застосовується і піддається критиці. Вважають, що та обставина, що спадкодавець склав заповіт, є вагомою підставою вважати, що він би краще передав майно вказаним ним самим спадкоємцям або навіть одному із них, ніж спадкоємцям за законом. Ґрунтуючись на такій логіці, кілька штатів відмовились від правила «від залишку немає залишку», і все більше штатів приймає вже законодавчі норми про те, що якщо майно заповідано двом і більше особам і якщо внаслідок смерті одного з них спадкування його частки неможливе, то ця частка спадкується рештою спадкоємців пропорційно заповіданим їм часткам. На сьогодні така норма міститься в Єдиному спадковому кодексі і в Законі Нью-Йорка про спадкові права і трасти.

Щодо англійського права, то згідно з положенням 25 Акта про заповіти 1837 р., якщо інше не вказано у заповіті, частки, визначені в заповіті, спадкування яких згідно з умовами заповіту неможливе, зокрема, у разі смерті спадкоємців, визначених у заповіті, до смерті спадкодавця, або внаслідок того, що спадкування цієї частки суперечить закону чи іншим чином неможливе, включаються до залишкової спадкової маси. Таким чином, якщо, наприклад, із 6 спадкоємців за заповітом один помер до смерті спадкодавця, то його частка буде розділена пропорційно між рештою 5 спадкоємцями, а якщо, наприклад, померло 5 із 6, то все майно перейде у спадщину одному спадкоємцю, який пережив спадкодавця.

За відсутності відповідних правових норм в українському законодавстві рішення в ситуації смерті спадкоємця за заповітом раніше за спадкодавця приймає суд. Так, у своєму рішенні від 12 лютого 2014 р. в справі № 6-37755св13 про спадкування за заповітом [9] Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ зазначив, що місцевий суд невірно застосував норми матеріального права, використавши ч. 1 ст. 1275 ЦК України за аналогією і встановивши, що належна частка спадкоємця за заповітом, що помер до відкриття спадщини, переходить до інших спадкоємців за заповітом і розподіляється між ними порівну. Вищий спеціалізований суд України зазначив, що місцевий суд невірно витлумачив норму і не врахував, що спадкоємець, який помер до дня відкриття спадщини, не може вважатись таким, що не прийняв спадщину чи відмовився від неї, оскільки відповідно до вимог ст. 1222, 1220 ЦК України спадкоємцями можуть бути, зокрема, фізичні особи, які є живими на день смерті спадкодавця. Суд дійшов висновку, що частку, яка була заповідана особі, яка померла до відкриття спадщини, слід вважати такою, що не охоплена заповітом, а, відтак, відповідно до вимог ст. 8 (аналогія закону), ч. 2 ст. 1223 ЦК України право на спадкування цієї частки одержують спадкоємці за законом (ст. 1261–1265 ЦК України).

Разом з тим варто зауважити, що за правилами ст. 1217 ЦК України спадкування здійснюється за заповітом або за законом. Оскільки відсутнє формулювання «або\і», то з буквального тлумачення вказаної норми випливає, що спадкування в принципі може здійснюватися лише або за заповітом, або за законом. А за аналогією в порядку ст. 8 ЦК України (яка була застосована не лише місцевим судом, а й Вищим спеціалізованим судом) можна застосувати як норму ст. 1223 ЦК України (у разі відсутності заповіту, визнання його недійсним, неприйняття спадщини або відмови від її прийняття спадкоємцями за заповітом, а також у разі неохоплення заповітом усієї спадщини право на спадкування за законом одержують особи, визначені у ст. 1261–1265 Кодексу), так і норму ст. 1275 ЦК України (якщо від прийняття спадщини відмовився оди із спадкоємців за заповітом, частка у спадщині, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за заповітом і розподіляється між ними порівну).

Таким чином, дане рішення не можна вважати однозначним, а, узагальнивши вищевикладене, можливими варіантами вирішення даної проблеми в українському правовому полі є такі:

– визнання частки спадкоємця, що помер до відкриття спадщини, такою, щодо якої була відмова у її прийнятті, з наступним переходом цієї частки до інших спадкоємців за заповітом і розподілом між ними порівну[1];

– визнання частки спадкоємця, що помер до відкриття спадщини, такою, що не охоплена заповітом, з наступним її розподілом за законом;

– розподіл частки померлого до відкриття спадщини спадкоємця серед його нащадків, якщо такі є.

При цьому для закріплення норми в законодавстві може бути обрано одне з вищевказаних рішень проблеми, а може бути обрано кілька варіантів залежно від обставин чи особливостей родинного зв'язку спадкодавця та померлого спадкоємця так, як це зроблено, наприклад, в законодавстві США та штатів.

Піддаючи критиці останні два варіанти вирішення досліджуваної проблеми, слід виходити з таких положень. При розподілі майна заповідача після його смерті слід максимально точно дотримуватись його вказівок, даних у заповіті, а у разі відсутності таких у випадку смерті спадкоємця до відкриття спадщини – намагатись відтворити останню волю спадкоємця, виходячи з положень заповіту та самого факту його складення. Якщо буквально тлумачити волю спадкодавця, то, склавши заповіт, він усвідомлює, що спадкування буде відбуватись за заповітом, а не за законом, а також чітко визначає коло осіб, яким хотів би передати своє майно після смерті. А положення про розподіл частки спадкоємця серед його нащадків у разі його смерті можливо передбачити у заповіті, входячи із свободи складення заповіту.

У англо-американській правовій системі під словом «lapse» розуміють неможливість виконання певного розпорядження у заповіті, незалежно від причин – чи то відмова спадкоємця від частки, чи то смерть спадкоємця до відкриття спадщини, чи будь-які інші обставини, що унеможливлюють реалізацію наміру заповідача. У ЦК України передбачається нормативне регулювання лише у випадку відмови спадкоємця від спадщини, однак видається доцільним норми даної статті поширити і на випадок смерті спадкоємця до відкриття спадщини.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *McGovern, Kurts, Rein.* Wills, Trusts ans Estates. – 1988.

2. *Simultaneous* Death Act 1940 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Simultaneous%20Death%20Act.

[1] *Видається*, що більше справедливим (а право – це наука про справедливість) було б тут зазначити не «порівну» , а пропорційно визначеним в заповіті часткам.

3. *Uniform* Probate Code 1969 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/probate%20code/2014_UPC_Final_2015dec31.pdf.

4. *Law of Property Act* 1925 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20/contents.

5. *Цивільний* кодекс України від 16 січня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/435-15.

6. *Wills Act* 1837 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents.

7. *Mellows, Anthony R.* The Law of Succession. 3rd ed. London; Butterworth, 1977.

8. *Паничкин В. Б., Боровик О. Ю.* Наследственное право США / Паничкин В. Б., Боровик О. Ю. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 850 с.

9. *Рішення* Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 12 лютого 2014 року у справі № 6-37755св13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://npu.in.ua/images/documents/sprava6-37755_13.pdf.

Vasylieva V. V. The problems of the share inheritance in case when one of devisees dies before testator in Ukraine and countries of Anglo-American legal system.

The article studies the inheritance of legacy in case when death of the devisee was before the death of testator. The experience of the Anglo-American legal system was analyzed and the lack of established normative regulation of this issue in the Ukrainian legislation was discovered. The conclusion is that the most appropriate way of this issue regulation is establishing rule of contribution of the deceased devisee share among the other devisees in proportion to their shares.

Keywords: last will and testament, devisee, testator, testamentary succession, inheritance law of England and the USA.

Васильева В. В. Проблемы наследования доли наследника по завещанию в случае его смерти до открытия наследства в Украине и странах англо-американской правовой системы

Статья посвящена исследованию порядка наследования в случае смерти наследника по завещанию до открытия наследства. Автор проанализировал опыт стран англо-американской правовой системы и утверждает, что нормативное регулирование данного вопроса в украинском законодательстве отсутствует. Сделан вывод о том, что наиболее приемлемым вариантом регулирования данной проблемы является создание нормы о распределении доли умершего до открытия наследства наследника между другими наследниками по завещанию пропорционально их долям.

Ключевые слова: завещание, наследование по завещанию, наследственное право Англии и США.

УНІФІКАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ЯК ОДИН З НАУКОВИХ ПІДХОДІВ ДО ВДОСКОНАЛЕННЯ НАУКИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Гетманцев М. О.,
кандидат юридичних наук, 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 досліджується можливість уніфікації різних галузей процесуального права України як одного з можливих підходів до вдосконалення науки цивільного процесуального права. Розкрито основний зміст цієї категорії та проаналізовано останні думки науковців щодо проблеми оптимізації теорії та практики цивільного процесу.

Ключові слова: цивільне процесуальне право, цивільний процес, уніфікація процесуального права, наука цивільного процесуального права, вдосконалення науки цивільного процесуального права, розвиток науки цивільного процесуального права.

Трансформація наукових парадигм новітньої пори обумовлює актуальну необхідність відродження науки як соціального інституту в цілому та її галузевих форм зокрема. Неприпустимою є практика останнього часу, коли неефективний механізм державної підтримки призводить до безпідставного скорочення фінансування наукових проектів, штучного зменшення кількості спеціалізованих організацій, котрі займаються розвитком теоретично-правової думки, зневажливого

ставлення до вузівської гносеології та ризику загального занепаду цінності академічних знань в країні. У таких умовах особливо гостро постає проблема системного розв'язання існуючих перед кожною окремою галуззю права трансцендентних проблем. Для цивільного процесуального права останніх років особливо актуальною є наукова дискусія про можливість та необхідність уніфікації основних процесуальних галузей права нашої держави, що, на думку багатьох учених, сприятливо відіб'ється на загальному розвитку правозастосування та науки цивільного процесуального права.

Дослідженню окремих аспектів цього питання присвячено праці багатьох науковців, зокрема: С. С. Бичкової, В. І. Бобрика, Ю. В. Білоусова, О. В. Гетманцева, С. М. Гусарова, О. С. Захарової, О. В. Кіріяк, В. В. Комарова, А. В. Коструби, С. О. Короєда, О. Г. Лук'янової, В. М. Протасова, В. І. Тертишнікова, С. Я. Фурси, С. І. Чорнооченко, М. М. Ясинка та інших. Водночас комплексного висновку щодо загальних результатів можливої уніфікації процесуальних галузей права нашої держави щодо розвитку вітчизняної науки у контексті судово-правової реформи досі не сформульовано.

Метою цього дослідження є аналіз існуючих наукових напрацювань у сфері уніфікації цивільного процесуального та господарського процесуального права для узагальнення їх впливу на загальний розвиток науки цивільного процесуального права.

Поряд з існуючою наближеністю та спорідненістю більшості інститутів сучасних процесуальних галузей права і відповідних положень процесуальних наук останнім часом дедалі більше науковців озвучують обґрунтовані твердження щодо наступної уніфікації цивільного процесуального, господарського процесуального та адміністративно-процесуального права. Як слушно наголошує В. І. Бобрик, право взагалі є уніфікованим регулятором суспільних відносин, і ця уніфікованість є невід'ємною ознакою кожної норми права, яка застосовується до невизначеної кількості схожих (одноманітних) правовідносин [1, с. 92].

Заслуговують на увагу пропозиції тих науковців, які відстоюють твердження про необхідність інтеграції цивільного процесуального, господарського процесуального права і адміністративного процесу. Наприклад, на думку академіка В. В. Комарова, оскільки в основу конструкції цивілістичних процесів (усіх, окрім кримінального) покладені позов і позовне провадження, то базові інститути цивільного процесуального права і цивільного процесу можуть бути основою єдиного процесуального кодексу, який містив би правила розгляду цивільних, господарських і адміністративних справ [2, с. 39].

Поділяє подібний підхід і О. В. Слєпченко, яка вважає, що якісні зміни матеріального права обумовлюють необхідність відповідної трансформації і цивільного процесуального права. Уніфікація цивільного процесуального законодавства при цьому надала б можливість усунути як дублювання норм процесуальних кодексів, так і безпідставні відмінності у регулюванні порядку порушення провадження у справах, підготовки цивільної справи до судового розгляду, судового розгляду відповідних справ, перегляду та виконання судових рішень з таких справ судами загальної юрисдикції. На думку автора, це відповідало б світовим тенденціям розвитку цивільного процесу, які виражаються у подальшій його уніфікації (спрощенні та прискоренні) та оптимізації співвідношення загальних і спеціальних процесуальних норм при розгляді цивільних справ [3, с. 9].

Як зазначає С. С. Бичкова, уніфікація термінології у межах процесуальних галузей права призводить до забезпечення термінологічної єдності та внутрішньої узгодженості процесуальних термінів [4, с. 105].

Поряд із цим Т. В. Сахнова також наполягає на тому, що уніфікація процесуальної форми судового захисту суб'єктивних прав і законних інтересів – це загальна закономірність розвитку сучасного процесу, що у жодному випадку не означає формалізації цивілістичного процесу. Взаємозбагачення різноманітних форм захисту, внутрішня диференціація процесуальної форми і розвиток багатоманітності судових процедур – інша важлива закономірність, продовжує науковець. Тому уніфікація і диференціація процесу передбачають спільність критеріїв, обумовлених історичним розвитком механізму судового захисту [5, с. 3].

Незважаючи на таку одностайність науковців, теорія єдиного процесу досі не дістала свого визнання та оформлення у вітчизняному правознавстві у вигляді змістовно відокремленої галузі юридичних знань. Сформувавшись ще наприкінці XIX ст., зародки цієї ідеї, заснованої на індуктивному виявленні подібності більшості процесуальних галузей права, поступово трансформувалися у певний синтез загальнотеоретичних узагальнень і галузевої конкретики, корелюючи тим самим із традиційно-філософським співвідношенням загального і особливого. Інакше кажучи, в наш час закріпилася необхідність формулювання певної синтезуючої концепції для цієї загальнопроцесуальної сфери правового буття, адже виявлені спільні закономірності у динаміці панівних наукових підходів до розуміння законодавчо закріплених процесуальних форм і процедур мають бути сполучені таким чином, щоб з їх допомогою можна було ефективно вирішити актуальні проблеми і функціонування судової гілки влади і відправлення правосуддя у різних категоріях справ.

Слід відмітити, що далеко не всі дослідники цивільного процесуального права однаково схвально ставляться до цієї пропозиції. Зокрема, О. Г. Лук'янова зазначає, що злиття окремих

процесуальних галузей права не лише не матиме великого практичного значення, а й, навпаки, означатиме зниження ефективності процесуального регулювання [6, с. 128].

Наближену точку зору висловлює і О. А. Беляневич, яка наголошує, що питання можливості та доцільності прийняття єдиного процесуального кодексу (основ процесуального права) наразі не є актуальним для вітчизняної правової системи, а уніфікація національних галузей процесуального права може розглядатися лише як стратегічний напрям із невизначеним часом його реалізації у майбутньому [7, с. 21].

Небхідно зазначити, що у процесі уніфікації процесуальних галузей права слід послідовно здійснити науково виважену синхронізацію не лише окремих процесуально-правових норм відповідних законодавчих джерел, а й по можливості стандартизувати усі судові провадження та відповідні процедури цивільного процесуального права, господарського процесуального права та адміністративного судочинства.

Цивільне процесуальне право є тим складним правовим комплексом юридичних процедур, для успішної роботи якого необхідно, щоб його конструкція була наділена внутрішньою логікою, де кожен складовий інститут має бути скерований на виконання визначеної функції, направленої на реалізацію завдань цивільного судочинства. Проте такими самими ознаками в цілому наділені й інші процесуальні галузі вітчизняного права, зокрема, господарське процесуальне право та адміністративно-процесуальне право. Тому законодавче дублювання та штучна тавтологія основних процесуальних процедур у різних галузях судочинства навряд чи сприятиме майбутньому розвитку вітчизняної теорії та практики правозастосування, не робить доступ до правосуддя простішим, а саму процедуру вирішення певної справи не спрощує.

Сутнісною характеристикою процесуального права в цілому є за великим рахунком ступінь його справедливості, що виражається у комплексі покладених у його основу принципів та визначальних засад. Відомо, що кожен із трьох досліджуваних кодексів фактично відтворює конституційне положення про право на звернення до суду (ст. 55 Конституції України, ст. 3 ЦПК України, ст. 1 ГПК України та ст. 6 КАС України), а також закріплює однотипні принципи судочинства:

– здійснення правосуддя на засадах рівності перед законом і судом (ст. 5 ЦПК України, ст. 4^2 ГПК України, ст. 10 КАС України);

– гласність і відкритість судового розгляду (ст. 6 ЦПК України, ст. 4^4 ГПК України, ст. 12 КАС України);

– державна мова судочинства (ст. 7 ЦПК України, ст. 3 ГПК України, ст. 15 КАС України);

– змагальність сторін (ст. 10 ЦПК України, ст. 4^3 ГПК України, ст. 11 КАС України);

– обов'язковість судових рішень (ст. 14 ЦПК України, ст. 4^5 ГПК України, ст. 14 КАС України) тощо.

Ці процесуальні акти характеризуються наявністю великої кількості тотожних інститутів, зокрема: регламентовано порядок використання автоматизованої системи документообігу (ст. 11^1 ЦПК України, ст. 2^1 ГПК України, ст. 15^1 КАС України); однаково визначається обсяг використаного у ході правосуддя законодавства (ст. 2 ЦПК України, ст. 4 ГПК України, ст. 5 КАС України); ідентично визначено підстави для відводу суду (ст. 20 ЦПК України, ст. 20 ГПК України, ст. 27 КАС України) тощо. Поширення таких загальнопроцесуальних категорій різних процесуальних галузей права, як доказове право, процесуальне представництво, процесуальні форми захисту – фіксуються науковцями вже не одне десятиліття.

До формальних характеристик усіх процесуальних галузей права поряд із дефініцією «процесуальна форма» належать також і процесуальні функції, процесуальні строки, процесуальні витрати, процесуальні дії, процесуальні провадження, процесуальні стадії, процесуальні акти, процесуальні гарантії, процесуальний статус тощо. Тому у досліджуваних кодексах простежується і максимальна зближеність, а часто взагалі ідентичність і окремих процесуальних процедур та проваджень, наприклад, апеляційного (ст. 291–322 ЦПК України, ст. 91–106 ГПК України, ст. 184–209 КАС України), касаційного (ст. 323–352 ЦПК України, ст. $107–111^3$ ГПК України, ст. 210–234 КАС України) та інших.

В цілому ж загальні поняття, спільні інститути та однакові процедури здійснення судочинства можна сприймати не лише як зовні розрізнені характеристики різних процесуальних галузей права, що є доказовими підставами обґрунтування наявності спільних процесуальних знань, – вони становлять функціональний каркас цього процесуального моноліту.

Найбільш радикально до вирішення цього питання підійшла Н. А. Громошина, яка стверджує, що цивільне судочинство охоплює цивільний і господарський процеси, розмежування яких є питанням доцільності, а не сутності (тому наявні розбіжності у правовому регулюванні не мають під собою розумного підґрунтя і призводять лише до нових складнощів правореалізації). Так само і адміністративне судочинство, що виникло без жодних історичних причин на підставі лише політичної кон'юнктури, тому і відповідний кодекс є ще одним дублем та клоном ЦПК. Цілком достатньо, підсумовує автор, у проекті єдиного цивілістичного кодексу – Кодексу цивільного судочинства детально розробити

процедуру провадження у публічних правовідносинах, взявши до уваги та усунувши присутні сьогодні в процесуальних кодексах недоліки правового регулювання [8, с. 2805].

Все вищезгадане свідчить про те, що потенціал вдосконалення цивільного процесуального права на сучасному етапі розвитку вітчизняного державотворення не реалізований повною мірою. Визначальною запорукою підвищення його ефективності є забезпечені науково підтвердженим знанням системність та послідовність розв'язання існуючих проблем, серед яких визначальне місце посідає питання доцільності системної уніфікації таких процесуальних галузей вітчизняного права, як цивільне процесуальне право, господарське процесуальне право та адміністративно-процесуальне право. Таким чином, загальнопроцесуальна теорія, на нашу думку, має посісти самостійне і рівнозначне місце в системі наукових знань та правовій доктрині сучасності, оскільки предмет її правового регулювання охоплюватиме на рівні теоретичного узагальнення спільні закономірності конструювання і функціонування кожної юридичної процедури в сфері здійснення правосуддя. Очевидною перспективою розвитку і вдосконалення наукових знань у цій сфері є подальша плідна взаємодія та системне взаємозбагачення загальнотеоретичних і галузевих наукових підходів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бобрик В. І. Поняття, ознаки і передумови уніфікації цивілістичного процесуального законодавства та судочинства [Текст] / В. І. Бобрик // Теоретико-методологічні засади диференціації та уніфікації в цивільному, господарському і адміністративному судочинстві в Україні: монографія / За заг. ред. В. І. Бобрика. – К.: Ред. журн. «Право України», 2013. – С. 92–104.

2. Комаров В. В. Цивільний процес у глобальному контексті [Текст] / В. В. Комаров // Право України. – 2011. – № 10. – С. 22–44.

3. Слепченко Е. В. Гражданское судопроизводство: проблемы единства и дифференциации: автореф. дис. … докт. юрид. наук: 12.00.15 [Текст] / Е. В. Слепченко. – Санкт-Петербург, 2011. – 29 с.

4. Бичкова С. С. Уніфікація процесуальної термінології [Текст] / С. С. Бичкова // Теоретико-методологічні засади диференціації та уніфікації в цивільному, господарському і адміністративному судочинстві в Україні: монографія / За заг. ред. В. І. Бобрика. – К.: Ред. журн. «Право України», 2013. – С. 105–110.

5. Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты [Текст] / Т. В. Сахнова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 676 с.

6. Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права [Текст] / Е. Г. Лукьянова. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – 240 с.

7. Беляневич О. А. Уніфікація й диференціація права і судових процесів у теорії права і процесуальній науці [Текст] / О. А. Беляневич // Теоретико-методологічні засади диференціації та уніфікації в цивільному, господарському і адміністративному судочинстві в Україні: монографія / За заг. ред. В. І. Бобрика. – К.: Ред. журн. «Право України», 2013. – С. 11–31.

8. Громошина Н. А. Судебная реформа: некоторые оценки и предложения [Текст] / Н. А. Громошина // Актуальные проблемы российского права. – 2014. – № 12 (49). – С. 2803–2805.

Hetmantsev M. O. Unification of procedural law as one of the scientific approaches to improve the science of civil law

In the article an author explores the possibility of unification of the different branches of procedural law of Ukraine as one of the possible approaches near improvement of science of civil law. Also basic maintenance of this legal category is exposed and the last looks of scientists are analyzed to the problem of optimization of the theory and practice of civil procedure.

Keywords: civil procedural law, civil process, unification of procedural law, the science of civil procedural law, improving the science of civil procedural law, science of civil procedural law.

Гетманцев М. А. Унификация процессуального права как один из научных подходов к совершенствованию науки гражданского права

В статье исследуется возможность унификации разных отраслей процессуального права Украины в качестве одного из возможных подходов к усовершенствованию науки гражданского процессуального права. Раскрывается основное содержание этой правовой категории и анализируются последние мнения ученых о проблеме оптимизации теории и практики гражданского процесса.

Ключевые слова: гражданское процессуальное право, гражданский процесс, унификация процессуального права, наука гражданского процессуального права, совершенствования науки гражданского процессуального права, развитие науки гражданского процессуального права.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ЩОДО ФОРМИ ЗАПОВІТУ

Калаур І. Р.,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено пошуку шляхів розширення заповідальної свободи шляхом законодавчого закріплення можливості складання заповіту за надзвичайних обставин в усній формі з використанням сучасних комунікаційних технологій. Окрему увагу приділено можливості складання секретного заповіту шляхом відео- або звукозапису та розміщення його в Інтернет-ресурсах заповідача.
Ключові слова: заповіт, секретний заповіт, форма заповіту, посвідчення заповіту.

Вся хода розвитку людської цивілізації свідчить, що зростання уваги до правового регулювання спадкування за заповітом є одним з наслідків розвитку особистості. Чим більше суспільство та держава готові сприймати людину як особистість, яка сама визначає свої вчинки та їх наслідки, тим більше уваги спадкуванню за заповітом приділяє чинне в цьому суспільстві право [1, с. 167].

Визначивши у традиціях законодавства європейських держав заповіт як особисте розпорядження фізичної особи на випадок її смерті, законодавець у Цивільному кодексі України [2] (*далі — ЦК України*) обумовив в імперативному порядку письмову форму вчинення цього одностороннього правочину та закріпив необхідність його легалізації шляхом посвідчення. Втім розвиток технології в епоху інформаційного суспільства надають можливість людині урізноманітнити способи її волевиявлення, використовуючи звуко-, відеозапис та передання інформації з допомогою електронних засобів зв'язку.

Метою статті є науково-теоретичне обґрунтування необхідності розширення свободи щодо способів здійснення заповідального розпорядження фізичної особи в умовах розвитку комунікаційних технологій.

Слід зауважити, що тематика вчинення односторонніх правочинів, одним із яких є заповіт, з допомогою електронних засобів зв'язку в юридичній науці є малодослідженою. Проте поширення такої практики та законодавчі тенденції багатьох держав у цій сфері обумовлюють потребу адаптації національного законодавства.

Проблема форми заповіту та вчинення односторонніх правочинів з використанням сучасних технічних засобів стали предметом дослідження у наукових праця Н. Блажівської, О. Гудзь, Г. Добрякова, Ю. Заіки, О. Кухарєва, В. Луцик, А. Нижного, І. Спасибо-Фатєєвої, А. Чучковської та інших.

Верховна Рада України 17 грудня 2009 р. ухвалила Закон «Про приєднання України до Конвенції про колізії законів, які стосуються форми заповітів» [3]. Цим законодавчим актом Україна приєдналася до вказаної Конвенції із застереженнями до ст. 9, 10 та 12. Зокрема, згідно зі ст. 10 Конвенції Україна залишає за собою право не визнавати заповіти, вчинені громадянами України в усній формі, крім тих, що вчинені за виняткових обставин.

Усна форма заповіту була відома ще римському цивільному праву і передбачена у законодавстві багатьох країн як форма заповідального розпорядження за надзвичайних обставин. Для прикладу, у § 2250–2251 Німецького цивільного уложення встановлено, що особа, яка перебуває у місцевості, з якою перервано сполучення внаслідок надзвичайних обставин, особа, якій безпосередньо загрожує смертельна небезпека, та особа, яка перебуває в плаванні на німецькому судні, може скласти заповіт в усній формі, але в присутності трьох свідків [4]. Вчинення заповіту в усній формі за надзвичайних обставин у присутності двох свідків передбачено також ст. 17 Закону КНР «Про спадкування». Якщо надзвичайні обставини відпали, заповідач має право скласти заповіт у письмовій формі або у формі звукозапису, за цих обставин усний заповіт втрачає юридичну значущість [5, с. 380].

Вчинення неписаного або усного заповіту за певних обставин з 2010 р. дозволено і в 11 штатах у США (Флорида, Індіана, Канзас, Міссісіпі, Міссурі, Нью-Йорк, Північна Кароліна, Огайо, Теннессі, Техас і Вермонт). Втім окремі штати вимагають, щоб надалі такі усні розпорядження були підтверджені письмовою формою одним із свідків [6].

В Україні дійсність заповіту, який нотаріально не посвідчений, може встановлювати суд на підставі ст. 219 ЦК України. Умовами такої легалізації законодавець визначив незаперечність доказів того, що зміст заповіту відповідає справжній волі заповідача та існування обставин, які не залежали від його волі і не дали заповідачу можливості посвідчити належним чином заповіт. Встановлення вказаних фактів є предметом діяльності суду у таких категоріях справ. Саме конкретна судова справа — зауважують автори одного із науково-практичних коментарів до ЦК України — була приводом до появи цієї норми у кодифікованому акті [7, с. 929]. В юридичній літературі з цього приводу запропоновано «… норму, яка дозволяє суду визнавати дійсним заповіт із порушенням обов'язкової нотаріальної форми, розмістити не в книзі першій «Загальні положення» ЦК України, а безпосередньо в

книзі шостій «Спадкове право» [8, с. 74]. Втілення такого доктринального положення у законодавчу реальність, безумовно, вплинуло би на формування позиції Пленуму Верховного Суду України, який у п. 14 Постанови «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. зауважив, що не допускається визнання дійсним заповіту, який є нікчемним у зв'язку з порушенням вимог щодо його форми та порядку посвідчення. У цьому разі судам слід застосовувати ст. 1257 ЦК України, оскільки норми глави 85 ЦК не передбачають можливості визнання заповіту дійсним.

З огляду на розглянуті наукові позиції щодо сфери застосування положень ст. 219 ЦК України та хронологію надання Пленумом Верховного Суду України роз'яснень щодо правильного та однакового застосування судами законодавства при розгляді цивільних справ про визнання правочинів недійсними і прийняття Закону України «Про приєднання України до Конвенції про колізії законів, які стосуються форми заповітів», необхідно п. 14 вказаної постанови Пленуму вважати таким, що не підлягає застосуванню судами України.

Втім розвиток комунікативних технологій надає можливість людині урізноманітнити способи її волевиявлення та вчиняти дії, які спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав, з допомогою сучасних засобів комунікації. Сьогодні загальнодоступними засобами електронного зв'язку, які можуть використовувати учасники цивільних правовідносин для вчинення правочину, є: електронна пошта, Viber, SMS- та MMS-повідомлення тощо. Повідомлення, зроблені з допомогою вказаних засобів зв'язку, можуть відображати волю фізичної особи, яка опинилася у надзвичайній ситуації. Такого роду повідомлення можна було б розцінити як спрощену форму заповіту, яка отримала вже практику застосування у світі. Наприклад, в Індії останніми роками поширення набули відео- та on-line заповіти [9].

Важливою умовою законодавчого закріплення можливості вчинення заповідального розпорядження з допомогою сучасних технічних засобів комунікації є наявність надзвичайних обставин, в яких опинилася особа. Через те зроблене у такий спосіб особою волевиявлення після припинення цих обставин матиме значення заповіту, якщо воно у розумні строки буде складене і посвідчене відповідно до вимог положень гл. 85 ЦК України. Подібну доктринальну думку висловив Ю. О. Заіка щодо юридичної долі заповіту, складеному заповідачем у письмовій формі в присутності двох свідків за обставин, що загрожували його життю і позбавляли можливості належно його посвідчити. Такий заповіт, на думку дослідника, втрачатиме юридичне значення, якщо протягом семи днів з того часу, коли відпали обставини, що перешкоджали його посвідченню нотаріусом чи іншою посадовою (службовою особою), не буде посвідчено відповідно до встановлених правил [8, с. 76].

Науково-практичний інтерес становить вирішення питання здійснення волевиявлення шляхом складання секретного заповіту особою з обмеженими фізичними вадами. Інститут секретного заповіту — нова правова конструкція в сучасному цивільному праві. Втім норми цивільних кодексів багатьох країн світу вже протягом тривалого часу надають можливість спадкодавцеві розпорядитися своїм майном на випадок смерті шляхом складання секретного (таємного або закритого) заповіту.

Так, відповідно до ст. 1367 ЦК Грузії за бажанням заповідача свідки посвідчують заповіт без ознайомлення з його змістом (закритий заповіт). У такому разі свідки мають бути присутніми при складенні заповіту. При посвідченні закритого заповіту свідки мають вказати, що заповіт складено особисто заповідачем в їх присутності, але його зміст їм невідомий.

За змістом ст. 1064 ЦК Колумбії закритим, або таємним, називається заповіт, який складається без ознайомлення з його змістом свідків та нотаріуса.

В Японії таємний заповіт складається у разі, коли заповідач бажає протягом свого життя зберегти зміст заповіту в таємниці. При цьому необхідно: а) складення тексту заповіту заповідачем за його підписом та печаткою (власноручного написання заповіту не вимагається); б) заповідач має помістити заповіт у конверт, запечатаний тією ж печаткою, що і текст заповіту; в) передача заповідачем конверту із заповітом нотаріусу в присутності свідків із зазначенням того, що це є заповітом, а також прізвища та місця проживання заповідача; г) проставлення нотаріусом дати отримання заповіту і запис заяви заповідача, а також підписи та печатки заповідача і нотаріуса (ст. 970 ЦК Японії) [10].

Загалом, розуміння секретного (таємного, закритого) заповіту в спадковому законодавстві багатьох зарубіжних держав принципово відрізняється від того, що закладене в ЦК України. У тих країнах, де допускається складання олографічних (власноручних) заповітів у присутності свідків, спадкодавцеві надане право розголошувати або не розголошувати зміст своїх розпоряджень перед свідками. В останньому випадку заповіт вважається секретним. Так, згідно зі ст.727 ЦК Квебеку в присутності двох повнолітніх свідків заповідач заявляє, що представлений письмовий документ, зміст якого він може не розголошувати, є його заповітом; після цього він і свідки підписують заповіт.

У законодавстві тих держав, де домінуючою формою виступає нотаріально посвідчений заповіт, як правило, зазначається, що обов'язковою умовою складання і посвідчення таємного заповіту виступає незнання про зміст розпоряджень спадкодавця не лише особою, яка здійснює

посвідчення заповіту, а й іншими особами, у тому числі й тими, які виступають свідками. Зокрема, в ЦК Іспанії зазначається, що заповіт визнається закритим лише якщо заповідач, не повідомляючи нікому своєї останньої волі, оголошує про те, що вона виражена в листі, який передається посадовій особі, зобов'язаній посвідчити даний акт. Ще чіткіше уявлення про таємний характер такого заповідального розпорядження дає ЦК Угорщини, що містить таке застереження: якщо при складанні закритого заповіту присутні свідки (за цивільним законодавством Угорщини присутність свідків при написанні секретних заповітів не є обов'язковою, проте і не забороняється), вони можуть не лише не знати зміст заповіту, а й не усвідомлювати того, що вони присутні при складанні заповіту. Звичайно, може виявитись і так, що стороння особа випадково дізналася про наявність і текст таємного заповіту. Однак у цьому випадку заповіт не втрачає ознаки секретності, оскільки ознайомлення з його змістом відбулося не з ініціативи заповідача [11, с. 61].

Однією із особливостей секретного заповіту є те, що нотаріус, який посвідчує такий заповіт, не має можливості ознайомитися зі змістом, адже відповідно до ст. 1249 ЦК України секретний заповіт посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом. Особа, яка бажає посвідчити секретний заповіт, подає його нотаріусу в заклеєному та підписаному нею конверті.

Відповідно до п. 3.2 гл. 3 розділу ІІ Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [12] нотаріус повинен роз'яснити заповідачу, що текст заповіту має бути викладений таким чином, щоб розпорядження заповідача не викликало неясностей чи суперечок після відкриття спадщини. Нотаріус робить на конверті посвідчувальний напис, скріплює його печаткою, а потім у присутності заповідача поміщає в інший конверт і опечатує. Оскільки згідно з положеннями цивільного законодавства секретний заповіт посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом, ця нотаріальна дія має свою специфіку. Фактично в цьому випадку вчиняються дві нотаріальні дії — засвідчення підпису заповідача на конверті, в якому знаходиться секретний заповіт, та прийняття секретного заповіту на зберігання.

З цього приводу Ю. О. Заіка зауважує, що укладання секретного заповіту спростовує імперативну вимогу щодо нотаріальної форми заповіту, оскільки нотаріус вчиняє посвідчувальний напис на конверті, який передається йому на зберігання, відтак – не посвідчує правочин, а вчиняє нотаріальну дію, суть якої полягає лише в прийманні на зберігання документа, тобто фактично законодавець визнає дійсними заповіти, складені у простій письмовій формі [13, с. 14].

Важливо зазначити, що ні ЦК України, ні Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України не містять чіткої позиції щодо обов'язковості складання олографічного (власноручного) секретного заповіту. Відтак закономірно виникає питання: чи допускається складення секретного заповіту машинописним способом? По суті, індиферентне ставлення вітчизняного законодавця до даної проблеми не мало б вагомої юридичної значимості, якби не спірні питання, що можуть виникнути на практиці. Зрозуміло, що складання тексту заповіту не у присутності нотаріуса значно зменшує можливість довести авторство заповідача, а надто тоді, коли останній при цьому послуговується лише технічними засобами. За таких умов пропонується передбачити можливість складення заповіту у формі відео- та звукозапису в якості винятку для осіб з обмеженими фізичними можливостями [14, с. 153].

Однак можна поставити під сумнів відповідність волі і волевиявлення особи, яка зробила заповідальне розпорядження шляхом звукозапису. Цілком слушною з цього приводу є позиція тих науковців, які зауважують, що дійсність волі підтверджує сам заповідач, прийшовши до нотаріуса з метою посвідчення заповідального розпорядження.

Сучасні тенденції у розвитку Інтернет-ресурсів надають змогу говорити про ще один спосіб складання секретного заповіту. Йдеться, зокрема, про розміщення текстового варіанта волевиявлення або відеозапис заповідального розпорядження на Web-сайті або Web-сторінці заповідача. При складанні заповіту у такий спосіб заповідач у заклеєному конверті подає лише Web-адресу (посилання) сторінки чи сайту та вказівку на шляхи отримання коду доступу до цих Інтернет-ресурсів. Використання такого способу складання секретного заповіту надає можливість вносити зміни та скасовувати його без зайвого звернення до нотаріуса.

Таким чином, на законодавчому рівні, шляхом внесення доповнення до ст. 1249 ЦК України необхідно розширити можливості щодо складання секретного заповіту, визначивши можливість складання секретного заповіту шляхом розміщення текстового варіанта, звуко- чи відеозапису в електронних ресурсах чи на твердих носіях інформації. Посвідчуючи такий заповіт, нотаріус зобов'язаний при вчиненні нотаріальних дій відобразити той факт, що секретний заповіт був поданий у конверті на відповідному носієві інформації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Васильченко В. В.* Спадкування за заповітом у новому Цивільному кодексі України / В. В. Васильченко // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. – 2005. – № 1. – С. 166–172.

2. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 р. (зі змінами і доповненнями) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

3. *Про приєднання* України до Конвенції про колізії законів, які стосуються форми заповітів: Закон України від 17.12.2009 р. № 1772-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 9. – Ст. 82.

4. *Гражданское* уложение Германии = Deutsches Burgerliches G e se tzb u ch mit Einfuhrungsgesetz: Ввод, закон к Гражд. уложению; Пер. с нем.; Науч. редакторы – А. Л. Маковский [и др.]. — М.: Волтере Клувер, 2004. – 816 с.

5. *Китайская* Народная Республика: Законодательные акты [Текст]. – М.: Прогресс, 1989 – 504 с.

6. *Bird, Beverly*. Are Video Wills Legal? / Beverly Bird [Електронний ресурс] Legal Info. — Режим доступу: http://info.legalzoom.com/video-wills-legal-4630.html.

7. *Науково-практичний* коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. – К.: Істина, 2004. – 976 с.

8. *Заіка Ю. О.* Спадкове право України: навч. посіб. – К.: Істина, 2006. – 216 с.

9. *Babwani, Sakina.* Writing a will goes hi-tech with video, on-line and digital wills / Sakina Babwani [Електронний ресурс] The Economic Times. – Режим доступу: http: // Articles. economictimes. indiatimes. com /2012-04-30/news/31508195_1_wills-video-camera-probate.

10. *Кухарєв О. Є.* Спадкове право України: навч. посібник / О. Є. Кухарєв. – К.: Алерта, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: // kafedr.at.ua /_bd/2/217.pdf.

11. *Бичківський О. О.* Секретні заповіти за законодавством України та іноземних держав [Текст]: О. О. Бичківський // Вісник Запорізького національного університету. – 2011. – № 4. – С. 59–64.

12. *Положення* про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України: Наказ Міністерства юстиції України та Міністерства закордонних справ України від 27.12.2004 р. № 142/5/310 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1649-04.

13. *Заіка Ю. О.* Посвідчення «Секретного заповіту» / Юрій Заіка // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 1. – С. 42–47.

14. *Рябоконь Є. О.* Проблеми правового регулювання інституту секретних заповітів за новим Цивільним кодексом України / Євген Рябоконь // Вісник Київського національного університету імені Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2004. – № 56–59. – С. 151–154.

Kalaur I. R. **Modern trends concerning the form og will**

The scientific work is devoted to finding ways to expand testamentary freedom by legislative consolidation opportunities testamentary for emergency orally using modern communication technologies. Special attention is paid to the possibility drafting the secret covenant by video or audio recording and posting it on the Internet resources of the testator.

Key words: will, testament secret, shape covenant certificate congregation.

Калаур И. Р. **Современные тенденции относительно формы завещания**

Статья посвящена поиску путей расширения завещательной свободы путем законодательного закрепления возможности составления завещания при чрезвычайных обстоятельствах в устной форме с использованием современных коммуникационных технологий. Особое внимание уделяется возможности составления секретного завещания путем видео- или звукозаписи и размещения его в Интернет ресурсах завещателя.

Ключевые слова: завещание, секретное завещание, форма завещания, удостоверение завещания.

THE CONCEPT AND FEATURES OF NON-ENTREPRENEURIAL SOCIETY

Kochyn V. V.,
Candidate of Juridical Sciences, Academic Secretary of F. H. Burchak Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepreneurship NALS of Ukraine

Article analyses legal literature and normative legal acts and makes conclusions about the concept and features of non-entrepreneurial societies. Non-entrepreneurial society is defined as legal entity of private law, created as a result of individuals of the right to freedom of association, which is not intended to profit for its subsequent distribution among participants (members). The features of non-entrepreneurial societies are divided into features of legal form and features of non-entrepreneurial activities.

Key words: legal entity, non-entrepreneurial society, non-entrepreneurial activity, non-commercial activity, non-profit organisation.

The policy of building a democratic, social, rule of law State requires a legal framework for the implementation of the citizens' economic, social, cultural, environmental and other rights and interests. However,

state as a social formation is not able to fully ensure the implementation of the rights and interests of the population as unable to cover the entire spectrum of social and individual needs. Civil society is based on potential self-governing society, by which it can organize them selves based on the identification and implementation of their own interests, which limits the claim by the government on a comprehensive (total) care of the individual and society.

The basis of society is organizations which created by the realization of the right to freedom of association. Such organizations as a private law category is non-entrepreneurial because it is not aimed directly involved in business or distribute profits among the participants. Therefore, we aimed to analyze the concept and characters of non-entrepreneurial societies.

Some aspects of the institute of non-entrepreneurial societies were researched by such scholars as: Kucherenko I. M., Dudorova K. B., Soloviov O. M., Chepurnov V. O., Mandryka L. M., Fuchedzhi V. D., Kryvenko Iu. V., Vitka Iu. V., Piddubna V. F., Tikhonova M. A., Litvina O. Iu., Plakhina I. V., Yatchenko Ie. O., Zelisko A. V., Mendzhul M. V., Filatova N. Iu., Bieliaiev O. O., Paruta Iu. I.

Analysis of development of the national civil law suggests that since its first codification and with the current of the Civil Code of Ukraine (further – CCU) the definition of legal entity was changed from its identification with the «body of persons» (p. 13 of CC of UkrSSR, 1922), outlining an exhaustive list types of organizations (Art. 24 of the CC of UkrSSR, 1963) until now – «organization». Nevertheless, these non-entrepreneurial societies (in their modern sense) always had a place in the subjects of civil law.

According to Cesare Sanfilippo, a legal entity arise from two types of phenomena: the term «company» (i.e. a set of people united to achieve a common goal) and «fund» (i.e. a set of assets, the combined permanent appointment one goal) [1, p. 47–48].

The organization, which operates as an independent legal personality is more profitable, responsible contractor both in public and in private relations. So interests of curtain legal entity are realized that represents its founders (participants) or indefinite circle of people united by a certain feature.

First of all, the researches of institute of non-entrepreneurial societies should pay attention to the legal form – society – as a feature of the legal entity to focus on other quality sign these organizations as participants in civil relations – non-entrepreneurial activity.

The modern Ukrainian concept of «society» has such lexical interpretation: 1) a group of people who are in close relationship; someone next staff; environment, circle of friends; 2) group of individuals who are currently in a period of time together spend leisure; 3) rooming with someone; the presence of someone; 4) organization, association of people who set themselves common objectives, goals, action program and act according to their performance, implementation [2, p. 26].

Article 86 of the CCU defines only two forms of non-entrepreneurial societies: consumer cooperation and citizens' association. Citizens' association were defined by Law of Ukraine «On citizens' associations» (repealed), while the current Law of Ukraine «On public associations» does not provide for such a form of organizations.

While characterizing the studied societies alongside the term «non-entrepreneurial» uses and other «non-commercial», «non-for-profit», «non-governmental», which create additional uncertainty. In particular, the term «non- non-entrepreneurial» is used in the Laws of Ukraine «On Securities and Stock Market», «On non-governmental pension provision», «On state support of agriculture» and so on. However, the term «non-commercial» is found in the Laws of Ukraine «On Television and Radio», «On Cooperation» and so on.

In foreign countries different terminology is used. In the US – «non-for-profit organization»; in English practice – «charity organization», whereby this term covers the whole range of public benefit non-government organizations; France – «economic societies», but in this country used the term «association» [3, p. 65].

In our opinion, the most correct and applicable for civil law is the concept of «non-entrepreneurial activity» and therefore legal persons should be subdivided into «entrepreneurial» and «non-entrepreneurial». To confirm this position should be noted that «entrepreneurship» is broader than «commerce» (from the Latin. Commercium – trade). More over, commerce is only activity in trade, trade turnover [5, p 166; 5, p. 287] and «Entrepreneurship» covers all activities in the economic and financial spheres [5, p. 581].

The most common type of non-entrepreneurial organization is non-entrepreneurial society, which is founded as a form of the rights of persons to freedom of association. Also we should focus on the features of the society. Moreover, we consistent with the view that the terms «non-for-profit», «community», «civil», «voluntary», «non-governmental» etc have only differences in logical view [6, p. 10] and do not affect their private law features.

It should be noted that it is going on about organizations which founded and registered in the established order in the legal form of the society, i.e. by combining persons (participants). Thus, non-entrepreneurial societies have common features of the legal entity of private law, such as:

1) *organizational unity,* that means that in any society can highlight the organizational structure, social connections that exist between members of the society, though not fixed regulations, but existing regulation of relations between them;

2) *publicity of founding and termination* allows separate organization (legal entity) from organizations that do not have such status (informal organizations);

3) *general (universal) capacity* means that the entities can be owners of the property, which is separated (property separation) of the property of the founders and other participants of legal relations, as well as be able to make lawful actions and bear the legal responsibility;

4) *self-responsibility* implies in turn that the legal entity responsible for its obligations due to it by right of ownership of property from the moment of its state registration;

5) *entry into civil circulation on its behalf* provides an opportunity for the organization to acquire and exercise civil rights and obligations, and sue and be sued.

The main feature of the legal entity is the organizational unity, as ch. 1, art. 80 CCU the term «legal entity» is defined by the term «organization». All other features necessary for an organization to become the subject of civil relationships to be recognized as a state entity.

Non-entrepreneurial society is included special features that reflect their special status – non-entrepreneurial organizations. Some of them reflect the peculiarities of the legal form, others – especially the activity, and hence taxation.

A study conducted at John Hopkins University offered five basic criteria for the definition of «non-government organization» [6, p. 11–12]:

1) *institution*, which is defined as the organization's existence as a legal entity that has an organizational structure public benefit objectives, scopes of activities;

2) *independence* is that the organization is separate from the system of having powers, although the state or local government can provide subsidies and incentives for legitimate and reasonable grounds;

3) *self-government* ensures the existence of its own internal control rules and procedures, which allows the use of autonomous and not subject to state control;

4) *no distribution of the profits* which implies the absence of rights shares profits from its activities among the founders of the organization, its members or board members. Also, it does not exclude the profit of business activities, contributions from donors or other legitimate sources, but the profits must be directed solely to the goal of creation;

5) *voluntary* provides for organizations freedom of foundation, participation in its activities, and the using of voluntary contributions of individuals and legal entities.

The first three of these features correspond to common features of the legal entity of private law. Instead of that, the last two features characterize as non-entrepreneurial society. Thus, in accordance with p. 1, art. 85 CCU non-entrepreneurial societies are societies that have no aim to receive profit for the next distribution among its members.

Other features of non-entrepreneurial society characterize their specificity in the commercial and tax law. Thus, the Economic Code of Ukraine (further – ECU) contains the term «non-commercial activity» (p. 1, art. 52) – as an independent systematic economic activities carried out by subjects of economic activity, aimed at achieving economic, social and other results without the purpose of profit. The researchers emphasize that the definition of non-commercial economic activity is given the legislation at first, and the ECU launched a unified definition of business and non-commercial activity that are based on the fundamental definition of economic activity [7, p. 88–89].

The part 2 of art. 52 of the ECU provides an indication that a non-commercial economic activities carried out in the public and municipal sectors. However, comments that the rules are aimed primarily at identifying non-commercial activities through an explanation of the operation of the private sector – non-entrepreneurial societies [8, p. 89]. This legislative inconsistency underlines the appropriateness perception of the concept of non-entrepreneurial activities, which is indirectly determined in the CCU.

There is opinion that a non-commercial activity has these features: 1) satisfaction of social needs by works or services; 2) activities aimed at achieving economic, social and other results without the purpose of making profit; 3) regularity. In this occasion, V. Iu. Polyakov offers to define non-commercial activities generally as socially useful [10, p 76–78] or as effective work in a particular field [9, p. 301]. However, this view is acceptable only if the spread of this activity on the state and municipal sectors, while in private sector the public benefit feature can not apply to all non-commercial societies.

In the Tax Code Ukraine (further – TCU) under the definition of «non-profit enterprises, institutions and organizations» (p. 14.1.121 art. 14), means enterprises, institutions and organizations, the main purpose of which is not for profit and proceedings charity, philanthropy and other activities provided for by legislation. Pursuant to the provisions of tax legislation on the taxation of non-profit institutions and organizations (current art. 157 TCU) by the State Tax Administration of Ukraine Order from 24.01.2010 № 37 was approved procedure for determining structure characteristics of non-profit institutions (organizations). However, in this Order № 37 and in the art. 157 TCU, these types of entities are counted as non-profit organizations that may be registered.

R. A. Posner says that in terms of economic activity that the feature of non-entrepreneur forms is that they «prefer to sell their products (education, solace of religion, the plight of the poor healing) cheaper than the market price, and often give it for free». Thus, there is a problem of assessing the value of such

«products» and, therefore, the organization can not be purely corporation (entrepreneurship as a form of economic activity), because participants do not receive income and have less incentive to improve efficiency and «maximize its benefits» [11, p. 509].

To our mind, non-commercial status is a feature of tax legislation that regulates relations in the collection of taxes and fees for the provision for its subjects certain benefits and guarantees. On the one hand, subjects receive them automatically provided (e.g., public bodies and institutions) on the other – they are determined by the relevant authorities on the basis of the implementation of legal persons of certain activities. In Europe, these activities closely linked to social benefits from those organizations, and depend on the benefits and compliance activities [12, p. 13–17] and are public and legal grounds, which should not affect the legal form a legal entity of private sign.

The most widely the features of non-entrepreneurial societies with their interpretation are set out in the Fundamental Principles on the Status of Non-governmental Organisations in Europe and explanatory memorandum (Committee of Ministers of the Council, 16 April 2003) where the term «NGO» is used to define non-profit organizations from the political point of view, that is in their relationship with government authorities.

Art. 1-5 of Decision contain that NGOs are essentially voluntary self-governing bodies and are not therefore subject to direction by public authorities. The terms used to describe them in national law may vary, but they include associations, charities, foundations, funds, non-profit corporations, societies and trusts. NGOs encompass bodies established by individual persons (natural and legal) and groups of such persons. They may be national or international in their composition and sphere of operation. NGOs are usually organisations which have a membership but this is not necessarily the case. NGOs do not have the primary aim of making a profit. They do not distribute profits arising from their activities to their members or founders, but use them for the pursuit of their objectives. NGOs can be either informal bodies or organisations which have legal personality. They may enjoy different statuses under national law in order to reflect differences in the financial or other benefits which they are accorded in addition to legal personality.

Analysis of legal literature and normative legal acts provides us to make the following conclusions. Non-entrepreneurial society is a legal entity of private law, created as a result of individuals of the right to freedom of association, which is not intended to profit for its subsequent distribution among participants (members). The features of non-entrepreneurial societies are divided into features of legal form (institutional body of persons; independence from the state, government) and features of non-entrepreneurial activities (voluntary, no distribution of profit among participants). Such division reflects the internal construction of such an organization and its external expression as legal relations.

REFERENCES:

1. *Санфилиппо Чезаре* Курс римского частного права [Текст]: учебник / Под ред. Д. В. Дождева – М.: Издательство БЕК, 2002. – 400 с.
2. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови [Текст] / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. – С. 1251.
3. *Лысенко В. В.* Регламентирование правового положения и функционирования неправительственных организаций в зарубежных странах [Текст] / В. В. Лысенко // Государство и право. – 2009. – № 1. – С. 65–72.
4. *Юридична* енциклопедія [Текст]: В 6-ти т. / Ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: «Укр. енциклопедія», 1998. – Т. 3: К – М. – 2001. – 792 с.
5. *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений [Текст] / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. – Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. – 4-е изд., дополненное. – М.: Азбуковник, 1999. – 944 с.
6. *Некоммерческое* право [Текст]; (Учебное пособие) /Под общей редакцией Н. А. Идрисова, У. Ю. Пак. – Б.:Т. ДЭМИ, 2006 – 240 с.
7. *Науково-практичний* коментар Господарського кодексу України [Текст] / Кол. авт.: Г. З. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.
8. *Господарський* кодекс України [Текст]: Коментар. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2004. – 848 с.
9. *Славова Н. О., Поляков В. Ю.* Підприємницька діяльність некомерційних організацій [Текст] / Н. О. Славова, В. Ю. Поляков // Вісник Донецького національного університету. Сер. В: Економіка і право. – Вип. 2. – 2011. – С. 301–304.
10. *Поляков В.* Поняття й ознаки некомерційної діяльності [Текст] / В. Поляков // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 6. – С. 75–78.
11. *Познер Р. А.* Економічний аналіз права [Текст] / Р. А. Познер. – «Акта», 2003. – 862 с.
12. *Избранные* положения из мировой практики о порядке предоставления организациям статуса благотворительных, общественной пользы и освобожденных от налогообложения [Текст] / Международный центр некоммерческого права. – К.: ИКЦ «Леста». – 2007. – 559 с.

Кочин В. В. Поняття та особливості непідприємницького товариства

У статті на основі юридичної літератури та нормативно-правових актів здійснено висновки про поняття і особливості непідприємницьких товариств. Непідприємницьке товариство визначається як юридична особа приватного права, створена в результаті реалізації права осіб на свободу асоціації, яке не має на меті отримання прибутку для його наступного розподілу між учасниками (членами). Особливості непідприємницьких товариств поділяються на особливості організаційно-правової форми та особливості непідприємницької діяльності.

Ключові слова: юридична особа, непідприємницьке товариство, непідприємницька діяльність, некомерційна діяльність, неприбуткова організація.

Кочин В. В. Понятие и особенности непредпринимательского общества

В статье на основе юридической литературы и нормативно-правовых актов сделан вывод о понятии и особенностях непредпринимательских обществ. Непредпринимательское общество определяется как юридическое лицо частного права, созданное в результате реализации права лиц на свободу ассоциации, которое не предназначено для получения прибыли для ее последующего распределения между участниками (членами). Особенности непредпринимательских обществ разделяются на особенности организационно-правовой формы и особенности непредпринимательской деятельности.

Ключевые слова: юридическое лицо, непредпринимательское общество, непредпринимательская деятельность, некоммерческая деятельность, неприбыльная организация.

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНИХ ФОНДІВ

Лапечук П. І.,
кандидат сільськогосподарських наук, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Бесарабчик В. О.,
молодший науковий співробітник відділу проблем договірного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються та аналізуються питання цільового використання коштів державного та місцевих бюджетів, що надходять до цільових екологічних фондів, в умовах децентралізації інститутів виконавчої влади.

Ключові слова: децентралізація, екологічні податки та збори, екологічні фонди, охорона довкілля, життя та здоров'я людини, бюджетний кодекс, місцеві бюджети, спеціальні фонди місцевих бюджетів.

З недавнього часу в Україні розпочато процеси децентралізації функцій виконавчої влади та передання цих обов'язків на місця. Це стосується також фінансового забезпечення для виконання тих чи інших повноважень, що тягне за собою зменшення навантаження на центральний бюджет, але збільшує тиск на місцеві. Оскільки певна частина доходів бюджету формується за рахунок податкових та інших платежів з населення, то з цього бюджету фінансуються видатки на розвиток соціальної складової суспільства (науки, культури, освіти, охорони здоров'я, управління, соціального захисту населення тощо). У систему загальнодержавних фінансових ресурсів України входять окремі цільові структури (Пенсійний фонд, Фонди державного соціального страхування, інші бюджетні та позабюджетні фонди спеціального призначення, державний кредит як специфічна ланка державних фінансів). Децентралізовані фінансові ресурси або фінансові ресурси окремих суб'єктів господарювання, у тому числі органів місцевого самоврядування, є тими грошовими коштами, які вони мають у своєму розпорядженні.

Однією з найгостріших проблем сьогодення як в Україні в цілому, так і на місцях є небезпека для довкілля чи його окремих складових, а звідси і пряма загроза для життя і здоров'я людини. Вкотре звернемося до аналізу законодавчого забезпечення фінансування заходів з охорони довкілля. Для забезпечення конституційних прав громадян на екологічну безпеку, створення якісного навколишнього середовища для життя і здоров'я людини у Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. № 1264-XII (далі – Закон) спочатку було передбачено спеціальний розділ X «Економічний механізм забезпечення охорони навколишнього природного середовища».

Визначені Законом економічні заходи щодо охорони навколишнього природного середовища передбачали забезпечити:

1) взаємозв'язок усієї управлінської, науково-технічної та господарської діяльності підприємств, установ та організацій з раціональним використанням природних ресурсів та ефективністю заходів по охороні навколишнього природного середовища на основі економічних важелів;

2) визначення джерел фінансування заходів щодо охорони навколишнього природного середовища;

3) встановлення лімітів використання природних ресурсів, викидів і скидів забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище та розміщення відходів;

4) встановлення нормативів плати і розмірів платежів за використання природних ресурсів, викиди і скиди забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище, розміщення відходів та інші види шкідливого впливу;

5) надання підприємствам, установам і організаціям, а також громадянам податкових, кредитних та інших пільг при впровадженні ними маловідхідних, енерго- і ресурсозберігаючих технологій та нетрадиційних видів енергії, здійсненні інших ефективних заходів щодо охорони навколишнього природного середовища;

6) відшкодування в установленому порядку збитків, завданих порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища.

Відповідно до цих основоположних принципів економічного механізму охорони довкілля і з метою забезпечення фінансування заходів щодо його стабільного якісного стану і поступового поліпшення законом було встановлено плату за спеціальне використання природних ресурсів, яка надходила на рахунки спеціальних екологічних фондів. Порядок встановлення нормативів плати і стягнення платежів за забруднення навколишнього природного середовища визначався Кабінетом Міністрів України. Платежі підприємств, установ, організацій, а також громадян за викиди і скиди забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище, розміщення відходів та інші види шкідливого впливу в межах лімітів стягуються з прибутку, що залишається в розпорядженні підприємств, установ, організацій чи громадян. Порядок встановлення обмежень розмірів платежів за забруднення навколишнього природного середовища також визначався Кабінетом Міністрів України. Визначалися також коефіцієнти кратності плати за понадлімітні викиди й скиди забруднюючих речовин і розміщення відходів, які установлювалися радами базового рівня в межах від 1 до 5. У разі відсутності на підприємстві затверджених у встановленому порядку лімітів викидів і скидів забруднюючих речовин і розміщення відходів плата за викиди й скиди забруднюючих речовин і розміщення відходів стягувалася як за понадлімітні.

Було передбачено, що за рішенням рад базового рівня збиткові та низькорентабельні підприємства можуть повністю або частково звільнятися від плати за забруднення навколишнього природного середовища. Крім того, розміщені на території України спільні та інші підприємства, що використовують іноземні інвестиції і реалізують усю свою продукцію або її частину за валюту, вносили плату за лімітні та понадлімітні викиди й скиди забруднюючих речовин і розміщення відходів в іноземній валюті пропорційно обсягу реалізації їх продукції за валюту. Передбачалася також плата за погіршення якості природних ресурсів (зниження родючості ґрунтів, продуктивності лісів, рибопродуктивності водойм тощо) в результаті володіння і користування, яка встановлювалася на основі нормативів та визначалася Кабінетом Міністрів України. Платежі підприємств, установ, організацій, а також громадян за погіршення якості природних ресурсів внаслідок володіння і користування ними здійснювалися за рахунок прибутку, що залишається у їх розпорядженні (ст. 45 Закону у першій редакції).

Законом була чітко визначена система розподілу платежів за використання природних ресурсів та забруднення навколишнього природного середовища. Так, платежі за використання природних ресурсів надходили до місцевих бюджетів та бюджету України і спрямовувалися на виконання робіт з відтворення та підтримання цих ресурсів у належному стані. Платежі за використання природних ресурсів місцевого значення надходили до місцевих бюджетів. Платежі за використання природних ресурсів республіканського значення в розмірі 50 відсотків надходили до бюджету України і 50 відсотків – місцевих бюджетів. Платежі за забруднення навколишнього природного середовища надходили до місцевих, обласних і республіканського позабюджетних фондів охорони навколишнього природного середовища у співвідношенні відповідно 70:20:10 відсотків. Розподіл коштів за використання природних ресурсів, що надходили до бюджету України, здійснювався Верховною Радою України. Розподіл коштів за використання природних ресурсів, що надходили до місцевих бюджетів, здійснювався відповідними обласними та міськими (міст республіканського підпорядкування) радами за поданням органів Міністерства охорони навколишнього природного середовища України. Було чітко передбачено, що для фінансування заходів з охорони навколишнього природного середовища створюються республіканський та місцеві позабюджетні фонди охорони навколишнього природного середовища.

Місцеві позабюджетні фонди охорони навколишнього природного середовища створювалися в межах єдиного позабюджетного фонду відповідної ради за рахунок: а) платежів за забруднення навколишнього природного середовища; б) грошових стягнень за порушення норм і правил охорони навколишнього природного середовища, санітарних норм і правил та шкоду, заподіяну порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища в результаті господарської та іншої діяльності, понадлімітне використання природних ресурсів; в) цільових та інших добровільних внесків підприємств, установ, організацій та громадян; г) надходжень від реалізації конфіскованого відповідно до законодавства майна, яке було предметом екологічного правопорушення. Розподіл платежів, що надходили до місцевих позабюджетних фондів охорони навколишнього природного середовища, здійснювався відповідними обласними чи міськими (міст республіканського підпорядкування) радами за поданням органів Міністерства охорони навколишнього природного середовища України.

Республіканський позабюджетний фонд охорони навколишнього природного середовища створювався за рахунок: а) відрахувань з місцевих позабюджетних фондів охорони навколишнього природного середовища, розмір яких визначався Верховною Радою Української РСР; б) добровільних внесків підприємств, установ, організацій, громадян; в) інших надходжень. Розподіл коштів, що надходили до республіканського позабюджетного фонду охорони навколишнього природного середовища, здійснювався Кабінетом Міністрів України за поданням Міністерства охорони навколишнього природного середовища України.

Кошти місцевих і республіканського позабюджетних фондів охорони навколишнього природного середовища могли використовуватись тільки для цільового фінансування природоохоронних та ресурсозберігаючих заходів, в тому числі наукових досліджень з цих питань, а також заходів для зниження впливу забруднення навколишнього природного середовища на здоров'я населення. Положення про місцеві позабюджетні фонди охорони навколишнього природного середовища затверджувалися відповідними радами, а республіканського позабюджетного фонду охорони навколишнього природного середовища – Кабінетом Міністрів України. До 10 відсотків коштів фонду могли резервуватися для виконання непередбачених робіт, пов'язаних з природоохоронною діяльністю. Так, кошти республіканського позабюджетного фонду охорони навколишнього природного середовища використовувалися для фінансування:

– розробки та здійснення загальнореспубліканських і регіональних державних комплексних програм щодо охорони навколишнього природного середовища і раціонального використання природних ресурсів;

– проведення науково-технічних конференцій і семінарів, організації виставок, реклами, фестивалів та інших природоохоронних заходів, пропаганди екологічних знань, видання поліграфічної продукції з екологічної тематики, створення бібліотек, відеотек, фототек тощо;

– підвищення кваліфікації та обміну досвідом роботи працівників природоохоронних органів;

– виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і проектних робіт (включаючи придбання ліцензій) по створенню ресурсо- і природозберігаючих технологій, техніки і приладів для контролю за станом навколишнього природного середовища та джерелами викидів і скидів забруднюючих речовин;

– здійснення заходів, спрямованих на зниження впливу забруднення навколишнього природного середовища на здоров'я населення;

– організації моніторингу навколишнього природного середовища; створення загальнореспубліканських систем і банків екологічної інформації;

– залучення експертів до проведення державної екологічної експертизи;

– розробки екологічних нормативів і стандартів, методик та економічних нормативів регулювання природокористування, правових документів з питань охорони природи;

– оснащення природоохоронних організацій обладнанням, приладами контролю і спеціальними транспортними засобами, поліпшення умов праці та побуту спеціалістів та їх екіпіровки;

– здійснення природоохоронних і ресурсозберігаючих заходів;

– проведення роботи щодо охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду;

– вжиття заходів у надзвичайних екологічних ситуаціях;

– розвитку міжнародного співробітництва у галузі охорони навколишнього природного середовища;

– заохочення працівників підприємств, організацій і установ, у тому числі органів Міністерства охорони навколишнього природного середовища України, членів громадських організацій і окремих громадян за досягнення у галузі охорони природи.

Чітко визначалося, що не використані у звітному році кошти республіканського позабюджетного фонду охорони навколишнього природного середовища вилученню не підлягають, переходять на наступний рік і використовуються на цілі, передбачені Положенням, затвердженим Кабінетом Міністрів України.

У зв'язку з впровадженням економічних методів управління природокористуванням було визначено і систему стимулювання підприємств, установ, організацій і громадян при виконанні ними заходів по охороні навколишнього природного середовища (ст. 48 Закону). Зокрема:

а) надання пільг при оподаткуванні підприємств, установ, організацій і громадян у разі реалізації ними заходів щодо раціонального використання природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища, при переході на маловідхідні і безвідхідні ресурсо- і енергозберігаючі технології, організації виробництва і впровадженні очисного обладнання і устаткування для утилізації забруднюючих речовин і переробки відходів, а також приладів контролю за станом навколишнього природного середовища та джерелами викидів і скидів забруднюючих речовин, виконанні інших заходів, спрямованих на поліпшення охорони навколишнього природного середовища;

б) надання на пільгових умовах короткострокових і довгострокових позичок для реалізації заходів щодо забезпечення раціонального використання природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища;

в) встановлення підвищених норм амортизації основних виробничих природоохоронних фондів;

г) звільнення від оподаткування фондів охорони навколишнього природного середовища;

д) передачі частини коштів позабюджетних фондів охорони навколишнього природного середовища на договірних умовах підприємствам, установам, організаціям і громадянам на заходи для гарантованого зниження викидів і скидів забруднюючих речовин і зменшення шкідливих фізичних, хімічних та біологічних впливів на стан навколишнього природного середовища, на розвиток екологічно безпечних технологій та виробництв;

е) надання можливості отримання природних ресурсів під заставу.

Виходячи з зазначених вище первинних норм закону і положень постанов, можна дійти висновку, що позабюджетні фонди охорони навколишнього природного середовища передбачалися як одне із основних фінансових джерел для забезпечення реалізації заходів з охорони довкілля, поліпшення екологічного стану держави. Проте надалі Верховною Радою України було прийнято більше сорока законів, спрямованих на внесення змін і доповнень до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», більшість яких стосувалися розділу X «Економічні заходи забезпечення охорони навколишнього природного середовища». Змінювалися власне ті норми Закону, що були його «кістяком» та забезпечували практичну реалізацію економічного механізму для охорони та відтворення окремих складових навколишнього природного середовища. Найбільша частина змін, на жаль, торкнулася статті 47 Закону щодо фінансування заходів з охорони навколишнього природного середовища та функціонування позабюджетних фондів. Вони фактично були ліквідовані та ввійшли як складова частина до Державного бюджету України, причому в «урізаному вигляді» як окремий рядок бюджету. Після чого кошти екологічного напряму фактично стали механізмом для «латання бюджетних дірок».

Безпосереднього фінансування заходів з охорони довкілля не було, про що красномовно свідчить незадовільний стан навколишнього природного середовища в Україні. Проаналізуємо стан одного із компонентів довкілля – водних ресурсів, де проблеми щодо охорони вод від забруднення та виснаження не тільки не знайшли вирішення, а й значно загострилися. Четверта частина очисних споруд водопровідної мережі, кожна п'ята насосна станція та половина насосних агрегатів відпрацювали нормативний строк експлуатації, що призводить до підвищених витрат електричної енергії та збільшення собівартості перекачування стоків. За даними Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері комунальних послуг, в аварійному стані перебуває понад 18553,2 км водопровідних мереж з загальної протяжності 51210,5 км, або більше 36%, витоки з яких крім вторинного забруднення питної води обумовлюють підтоплення території населених пунктів в окремих регіонах. Фінансування всіх цих дуже важливих для життя і здоров'я людей екологічних програм здійснювалося і продовжує здійснюватися за так званим залишковим принципом, що не може привести до поліпшення екологічного стану, що склався у багатьох регіонах України.

На сьогодні спеціальний цільовий фонд мають лише місцеві бюджети, що передбачено ст. 69-1 Бюджетного кодексу України. Так, у п. 2, 4, 4-1, 5, 7-9 ч. 1 ст. 69-1 вказано, що спеціальний екологічний фонд місцевих бюджетів складається з таких надходжень:

1) кошти від відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, що зараховуються у розмірі: 100 відсотків – до бюджетів міст Києва та Севастополя, 25 відсотків – до бюджету Автономної Республіки Крим та обласних бюджетів, 75 відсотків – до бюджетів міст республіканського Автономної Республіки Крим та обласного значення, бюджетів об'єднаних територіальних громад, що створюються згідно із законом та перспективним планом формування територій громад, 15 відсотків – до районних бюджетів, 60 відсотків – до бюджетів міст районного значення, селищ і сіл;

2) 70 відсотків грошових стягнень за шкоду, заподіяну порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища внаслідок господарської та іншої діяльності, в тому

числі: до сільських, селищних, міських бюджетів, бюджетів об'єднаних територіальних громад, що створюються згідно із законом та перспективним планом формування територій громад – 50 відсотків, обласних бюджетів та бюджету Автономної Республіки Крим – 20 відсотків, бюджетів міст Києва та Севастополя – 70 відсотків;

3) 80 відсотків екологічного податку (крім 20 відсотків екологічного податку за винятком екологічного податку, що справляється за утворення радіоактивних відходів (включаючи вже накопичені) та/або тимчасове зберігання радіоактивних відходів їх виробниками понад встановлений особливими умовами ліцензії строк, який зараховується до загального фонду державного бюджету у повному обсязі), у тому числі: до сільських, селищних, міських бюджетів, бюджетів об'єднаних територіальних громад, що створюються згідно із законом та перспективним планом формування територій громад, – 25 відсотків, обласних бюджетів та бюджету Автономної Республіки Крим – 55 відсотків, бюджетів міст Києва та Севастополя – 80 відсотків;

4) відрахування 10 відсотків вартості питної води суб'єктами підприємницької діяльності, які здійснюють реалізацію питної води через системи централізованого водопостачання з відхиленням від відповідних стандартів, що зараховуються до бюджетів міст, селищ та сіл, бюджетів об'єднаних територіальних громад, що створюються згідно із законом та перспективним планом формування територій громад;

5) цільові та добровільні внески підприємств, установ, організацій і громадян до республіканського Автономної Республіки Крим та місцевих фондів охорони навколишнього природного середовища;

6) надходження до цільових фондів, утворених Верховною Радою Автономної Республіки Крим та місцевими радами;

7) субвенції, що надаються з інших бюджетів за рахунок конкретно визначених надходжень спеціального фонду таких бюджетів.

У державному бюджеті України екологічні надходження та видатки знову є лише «рядками». Майже десять років тому до Верховної Ради України було внесено урядовий проект Закону про Національний екологічний фонд (реєстр. № 4508-І від 02.03.2004 р.). У червні того самого року законопроект було прийнято у першому читанні (Постанова Верховної Ради України від 03.06.2004, реєстр. № 4508-ІІ), проте після розгляду у другому читанні (23.02.2006 р.) його не було прийнято, на нашу думку, безпідставно. Звичайно, у законопроекті було немало неузгоджень між Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища», Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Бюджетним кодексом України тощо, проте їх легко можна було б врегулювати, якби уряд так настійливо не намагався із позабюджетного фонду створити чергову бюджетну організацію.

Протягом 2015 та у січні 2016 року знову і знову поставало питання щодо розподілу екологічного податку шляхом внесення змін до Бюджетного кодексу України (див. законопроекти № 2261 від 27.02.2015 року, № 2277 від 03.03.2015 року, № 2830 від 13.05.2015 року, № 3778 від 15.01.2016 року та 3778-1 від 29.01.2016 року). Одні проекти спрямовувалися на віднесення цільових екологічних платежів до «загального котла», інші, навпаки, – про суто цільове використання цих коштів. Без сумніву, враховуючи незадовільний екологічний стан в Україні, труднощі з фінансуванням природоохоронних заходів, профільний Комітет Верховної Ради України і Уряд повинні повернутися до забутого, але надзвичайно важливого для держави законопроекту про Національний екологічний фонд.

Lapechuk P., Besarabchik V. Organizational and legal maintenance of ecological funds functioning

The article examines and analyzes the issues targeted use the central and local budgets, entering the targeted environmental funds in a decentralized institutions of the executive power.

Keywords: decentralization, ecological taxes and fees, ecological funds, environmental protection, human health and life, the Budget Code, local budgets, special funds of local budgets.

Лапечук П. И., Бесарабчик В. А. Организационно-правовое обеспечение экологических фондов

В статье рассматриваются и анализируются вопросы целевого использования средств государственного и местных бюджетов, поступающих в целевые экологические фонды, в условиях децентрализации институтов исполнительной власти.

Ключевые слова: децентрализация, экологические налоги и сборы, экологические фонды, охрана окружающей среды, жизни и здоровья человека, бюджетный кодекс, местные бюджеты, специальные фонды местных бюджетов.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГЕНДЕРНОЇ РІВНОСТІ У СПОРАХ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ

Левківський Б. К.,
кандидат юридичних наук, завідувач 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 проаналізовано норми чинного міжнародного та вітчизняного законодавства, зокрема, сімейного, антидискримінаційного та цивільного процесуального законодавства України, якими регламентовано права батьків, а також гарантії забезпечення гендерної рівності при вирішенні судами загальної юрисдикції спорів між батьками щодо виховання дитини та визначення її місця проживання.
Ключові слова: батьки, рівність прав, гендерна рівність, юрисдикційний захист, принципи цивільного судочинства.

У нашому суспільстві тривалий час відбувається дискусія щодо забезпечення гендерної рівності. І хоча чинне законодавство України системно та чітко закріплює загальні норми, які мають забезпечити гендерну рівність, фахівцями різних галузей окреслюється проблематика існування дискримінації за статевою ознакою.

Дискримінація від латинського *discriminatio* «розрізнення» — будь-яка відмінність, виключення, обмеження або перевага, що заперечує або зменшує рівне здійснення прав. Поняття охоплює виключення або обмеження можливостей для членів певної групи відносно можливостей інших груп [1].

ЄСПЛ сформулював визначення дискримінації як відмінність у ставленні до осіб, які знаходяться в аналогічних або відповідним чином схожих ситуаціях [2].

Щодо закріплення гарантій реалізації права на гендерну рівність в Україні, то конституційні гарантії для реалізації права на ґендерну рівність містяться, зокрема, у ч. 2 ст. 3 Конституції України, в якій закріплено, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини – головний обов'язок держави.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» дискримінація – ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними (далі – певні ознаки), зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Зі змісту даної норми прямо випливає, що спеціальне законодавство України, на відміну від Конституції України, допускає існування обмеження (дискримінацію), вважає ці обмеження (дискримінацію) припустимими, такими, які здійснюються унаслідок об'єктивно обґрунтованої мети. Однак існування та запровадження обмежень щодо прав і свобод, для особи якої стосуються, за своєю суттю є нічим іншим як дискримінацією.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» дискримінація за ознакою статі – дії чи бездіяльність, що виражають будь-яке розрізнення, виняток або привілеї за ознакою статі, якщо вони спрямовані на обмеження або унеможливлюють визнання, користування чи здійснення на рівних підставах прав і свобод людини для жінок і чоловіків.

Гендерна рівність – рівний правовий статус жінок і чоловіків та рівні можливості для його реалізації, що дозволяє особам обох статей брати рівну участь у всіх сферах життєдіяльності суспільства.

На рівні законодавства України знайшли своє закріплення норми, які прямо зобов'язують дотримуватися принципу гендерної рівності. Так, відповідно до норми ст. 24 Конституції України не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, **статі**. Рівність прав жінки і чоловіка забезпечується: наданням жінкам рівних з чоловіками можливостей у громадсько-політичній і культурній діяльності, у здобутті освіти і професійній підготовці, у праці та винагороді за неї; спеціальними заходами щодо охорони праці і здоров'я жінок, встановленням пенсійних пільг; створенням умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством; правовим захистом, матеріальною і моральною підтримкою материнства і дитинства, включаючи надання оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам і матерям.

Однак зазначена норма підтверджує, що держава в своєму прагненні встановлення гендерної рівності акцентує увагу на забезпеченні саме жінкам рівних можливостей з чоловіками. Тобто законодавець презюмує, що чоловіки у нашому суспільстві, порівняно з жінками, вже мають належні права, а також будь-які можливості реалізувати свої права, можливість досягти своїх інтересів у будь-

якій сфері суспільного життя. Але на практиці досить непоодинокими є випадки дискримінації за статевою ознакою саме чоловіків. Прикладом є обмеження чоловіка-батька, які виникають у сімейних правовідносинах після припинення шлюбу або у випадку окремого проживання батьків дитини, зокрема при вирішенні спорів, пов'язаних із вихованням дитини, а здебільшого у спорах про визначення місця проживання малолітньої дитини.

Відповідно до ч. 6 ст. 7 СК України жінка та чоловік мають рівні права і обов'язки у сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї. Крім того, відповідно до норми ст. 141 СК України встановлюється, що мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою. Не впливає на обсяг прав та обов'язків батьків і розірвання шлюбу між ними, проживання їх окремо від дитини.

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» забороняється дискримінація за статевою ознакою.

Щодо забезпечення гендерної рівності при здійсненні цивільного судочинства, то відповідно до ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Відповідно до норми ст. 9 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» правосуддя в Україні здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, **статі,** етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак. Суд створює такі умови, за яких кожному учаснику судового процесу гарантується рівність у реалізації наданих процесуальних прав та у виконанні процесуальних обов'язків, передбачених процесуальним законом.

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 20 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) «суддя не може брати участь в розгляді справи і підлягає відводу, якщо є обставини, які викликають сумнів в об'єктивності та неупередженості судді».

На жаль, на сьогодні в світі не існує держави, в якій відсутні прояви дискримінації. Разом з тим слід брати за взірець ті з них, в яких працює антидискримінаційне законодавство. Досвід цих держав доводить, що розуміння проблематики, суті дискримінації, а також прийняття суспільством відповідальності за це досить складний та тривалий процес, оскільки необхідно не тільки звернути увагу суспільства на проблему дискримінації, а й запропонувати шляхи її подолання. Переконати ж суспільство, що прояви дискримінації можуть здійснювати навіть щодо найзахищенішого, на переконання суспільства, суб'єкту досить складно.

З метою запобігання будь-яких проявів дискримінації свого часу було розроблено та прийнято низку універсальних, міжнародно-правових актів, зокрема, Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Конвенція Організації Об'єднаних Націй про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Декларація прав дитини, Конвенція про права дитини тощо.

У Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок у пп. «Б» ст. 5 зазначено: «Держави-учасниці вживають усіх відповідних заходів з метою забезпечити, щоб сімейне виховання включало в себе вірне розуміння материнства як соціальної функції і визначення загальної відповідальності чоловіків і жінок за виховання і розвиток своїх дітей за умови, що в усіх випадках інтереси дітей мають перевагу».

У пп. «сі» ст. 16 цієї Конвенції стверджується: «Держави-учасниці вживають усіх відповідних заходів ….., і зокрема забезпечують на основі рівності чоловіків і жінок як батьків незалежно від їх сімейного стану у питаннях, що стосуються їх дітей; в усіх випадках інтереси дітей мають перевагу».

Відповідно до п. 1.5 Європейської хартії про статус суддів (Рада Європи, 1998 р.) під час виконання своїх обов'язків суддя повинен виявляти повагу до осіб, що до них звертаються, та пильно стежити за підтриманням високого рівня компетентності, якого вимагає винесення рішень у справах, від яких залежить гарантія захисту прав людини, та за збереженням конфіденційності інформації, яку їм довірено в ході судового розгляду.

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини (Рим, 4 листопада 1950 р.), ратифікованої ВР України 17 липня 1997 р., кожна людина має право на справедливий і відкритий розгляд справи незалежним і безстороннім судом упродовж розумного строку, встановленого законом.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Протоколу № 12 «Конвенції про захист прав людини та основних свобод» передбачається, що «…користування будь-яким правом, яке визнане законом, має забезпечуватись без будь-якої дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного або соціального походження, приналежності до національних меншин, майнового стану, народження або будь-якої іншої обставини».

Із практики Європейського суду з прав людини випливає, що важливим питанням є питання довіри, яку суди повинні вселяти в громадськість у демократичному суспільстві (Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Білуха проти України» № 33949/02, § 49,50 від 09.11.2006 р.). У вказаній справі Європейський суд з прав людини зауважив, що відповідно до усталеної практики Суду наявність безсторонності повинна визначатися за суб'єктивними та об'єктивними критеріями.

Відповідно до суб'єктивного критерію беруться до уваги особисті переконання та поведінка окремого судді, тобто чи виявляв суддя упередженість або безсторонність. Відповідно до об'єктивного критерію визначається, серед інших аспектів, чи забезпечував суд як такий та його склад відсутність будь-яких сумнівів у його безсторонності. Тобто до особи ставляться у менш сприятливий спосіб. Причиною такого ставлення є наявність у цієї особи певних характеристик, що відносяться до категорії «захищених ознак».

Відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» існує пряма та непряма дискримінація. Пряма дискримінація – ситуація, за якої з особою та/або групою осіб за їх певними ознаками поводяться менш прихильно, ніж з іншою особою та/або групою осіб в аналогічній ситуації, крім випадків, коли таке поводження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Прояви дискримінаційного ставлення за статевою ознакою відносно чоловіків мають місце навіть на рівні окремих норм міжнародного права. Зокрема, відповідно до принципу шостого Декларації прав дитини малолітня дитина не може, окрім випадків, коли існують виключні обставини, бути розлучена зі своєю матір'ю.

Дана норма встановлює обмеження прав чоловіка-батька та визначає пріоритет прав матері, у випадку, якщо йдеться про малолітню дитину. Однак застосування терміна «малолітня дитина» у міжнародному праві без урахування психологічних особливостей розвитку дитини раннього віку є недоречним, оскільки у кожній державі розуміння даного терміна різне. Закладаючи даний термін у принцип шостий Декларації прав дитини, було взято до уваги потреби дитини саме у ранньому віці, а не малолітньої дитини у розумінні цього терміна вітчизняним законодавством.

Із робіт у сфері психології ми можемо визначити, в якому віці дитина дійсно не може бути розлучена з матір'ю, а в якому вплив матері на розвиток дитини не є визначальним, а відтак і її виховання окремо від матері не вплине на дитину критично. Зокрема, видатний его-психолог Е. Еріксон доводить, що дитина залежна від матері виключно у першій рік свого життя.

Так, за Е. Еріксоном, життєвий цикл людини складається з кількох (восьми) фаз, кожна з яких має свої специфічні завдання і може завершуватися сприятливо (у разі подолання основних суперечностей) – або ні – для подальшого розвитку. Оскільки кожне суспільство по-своєму здійснює соціалізацію підростаючого покоління, то при збереженні універсального характеру загальної послідовності й найважливіших завдань основних фаз розвитку, типові способи їх вирішення специфічні для різних суспільств. *Грудна фаза* – до 1 року. Головна особа на цій фазі – мати. Провідні суперечності довіра-недовіра; надія-безнадійність. Основне завдання полягає у виробленні ще неусвідомленого почуття «базової довіри» немовляти до зовнішнього світу. Головний метод — турбота і любов батьків. Якщо «базову довіру» на цьому етапі сформувати не вдається, то у немовляти розвивається почуття «базової недовіри» до світу, тривожність, яка потім може проявлятись у формі замкнутості, втечі у свій внутрішній світ тощо. *Повзункова фаза* – до 3-х років. Головні особи – батьки. Основна суперечність: автономія-сумнів, сором. У дитини формується відчуття самостійності та особистої цінності або ж їх протилежність — сором'язливість і сумніви в собі. Закладаються основи таких особистісних якостей, як відповідальність, дисциплінованість, повага до порядку тощо. *Дошкільна фаза* – до 6 років. Значущі особи – батьки, брати, сестри. Базова суперечність: ініціативність-пасивність. Формується ініціативність. Блокування ініціативності призводить до виникнення почуття провини, яка знижує активність дитини. Вирішальну роль при цьому відіграють ігри, спілкування з однолітками. Закладається почуття справедливості, прагнення виконувати правила. *Передпубертатна фаза* – до 12 років. Головні особи – в шкільному середовищі, сусіди. Базова суперечність спроможність-неповноцінність. Розвиваються почуття підприємливості та ефективності, цілеспрямованість. Найважливішими цінностями стають ефективність і компетентність. У негативному варіанті розвитку формується відчуття власної неповноцінності, яке спочатку виникає як усвідомлення своєї неспроможності у вирішенні якихось конкретних завдань. У цьому віці закладається ставлення до праці. *Юність* – до 18 р. Значущі оточуючі – ровесники. Основна суперечність: визнання, ідентичність – невизнання. З'являється відчуття власної унікальності, відмінності від інших. При негативному варіанті формується невиразне, дифузне, нестійке «Я», рольова й особистісна невизначеність. Стрімко розширюється репертуар особистісних ролей, кожну з яких юнак випробовує, не заглиблюючись у виконання якоїсь окремої з них [3, с. 57 – 58].

Таким чином, враховуючи висновки Е. Еріксона, після досягнення дитиною одного року мати перестає бути головною дієвою особою у житті дитини, дитина однаковою мірою залежить від обох батьків, а після досягнення дитиною дванадцяти років головні дієві особи для її становлення існують поза сімейного оточення.

Повертаючись до норми ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», наведеної вище, обмеження батька у можливості проживати разом з дитиною при окремому проживанні з її матір'ю є обґрунтовано виправданою необхідністю виключно щодо дитини раннього віку (малолітньої), яка не досягла одного року.

На жаль, чинне сімейне законодавство України не враховує висновків сучасної дитячої психології, що призводить до відсутності в сімейному законодавстві, як в спеціальному законодавстві, такого терміна як «дитина раннього віку», натомість просто дублюються норми чинного Цивільного кодексу України, в яких закріплено вимоги до дієздатності та правоздатності особи як учасника цивільних правовідносин, а не сімейних, що в корені не вірно, оскільки не враховуються особливості сімейних відносин.

Саме через намагання уніфікувати норми цивільного та сімейного права, прагнення зберегти уніфіковану термінологію, через ігнорування висновків сучасної дитячої психології, збереження традиційних «старого» радянського підходу до регулювання сімейних відносин та традиційному вирішенні спорів у цивільному судочинстві і зберігається дискримінаційне ставлення до чоловіка-батька у спорах щодо виховання дитини та визначенні її місця проживання. На жаль, проблема дискримінації за статевою ознакою саме чоловіків, а не жінок у спорах про визначення місця проживання дитини замовчується на всіх рівнях, у той час як її існування ніким і не заперечується.

Прикро але прояви дискримінації за статевою ознакою мають місце на всіх етапах розгляду спорів між батьком та матір'ю дитини щодо її виховання навіть з боку суду, органу, на який покладено обов'язок по захисту прав та інтересів всіх осіб незалежно від їх статі. Так, вирішуючи спір між батьками дитини щодо місця проживання, в окремих випадках судді навіть не приховують нерівного ставлення до сторін спору, надаючи при цьому перевагу саме матері, а не батьку дитини, чим не тільки порушують принципи цивільного судочинства, а прямо порушують норми законодавства України про запобігання проявам дискримінації.

Досить показовим прикладом такого дискримінаційного ставлення з боку суду до батька при вирішенні спору між батьками щодо визначення місця проживання малолітніх дітей є матеріали цивільної справи № 757/11568/15-ц. Згідно з матеріалами цивільної справи № 757/11568/15-ц під час розгляду справи апеляційним судом міста Києва було заявлено клопотання про відвід окремого судді у складі колегії Апеляційного суду з підстав прямої дискримінації за статевою ознакою відносно батька дітей [4].

Отже, на сьогодні чинне законодавства України в цілому містить прогресивні норми як на рівні матеріального, так і на рівні процесуального права, які мають гарантувати всім учасникам сімейних правовідносин рівного ставлення та недопущення дискримінації за статевою ознакою. Однак в силу об'єктивних обставин припускають можливість обмеження, якщо таке обмеження є обґрунтованим та припустимими. На переконання автора, таке обґрунтоване та припустиме обмеження за статевою ознакою можливе виключно при вирішенні спору між батьками щодо визначення місця проживання дитини, яка не досягла одного року. Однак після досягнення дитиною одного року обмеження за статевою ознакою є неприпустимим, оскільки необґрунтоване обмеження є нічим іншим як дискримінація.

Викладене дає підстави для таких висновків:

1. Для усунення необґрунтованої, невиправданої дискримінації за статевою ознакою при вирішенні спорів про визначення місця проживання дитини необхідно ввести відповідні зміни до чинного сімейного законодавства, зокрема, закріпити в чинному сімейному законодавстві термін «дитина раннього віку».

2. Закріпити в Сімейному кодексі України норму процесуального характеру, відповідно до якої орган опіки та піклування або суд не може визначити місце проживання дитини раннього віку, яка не досягла одного року, разом з батьком. Така зміна хоча і не усуне обмеження за статевою ознакою взагалі, однак надасть можливість стверджувати про їх існування в обґрунтованому, виправданому та, врешті-решт, – розумному обсязі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Пилипчук Р. В.* Дискримінація // Енциклопедія сучасної України: в 30-и т. – К.: Національна академія наук України, Наукове товариство імені Шевченка, Координаційне бюро енциклопедії сучасної України НАН України, 2001–2016. ISBN 944-02-3354-х.

2. *Посібник з європейського антидискримінаційного права*. Рада Європи, 2010 р. Люксембург: Видавничий дім Європейського Союзу, 2011 р. ISBN 978-92-871-9995-9 (Рада Європи) ISBN 978-92-9192-667-1 (Агенція з питань основоположних прав) ISBN 978-617-684-068-8 (Укр.) doi:10.2811/1197 Українське видання: ТОВ «К.І.С.», 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uk.x-pdf.ru/5yuridicheskie/1217903-4-posibnik-vropeyskogo-antidiskriminaciynogo-prava-this-publication-was-translated-and-produced-under-the-european.php (дата звернення: 01.06.16). – Назва з екрану.

3. *Дуткевич Т. В.* Дитяча психологія. Навч. посіб. – К.: Центр учбової літератури, 2012. – 424 с.

4. Архів Печерського районного суду міста Києва, м. Київ. Матеріали цивільної справи № 757/11568/15-ц, 2015.

Levkivskiy B. K. Gender equality in disputes about the definition of residence of the child

The article analyzes the current norms of international and domestic law, including family, anti-discrimination and civil procedural legislation of Ukraine, which regulates the rights of parents, as well as guarantees of gender equality at the decision of courts of general jurisdiction disputes between parents regarding the education of the child and determine its location.

Keywords: parents, equal rights, gender equality, protection jurisdictional principles of civil procedure.

Левковский Б. К. Обеспечение гендерного равенства при рассмотрении споров об определении места жительства детей

В статье проанализированы нормы действующего международного и отечественного законодательства, в частности, семейного, антидискриминационного и гражданского процессуального законодательства Украины, которыми регламентировано право родителей, а также гарантии обеспечения гендерного равенства при решении судами общей юрисдикции споров между родителями по воспитанию ребенка и определения его места жительства.

Ключевые слова: родители, равенство прав, гендерное равенство, юрисдикционная защита, принципы гражданского судопроизводства.

РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВАХ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТІВ, ЩО МАЮТЬ ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ, В СІМЕЙНИХ ВІДНОСИНАХ

Лузан Т. Л.,
аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, помічник судді Верховного Суду України

У статті досліджуються особливості рішення суду у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, його складові частини. Здійснюється аналіз рішень судів першої інстанції на їхню відповідність законодавчим та доктринальним вимогам.

Ключові слова: справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах; рішення суду; складові частини рішення суду (вступна, описова, мотивувальна, резолютивна).

Видається, що саме рішення суду у справі є проявом досягнення судом завдання, поставленого перед ним законодавцем у ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [1]. Саме за допомогою рішення суду особа може захистити свої невизнані права та інтереси у справах окремого провадження, у тому числі у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, передбачених, зокрема, у п. 1, 2, 4, 5 ч. 1 ст. 256 ЦПК України.

Дослідження інституту судового рішення (у тому числі рішення суду) здійснили, зокрема, І. В. Андронов, Р. О. Гаврік, М. А. Гурвіч, П. П. Заворотько, М. Б. Зейдер, Є. Г. Пушкар, Т. В. Фазикош, М. Й. Штефан та ін. Проте більшість науковців у своїх працях досліджувала саме судові рішення суду у справах позовного провадження, натомість дослідженню особливостей рішення суду у справах окремого провадження, у тому числі у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, увага науковців майже не приділялася. Тому метою цієї статті є розгляд особливостей рішення суду, його складових частин у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, а також аналіз судової практики в таких справах на її відповідність законодавчим та доктринальним вимогам до складових частин рішення суду.

Досліджуючи правову природу рішення суду, науковці зазначали, що воно є одночасно й актом підтвердження наявності чи відсутності певних правовідносин або юридичних фактів, і наказом суду діяти відповідно до встановлених судом прав та обов'язків, і актом застосування норм права, і процесуальним документом установленої форми, і юридичним фактом, який породжує, змінює чи припиняє правовідносини. Усі ці аспекти рішення суду органічно поєднані між собою і взаємообумовлені. Таким чином, можна зробити висновок, що сутність рішення суду є сукупністю властивостей і проявів, які доповнюють одне одного та відбивають сутність цього багатогранного акта правосуддя [2, с. 7].

Також варто зазначити, що М. Б. Зейдер вважає, що наявність в рішенні суду двох моментів – імперативного та декларативного – необхідний наслідок особливостей рішення суду як акта правосуддя.

Перш за все, у рішенні суду отримує своє вираження правосуддя як одна з форм прояву державної влади. Разом з цим однією з рис правосуддя є, зокрема, усунення спору про факт, що має юридичне значення. Ця риса правосуддя проявляється в такому елементі рішення суду, який можна назвати декларативним моментом рішення суду. Усунення спору, зокрема про факт як необхідний прояв функції правосуддя, призводить до того, що суд своїм рішенням має підтвердити наявність або відсутність певної фактичної обставини (у справах окремого провадження, як-от про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах). Спеціально вираженого в рішенні суду підтвердження факту в таких справах вимагає самостійний характер розглядуваної особливості рішення суду. Якби в рішенні суду в позитивній або негативній формі не було сформульовано підтвердження положення про певний факт, підтвердження безспірності якого просив заявник, який звернувся до суду, то суд не виконав би поставленого перед ним як органом правосуддя завдання вирішення спору про факт у зазначених вище справах [3, с. 20–21].

Отже, рішення суду – це акт реалізації судової влади, постановлений у формі процесуального акта-документа в межах самостійної (автономної) судової процедури, яким справа вирішується по суті і який є частиною загального правопорядку [4, с. 8].

Відповідно до ст. 214 ЦПК України під час ухвалення рішення у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, суд вирішує такі питання: чи мали місце обставини, якими обґрунтовувалися вимоги і заперечення, та якими доказами вони підтверджуються; чи є інші фактичні дані, які мають значення для вирішення справи, та докази на їх підтвердження; наявність або відсутність встановлюваного юридичного факту; яка правова норма підлягає застосуванню до цього факту; чи слід заяву задовольнити або відмовити в її задоволенні.

Крім того, рішення суду в усіх видах проваджень має відповідати вимогам, закріпленим у ст. 213 ЦПК України. Так, рішення суду має бути законним і обґрунтованим. Законним є рішення, яким суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно із законом. Обґрунтованим є рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні.

У п. 2, 6 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВС України) «Про судове рішення у цивільній справі» від 18 грудня 2009 року № 14 (далі – постанова Пленуму ВС України від 18 грудня 2009 року № 14) [5, с. 4–6] зазначено, що рішення суду є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства відповідно до ст. 2 ЦПК України, вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин відповідно до ст. 8 ЦПК України, а також правильно витлумачив ці норми.

Обґрунтованим визнається рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, які були досліджені в судовому засіданні і які відповідають вимогам закону про їх належність та допустимість, або обставин, що не підлягають доказуванню, а також якщо рішення містить вичерпні висновки суду, що відповідають встановленим на підставі достовірних доказів обставинам, які мають значення для вирішення справи.

Враховуючи принцип безпосередності судового розгляду (ст. 159 ЦПК України), рішення може бути обґрунтоване лише доказами, одержаними у визначеному законом порядку та дослідженими в тому судовому засіданні, в якому ухвалюється рішення. Неприпустимим є витребування і приєднання до справи матеріалів на підтвердження висновків і мотивів рішення після його ухвалення.

Якщо докази у справі зібрані в порядку, передбаченому ст. 132, 133, 140 та ч. 4 ст. 191 ЦПК України, суд може обґрунтувати ними рішення лише за умови, якщо вони були ним оголошені в судовому засіданні, пред'явлені для ознайомлення особам, які беруть участь у справі, та досліджені в сукупності з іншими доказами.

Досліджуючи поняття законності судового рішення, Т. В. Фазикош зазначає, що традиційна інтерпретація законності судового рішення не враховує нового актуального теоретичного та практичного аспекту в характеристиці цієї вимоги, як її узгодженість та гармонізація з ідеєю верховенства права. Науковець вважає, що для практичної реалізації ідеї верховенства права потрібен такий процесуальний механізм судової діяльності, що забезпечує правовий результат розгляду справ, ефективність якого пов'язана з наявністю чітких критеріїв оцінки закону (формалізацією критеріїв права), з реальним наданням суду відповідних повноважень «критикувати закон» та можливості реалізувати ці повноваження через наявні процедури судочинства (удосконаленням процесуальної форми) [4, с. 12].

Видається за бажане висловити сумніви щодо доцільності реалізації наведеної точки зору ученого-процесуаліста в реаліях даного часу, адже аналіз судової практики, а особливо рішень судів касаційної інстанції, дає можливість констатувати повальне неоднакове застосування судами норм матеріального та процесуального права. Отже, наділення судів повноваженнями «критикувати закон» призведе не лише до неоднакової практики застосування законодавства, а й до різних позицій щодо його критики, відображених у рішеннях суду.

Також відповідно до п. 8 Постанови Пленуму ВС України від 18 грудня 2009 року № 14 [5, с. 6] ухвалене у справі рішення має бути гранично повним, ясним, чітким, викладеним у послідовності, встановленій ст. 215 ЦПК України. Разом з тим рішення не повинно містити зайвої деталізації, яка не має правового значення у даній справі, а також незрозумілих словосполучень, занадто довгих речень, через які викладення фактичних обставин важко сприймаються.

Так, відповідно до ст. 215 ЦПК України рішення суду за загальним правилом складається з вступної, описової, мотивувальної та резолютивної частин. Т. В. Фазикош виділяє також обґрунтувальну частину рішення суду [4, с. 14].

Отже, відповідно до ст. 215, 259 ЦПК України вступна частина рішення суду у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, має містити дату та місце його ухвалення; найменування суду, що ухвалив рішення; прізвище та ініціали судді; прізвище та ініціали секретаря судового засідання; імен (найменувань) заявника і заінтересованої особи, які брали участь у справі; предмета заявленої вимоги.

З цього приводу варто зауважити, що непоодинокими є випадки, коли судді у рішеннях вказують предметом заявленої вимоги «встановлення факту, що має юридичне значення», наприклад, рішення Куликівського районного суду Чернігівської області від 31 травня 2016 року у справі № 737/390/16-ц [6], рішення Рівненського міського суду Рівненської області від 31 травня 2016 року у справі № 569/5000/16-ц [7], хоча у вказаних справах заявники звернулися із вимогою саме про встановлення факту родинних відносин, що і має бути зазначено у вступній частині рішення суду відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 256 ЦПК України.

Наступна частина рішення суду описова (або як її ще називають історична) у справах окремого провадження присвячена викладенню предмета вимоги заявника, зацікавлених осіб і органів [8, с. 66].

В описовій частині рішення суду зазначаються відомості про сімейно-правовий юридичний факт, встановлюваний судом, мету його встановлення; узагальнений виклад позиції заявника та заінтересованої особи; пояснення осіб, які беруть участь у справі; висновки органів державної влади, якщо вони брали участь у справі; інші докази, досліджені судом, на підставі яких суд установлює вказаний факт.

Зазвичай, беручи до уваги правову природу справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, описова частина рішення суду в таких справах є невеликою за обсягом.

Мотивувальна частина рішення суду у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, має містити встановлені судом обставини і визначені відповідно до них правовідносини; мотиви, з яких суд вважає встановленою наявність або відсутність фактів, якими обґрунтовувалися вимоги чи заперечення, бере до уваги або відхиляє докази, застосовує зазначені в рішенні нормативно-правові акти; наявність чи відсутність сімейно-правового юридичного факту; назву, статтю, її частини, абзац, пункт, підпункт закону, на підставі якого вирішено справу, а також процесуальний закон, яким суд керувався.

Як і описова частина, мотивувальна частина рішення суду в досліджуваних справах є невеликою за обсягом. Наприклад, після викладення змісту ст. 10, 11, 197, 234 та 256 ЦПК України та наявних у справі доказів у рішенні Новосанжарського районного суду Полтавської області від 5 травня 2016 року у справі № 542/442/16-ц [9] вказано: «враховуючи, що заявницею надано достатні докази для підтвердження факту реєстрації розірвання шлюбу та, зважаючи на неможливість іншим шляхом захистити своє порушене право, суд доходить висновку про обґрунтованість заяви та її задоволення.

Керуючись ст. 3, 4, 6, 15, 208, 212–215, 234–235, 256–259 ЦПК України [далі за текстом]».

Слід зауважити, що в п. 12 Постанови Пленуму ВС України від 18 грудня 2009 року № 14 [5, с. 7] зазначено, що в мотивувальній частині кожного рішення має бути наведено також посилання у відповідних випадках на норми Конституції України [10], на підставі яких визначено характер правовідносин (у випадку справ окремого провадження), на ст. 10, 11, 60, 212 та 214 ЦПК України й інші норми процесуального права, керуючись якими суд установив обставини справи.

Пояснення осіб, які беруть участь у справі, показання свідків, пояснення експерта, спеціаліста наводяться в рішенні суду від третьої особи. У тексті рішення не допускається використання скорочень і слів, які не прийнято застосовувати в офіційних документах, а також внесення виправлень, не застережених перед підписом судді.

Д. Д. Луспеник, досліджуючи мотивувальну частині рішення суду, зазначає, що у мотивувальній частині рішення суд має не просто зазначити докази, а й зробити їх контрольну оцінку, привести доводи, з яких одні з них приймаються, а інші відхиляються, а також суд повинен дати правову оцінку встановленим обставинам, які підтверджені цими доказами.

Особливо важливим у мотивувальній частині рішення суду є мотивування кожного доводу сторін, що є вимогою, передбаченою в ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод [11, с. 387–388].

Погоджуючись із наведеною вище думкою науковця в цілому, видається за необхідне все ж таки зауважити, що, беручи до уваги правову природу та відсутність спору про право у справах про

встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, вбачається за можливе, у випадку відсутності заперечень заінтересованих осіб проти встановлення розглядуваних юридичних фактів під час розгляду справи, викладати мотивувальну частину рішення суду в таких справах стисло.

У резолютивній частині рішення суду в розглядуваних справах зазначається висновок суду про задоволення заяви або відмову в задоволенні заяви повністю чи частково; висновок суду по суті заявлених вимог; строк і порядок набрання рішенням суду законної сили та його оскарження.

Згідно з п. 13 Постанови Пленуму ВС України від 18 грудня 2009 року № 14 [5, с. 7–8] резолютивна частина повинна мати вичерпні, чіткі, безумовні й такі, що випливають зі встановлених фактичних обставин, висновки по суті розглянутих вимог і залежно від характеру справи давати відповіді на інші питання, зазначені у ст. 215–217 ЦПК України.

Так, рішення Ніжинського міськрайонного суду Чернігівської області від 11 травня 2016 року у справі № 740/867/16-ц [12] не відповідає зазначеним вище вимогам як до описової частини (предметом вимоги було встановлення факту, що має юридичне значення, замість встановлення факту реєстрації шлюбу (п. 4 ч. 1 ст. 256 ЦПК України), так і до резолютивної частини, в якій не зазначено: чи вимога особи про встановлення факту реєстрації шлюбу була задоволена або в її задоволенні було відмовлено.

Окрім того, варто зауважити, що у справах окремого провадження, зокрема про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, суд лише встановлює певний юридичний факт, але не вирішує питання про права та обов'язки заінтересованих осіб. Тому здійснення суб'єктивного права, яке пов'язане із встановленим сімейно-правовим фактом, відбувається за межами окремого провадження.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що рішення суду та його складові частини у справах окремого провадження, зокрема про встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, подібне до рішення суду у справах позовного провадження. Його особливості пов'язані насамперед з відсутністю спору про право у таких справах, а також із правовою природою юридичних фактів, що зумовлюють виникнення в особи суб'єктивних сімейних прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний* процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року (з наступними змінами і доповненнями). – Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–42, 42. – Ст. 492.

2. *Андронов І. В*. Рішення суду першої інстанції в цивільному процесі України: автореф. дис ... канд. юрид. наук. – Одеса: Б. в., 2008. – 20 с.

3. *Зейдер Н. Б.* Судебное решение по гражданскому делу. – М.: Юридическая литература, 1966. – 190 с.

4. *Фазикош Г. В*. Судове рішення в цивільному судочинстві: автореф. дис... канд. юрид. наук. – Харків. – 2009. – 20 с.

5. *Про судове* рішення у цивільній справі: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18 грудня 2009 року. – Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 1. – С. 4–9.

6. *Рішення* Куликівського районного суду Чернігівської області від 31 травня 2016 року у справі № 737/390/16-ц. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/58010780.

7. *Рішення* Рівненського міського суду Рівненської області від 31 травня 2016 року у справі № 569/5000/16-ц. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57991199.

8. *Зейдер Н. Б.* Судебное заседание и судебное решение в советском гражданском процессе: учебное пособие. – Саратов, 1959. – 98 с.

9. *Рішення* Новосанжарського районного суду Полтавської області від 5 травня 2016 року у справі № 542/442/16-ц. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58020658.

10. *Конституція* України від 28 червня 1996 року (з наступними змінами і доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

11. *Луспеник Д. Д.* Розгляд цивільних справ судом першої інстанції. – Харків: Харків. юрид. університет. – 2006. – 480 с.

12. *Рішення* Ніжинського міськрайонного суду Чернігівської області від 11 травня 2016 року у справі № 740/867/16-ц. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57610556.

Luzan T. L. Judgements in the cases of legal facts establishing in family relationship

The article examines the peculiarities of judgment in cases of legal facts establishing in family relationship, including its component parts. The article also analyzes the first instance courts judgments on their compliance with legal and doctrinal requirements.

Keywords: cases of legal facts establishing in family relationship; judgment; component parts of the judgment (introductory, descriptive, motivational, resolutive).

Лузан Т. Л. Решение суда по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение, в семейных отношениях

В статье исследуются особенности решения суда по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение в семейных отношениях, в том числе его составные части. Проводится анализ судебных решений судов первой инстанции на их соответствие законодательным и доктринальным требованиям.

Ключевые слова: дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение в семейных отношениях; решения суда; составные части решения суда (вводная, описательная, мотивировочная, резолютивная).

ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМИ СТАТТІ 329 ЦК УКРАЇНИ

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

У статті досліджується норма чинної ст. 329 ЦК України, що регулює відносини з набуття права власності юридичною особою публічного права. Зазначаються суперечності, що містяться в цій та інших статтях чинного законодавства. Пропонується варіант удосконалення зазначеної статті ЦК України.

Ключові слова: суб'єкт публічного права, юридична особа публічного права, право власності, набуття права власності, підстави набуття права власності

У першій та до цього часу чинній редакції ст. 329 ЦК України міститься норма такого змісту: *«юридична особа публічного права набуває право власності на майно, передане їй у власність, та на майно, набуте нею у власність на підставах, не заборонених законом»* [1, ст. 356].

Однак до змісту цієї норми виникає низка принципових та зовсім не риторичних запитань, відсутність відповідей на які має своїм наслідком фактичну незастосовність норми ст. 329 ЦК України на практиці, що вже є істотною проблемою, оскільки чинний ЦК не має містити декларативних норм.

До згаданих вище запитань слід, зокрема, зарахувати, по-перше, виявлення суті поняття юридичної особи публічного права та його співвідношення з поняттям суб'єкта цивільного права. По-друге, в контексті пошуку відповіді на запитання щодо видів юридичних осіб публічного права слід також визначитися з можливістю визнання таких суб'єктів, як держава Україна та територіальні громади різновидами юридичних осіб публічного права, оскільки можливість набуття цими суб'єктами прав власності не викликає сумнівів на відміну від наявності, а точніше відсутності схожих можливостей у інших юридичних осіб публічного права: органів державної влади, державних підприємств тощо, оскільки зазначені суб'єкти сутністно не можуть бути власниками та, звісно, набувати прав власності. Нарешті, по-третє, оскільки норма ст. 329 ЦК міститься в гл. 24 «Набуття права власності», слід чітко та недвозначно відповісти на запитання про те, чи можуть юридичні особи публічного права набувати майно у свою власність та, як наслідок з цього, бути власником.

Враховуючи наведене, ***метою*** цієї роботи є з'ясування змісту відносин, на регулювання яких спрямована норма ст. 329 ЦК України, та виявлення теоретичних та практичних проблем у регулюванні відносин з набуття права власності юридичними особами публічного права та пропонування можливих шляхів вирішення цих проблем.

Виклад основного матеріалу.

Серед учасників цивільних відносин статтею 2 ЦК України визначено таких суб'єктів публічного права, як держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави тощо. Участь в приватноправових відносинах для цих суб'єктів має наслідком існування у них суб'єктивних цивільних прав, у тому числі й такого права, як право власності.

Відповідно до ч. 2 ст. 81 ЦК України юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. У свою чергу, згідно зі ст. 82 ЦК України на юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах поширюються положення цього Кодексу, якщо інше не встановлено законом.

Статтею 318 ЦК України вказується на суб'єктів права власності, а саме, Український народ та інших учасників цивільних відносин, визначених статтею 2 цього Кодексу.

Відповідно до ст. 167–169 держава Україна, Автономна Республіка Крим та територіальні громади можуть створювати юридичні особи публічного права (державні підприємства, комунальні підприємства, навчальні заклади тощо) у випадку та в порядку, встановлених Конституцією України та законом. При цьому Конституцією та чинним законодавством прямо не передбачено набуття юридичними особами публічного права власності на передане засновником чи отримане іншим чином майно.

Таким чином, з аналізу процитованих та інших норм чинного законодавства, у тому числі ст. 41 Основного Закону України, що передбачає існування права приватної, комунальної та державної власності, власником майна, що перебуває у володінні юридичних осіб публічного права, є або держава Україна, або відповідна територіальна громада, тоді як створені останніми юридичні особи публічного права, а ними, окрім згаданих підприємств та навчальних закладів, є також органи державної влади (міністерства, державні служби тощо), органи місцевого самоврядування (місцеві ради, виконавчі комітети, управління тощо), державні та комунальні установи (заклади охорони здоров'я тощо), володіють майном на *інших* речових та договірних підставах (титулах) та правах, зокрема: оренди, господарського відання, оперативного управління. Таким чином й набувається майно чи інші потенційні об'єкти права власності у власність держави Україна чи відповідної територіальної громади, а не зазначених юридичних осіб публічного права.

У подальшому більшість об'єктів права державної та комунальної власності, у тому числі кошти державного та комунального бюджету, розподіляються між різними суб'єктами та органами, що, однак, не вносить змін до ключової складової відносин власності, а саме, до моменту припинення права державної чи комунальної власності на певне майно, речі, кошти тощо, тобто так зване розподілене майно, власником якого є або держава Україна, або відповідна територіальна громада.

З огляду на наведене можна констатувати, що норма ст. 329 ЦК України містить положення, яке суперечить змісту відносин державної та комунальної власності, положенням Конституції України та іншого чинного законодавства в частині визначення суб'єктів, які набувають право власності, оскільки такими суб'єктами не можуть бути юридичні особи публічного права.

Водночас стосовно істинності останньої тези, що критично оцінює чинну норму ст. 329 ЦК України, є значні сумніви з огляду на таке.

По-перше, в ст. 2 ЦК України в якості родового поняття для позначення таких потенційних учасників цивільних відносин, як держава, територіальні громади тощо, використано термін та поняття «суб'єкт публічного права», сутність якого та співвідношення з поняттям «юридична особа публічного права» залишаються, з огляду на мінімалізм тексту ЦК та інших нормативно-правових актів, до цього часу не з'ясованими [2, с. 47–58].

По-друге, хоча чинний ЦК й не містить прямої вказівки на те, що поняттям юридичної особи публічного права охоплюються й такі учасники цивільних відносин як держава Україна, територіальні громади, подібні твердження в доктрині сучасної юриспруденції все ж існують [3, с. 88–92], тому хибність норми ст. 329 ЦК України матиме місце у разі, коли до видів юридичних осіб публічного права будуть зараховані винятково органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні та комунальні підприємства тощо, та, відповідно, не включені до обсягу цього поняття: держава Україна та територіальні громади.

Зрозуміло, що зарахування до різновидів юридичних осіб публічного права держави Україна та територіальних громад є ризикованим твердженням з урахуванням того, що чинний ЦК України радше визнає цих суб'єктів *sui generis* учасниками цивільних відносин, що **не мають** якості юридичної особи. Водночас згідно з положеннями ЦК та, в першу чергу, різноманітними за своєю правовою силою правовими актами (законами, указами, постановами, положеннями тощо) визнається юридичними особами публічного права більшість існуючих та новостворюваних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств і установ державного та комунальних секторів економіки. Тобто юридичними особами публічного права визнаються не всі суб'єкти публічного права, а лише частина з них, а саме, органи влади, підприємства та установи, що створюються органами державної влади або органами місцевого самоврядування.

Проте навіть у разі такого звуженого розуміння поняття «юридичної особи публічного права» цілком зрозуміло й те, що жодне міністерство України, Фонд державного майна України *не є* власниками державного майна, а жодне комунальне підприємство, установа чи орган місцевого самоврядування *не є* власником комунального майна. В обох цих випадках, у зв'язку з використанням концепції «єдиного та одиничного власника», носієм права власності є або держава Україна (щодо права державної власності), або відповідна територіальна громада (щодо права комунальної власності).

Доречно згадати, що вітчизняна цивільно-правова доктрина продовжує заперечувати необхідність запровадження у вітчизняній правовій системі правових явищ, наслідком яких буде так зване розпорошення права власності, а легально існуюче поняття права спільної власності, що передбачає існування двох та більше суб'єктів-власників, не може бути застосоване до відносин державної власності та комунальної власності з метою наділення правами співвласників поряд з державою Україна та територіальними громадами й таких суб'єктів як створені ними органи влади, підприємства та установи.

Таким чином, до завершення дискусії про можливість визнання держави Україна та територіальних громад юридичними особами публічного права та внесення відповідних змін до ЦК України та (або) інших нормативно-правових актів слід брати до уваги, що в положеннях ст. 81, 82 та інших ЦК України під поняттям юридичної особи публічного права розуміються саме органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні та комунальні підприємства тощо, а не держава Україна та територіальні громади.

На підставі наведеного пропонуємо внести відповідні зміни та доповнення до назви та тексту ст. 329 чинного ЦК України з метою вказівки на те, що набути право державної або комунальної власності може лише, відповідно, держава Україна або територіальна громада, тоді як створені останніми юридичні особи публічного права набувають майно на інших підставах та правах: оренда, господарське відання, оперативне управління тощо.

Запропоновані зміни полягають у такому:

1) Викласти назву статті 329 ЦК в такій редакції:

«Набуття права власності державою Україна, територіальною громадою»

2) Викласти частину першу статті 329 ЦК в такій редакції:

«1. Право власності набувається державою Україна, територіальною громадою на підставах, передбачених цим Кодексом та іншими законами України. Забороняється набуття права власності цими суб'єктами на підставах, не передбачених законом».

3) Доповнити статтю 329 ЦК частиною другою в такій редакції:

«2. Створеним державою Україна, Автономною Республікою Крим або територіальною громадою юридичним особам публічного права (державні або комунальні підприємства, навчальні заклади тощо) майно, що перебуває у державній або комунальній власності, передається на підставах та у порядку, передбачених цим Кодексом та іншим законом.»

Розробка та подання цього законопроекту та подальше внесення змін до ст. 329 ЦК України вчиняються з метою приведення норми щодо набуття права власності суб'єктами публічного права у відповідність з існуючим механізмом правового регулювання участі держави України та територіальних громад у відносинах власності. До ключових характеристик цього механізму слід зарахувати те, що держава Україна та територіальні громади є власниками, відповідно, державного та комунального майна, тобто *безпосередніми* учасниками відносин власності. Водночас здійснення права державної та комунальної власності відбувається власниками *опосередковано*, за допомогою *дій* та *рішень*, що вчиняються та приймаються органами державної влади, органами місцевого самоврядування та іншими представниками суб'єктів права власності, які діють на підставах закону та (або) договору.

В сенсі останнього положення слід звернути увагу на положення гл. 9–10 ЦК України, які прямо вказують на те, що держава Україна та територіальні громади набувають та здійснюють цивільні права через органи влади та інших представників (ст. 170–173 ЦК України). З цього слідує, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування та інші юридичні особи публічного права можуть *набувати* права власності, а в подальшому їх здійснювати, однак *не* у власних інтересах, а для, відповідно, держави Україна чи територіальної громади, тоді як чинна редакція ст. 329 ЦК України не враховує цю обставину й безпідставно зараховує саме органи державної влади, органи місцевого самоврядування та інших юридичних осіб публічного права до потенційних набувачів прав власності.

Висновок.

Запропоновані зміни до тексту ст. 329 ЦК України є намаганням привести норми ЦК України щодо набуття права власності суб'єктами публічного права у відповідність з фактично існуючим механізмом правового регулювання участі держави Україна та територіальних громад у відносинах власності.

Проте подібні зміни в тексті ст. 329 ЦК України, на нашу думку, помилково було б сприйняти як кінцеву мету удосконалення зазначеного вище механізму та чинного законодавства, оскільки подібні зміни мають бути здійснені на першому етапі реформування правового механізму регулювання відносин державної та комунальної власності.

Останнє судження ґрунтується на тому міркуванні, що залучення до участі в цивільних відносинах значної кількості юридичних осіб публічного права, які не можуть набути право власності, а, як наслідок з цього, не є власниками, вже само по собі вносить невизначеність та зайву ризикованість до цивільного обороту, оскільки юридичні особи – не власники не можуть повноцінно відповідати, а участь цих юридичних осіб в договірних та інших цивільних відносинах завжди буде пов'язана зі значними обмеженнями, першопричиною виникнення чого буде та обставина, що ці особи не є власниками.

Тому на другому етапі реформування правового механізму регулювання відносин державної та комунальної власності слід продовжити та завершити дискусію, по-перше, про можливість набуття права власності юридичними особами публічного права в окремих, передбачених законом випадках, по-друге, про потребу мінімізації використання статусу юридичної особи публічного права для більшості органів державної влади та органів місцевого самоврядування, оскільки здійснення ними першочергових функцій органу влади не потребує наявності у них цивільної право- та

дієздатності, по-третє, про можливість визнання держави Україна та територіальних громад юридичними особами, внаслідок чого сучасна редакція ст. 329 ЦК України, як зазначалося вище, набуде нового змісту в разі її тлумачення з метою застосування для регулювання відносин власності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний* кодекс України: Закон України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
2. *Первомайський О. О.* Держава Україна, територіальні громади, органи державної влади, органи місцевого самоврядування та інші суб'єкти публічного права [Текст] / О. О. Первомайський // Цивільний і Господарський кодекси: 2004–2014 рр. Монографія / І. В. Спасибо-Фатєєва, В. І. Крат, Ю. В. Мица та ін.; за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. − Х.: Право, 2014. – С. 47–58.
3. *Первомайський О. О.* Юридична особа публічного права: проблеми визначення поняття [Текст] / О. О. Первомайський// 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. 88–92.

Pervomayskiy O. Problems of interpretation and application of norms article 329 of the Civil Code of Ukraine

The article investigates provision of the acting Article 329 of the Civil Code of Ukraine that regulates the relations on the acquisition of property rights by a legal entity of public law. Pointed out contradictions that contained in this and other articles of the current legislation. Proposed a variant of improving mentioned article of the Civil Code of Ukraine.
Keywords: the subject of public law, legal person of public law, property rights, the acquisition of property right, grounds the acquisition of property right.

Первомайский О. А. Проблемы толкования и применения нормы статьи 329 ГК Украины

В статье исследуется норма действующей статьи 329 ГК Украины, регулирующая отношения по приобретению права собственности юридическим лицом публичного права. Отмечаются противоречия, содержащиеся в этой и других статьях действующего законодательства. Предлагается вариант усовершенствования указанной статьи ГК Украины.
Ключевые слова: субъект публичного права, юридическое лицо публичного права, право собственности, приобретение права собственности, основания приобретения права собственности.

РОЛЬ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ У ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Пленюк М. Д.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті акцентується увага на обговоренні ідей існування юридичних фактів в доктрині приватного права. Відзначається, що саме юридичні факти є тим «важелем», що слугує виникненню, зміні та припиненню правовідношення.
Ключові слова: юридичні факти, зобов'язання, договір, фактичні обставини.

Фактичні обставини реальної дійсності, з якими пов'язані виникнення, зміна та припинення суб'єктивних цивільних прав та юридичних обов'язків, іменуються юридичними фактами.

Юридичні факти як явище правової дійсності мають тривалу історію свого становлення і розвитку. Відомо, що ще в римському приватному праві розрізнялось кілька підстав виникнення правових відносин: контракт, делікт, квазіделікт, квазіконтракт тощо. Відтак стає зрозумілим, що категорія «юридичний факт» виникла і розвивалася з практичної потреби, оскільки зумовлює різноманітність передумов руху конкретних правовідносин.

Теорія юридичних фактів є однією із найважливіших основоположних для цивілістики. Попри це, в доктрині цивільного права спостерігаються різні підходи щодо його розуміння. Так, з моменту виходу в 1958 р. наукової праці О. О. Красавчикова «Юридические факты в советском гражданском праве» (1958 р.) [1] наукові дослідження з наведеної тематики майже на проводились. У навчальних посібниках з теорії права юридичним фактам приділялась увага (обсягом дві-три сторінки), зазначаючи лише поняття юридичних фактів та їх класифікацію. В багатьох дисертаційних роботах вивчення

юридичних фактів здійснювалося на основі теорії розробленої О. О. Красавчиковим. Такий науковий розвиток надав можливість деяким вченим зробити висновок, що теорія юридичних фактів стала «аксіоматичною», адже не отримала в науці широкого наукового розвитку [2, с. 4].

Аналізуючи питання юридичних фактів в доктрині приватного права, доцільно зазначити, що сьогодні погляди вчених на розуміння юридичних фактів вагомо відрізняються від поглядів минулих років, оскільки з інтенсивним розвитком суспільних відносин, зі зміною суспільно-економічної формації, де до приватноправової сфери втягується й держава, з'являються нові права, серед яких речові, майнові права, невідомі раніше організаційні форми юридичних осіб тощо. Все це зумовлює виникнення особливих юридичних фактів і складів. Відтак перед наукою постає завдання не лише пов'язати взаємодію ідеї про юридичні факти з життєвими потоками, а й затвердити нове розуміння справедливості в умовах рівності державної і приватної власності, чітко окреслити межі цивільно-правового регулювання правовідношення, які сприятимуть гармонізації приватних та публічних інтересів.

Юридичні факти як явище правової дійсності мають тривалу історію свого становлення і розвитку. Відомо, що дефініційного визначення юридичні факти набули у XIX ст. у праці Фрідріха Карла фон Савіньї «Система сучасного римського права» (1840–1849 рр.). Саме Ф. К. Савіньї ще в 1803 р. у праці «Право володіння» звернув увагу на два основних елементи, які необхідні для визначення володіння річчю: 1) «faktum Detention», тобто фізичну можливість здійснювати володіння над річчю, і тим самими виключити інших осіб від такого володіння, тобто бути «необмеженим володільцем», який здійснює володіння за наявності волі (animus); 2) можливість документувати володіння як фізичними діями, так і символічними актами розглядалась як найважливіша підстава для виникнення, припинення чи втрати володіння. Вчений звертав увагу, що для повної характеристики володіння, а також для передачі речі необхідно передати не лише фактичне і фізичне панування, а також волю на володіння, яка виявляється в укладенні договору купівлі-продажу [3, с. 188]. Таку саму теорію юридичних фактів продовжили вчені романо-германської правової сім'ї, а в подальшому її перейняли і представники правової системи країн змішаного типу.

Схожим щодо «теорії Савіньї» є сучасний підхід, адже у зміст сучасного розуміння договору як юридичного факту вкладається такий самий правовий аспект, оскільки саме через волевиявлення сторін та правові дії відбувається виникнення, зміна та припинення цивільно-правових зобов'язань.

Усталеним на сьогодні є й розмежування комплексних елементів юридичних фактів на фактичні і юридичні. Адже за своїм змістом, з одного боку, юридичний факт – це реальне життєве явище дійсності – подія або дія, з іншого – це реальний факт, який, будучи передбачений нормою права, породжує певні правові наслідки, тобто виступає як факт юридичний. Відтак стає очевидним, що правова роль юридичних фактів істотно відрізняється від функціональної ролі «звичайних» фактів, тому «теорія юридичних фактів», яка існує завдяки вченому Савіньї, на сьогодні є беззаперечною.

Крім того, у правовій літературі існують й протилежні погляди. Так, представники науки цивільного права Німеччини, серед яких Thiago Reis, Ernstvon Hippel, стверджували, що віра в існування і можливість юридичних фактів, а також зчеплення між цими фактами і правовим впливом має своїм наслідком постійну неприпустиму плутанину між фактичними обставинами і правовою оцінкою фактичних обставин [4], а також призводить до постійного змішування дійсності з юридичною оцінкою дійсності [5].

Професор Р. Кніпер, зазначаючи про недоречність існування юридичних фактів, стверджує, що для того, щоб надавати юридичне значення відносинам між особами, юридичні факти не потрібні, оскільки саме норми права встановлюють, які факти повинні мати місце для належного обґрунтування правових наслідків. Такі норми можуть бути закріплені як в звичаях, так і в кодифікованому акті чи рішенні суду. Які саме факти є правовими слід визначати виходячи зі змісту правових норм, а не із наступної юридичної операції, відповідно до якої певне коло фактів є наперед встановленим і, як певна модель, закріплені в нормах права йменуючись «юридичними фактами», виключаючи всеохоплюючий емпіризм [6]. На думку вченого, сьогодні немає необхідності закріплення конструкції юридичних фактів в нормах права, оскільки укладення договору є таким самим юридичним фактом, як і фактичне надання допомоги третій особі по управлінню фірмою чи нанесення шкоди. При цьому, за першим прикладом, юридичний факт є дійсним і обґрунтує вимогу, як і коли виконані відповідні норми договірного права Цивільного кодексу. За другим – приводить до потреби надання допомоги, якщо і тоді, коли мають місце умови (передумови) по управлінню фірмою без доручення. За третім – наведений факт виступає фактичною обставиною, яка призводить до виникнення деліктних зобов'язань. Отже, вирішальним для виникнення, зміни та припинення правовідношення є не факт, який визнаний юридичним, не приватна автономія у вигляді волевиявлення на укладення договору, а державний закон чи рішення суду є виключними підставами для виникнення юридичних обов'язків.

Скептично відносяться до теорії юридичних фактів і вчені англійської та американської доктрини права, в силу невизнання абстрактних юридичних понять. На їх переконання, про юридичні факти слід говорити виключно в процесуальному розумінні, а саме, як обставини, що підлягають доказуванню і мають вагоме значення для вирішення судової справи [7, с. 283].

В українській доктрині права деякі науковці, сприймаючи «теорію юридичних фактів», зазначають про безпідставне їх виокремлення серед елементів механізму правового регулювання. Зокрема, Н. М. Корчак, досліджуючи механізм правового регулювання відносин конкуренції, зазначає, що потреба виділяти юридичні факти в самостійний елемент є зайвою, адже, будучи передумовою правовідносин, останні поглинаються таким елементом, як правовідносини, вони є частиною – підстави їх виникнення: імперативно чи диспозитично [8, с. 109]. На нашу думку, називати юридичні факти передумовами правовідносин є не зовсім правильно хоча б лише через те, що саме фактичні обставини слугують виникненню цивільно-правових зобов'язань. Принагідно зазначимо, що немає на сьогодні єдності й щодо «передумов» правовідносин. Так, одні вчені ставлять знак рівності між «умовою» та «юридичним фактом» наголошуючи на їх ототожненні [9, с. 71], інші ж, навпаки, звертають увагу на те, що юридичними фактами є лише дії чи події, а умови становлять юридично значущі обставини [10, с. 183].

На необхідності виділення умов як самостійного правового поняття у свій час наголошували такі вчені, як: В. Б. Ісаков, Р. О. Ханнонов, О. А. Матюхіна та інші. Зокрема, Р. О. Ханнонов звертав увагу, що юридично значущі умови мають тривалий характер, виникають до появи юридичних фактів (складів), можуть упродовж значного періоду існувати в потенційному стані, не породжуючи будь-яких правових наслідків. Юридичні умови не слід змішувати з юридичними фактами також й через те, що останні можуть поєднувати в собі сукупність юридичних фактів, пов'язаних між собою [11, с. 125].

Враховуючи наведене, можна виокремити кілька підходів розмежування юридичних умов та юридичних фактів: 1) юридичні умови, на відміну від юридичних фактів, обумовлюють юридичні наслідки лише побічно. Наприклад, у випадку, коли право власності переходить до покупця раніше за передачу самої речі, продавець зобов'язаний до її передачі зберігати річ і не допускати її погіршення; 2) юридичні факти завжди пов'язані із певним правовідношенням, як-от укладення договору зумовлює виникнення договірних зобов'язань, видача довіреності – виникнення прав та обов'язків тощо, тобто юридичний факт завжди породжує цивільні правовідносини. Натомість юридична умова може детермінувати кілька різних правових зв'язків, адже наявність однієї юридично значущої умови може призвести до виникнення цивільних правовідносин; 3) юридичні факти, зазвичай, розглядають як обставини разового значення (смерть особи, вчинення правочину, укладення договору). Юридичні ж умови можуть існувати й певний час, впливаючи на виникнення цивільних правовідносин.

Отже, з наведеного слідує висновок, що ототожнення юридичних фактів та юридичних умов є неприпустимим, оскільки юридичні факти завжди породжують певний наслідок, тоді як «умова» може існувати й без такого.

У правовій літературі існують думки вчених, що юридичні факти є підставою виникнення правовідносин, їх зміни та припинення, у зв'язку з чим забезпечують увесь цикл їх існування і мають займати окрему стадію, а тому не є окремим елементом механізму правового регулювання. З виникненням правовідношення починається реальна дія права, тому юридичні факти існують у кожному елементі механізму правового регулювання [12, с. 44].

З наведеного вище очевидним є те, що одні вчені вагомо применшують роль юридичних фактів, інші – навпаки прибільшують їх роль. На нашу думку, юридичні факти як підстави виникнення, зміни та припинення цивільно-правових зобов'язань є найважливішим правовим елементом, так би мовити, основним «важелем» запуску виникнення та існування цивільного правовідношення. Адже норма права без відповідного «запуску» (підписання договору, нанесення шкоди) буде мертвою, і в майбутньому не приведе до правових наслідків. Тому дослідження ролі юридичних фактів в цивільно-правових зобов'язаннях є актуальним на сьогодні, а думки вчених про те, що юридичні факти пережили свою епоху і, відповідно, відпала потреба в їх науковому дослідженні є надто голослівними й передчасними. Юридичні факти вплетені в мозаїку правової дійсності утворюють її загальну картину, відтак потребують нового погляду з боку науковців, особливо тепер при обранні державою курсу на європейський простір.

Для цивільно-правових зобов'язань цінними є лише ті юридичні факти, які тягнуть за собою юридичні наслідки. Адже із внесенням поняття «юридичного факту» до «тіла» правової норми (ч. 2 ст. 11 ЦК України) випливає принципова позиція законодавця щодо погодження із сталою теоретичною, за якою підставою виникнення цивільних прав та обов'язків є юридичні факти. Взаємозв'язок юридичних фактів і суб'єктивних прав полягає в обов'язковій присутності перших, тобто для доведення наявності в особи конкретного суб'єктивного права слід встановити, чи мав місце юридичний факт, який був підставою виникнення цього права [13, с. 32]. Так, для можливості успадкування майна тими особами, які не перебували у зареєстрованому шлюбі, слід довести факт проживання з померлим строком не менше п'яти років. У разі доведення таких обставин особа має право успадковувати майно в порядку спадкування четвертої черги відповідно до ст. 1264 ЦК України.

ЦК України спеціально встановив, що цивільні права та обов'язки виникають не тільки із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства (договори та інші правочини, створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності,

завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі тощо), а також і з дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки, а так само з інших юридичних фактів (ч. 1 та 2 ст. 11 ЦК України).

За загальним правилом, значення юридичного факту, який породжує передбачені нормою цивільного права цивільні права та обов'язки, може мати лише така дія або подія, яка цією нормою і передбачена. І лише в тих випадках, коли певні цивільні відносини, які об'єктивно потребують правового врегулювання, оскільки не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором, їх регулювання здійснюється за аналогією відповідно до положення ст. 8 ЦК України. В наведеному значення юридичного факту, який породжуватиме права та обов'язки суб'єктів створених ними цивільних правовідносин, матиме дія чи подія, яка хоч і не названа в нормі цивільного права, однак подібна до названої.

Отже, підсумовуючи вищенаведене, можна стверджувати, що роль юридичних фактів є найважливішою в цивільно-правових зобов'язаннях, адже цивільні права та обов'язки можуть виникати як безпосередньо на підставі норм цивільного права, так і з підстав, які не названі в правових нормах. При цьому наявність юридичного факту є обов'язковою у кожному разі, адже в силу обставин реальної дійсності відбувається виникнення, зміна та припинення суб'єктивних прав та обов'язків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М.: Госюриздат, 1958. – 182 с.

2. *Рожкова М. А.* Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения / М. А. Рожкова // Исслед. центр частного права. – М.: Статут, 2009. – 332 с.

3. *Савиньи Ф. К. фон.* Система современного римского права: В 8-и т. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. – 573 с.

4. *Гиппель Е. ф.* Проблема частной автономки сделок / Е. ф. Гиппель, 1936. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www. juridicheskie-fakty-vozniknovenie-i.html.

5. *Гиппель Е. ф.* О закономерности юридического создания системы/ Е. ф. Гиппель // Zur Gesetzmäßigkeit juristischer System bildung. – 1930. – 829 с.

6. *Книпер Р.* Юридические факты: возникновение и упадок одного правового института в немецком праве: материалы Международной научно-практической конференции в рамках ежегодных цивилистических чтений «Юридические факты как основания возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений», посвященной 20-летию НИИ частного права и 10-летию Казахстанского международного арбитража и организованной НИИ частного права Каспийского университета, Германским обществом по международному сотрудничеству (GIZ), Юридической фирмой «Зангер» и Казахстанским международным арбитражем, 21–22 мая 2015 г. / Р. Книпер. – Альмата, 2015. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.zakon.kz/4714796-juridicheskie-fakty-vozniknovenie-i.html.

7. *Общая теория* государства и права. Академический курс в 2-х томах / Под ред. проф. М. Н. Марченко. Том 2. – Теория права. – М.: Изд. Зеркало, 1998. – 622 с.

8. *Корчак Н. М.* Державне регулювання відносин конкуренції в Україні (господарсько-правовий аспект): монографія / Н. М. Корчак. – 2014. – 336 с.

9. *Матюхина А. А.* Нормативные условия осуществления норм советского права / А. А. Матюхина // Вестник Московского университета. Право. – 1982. – № 6. – С. 71–79.

10. *Бодерскова Г. С.* Юридические факты в механизме правового регулирования трудовых отношений рабочих и служащих / Г. С. Бодерскова // Межвузовский тематический сборник. – Калинин, 1982. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.juristlib.ru/book_6024.html.

11. *Ханнанов Р. А.* Нормативные условия в динамике гражданского правоотношения / Р. А. Ханнанов // Советское государство и право. – 1973. – № 8. – С. 125–128.

12. *Коструба А. В.* Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин: монографія / А. В. Коструба. – К.: Ін Юре, 2014. – 376 с.

13. *Иванова З. Д.* Юридические факты и возникновение субъективных прав граждан / З. Д. Иванова // Совет. государство и право. – 1980. – № 2. – С. 31–38.

Plenyuk M. D. The Role of legal facts in civil law obligations

The article focuses on the discussion of the idea of the existence of legal facts in the doctrine of private law. It is noted that legal facts are the «rechavam» that is the emergence, alteration and termination of the relationship.

Key words: juridical facts, obligation, contract, factual circumstances.

Пленюк М. Д. Роль юридических фактов в гражданско-правових обязательствах

В статье акцентируется внимание на обсуждении идей существования юридических фактов в доктрине частного права. Отмечается, что именно юридические факты являются тем «рычагом», что служит возникновению, изменению и прекращению правоотношения.

Ключевые слова: юридические факты, обязательства, договор, фактические обстоятельства.

ДИФУЗНІ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ – СПОЖИВАЧА ЕЛЕКТРИЧНОЇ ЕНЕРГІЇ

Пожоджук Р. В.
кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник відділу проблем договірного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті здійснено спробу відійти від загальної класифікації прав споживачів для створення інтенсивного їх захисту у конкретній сфері. Йдеться про дифузні права споживача у сфері постачання електроенергії, які повинні бути самостійними у загальній системі прав споживача.

Ключові слова: права споживача, фізична особа–споживач, електрична енергія, суб'єктивне право, дифузний інтерес.

Відповідно до ч. 3. ст. 42 Конституції України держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. Стаття 15 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) передбачає, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання, а також має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Отже, держава гарантує захист цивільних прав та інтересів.

Серед праць вітчизняних і зарубіжних учених, які окреслювали окремі проблеми захисту прав споживачів, заслуговують на увагу роботи Г. Альпи, А. Гриняка, М. Гудими, О. Дзери, І. Дудли, І. Канзафарової, М. Каппеллетті, Р. Колагранде, О. Письменної, О. Черняк та інших. Проте, незважаючи на ґрунтовні дослідження науковців, поза увагою залишаються права споживачів у сфері електроенергетики.

В одному з проведених досліджень світового досвіду у сфері захисту прав споживачів [1, с. 138] було запропоновано нову категорію цивільного права України – *дифузних прав як прав, що відображають індивідуальні інтереси особи, об'єднані в окрему групу, мають неподільну природу та об'єднані не стільки специфікою взаємовідносин між ними, скільки їх різнорідністю, проте спрямованістю на задоволення однорідного інтересу.* Базуючись на вказаному визначенні, метою цієї статті є виокремлення дифузних прав фізичної особи–споживача електричної енергії та надання такій категорії визначення. Водночас, насамперед, доцільним вбачається висвітлення існуючих загальних класифікацій прав споживачів.

15 березня 1962 року президент США Джон Ф. Кеннеді виголосив історичне звернення до Конгресу США, в якому він виклав своє бачення прав споживачів. Це був перший раз, коли будь-який політик попередньо встановив такі принципи [2]. Проголошені Дж. Кеннеді права були розширені міжнародною організацією споживачів (Consumers International), яка визнає такі основні права споживачів: 1) *право на задоволення основних потреб* – мати доступ до основних, необхідних товарів і послуг: адекватне харчування, одяг, притулок, охорону здоров'я, освіту, житлово-комунальні послуги, воду і санітарію; 2) *право на безпеку* – бути захищеним від продуктів, виробничих процесів і послуг, які є небезпечними для здоров'я або життя; 3) *право бути поінформованим* – отримувати відомості, які необхідні для здійснення усвідомленого вибору і бути захищеним від нечесної або такої, що вводить в оману реклами і маркування; 4) *право вибору* – бути в змозі вибрати з різноманітного асортименту продуктів та послуг, запропонованих за конкурентоспроможними цінами з гарантією задовільної якості; 5) *право бути вислуханим* – мати споживчий інтерес, що представлений в процесі створення і реалізації державної політики, і в розвитку продуктів і послуг; 6) *право на відшкодування збитків* – отримати справедливе врегулювання претензій, включаючи компенсацію за введення в оману, низькоякісні товари або незадовільні послуги; 7) *право на споживчу освіту* – отримання знань і навичок, необхідних для прийняття інформованого, впевненого вибору щодо товарів та послуг, бути обізнаним про основні права та обов'язки споживачів і як впливати на них; 8) *право на здорове навколишнє середовище* – жити і працювати в навколишньому середовищі, яке незагрозливе для добробуту теперішніх та майбутніх поколінь [2]. Подібні права споживачів передбачено Хартією захисту споживачів [3]. На основі наведених класифікацій прав споживачів, що визнані міжнародними

організаціями та правовими актами, доходимо висновку, що ці права є основними, невід'ємними та не можуть бути звуженими чи проігнорованими, тобто це той мінімум, що *a priori* існує.

Звертаючись до вітчизняного законодавства, варто визначити ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р. № 1023-XII, якою передбачено, що споживачі під час придбання, замовлення або використання продукції, яка реалізується на території України, для задоволення своїх особистих потреб мають право на: 1) захист своїх прав державою; 2) належну якість продукції та обслуговування; 3) безпеку продукції; 4) необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію, її кількість, якість, асортимент, а також про її виробника (виконавця, продавця); 5) відшкодування майнової та моральної шкоди, завданої внаслідок недоліків продукції (дефекту в продукції), відповідно до закону; 6) звернення до суду та інших уповноважених державних органів за захистом порушених прав; 7) об'єднання в громадські організації споживачів (об'єднання споживачів). Також споживачі мають інші права, встановлені законодавством про захист прав споживачів.

Для порівняння положень споживчого законодавства України доцільним видається навести положення Споживчого кодексу Італії та Споживчого кодексу Бразилії. Так, ст. 2 Споживчого кодексу Італії визначено, що для споживачів та користувачів визнаються як фундаментальні такі права: a) на охорону здоров'я; b) на безпеку та якість продукції та послуг; c) на адекватну інформацію та правильну рекламу; c-bis) на здійснення ділової практики відповідно до принципів добросовісності, чесності та справедливості; d) на споживчу освіту; e) на коректність, прозорість та справедливість в договірних відносинах; f) на просування і розвиток вільної, добровільної і демократичної тенденції до створення асоціацій між споживачами та користувачами; g) на надання публічних послуг відповідно до стандартів якості та ефективності [4]. З цієї статті чітко прослідковується спрямованість італійського законодавця до корегування договірних відносин у споживчому праві Італії та приведення їх у відповідність із захистом слабкої сторони. На нашу думку, такий підхід є доволі слушним, тому можливою вбачається доцільність відображення подібних положень і у Законі України «Про захист прав споживачів».

Звертаючись до Споживчого кодексу Бразилії, варто зазначити, що в ст. 6 цього акта передбачено положення, що основними правами споживачів є: 1) право на гарантію життя, здоров'я та безпеки від ризиків, викликаних діяльністю в галузі поставки продукції та послуг, що вважаються небезпечними або шкідливими; 2) право на освіту та комунікацію, щодо належного використання продуктів і послуг, що дає змогу вільного вибору і рівності в договірних відносинах; 3) право на належну та чітку інформацію про різноманітні продукти і послуги, а також правильну специфікацію щодо кількості, характеристик, компонентів, якості і ціни, а також будь-яких ризиків, які вони можуть містити в собі; 4) право на захист від оманливого та образливого змісту реклами, примусових або недобросовісних методів ведення бізнесу, а також від обтяжливих умов або тих, які містяться у договорах приєднання; 5) право на модифікацію договірних пунктів, які встановлюють необґрунтовані платежі або їх перегляд, зважаючи на наступні події, які роблять платежі надмірно обтяжливими; 6) право на ефективне запобігання і відшкодування індивідуальної, колективної або дифузної матеріальної чи моральної шкоди; 7) право на доступ до юрисдикційних і адміністративних органів стосовно запобігання або відшкодування індивідуальної, колективної або дифузної матеріальної чи моральної шкоди, що забезпечується правовим, адміністративним і технічним захистом споживача з низьким рівнем доходу; 8) право на легкий захист прав споживача, включаючи перенесення тягаря доведення на його користь в порядку цивільного судочинства, коли в розумінні судді твердження ймовірно або він перебуває у невигідному становищі відповідно до звичайних правил досвіду; 9) ветовано; 10) право на належне та ефективне надання публічних послуг в цілому [5].

На основі аналізу ст. 6 Споживчого кодексу Бразилії варто відмітити положення, в яких робиться акцент на попередженні та відшкодуванні шкоди споживачам, а також переведення тягара доказування на сильнішу сторону. Цікавим у контексті нашого дослідження є положення про індивідуальну, колективну та дифузну шкоду. Як наслідок, доцільним, на нашу думку, є запозичення з вищевказаного кодексу окремих положень, оскільки подальше включення їх до споживчого законодавства України надасть більш повну охорону правам споживача.

Вітчизняне законодавство в основному визнає права споживачів на рівні з міжнародним їх визнанням, проте це не вирішує існуючих та таких, що постійно виникають, суперечностей щодо реалізації та захисту прав споживача товарів, робіт, послуг відповідно до вимог часу.

Звертаючись до правової доктрини Італії, варто навести міркування Р. Колагранде, який пропонує класифікацію фундаментальних прав споживачів в залежності від відповідності трьом категоріям «фундаментальних цінностей»: загально-соціального типу – такі як здоров'я, безпека, якість продукції та публічних послуг; економічного типу – характерні для «споживача–сторони контракту»; і, нарешті, «інформаційно-розповсюджувального» типу – право на адекватну інформацію та коректну рекламу, а також таких, як право на споживчу освіту та сприяння розвитку споживчих

об'єднань. Таким чином, автор зазначив, що у «системі захисту» виділяється три типи прав: «інформаційного», «договірного» та «компенсаційного» [7].

Іншими словами, автор виділив три великі групи прав, що відповідають загальновизнаним цінностям, які безпосередньо пов'язані з інтересами фізичної особи. Як бачимо, класична італійська доктрина цивільного та споживчого права вирізняє права споживача за трьома великими групами, які «de facto» досить чітко об'єднують фундаментальні права споживача.

У свою чергу, Гвідо Альпа зазначає, що детальна класифікація прав споживачів, яку спробувала визначити наука, зводиться до таких прав: а) права споживача, який розуміється іноді як покупець, який постраждав, тобто слабкий контрагент. Йдеться про традиційні суб'єктивні позиції, що визнані дисципліною продаж, контрактів на приєднання, цивільної відповідальності тощо. Таким чином, можна перерахувати багато прав, що існують у споживача, але в цьому випадку термін «право споживача» – в світлі останніх доктринальних розробок – використовується не в прямому, а у переносному розумінні: говориться, таким чином, про визначення (stipulative[1]), яке є не зовсім точним з формально-логічної точки зору; б) поряд з цими «правами» є «дифузні інтереси», що охороняються процесуальними нормами; в) у багатьох системах права і в уніфікованому праві пізніше були визначені конкретні споживчі права, які є результатом більш зрілих стадій процесу еволюції консюмеризму (consumerism). Автор здійснив спробу виділити еволюцію прав споживача відповідно до розвитку потреб останнього. Ведучи мову про права на стадії реалізації, Гвідо Альпа поділяє їх на: а) право бути поінформованим та освіченим; б) право бути почутим; в) право бути представленим; г) право на компенсацію [8]. Таким чином, автор виділяє, так би мовити, загальні права споживача та права споживача на стадії реалізації.

Сучасні реалії приводять нас до чіткого усвідомлення того, що потрібно відходити від загальної класифікації прав споживачів. Чітко прослідковуються умови для створення інтенсивного захисту прав споживачів у конкретній сфері. У цьому контексті доцільно виділити дифузні інтереси, наприклад споживачів електричної енергії, що об'єднані споживанням енергії та створюють певну групу осіб, які мають однорідну мету та ніяк не пов'язані між собою. Як наслідок, можна виокремити дифузні права споживача у сфері постачання електроенергії, які повинні бути самостійними у загальній системі прав споживача і, у разі порушення, потребувати захисту.

У цьому контексті варто відмітити, що прийняття Закону України «Про засади функціонування ринку електричної енергії України» від 24.10.2013 р. № 663-VII було вагомим кроком на шляху до зближення з ЄС, а саме, приведення законодавства України у відповідність до *acquis communautaire*.

Виходячи зі змісту вказаного закону, побутовий споживач електричної енергії має право на: 1) постачання електроенергії гарантованим електропостачальником; 2) розірвання договору про постачання електричної енергії за умови виконання своїх обов'язків за таким договором та належного повідомлення електропостачальника у строк, визначений договором про постачання електричної енергії; 3) отримання від електропостачальника повідомлення щодо намірів останнього внести зміни до будь-яких умов договору про постачання електричної енергії не пізніше, ніж за 20 діб до їх застосування та розірвати договір про постачання електричної енергії з електропостачальником у визначеному договором порядку; 4) отримання від електропостачальника інформації щодо: діючих цін (тарифів) на електричну енергію, обсягів спожитої ним електричної енергії та іншої інформації, передбаченої договором про постачання електричної енергії; частки кожного джерела енергії у загальному обсязі електричної енергії, купленої (та/або виробленої на власних електроустановках) електропостачальником за попередній рік; адреси, телефон, веб-сторінок для подання звернень, скарг та претензій щодо якості постачання електричної енергії та надання повідомлень про загрозу електробезпеки; 5) подання електропостачальнику звернення, скарги та претензії щодо надання послуг з постачання електричної енергії та отримання від нього вмотивованої відповіді або повідомлення про заходи щодо усунення причин скарги у встановленому законодавством порядку; 6) вільно обирати електропостачальника відповідно до положень цього Закону; 7) змінювати електропостачальника на безоплатній основі за умови подання діючому електропостачальнику повідомлення про зміну у строк не менше ніж за 20 діб до фактичної зміни електропостачальника та за умови виконання своїх обов'язків за чинним договором про постачання електричної енергії; 8) отримувати за запитом від діючого електропостачальника інформацію, необхідну для здійснення переходу (зміни) до іншого електропостачальника.

Окремо у вказаному Законі виділено право на купівлю електричної енергії у гарантованого електропостачальника за тарифами, що регулюються національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, яке мають виключно побутові споживачі. Отже, ми бачимо конкретну групу прав споживача, що є базовими у сфері електроенергетики, проте не є виключними.

[1] *Stipulative definition* – обумовлене означення.

Звертаючись до ст. 25 Закону України «Про електроенергетику» від 16.10.1997 р. № 575/97-ВР, доходимо висновку, що споживачі електричної енергії мають право на: приєднання та підключення до електричної мережі за умови виконання правил приєднання електроустановок до електричних мереж; вибір постачальника електричної енергії; отримання інформації щодо якості електричної енергії, цін, порядку оплати, умов та режимів її споживання; отримання електричної енергії, якісні характеристики якої визначені державними стандартами; відшкодування збитків, заподіяних внаслідок порушення його прав, згідно з законодавством. Тобто законодавець у наведеній статті виділив основні права споживача електричної енергії, однак, зважаючи на вимоги часу, розвиток та вдосконалення законодавства, вони повинні бути розширені.

У свою чергу, у Правилах користування електричною енергією для населення зазначено, що споживач електричної енергії має право на: 1) вибір постачальника електричної енергії; 2) вибір тарифу; 3) підключення до електричної мережі у разі виконання правил користування електричною енергією; 4) отримання інформації щодо якості електричної енергії, тарифів (цін), порядку оплати, умов та режимів її споживання; 5) отримання електричної енергії, якісні характеристики якої визначені державними стандартами; 6) відшкодування згідно із законодавством збитків, заподіяних внаслідок порушення його прав; 7) якісне обслуговування енергопостачальником електричних мереж і приладів обліку [9]. Вказані права споживача електроенергії є чітко визначеними, однак, як вбачається, вони не відображають захисту споживача щодо несправедливих умов контракту та щодо безпеки споживача відносно прийнятої електроенергії.

Беручи за основу досвід ЄС у сфері електроенергетики, варто звернути увагу на Директиву ЄС 2009/72/ЄС щодо загальних правил внутрішнього ринку електроенергії (далі – Директива 2009/72/ЄС) [10]. Положення вказаного міжнародного акта є обов'язковими для впровадження країнами–членами ЄС. Хоча Україна не є членом ЄС, вона теж прийняла зобов'язання щодо імплементації положень вказаної директиви у наше законодавство. Директива встановлює загальні правила для генерації, передачі, розподілу та постачання електроенергії поряд з положеннями щодо захисту споживачів з метою поліпшення та інтеграції конкуруючих ринків електроенергії у Співтоваристві. Вона закріпила правила, що стосуються організації та роботи енергетичного сектора, відкритого доступу до ринку, критеріїв і процедур, застосовних до запитів на тендери та отримання дозволу і роботи мережі. У директиві також перераховані зобов'язання за універсальним обслуговуванням та права споживачів електроенергії, а також описано вимоги до конкуренції.

У додатку 1 «Заходи із захисту прав споживачів» Директиви 2009/72/ЄС вказано, що стандарти ЄС повинні гарантувати, що споживачі: (a) мають право на укладення контракту з постачальником електроенергії; (b) належним чином повідомлені про намір змінити умови контракту і про своє право розірвати контракт після отримання повідомлення; (c) отримують прозору інформацію про ціни та тарифи, а також про стандартні умови договору, що стосується доступу та користування послугами з постачання електроенергії; (d) мають широкий вибір способів оплати, які не роблять незаконних відмінностей між споживачами; (e) не здійснюють плату за зміну постачальника; (f) отримують вигоду від прозорих, простих і недорогих процедур при роботі з їх скаргами; (g) за наявності доступу до універсального сервісу згідно з умовами, прийнятими країнами–членами ЄС відповідно до статті 3 (3), поінформовані про свої права стосовно універсального сервісу; (h) мають у розпорядженні дані про власні обсяги споживання і можуть бути спроможні, з явної згоди та безкоштовно надавати доступ зареєстрованим підприємствам-постачальникам до даних з вимірювальних приладів; (i) належним чином інформуються про фактичний обсяг споживання електроенергії та витрати на регулярній основі для того, щоб вони могли регулювати своє власне споживання електрики; (j) отримують остаточний рахунок закриття після будь-якої зміни постачальника не пізніше, ніж протягом шести тижнів після такої зміни [10]. Такі права беззаперечно є оптимальними на сьогодні, проте не можуть бути вичерпними. Надзвичайно важливою є обізнаність споживачів про свої права в сфері електроенергетики, адже поінформованість споживача буде відігравати визначну роль при виникненні конфлікту з електропостачальником, а також задля попередження виникнення таких ситуацій в майбутньому. Варто позитивно відмітити передбачені вказаною Директивою такі права, як вирішення конфліктів національним регулятором, тобто спеціалізованим суб'єктом у сфері електроенергії та позасудове врегулювання спорів.

На основі проведеного дослідження доречним видається авторське визначення *дифузних прав фізичної особи–споживача електричної енергії як прав, що відображають індивідуальні інтереси в сфері споживання електричної енергії фізичної особи, об'єднані в окрему групу, мають неподільну природу та об'єднані їх різнорідністю, проте спрямовані на задоволення потреб фізичної особи в електричній енергії.*

Принагідно пропонуємо таку доктринальну класифікацію дифузних прав споживача електричної енергії:

1. Інформаційні права: право на прозору інформацію про ціни (тарифи); право на інформацію про стандартні умови договору, що стосується доступу та користування послугами з постачання електроенергії; право на інформацію щодо якості електричної енергії, порядку оплати, умов та режимів її споживання; право на інформацію про фактичний обсяг споживання електроенергії та витрати на регулярній основі; право на інформацію щодо можливої зміни умов договору та/або режимів споживання електроенергії.

2. Переддоговірні та договірні права: право на укладення договору з постачальником електроенергії; право на вільний вибір постачальника; право на справедливі умови договору; право на зміну та розірвання договору; право на постачання електроенергії гарантованим електропостачальником у разі неможливості зміни електропостачальника.

3. Превентивні та відшкодувальні права: право на безпечну та якісну електричну енергію; право на подання скарги електропостачальнику; право на подання скарги до юрисдикційних органів; право на вирішення конфліктів у позаюрисдикційній формі; право на відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушення його прав; право на належне обслуговування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Пожоджук Р.* До питання про дифузні права споживача [Текст] / Р. Пожоджук // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: збірник наукових статей. Випуск 39. – Івано-Франківськ : ПНУ ім. В. Стефаника. – 2015. – С. 129–140.

2. *Consumers* International // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights/.

3. *The* Consumer Protection Charter adopted by the Council of Europe on 28th May 1973 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.ekburg.ru/getFile.php?id=193.

4. *Codice* del consumo Decreto legislativo, 06/09/2005 n 206, G.U. 08/10/2005 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.altalex.com/index.php?idnot=33366#parte1.

5. *Consumer* Defense Code LAW Nº. 8078 AS OF SEPTEMBER 11, 1990 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=745.

6. *Дудла І. О.* Захист прав споживачів: [навч. посібн.] / І. О. Дудла. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 448 с.

7. *R. Colagrande*. Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (l. 30 luglio 1998 n. 281) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://books.google.com.ua/books?id=3awMBAAAQBAJ&pg=PA122&lpg=PA122&dq=r.+colagrande+classificazione+dei+diritti+consumatore&source=bl&ots=eYUdjojI_y&sig=wVMDO_8vXFjVitguVmWXDsKjChI&hl=en&sa=X&ei=aI4CVcyNHoTTygPF6YDACQ&redir_esc=y#v=onepage&q=r.%20colagrande%20classificazione%20dei%20diritti%20consumatore&f=false.

8. *Alpa G.* Consumatore, tutela del / G. Alpa // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.treccani.it/enciclopedia/tutela-del-consumatore_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

9. *Постанова* КМУ від 26 липня 1999 р. № 1357 «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1357-99-%D0%BF.

10. *Directive* 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0055:0093:EN:PDF.

Pozhodzhuk R. Diffuse rights of individual electricity consumer

The article is an attempt to move away from the general classification of the rights of consumers to create their intensive protection in a particular area. It is a diffuse consumer rights in the field of the supply of electricity that must be independent of the overall system of consumer rights.

Keywords: consumer rights, an individual consumer, electricity, subjective right, diffuse interest.

Пожоджук Р. В. Диффузные права физического лица–потребителя электрической энергии

В статье предпринята попытка отойти от общей классификации прав потребителей для создания интенсивной их защиты в конкретной сфере. Речь идет о диффузных правах потребителя в сфере поставок электроэнергии, которые должны быть самостоятельными в общей системе прав потребителя.

Ключевые слова: права потребителя, физическое лицо–потребитель, электрическая энергия, субъективное право, диффузный интерес.

ПРАВО НА ЗАХИСТ 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 досліджено поняття права на захист особистих немайнових прав дитини та сформульовано науково обґрунтовані пропозиції щодо удосконалення законодавства в частині захисту особистих немайнових прав дитини.
Ключові слова: особисте немайнове право, захист, право на захист, дитина.

Діти, як й інші суб'єкти правовідносин, наділяються не лише певними правами, визначеними нормами національного законодавства, а й відповідними гарантіями їх здійснення. Однією з таких гарантій є право дитини на захист своїх прав та законних інтересів. Своє право на захист дитина може здійснити як особисто, так і через своїх представників.

Загальновідомим є положення про те, що визнаючи за особами визначені суб'єктивні права і обов'язки, законодавство надає особі, яка наділена відповідним правом, і право на його захист. За даних умов суб'єктивне цивільне право, не забезпечене необхідними засобами захисту, носитиме лише декларативний характер. Якщо закріплене в законі конкретне суб'єктивне право не забезпечується необхідними чітко визначеними правоохоронними засобами, то таке право може претендувати лише на добровільну повагу з боку членів суспільства, тобто є законним інтересом.

Незважаючи на достатню теоретичну розробленість окресленої проблеми, в науковій правовій літературі й досі немає єдиного розуміння щодо поняття захисту суб'єктивних прав. Складною є ситуація і з характеристикою права на захист особистих немайнових прав дитини, що унеможливлює на сьогодні повноцінне дослідження з даної тематики.

В науковій літературі неодноразово зверталась увага на те, що в умовах створення правової держави категорія права на захист має фундаментальний і всеохоплюючий характер. Традиційно право на захист розглядається як елемент (правомочність, тобто як забезпечена законом можливість) будь-якого суб'єктивного цивільного права, яке випливає із самої його природи. Здійснення суб'єктивних цивільних прав учасниками цивільних відносин полягає у можливості реалізації таких правомочностей, як право на власні дії, право на чужі дії та право на захист. Диспозитивність приватного права передбачає юридичну рівність, вільне волевиявлення та майнову відокремленість його учасників, тому право на захист цивільних прав є належною гарантією стабільності цивільних відносин [1, с. 7].

Необхідність захисту суб'єктивного права, інтересу або правопорядку виникає, передусім, у зв'язку з протиправною поведінкою. Однак захист може відбуватися і в разі загрози порушення права у майбутньому (ст. 282 ЦК України) [2, с. 145].

Поняття «захист права» в юридичній літературі тлумачиться по-різному. Одні автори під захистом права розуміють державно-примусову діяльність, спрямовану на відновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обов'язку [3]. Інші доводять, що категорія права на захист у цивільному праві об'єднує правомочність захисту в складі суб'єктивного цивільного права, призначену для відновлення можливості здійснення порушеного, проте існуючого суб'єктивного права, а також право на захист інтересу, яке не є правомочністю у складі суб'єктивного права, а також не є самостійним суб'єктивним правом, належить до правосуб'єктності особи та полягає у можливості вчинення дій, що призводять до виникнення суб'єктивного права [4, с. 6].

Суб'єктивне цивільне право на захист у загальному вигляді можна визначити як надану уповноваженій особі можливість застосування засобів правоохоронного характеру для відновлення її порушеного або оспорюваного права [2, с. 143].

В сучасній науковій літературі простежується тенденція обґрунтування необхідності розуміння права на захист в об'єктивному та суб'єктивному значеннях. В об'єктивному значенні право на захист є гарантією забезпечення прав і інтересів особи, що реалізується лише у випадку порушення суб'єктивного права, визначає та фіксує ступінь свободи правомірної поведінки. Право на захист є одним із складових елементів будь-якого суб'єктивного права [5, с. 7].

У загальному вигляді право на захист (охоронне право) в якості реальної правової можливості з'являється у носія цивільного права лише в момент його порушення і реалізується в межах охоронюваного цивільного правовідношення, що виникло [6, с. 13, 18].

Водночас зазначається, що право на захист є лише однією із правомочностей суб'єктивного цивільного права, визначає його характер і зміст. Це означає, що, по-перше, право на захист, як і саме суб'єктивне право, є мірою можливої поведінки уповноваженої особи, яка пов'язана лише з використанням можливостей правоохоронного характеру; по-друге, що можливості правоохоронного характеру мають відповідати характеру самого суб'єктивного права [7, с. 38].

Такому розумінню права на захист протистоїть думка, відповідно до якої право на захист являє собою самостійне суб'єктивне право. Це право як реальна правова можливість виникає в особи лише в момент порушення, невизнання чи оспорювання її цивільного права і реалізується в межах охоронюваного цивільного правовідношення [8, с. 33].

Водночас Ю. Г. Басін та А. Г. Діденко звертали увагу на те, що правом на захист є передбачена законом для боротьби з правопорушеннями система заходів, які ґрунтуються на державному примусі і спрямовані на те, щоб забезпечити недоторканність права, його здійснення і ліквідацію наслідків його порушення [9, с. 4]. Таке визначення, на думку Ж. Л. Чорної, з одного боку, звужує сферу правового захисту, пов'язуючи його лише з правопорушеннями. З іншого боку, воно розширюється за рахунок застосування попереджувальних заходів, які забезпечують недоторканність права [7, с. 39].

Окремо слід зазначити, що право на захист нерозривно пов'язане із самим суб'єктивним цивільним правом. Суб'єктивне право, яке є мірою можливої поведінки уповноваженої особи, включає в себе низку таких правомочностей: реалізовувати право власними діями (наприклад, володіти, користуватися і розпоряджатися майном); вимагати відповідної поведінки від зобов'язаної особи; використовувати надані їй заходи правоохоронного характеру для захисту порушеного права [7, с. 37].

Звертаючись до проблеми захисту особистих немайнових прав дітей, слід зазначити, що, оскільки батьки й діти є членами сім'ї і передбачається, що вони здійснюють свої права переважно в лоні сім'ї, ці права носять сімейно-правовий характер [1, с. 88–89]. Тому стає очевидним, що захист особистих немайнових прав дітей передбачається не лише нормами цивільного права, а й нормами сімейного права.

Охорона і захист цивільних прав взагалі та особистих немайнових прав дитини зокрема є частиною функцій не лише держави, а й діяльності усього громадянського суспільства. Суб'єктивне цивільне право, визнане суспільством та закріплене у законодавстві, має охоронятись не лише суспільством, а, в першу чергу, державою як суб'єктом, наділеним функцією охорони і захисту прав і свобод громадян та інших суб'єктів.

Будь-яке порушення суб'єктивного права має каратися, оскільки без цього користування суб'єктивним правом є неможливим. А тому держава бере під свою охорону суб'єктивне право і захищає його від порушення усіма можливими способами.

Право дитини на захист є елементом, що входить до змісту будь-якого суб'єктивного цивільного права, яким може бути наділена дитина.

В юридичній літературі під захистом прав дитини розуміється поновлення порушеного права; створення необхідних умов, що компенсують втрату певних прав дитини; усунення перепон на шляху здійснення прав дитини. Відтак під захистом прав дитини варто розуміти застосування заходів з визнання і відновлення порушених прав дитини, припинення дій, які порушують ці права [10, с. 12].

На нашу думку, під правом дитини на захист особистих немайнових прав слід розуміти забезпечену законом можливість дитини та її законних представників діяти певним чином або звернутися до суду чи до інших компетентних органів з вимогою вжити передбачені законом заходи впливу задля усунення порушень чи відновлення особистого немайнового права дитини.

Варто зазначити, що українське законодавство в частині захисту особистих немайнових прав в цілому відповідає міжнародним стандартам. Водночас не можна не визнавати необхідності уточнення і доповнення відповідних норм цивільного законодавства, що забезпечить більш ефективну реалізацію і захист прав дітей на особисті немайнові блага.

З огляду на це є потреба доповнити СК України такою статтею:

Стаття 154[1] «Право дитини на захист»

1. Дитина має право на захист своїх прав і законних інтересів. Захист прав і законних інтересів дитини здійснюється дитиною самостійно, її батьками (особами, які їх замінюють), а у випадках, передбачених цим Кодексом, органом опіки та піклування, прокурором і судом.

2. Дитина, незалежно від віку, має право самостійно звертатися за захистом своїх прав до органів опіки і піклування, а з досягненням 14 років – до суду. Дитина, яка відповідно до закону набула повної цивільної дієздатності до досягнення вісімнадцяти років, має право самостійно захищати свої права та обов'язки.

3. Дитина має право на захист від зловживань батьківськими правами.

Так, відповідно до запропонованих змін своє право на захист дитина зможе реалізувати особисто або через своїх законних представників. Очевидно, що праву дитини на захист своїх прав та законних інтересів кореспондують відповідні обов'язки батьків або осіб, які їх замінюють. Батьки є законними представниками своїх дітей. На захист прав та інтересів своєї дитини вони виступають без спеціальних повноважень.

Крім того, повноваженнями із захисту прав та інтересів дитини у випадках, спеціально передбачених СК України, наділені також державні органи, органи місцевого самоврядування, органи опіки і піклування, прокуратура, суд, громадські організації. Наприклад, справу про позбавлення батьківських прав суд розглядає за заявою одного з батьків, прокурора, органа опіки і піклування та інших.

Останнім часом почастішали випадки порушення прав і законних інтересів дитини, в тому числі неналежного виконання батьками або особами, які їх замінюють, обов'язків з виховання дитини. Враховуючи те, що загрозу для дитини можуть становити всякого роду зловживання з боку батьків або осіб, які їх замінюють, дана норма надає дітям практично будь-якого віку можливість самостійно звертатися за захистом своїх прав до органів опіки і піклування, а дітям, які досягли віку 14 років, – до суду.

При цьому необхідно мати на увазі, що, в першу чергу, захист прав дитини покладено на державу, яка, забезпечуючи охорону і захист прав та законних інтересів неповнолітньої особи шляхом надання державним органам і органам місцевого самоврядування визначених повноважень, встановлює основні гарантії прав і законних інтересів дитини в Україні.

Реалізація права на захист здійснюється особою шляхом оскарження неправомірних дій, у результаті яких було порушено її права та свободи, в судовому порядку; звернення за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних організацій, членом яких є Україна, у разі використання всіх інших можливих національних засобів правового захисту. Кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання (ст. 15 ЦК України).

Важливо підкреслити, що реалізація права дитини на самостійний захист у суді ускладнюється виникненням певних процесуальних проблем. По-перше, для того щоб самостійно здійснити своє процесуальне право на судовий захист, особливо в тих випадках, коли законний представник відсутній, дитина має звернутися до суду із заявою. По-друге, видається проблематичним прийняття позовної заяви від дитини. Закріплюючи можливість звернення до суду, законодавець не встановив, яку матеріальну вимогу може надати дитина у разі порушення її прав. У зв'язку з цим не виключено, що виникнуть труднощі у можливості дитини самостійно пред'являти позов.

З огляду на зазначене вище кожна дитина має право на захист порушеного особистого немайнового права, яке гарантується Конституцією України та іншими нормативно-правовими актами. Основною формою захисту порушених прав згідно з чинним цивільним законодавством є судовий захист. При цьому зауважимо, що відповідно до особливостей правового статусу дітей обов'язок захищати їхні права закон покладає, перш за все, на батьків або осіб, які їх замінюють. Поряд із цим, досягнувши визначеного в законі віку, діти можуть захищати свої особисті немайнові права шляхом самозахисту.

Практика державних і недержавних організацій, які захищають права дітей, доводить, що, незважаючи на значний обсяг законодавства про права дітей, права дітей постійно порушуються і, зазвичай, особами, на яких покладається їх охорона та захист.

Викладене вище дає підстави стверджувати, що дитина наділена правом на захист своїх прав від порушення не лише сторонніми особами, а й батьками, особами, які їх замінюють, родичами. Захист особистих немайнових прав дитини здійснюють: батьки або законні представники; органи опіки і піклування; суд; прокурор; інші органи державної влади і органи місцевого самоврядування в межах своєї компетенції; сама дитина, яка має право самостійно звертатися за захистом своїх прав, наприклад, у випадках зловживання батьків своїми правами або невиконання ними своїх обов'язків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. 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.

2. Малюга Л. В. Особисті немайнові права фізичних осіб в цивільному праві: теоретичні основи та проблеми правового забезпечення: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2004. – 202 с.

3. Алексеев С. С. Общая теория права. – Т. 1. – М.: Юридическая литература, 1981. – 279 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. 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.

6. Константинова В. С. Гражданско-правовое обеспечение исполнения хозяйственных обязательств: автореф. … дис. докт. юрид. наук. – Свердловск, 1989. – 41 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. Крашенинников Е. А. Структура субъективного права и право на защиту // Защита субъективных прав и право на защиту. – Ярославль, 1977.

9. Басин Ю. Г., Диденко А. Г. Защита субъективных гражданских прав // Юридические науки. – Алма-Ата, 1971. – Вып. 1. – С. 3–10.

10. Кравчук Н. В. Защита права ребенка на жизнь и воспитание в семье по семейному законодательству РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 28 с.

Reznik G. O. The right to protect personal non-property rights of the child

In the article the concept of the right to the protection of the moral rights of the child and formulated scientifically based proposals to improve legislation regarding the protection of the moral rights of the child.
Keywords: personal non-property rights protection, the right to protection, child.

Резник А. О. Право на защиту личных неимущественных прав ребёнка

В статье исследовано понятие права на защиту личных неимущественных прав ребенка и сформулированы научно обоснованные предложения по совершенствованию законодательства в части защиты личных неимущественных прав ребенка.
Ключевые слова: личное неимущественное право, защита, право на защиту, ребёнок.

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РІВНОГО ДОСТУПУ ДО ЗДОБУТТЯ СЕРЕДНЬОЇ ОСВІТИ У ФОРМІ ЕКСТЕРНАТУ

Шевченко О. М.,
кандидат історичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано правове забезпечення в Україні реалізації особистого немайнового права дітей та батьків на свободу вибору в освіті, зокрема, досліджено відповідність українського законодавства щодо реалізації однієї з форм здобуття повної загальної середньої освіти – екстернату міжнародним та європейським стандартам, виходячи з принципу рівності доступу до освіти. Сформульовано науково обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення українського освітнього законодавства в контексті його євроінтеграції.
Ключові слова: особисте немайнове право, право на свободу вибору в освіті, дитина, екстернат, міжнародні та європейські стандарти.

Рівень цивілізаційного розвитку країни значною мірою характеризується її ставленням до підростаючого покоління. Сутнісною ознакою сучасних суспільних перетворень є феномен індивідуалізації, що актуалізує потребу в реалізації у навчальному процесі загальноосвітніх середніх шкіл широкого спектра можливостей та форм здобуття учнями середньої освіти.

Саме тому сучасна реформа національної освітньої системи України спрямовується на гарантування особистості права на свободу вибору в освіті, базуючись на принципах справедливості, рівності можливостей, недискримінації, поваги до гідності кожної людини, та має створити умови для отримання якісної освіти в навчальних закладах різних форм власності, враховуючи можливість особистості бути відмінною від інших. Правовими засадами здійснення реформи є ст. 3 Конституції України, що закріпила пріоритетність прав і свобод людини порівняно з іншими соціальними цінностями, ст. 53 Конституції України, що проголошує право на освіту, ст. 21, 24 Конституції України, які гарантують рівність прав і свобод людини та їх невідчужуваність і непорушність, а також відзначають заборону встановлення будь-яких привілеїв чи обмежень за різними ознаками. Крім того, Цивільний кодекс України (далі – ЦК України), визначаючи обсяг цивільної правоздатності фізичної особи, проголошує рівність всіх фізичних осіб у здатності мати цивільні права та обов'язки (ч. 1 ст. 26) та належність фізичній особі всіх особистих немайнових прав, встановлених Конституцією України та ЦК України (ч. 2 ст. 26), зокрема, права на індивідуальність та права «на вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства» (ст. 300). Частина 1 ст. 270 ЦК України гарантує право на недоторканність особистого і сімейного життя, а відповідно до ст. 271 ЦК України змістом права на свободу вибору в освіті, як і будь-якого іншого особистого немайнового права, має стати «можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя», здійснюючи особисті немайнові права самостійно, «в інтересах малолітніх, неповнолітніх фізичних осіб, які за віком… не можуть самостійно здійснювати свої особисті немайнові права, їхні права здійснюють батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники» (ч.1 ст. 272 ЦК України).

Принципами ж регулювання права фізичної особи на свободу вибору в освіті є: 1) принцип невідчужуваності права; 2) принцип спрямованості його здійснення на отримання немайнового ефекту, в даному випадку на задоволення немайнових потреб чи інтересів фізичної особи в освіті;

3) принцип самостійності здійснення права фізичною особою; 4) принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 5) принцип справедливості, 6) принцип добросовісності, 7) принцип розумності; 8) принцип плюралізму; 9) принцип недискримінації; 10) принцип поваги до прав дитини.

Змістом права на свободу вибору в освіті як особистого немайнового права фізичної особи є сукупність правомочностей фізичної особи, що включають в себе як можливість юридично визнаватись володільцем відповідного особистого немайнового блага та використовувати його в межах, передбачених законом, що відповідає призначенню цього блага, так і вимагати від усіх інших учасників правовідносин не порушувати дане право, включаючи в тому числі і правомочність його захисту. Важко не погодитися з Р. Стефанчуком, що дане особисте немайнове право, будучи безпосередньо пов'язаним з сутністю людини, покликане «повною мірою сприяти розвиткові внутрішньої сфери людини та забезпечити її духовні інтереси» [1, с.11–12].

Право на свободу вибору в освіті випливає із гідності людської особистості та є суттєвим для вільного і повноцінного розвитку дитини. Базовою засадою правового забезпечення здійснення реформування середньої загальноосвітньої школи в Україні мають стати саме інтереси дитини, адже, як зазначено у п. 2 ст. 24 Хартії основних прав Європейського Союзу, в «усіх діях щодо дітей, незалежно від того, приймаються вони державними органами або приватними установами, інтереси дитини повинні бути основними міркуваннями».

Європейська правова доктрина, керуючись такими принципами, як плюралізм, недискримінація, повага до прав дитини [2], вважає різноманітні моделі та форми здобуття якісної сучасної освіти дітьми чинником, що має важливе громадянське значення, зважаючи, зокрема, на той факт, що вибір особливої форми навчання для власної дитини батьки, зазвичай, обирають враховуючи її особливі потреби (фізіологічні, психологічні, медичні, інтелектуальні, світоглядні та культурологічні). Повною мірою це стосується реалізації права дітей та батьків на свободу вибору форми навчання на принципах рівності доступу до освіти, в тому числі і за умови, якщо батьки обирають для навчання дитини домашню освіту (тобто не в мережі закладів освіти) або екстернатну форму освіти в навчальних закладах, в тому числі і недержавної форми навчання. Важливим аспектом на користь, зокрема, екстернатної форми навчання є – максимальне втілення індивідуального підходу в процесі навчання до учня.

Пункт 1.1 «Положення про екстернат у загальноосвітніх навчальних закладах», яке затверджено наказом Міністерства освіти і науки України від 19 травня 2008 р. № 431 (далі – Положення), під екстернатом визначає «одну з форм здобуття повної загальної середньої освіти, що передбачає самостійне опанування екстерном програмового матеріалу в обсязі, визначеному Державним стандартом початкової загальної освіти, Державним стандартом базової та повної загальної середньої освіти, або знань згідно з вимогами програмового матеріалу за певний клас чи з окремих навчальних предметів для отримання документа про відповідний рівень освіти (табель, свідоцтво, атестат)» [3].

Екстерном згідно з вищеназваним Положенням є «особа, яка самостійно опановує програмовий матеріал і якій надається можливість проходження річного оцінювання навчальних досягнень та державної підсумкової атестації на базі загальноосвітніх навчальних закладів» [3].

Аналіз Положення свідчить про те, що останній містить вичерпний перелік підстав, які надають можливість учням обирати екстернатну форму здобуття освіти. Зокрема, згідно з п.1.3 можливість навчання екстерном та проходження річного оцінювання за відповідний клас та атестацію за освітній рівень відповідно до початкової, базової і повної середньої освіти мають тільки особи, які:

«– з будь-яких поважних причин не мають змоги відвідувати навчальні заняття в загальноосвітньому навчальному закладі;

– прискорено опанували навчальний матеріал відповідного класу, ступеня навчання;

– не завершили навчання в навчальному закладі системи загальної середньої освіти;

– є учнями загальноосвітніх навчальних закладів з денною формою навчання та з незалежних від них причин не можуть пройти річне оцінювання та атестацію не більше ніж з двох предметів;

– є випускниками загальноосвітніх навчальних закладів попередніх років, які у свій час не мали річного оцінювання та не пройшли атестацію з будь-яких предметів (кількість предметів не обмежується);

– отримали документ про відповідний рівень загальної середньої освіти за кордоном;

– є громадянами України, які тимчасово або постійно проживають за кордоном і навчаються в Міжнародній українській школі за дистанційною формою;

– є іноземцями або особами без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах» [3].

Тобто відповідний підзаконний нормативний акт містить вичерпний перелік підстав для обґрунтування вибору такої форми навчання учнів, як *екстернат,* що створює обмеження в реалізації права дітей і батьків на свободу обрання відповідної форми навчання як одного із аспектів свободи

вибору в освіті загалом, яке має забезпечуватися державою відповідно до міжнародних та європейських стандартів реалізації цього права. Зокрема, держави мають, створюючи рівні умови та можливості для кожного в освітній сфері щодо всіх типів та ступенів освіти, *законодавчо забезпечити пріоритетність права батьків або опікунів щодо навчання і виховання своїх дітей відповідно до їх релігійних, філософських та педагогічних переконань* (ст. 2, 7, 26 Загальної декларації прав людини (10 грудня 1948 р.); ст.1, п. «а» ст. 3, п. «в» ст. 5 Конвенції ООН про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти (14 грудня 1960 р.); п. 3, 4 ст. 13 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права (16 грудня 1966 р.); п. 3 ст. 14 Хартії основних прав Європейського Союзу (7 грудня 2000 р.).

Ефективне забезпечення здійснення прав дітей та підлітків щодо всебічного розвитку їхньої особистості, а також їх фізичних та розумових здібностей зобов'язує країни вжити необхідних заходів для забезпечення дітям і підліткам, з урахуванням прав і обов'язків їхніх батьків, догляду, допомоги, освіти та підготовки, яких вони потребують, зокрема, шляхом створення або забезпечення функціонування закладів і служб, достатніх та адекватних для досягнення цієї мети, визнаючи, що це право випливає із гідності людської особистості та є суттєвим для вільного і повноцінного розвитку дитини, надає можливість встановлювати законодавчі обмеження в реалізації освітніх прав виключно з метою сприяння загальному добробуту в демократичному суспільстві. Важливим аспектом міжнародного захисту прав людини Європейське співтовариство вважає повагу до самобутності кожної особистості й створення умов для її виявлення, збереження і розвитку. Національні правові системи держав повинні юридично уможливлювати здобуття якісної освіти в процесі навчання та виховання кожному з урахуванням його особистісних потреб.

Загалом аналіз міжнародних та європейських правових актів свідчить про позитивне ставлення світової громадськості до юридичного забезпечення державою багатоманітності в освітній сфері, виходячи з поваги до гідності кожної людини та забезпечуючи можливість особистості бути відмінною від інших. Базовою засадою правового регулювання в цій сфері є інтереси дитини, якій мають бути створені умови для всебічного розвитку, крім того, вона не повинна зазнавати жодної шкоди для свого фізичного чи розумового здоров'я.

Щодо національного законодавства України. Конституція України гарантує кожному право на освіту (ст. 53), право на вільний і всебічний розвиток своєї особистості, *якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей* (ст. 23), громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ст. 24), не допускається ніяких обмежень чи привілеїв щодо конституційних прав і свобод людей (ст. 64), утвердження і забезпечення прав і свобод людини проголошується головним обов'язком держави (абз. 2 ст. 3).

Відповідно до міжнародних та європейських правових актів абз. 2 преамбули Закону України «Про освіту» від 23 травня 1991 р. № 1060-XII визначає метою освіти «всебічний розвиток людини *як особистості та найвищої цінності суспільства*, розвиток її талантів, розумових і фізичних здібностей, виховання високих моральних якостей…», гарантує громадянам України право на безкоштовну освіту, створення умов для вибору профілю навчання і виховання відповідно до здібностей, інтересів громадянина, різні форми навчання – очну, вечірню, заочну, *екстернат*, а також педагогічний патронат (п. 1 ст. 3), навчальні заклади незалежно від їх статусу і належності забезпечують якість освіти в обсязі вимог державних стандартів освіти з надання освітніх послуг (п. 3 ст. 18), серед основних принципів освіти ст. 6 визначає: «*доступність* для кожного громадянина *усіх форм і типів освітніх послуг,* що надаються державою; *рівність умов кожної людини для повної реалізації* її здібностей, таланту, всебічного розвитку; гуманізм, демократизм, пріоритетність загальнолюдських духовних цінностей».

Відповідно до п. 2 ст. 35 Закону України «Про освіту» держава «гарантує молоді право на отримання повної загальної середньої освіти і оплачує її здобуття. Повна загальна середня освіта в Україні є обов'язковою і може отримуватися у різних типах навчальних закладів», а відповідно до п. 1 ст. 51 Закону України «Про освіту» держава гарантує учням право на «вибір навчального закладу, *форми навчання*, освітньо-професійних та індивідуальних програм, позакласних занять». Крім того, законодавець, визнаючи у п. 1, 3 ст. 59 Закону України «Про освіту», що «виховання в сім'ї є першоосновою розвитку дитини як особистості» та покладаючи основну відповідальність за навчання, виховання і розвиток дитини на її батьків, вказує на зобов'язання останніх «постійно дбати про фізичне здоров'я, психічний стан дітей, створювати належні умови для розвитку їх природних здібностей; …. сприяти здобуттю дітьми освіти у навчальних закладах або забезпечувати повноцінну домашню освіту відповідно до вимог щодо її змісту, рівня та обсягу». А відповідно до п. 4 ст. 59 Закону України «Про освіту» держава має не заважати, а навпаки, надавати «батькам і особам, які їх замінюють, допомогу у виконанні ними своїх обов'язків, захищати права сім'ї».

Закон України «Про загальну середню освіту» від 13 травня 1999 р. № 651-XIV вказує на загальну середню освіту як обов'язкову основну складову безперервної освіти, що спрямовується на

забезпечення всебічного розвитку особистості шляхом навчання та виховання (ст. 3), відповідальність за здобуття повної загальної середньої освіти дітьми покладається на їх батьків, а дітьми, позбавленими батьківського піклування, – на осіб, які їх замінюють, або навчальні заклади, де вони виховуються (п. 5 ст. 6), законодавчо встановлена можливість здійснення навчально-виховного процесу у загальноосвітніх навчальних закладах як за груповою, так і індивідуальною формами навчання (ст. 13). Визначаючи право батьків та осіб, які їх замінюють, «вибирати навчальні заклади та *форми навчання для неповнолітніх дітей;* захищати законні інтереси дітей (п. 1 ст. 29), держава покладає, разом з тим, на останні й обов'язок «забезпечувати умови для здобуття дитиною повної загальної середньої освіти *за будь-якою формою навчання*; постійно дбати про фізичне здоров'я, психічний стан дітей, створювати належні умови для розвитку їх природних здібностей (п. 2 ст. 29), повноваженням загальноосвітнього навчального закладу є задоволення потреб «громадян відповідної території в здобутті повної загальної середньої освіти; забезпечення єдності навчання і виховання; відповідності рівня загальної середньої освіти Державному стандарту загальної середньої освіти (ст. 38), а не перешкоджання у здійсненні батьками своїх законних прав та обов'язків щодо виховання навчання та розвитку дітей. Тим більше, що держава законодавчо передбачила можливість атестації та оцінювання знань учнів (вихованців) відповідно до ст. 34 Закону України «Про загальну середню освіту».

Даючи оцінку «Положення про екстернат у загальноосвітніх навчальних закладах», затверджений наказом Міністерства освіти та науки України від 19 травня 2008 р. № 431, щодо його відповідності положенням міжнародних правозахисних документів і положень Конституції України та законів України у галузі освіти, слід зазначити його невідповідність у п. 1.3 вищеназваним нормативно-правовим актам. Вичерпний перелік підстав, який надає можливість учням обирати екстернатну форму здобуття освіти та проходити річне оцінювання за відповідний клас та атестацію за освітній рівень відповідно до початкової, базової і повної середньої освіти, значно звужує права як дітей, так і їх батьків щодо можливості отримувати відповідне навчання у формі екстернату, якщо вони цього потребують з інших причин, що, в свою чергу, вказує на необхідність внесення відповідних змін до положення, зокрема, доповнення його такою підставою, як: «право батьків або законних опікунів обирати для навчання дитини екстернатну форму навчання, виходячи з власних педагогічних, релігійних, філософських переконань».

Зміни національного освітянського законодавства України повинні стосуватися і розроблення законодавчих механізмів фінансування відшкодувань (витрат на базовий компонент здобуття освіти) для дітей, які реалізовують своє право на свободу вибору в освіті, обираючи для навчання домашню освіту (тобто не в мережі закладів освіти), або якщо вони обрали екстернатну форму в закладах освіти, в тому числі і приватної форми навчання. Виходячи зі ст. 53 Конституції України про те, що «повна загальна середня освіта є обов'язковою», держава має забезпечити *як доступність, так і безоплатність* повної загальної середньої освіти в державних і комунальних навчальних закладах, її розвиток в різних формах навчання. У зв'язку з цим актуалізується необхідність законодавчої регламентації фінансового забезпечення свободи вибору батьками форми навчання для власної дитини за умови існування конкурентного ринку освітніх послуг в державі. Це стосується: 1) визначення єдиного стандарту вартості навчання на одного учня; 2) введення обов'язкового фінансування на отримання державного стандарту освіти кожним учнем України, незалежно від місця його навчання. Можливими формами прямої фінансової допомоги сім'ям на освіту дитини можуть бути: 1) освітній ваучер; 2) особистий банківський рахунок на учня. Такі законодавчі зміни забезпечать як оптимізацію використання бюджетних коштів в освітній сфері, так і створять справедливі умови та фінансові гарантії широкому реальному (а не декларативному) вибору родинами місця, форм, умов для навчання власних дітей, враховуючи прийняті в родині педагогічні переконання, забезпечуючи тим самим оптимальні умови для відповідності освітніх послуг потребам своїх клієнтів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) [Текст]: монографія / Р. О. Стефанчук. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.

2. *The right* to freedom of choice in education in Europe : Resolution 1904 (2012) Final version / adopted by the Parliamentary Assembly on 4 October 2012 (35th Sitting) [Electronic Resource] Council of Europe Parliamentary Assembly (PACE). – URL : // http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATListing_E.asp.

3. *«Положення* про екстернат у загальноосвітніх навчальних закладах», яке затверджено наказом Міністерства освіти і науки України від 19 травня 2008 р. № 431 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0498-08.

Shevchenko O. N. The legal providing of equal access to the receipt general secondary education in form external – school classes

The article analyzes legal providing in Ukraine of realization of hte personal non-property rights of children and parentst on freedom of choice in education, in particular, investigated the compliance of the Ukrainian legislation concerning the implementation of one of the forms of obtaining complete general secondary education studies - external , international and european standards on the basis of the principle of equality of access to education. Scientifically reasoned proposals for improving the ukrainian educational legislation in the context of its europeanization.

Keywords: personal non-property rights, the right to freedom of choice in education, child, external, international and european standards.

Шевченко О. М. Правовое обеспечение равного доступа к получению среднего образования в форме экстерната

В статье проанализировано правовое обеспечение в Украине реализации личного неимущественного права детей и родителей на свободу выбора в образовании, в частности, исследовано соответствие украинского законодательства относительно реализации одной из форм получения полного общего среднего образования – экстерната международным и европейским стандартам, исходя из принципа равенства доступа к образованию. Сформулированы научно обоснованные предложения по совершенствованию украинского образовательного законодательства в контексте его европеизации.

Ключевые слова: личное неимущественное право, право на свободу выбора в образовании, ребенок, экстернат, международные и европейские стандарты.

ДОГОВІР ПІДРЯДУ ЯК РЕГУЛЯТОР ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ВИКОНАННЯ РОБІТ

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

Статтю присвячено визначенню підходів до договірного регулювання підрядних відносин, акцентується увага на істотних умовах найбільш поширених підрядних договорів.
Ключові слова: договірне регулювання, підрядний договір, суб'єкти підрядних зобов'язань, предмет договору підряду, ціна договору підряду, строк договору підряду.

Відповідно до ч. 1 ст. 42 Конституції України: «Кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом». Саме ці положення і знайшли своє відображення у галузевому законодавстві. Так, відповідно до п. 4 ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) однією із загальних засад цивільного законодавства є свобода підприємницької діяльності, що не заборонена законом.

Слід зазначити, що положення п. 4 ст. 3 ЦК України є безперечною новелою вітчизняного законодавства, оскільки попередній кодифікований акт 1963 р. не містив і не міг містити таку норму, адже діяв в часи командно-адміністративної системи управління державою, де приватне підприємництво визнавалось злочином та переслідувалось державою. Однак практична реалізація даного принципу в умовах сьогодення зіткнулася, як слушно зазначає С. О. Погрібний, з проблемою визначення галузевої належності того законодавства, яке має регулювати суспільні відносини, що складаються при здійсненні підприємницької діяльності [1, с. 251].

Дійсно, підприємницька діяльність у чинному законодавстві регулюється як Цивільним, так і Господарським кодексами України. У ГК України гл. 4 повністю присвячена підприємницькій діяльності. В той час як певна частина правових приписів, що регулюють підприємницьку діяльність, знаходиться у ЦК України (гл. 5, ряд договорів, що можуть укладатися в ході здійснення підприємницької діяльності, відшкодування шкоди, завданої здійсненням такої діяльності, тощо). Не секрет, що норми цих кодифікованих актів досить часто «конфліктують», а в певних випадках призводять до колізій у законодавстві. Такий поділ правового регулювання відносин у сфері підприємництва між двома кодифікованими актами є кричущим недоліком вітчизняної законодавчої системи. А тому солідаризуємось із думкою С. О. Погрібного, який констатує той факт, що весь масив законодавчих приписів, які регулюють такі відносини, «розірваний» між двома концептуально різними нормативними актами, що не лише ускладнює їх практичне застосування, а й створює цілу низку перепон у розумінні теоретичних проблем правового регулювання підприємництва [1, с. 253].

На сторінках сучасної юридичної періодики досить часто зустрічаємо різного роду наукові праці, які розпочинаються словосполученням «правове регулювання…». Однак автори подібних робіт переважно акцентують свою увагу на дослідженні складових правових норм, що регулюють досліджувані відносини, залишаючи поза увагою процес утворення таких норм та механізми їх дії.

Аналізуючи значення терміна «регулювати», яке подається в різних тлумачних словниках, доходимо висновку, що правове регулювання в такому розумінні – це правове упорядкування, спрямування чогось за допомогою права [2, с. 27]. Таким чином, правове регулювання полягає у певній діяльності суб'єктів, які за допомогою права спрямовують, впорядковують, впливають на певні явища.

На думку С. О. Погрібного, необхідно виділяти такі елементи правового регулювання, як: об'єкт правового регулювання, суб'єкт правового регулювання і власне діяльність з питань правового регулювання в єдності її об'єктивного (фактичного) прояву і внутрішніх (суб'єктивних) характеристик [1, с. 11]. Саме із використанням такого «діяльнісного підходу», запропонованого С. О. Погрібним, спробуємо з'ясувати проблемні питання правового регулювання підрядних відносин у підприємницькій діяльності.

Як уже зазначалось, основним джерелом правового регулювання підрядних відносин виступає ЦК України. Разом з тим традиційним вважається паралельне існування різнорівневих нормативно-правових актів (ГК України, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві», Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження правил побутового обслуговування населення» тощо).

В ЦК України окремим видам підрядних договорів, що містяться в гл. 61, передує так звана загальна частина, функції якої виконує параграф 1 «Загальні положення про підряд». Його статті застосовують і до окремих видів цього договору, зокрема, договорів побутового підряду, будівельного підряду, на виконання проектних та пошукових робіт, а також і до інших підрядних підприємницьких договорів (наприклад, договорів на проведення аудиту тощо). Норми «Загальних положень про підряд» діють у випадках, коли йдеться про моделі підряду, які не відносяться до жодного із виділених в ЦК різновидів цього типу договорів, а на ті, що виділені, поширюється дія

загальних норм лише за умови, якщо вони не суперечитимуть спеціальним нормам або ж спеціальні норми, присвячені регулюванню даних різновидів підрядних договорів, відсутні.

Таким чином, з розвитком підприємництва в Україні ускладнюються і договірні відносини між контрагентами (змішані договори тощо), тому важливим завданням сьогодення стає вміння на практиці відмежовувати одні договірні відносини від інших та, відповідно, застосовувати щодо них різну нормативно-правову базу, оскільки неправильне застосування до підрядних відносин законодавства, що регулює інші договірні відносини, може істотно порушити права контрагентів договору.

Відповідно до ст. 837 ЦК України за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданнями іншої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Отже, договір підряду укладається на виготовлення, обробку, переробку, ремонт або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові. Передаючи йому річ, виготовлену за договором підряду, підрядник передає і права на неї.

Наведене визначення договору підряду дає підстави виділити дві істотні ознаки цього типу договорів про виконання робіт. По-перше, договір підряду укладається на виготовлення або переробку (обробку, ремонт речі тощо) або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові. Це, як зазначає В. В. Луць, дає змогу відрізнити договори підряду від договорів про надання послуг, за якими послуга не виступає у вигляді певного об'єктивованого результату, а надається у процесі діяльності послугонадавача (наприклад, при перевезенні вантажу, зберіганні майна тощо). По-друге, спільною для підрядних договорів ознакою є несення підрядником ризику випадкової загибелі предмета підряду або неможливості закінчення роботи [3, с. 142]. Ризик підрядника полягає у тому, що коли предмет договору підряду до здачі його замовникові був випадково знищений або закінчення роботи стало неможливим без вини сторін, підрядник не має права вимагати плати за виконану роботу (п. 1 ч. 1 ст. 855 ЦК України).

У книзі 5 ЦК в гл. 61, що стосується підрядних договорів, як і в інших главах щодо договорів, основний зміст статей зводиться до встановлення того, хто і як укладає договір, які права і обов'язки сторін, які правові наслідки виникатимуть при порушенні умов договору. Як бачимо, переважна більшість норм договірних відносин стосується саме суб'єктного складу правовідношення, тобто контрагентів за договором.

У загальних положеннях про підряд відсутні обмеження щодо суб'єктного складу відносин із виконання робіт. Суб'єктами (сторонами) у договорі підряду є підрядник і замовник, ними можуть виступати як юридичні, так і фізичні особи, зокрема фізичні особи–підприємці. Підрядником визнається особа, яка бере на себе обов'язок виконати замовлену роботу, а замовником – особа, що замовляє виконання певної роботи та взяла на себе обов'язок прийняти і оплатити її результат.

Слід зазначити, що на відміну від ЦК 1963 р., ЦК 2004 р. знімає будь-які заборони та обмеження щодо виконання підрядних робіт фізичною особою. Так, за ЦК 1963 р. передбачалось, що громадянин може прийняти на себе виконання роботи за договором підряду лише за умови виконання цієї роботи особистою працею. Таке правило є застарілим та таким, що не відповідає сучасним ринковим умовам, а тому й не викликає сумніву відсутність такої норми у чинному ЦК України. Однак певні обмеження, що стосуються в основному підрядника, розміщені в параграфах, які регулюють окремі види підрядних договорів. Обмеження, визначені гл. 61 ЦК, насамперед стосуються такої підприємницької діяльності підрядника, яка, відповідно до ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», підлягає ліцензуванню. Наприклад, видобування корисних копалин із родовищ, що мають загальнодержавне значення та включені до Державного фонду родовищ корисних копалин, виконання топографо-геодезичних, картографічних робіт, виконання авіаційно-хімічних робіт тощо має проводитись лише юридичними особами.

Договірні відносини з виконання робіт складаються за схемою прямого договору між замовником і підрядником або за конструкцією генерального підряду. Так, ст. 838 ЦК надає підряднику право залучати за власною ініціативою до виконання його обов'язків третіх осіб – субпідрядників. Наприклад, поряд із будівельною фірмою певні роботи, що потребують спеціальних знань, навик, специфічної техніки, здійснюються різного роду спеціалізованими організаціями (виконання проектних, пошукових робіт тощо). Ця норма відіграє особливе значення для договору будівельного підряду, договору підряду на проектні та пошукові роботи. Особисте ж виконання робіт у переважній більшості зустрічається у побутовому підряді.

Найбільш елементарна схема договірних зв'язків у підрядних відносинах за участю третіх осіб міститься у такому: замовник укладає договір із підрядником, який в цьому випадку іменується генеральним підрядником, а останній укладає договір (договори) із третьою особою (третіми особами) – субпідрядником (субпідрядниками). Як бачимо, за цією схемою генеральний підрядник виступає одночасно боржником і кредитором у відносинах із замовником та субпідрядником. У цьому випадку він відповідає перед субпідрядником за дії замовника, а перед замовником – за дії субпідрядника.

Слід зазначити, що в практиці є і більш ускладнені схеми підрядних відносин, які не врегульовані вітчизняним законодавством, але й, на нашу думку, не суперечать йому. Наприклад, генеральний підрядник може укладати договір із замовником лише на виконання визначеної частини робіт, а далі змовник, обов'язково зі згоди генерального підрядника, може вступати у договірні відносини з іншими виконавцями, тобто система генерального договору може одночасно існувати із системою

прямих договорів. Однією із відмінностей таких систем виступатиме те, що генеральний підрядних, зазвичай, виступає фактичним виконавцем робіт.

На нашу думку, незважаючи на відсутність законодавчого дозволу замовнику за згодою генерального підрядника за паралельним договором підряду залучати інших підрядників для виконання специфічних робіт, які генпідрядник виконати самостійно не спроможний, вважаємо, що, керуючись ст. 6 ЦК, сторони можуть передбачити таку умову в договірному порядку, оскільки вона, в принципі, не суперечить чинному законодавству.

Умова про предмет договору підряду, безперечно, була і залишається істотною. Предметом договору підряду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми через перероблення, відновлення і навіть споживання чи знищення речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. У науковій літературі виділяють три підходи щодо питання про предмет договору підряду: за першим, предметом договору підряду є результат, який має бути досягнутий у процесі виконання роботи; за другим, ним є робота з досягненням результату; за третім, предмет договору підряду – це і робота, і її результат [4, с. 262]. На нашу думку, предметом договору підряду слід визнавати такий юридичний наслідок (результат робіт) як явище навколишнього світу, що виступає як істотна умова договору, права і/або обов'язки щодо якого передаються за договором, на який спрямована узгоджена воля сторін.

Умова щодо предмета договору підряду уточнюється ціною виконуваної роботи. Ціна договору підряду – це грошова сума, належна підрядникові за виконане замовлення. За ст. 843 ЦК України у договорі підряду визначається або конкретна ціна роботи, або способи її визначення. Тобто, по-перше, ціна може бути визначена в тексті договору. По-друге, спосіб визначення ціни може вказуватись в самому договорі. І, по-третє, ціна у договорі підряду може бути визначена у кошторисі, який містить постатейний перелік затрат на виконання робіт, є додатком до договору та його невід'ємною частиною. За відсутності цих умов ціну може встановити суд на основі звичайно застосовуваних за аналогічні роботи цін з урахуванням необхідних витрат, визначених сторонами. Дані правила поширюються також і на субпідрядні відносини стосовно розрахунків між генеральним підрядником та субпідрядником.

Слід підкреслити також те, що держава, в особі своїх органів, відмовилась від надмірної уваги до порядку формування цін в підрядних відносинах. Так, відповідно до наказу Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 29. 09. 2000 р. втратили чинність правила формування договірних цін та їх уточнення в процесі будівництва від 09. 09. 1998 року.

Ціна договору підряду може бути як чітко визначеною (твердою), відступ від якої заборонений, так і приблизною. У випадках встановлення наперед визначеної (твердої) ціни договору її коригування чи відступ від неї можливий лише за погодженням сторін. У випадку підвищення підрядником твердої ціни всі пов'язані із таким підвищенням витрати несе підрядник. В той час як встановлення приблизної ціни договору дає змогу сторонам в подальшому коригувати та змінювати її як в бік збільшення, так і в бік її зменшення. Слід відмітити, що приблизна ціна встановлюється у тих випадках, коли у зв'язку із невизначеністю витрат та інших обставин (кон'юнктури ринку тощо) наперед її встановити неможливо. При виконанні надто складних підрядних робіт, які, безперечно, є і дорогими, може укладатися кошторис.

При здійсненні розрахунків за договором підряду на практиці широко використовується завдаток, який виступає відповідно до ст. 570, 571 ЦК одним із способів забезпечення виконання зобов'язань. На відміну від завдатку аванс (легальне визначення якого відсутнє) – це грошова сума, яка передається в рахунок грошового зобов'язання наперед і не може забезпечувати його виконання. Керуючись ч. 2 ст. 6 ЦК учасники підрядних відносин можуть передбачити виплату авансу у договорі. Зокрема, у договорі доцільно передбачити розмір, порядок виплати, а також і відповідальність за несвоєчасність виплати авансу.

Статтею 844 ЦК України передбачено, що ціна у договорі може бути визначена у кошторисі, який за певних умов стає частинною договору. До таких умов слід віднести: а) складення кошторису підрядником; б) погодження складеного підрядником кошторису замовником. Однак ЦК України, використовуючи термін «кошторис», не дає його визначення. Законодавче визначення кошторису наведено у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01. 08. 2005 р. № 668. Відповідно до п. 3 вищезазначеної постанови кошторис – це зведені витрати, зведені кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошториси, кошториси на окремі види робіт, кошториси на проектні та пошукові роботи, інші розрахунки витрат на будівництво, складені за встановленою формою, на основі яких визначається кошторисна вартість будівництва і договірна ціна. Таким чином, кошторис виступає формою визначення ціни договору підряду.

Розглянемо й іншу ситуацію, за якою кошторис складається і подається на затвердження підряднику замовником. У такому випадку невідомо чи вважатиметься він частиною договору підряду. Відповідь одна – вважатиметься. Незважаючи на нормативну неврегульованість, кошторис,

як зазначається у коментарі до ЦК України, який складається замовником, також узгоджується із підрядником, а після узгодження у вигляді додатка стає частиною договору. Виняток, як зазначають автори коментаря, можливий у випадках, передбачених договором підряду, коли замовник надає підряднику всі потрібні для роботи матеріали, устаткування та інше за власний рахунок, у зв'язку із чим їх вартість для підрядника не має значення, і, таким чином, у сторін відсутня потреба складання кошторису на придбання матеріалів [5, с. 771].

Наступною умовою договору підряду є строк його виконання, яким визначається момент завершення підрядних робіт і здачі їх результатів замовникові. Строк у цивільних правовідносинах розуміється як: 1) момент виникнення чи припинення правовідносин; 2) одна з умов, що визначає його зміст; 3) критерій правомірності поведінки учасників правовідносин із точки зору його своєчасності [6, с. 37].

На відміну від ЦК УРСР 1963 р., в якому не містилось визначення поняття «строк», окрім строків позовної давності, у ЦК України містяться чіткі визначення поняття «строку» та «терміну». Так, відповідно до ст. 251 ЦК строком є *певний період у часі* (курсив наш – *А. Г.*), зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Водночас законодавець від строку відмежовує термін, під яким розуміється *певний момент у часі* (курсив наш – *А. Г.*), з настанням якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення.

Згідно зі ст. 846 ЦК України строки виконання роботи або її окремих етапів встановлюються у договорі підряду. Щодо договорів підряду, то у переважній більшості випадків у договорі визначається термін початку робіт та термін їх закінчення, тобто проміжок часу між цими датами є загальним строком виконання робіт за договором. Якщо ж вони не встановлені у договорі, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи і звичаїв ділового обороту.

Категорія «розумних строків» належить до оціночних понять, тобто, як зазначається у коментарі до ЦК України, тих понять, що передають у нормах права приписи, в яких закріплюються найзагальніші ознаки, властивості, якості, зв'язки і відношення різних предметів, явищ, дій, процесів, які законодавцем детально не роз'яснюються, маючи при цьому на меті, щоб таке поняття конкретизувалося шляхом оцінки в процесі застосування права і надало змогу здійснювати в межах загальної норми індивідуальну регламентацію певних правовідносин. Критеріями ж оцінки «розумних строків» виступають інші поняття – суть зобов'язання, характер та обсяги підрядних робіт, звичаї ділового обороту [5, с. 774]. Таким чином, питання про те, який саме строк вважається розумним, виникає, як правило, при спорі між сторонами договору, а його вирішення здійснюється органом, який вирішує спір (в переважній більшості судом).

Слід відмітити, що на відміну від ЦК України, ЦК Російської Федерації дещо по-іншому вирішує питання строків у підрядних договорах. Так, загальна норма ст. 314 ЦК РФ дозволяє застосовувати до договорів, в яких відсутня умова щодо строків чи порядку їх визначення, правила про «розумні строки виконання». Однак відповідно до спеціальної ст. 708 ЦК РФ дане правило на підрядні договори не поширюється. Тобто, за чинним цивільним законодавством Російської Федерації, для договорів підряду строк є істотною умовою і у випадку недосягнення згоди щодо цієї умови договір визнається неукладеним.

Невиконання роботи в обумовлений строк, так само як і неприйняття замовником виконаної роботи в строк, є порушенням зобов'язання. За ст. 853 ЦК України замовник повинен прийняти роботу, виконану підрядником відповідно до договору підряду, оглянути її і в разі виявлення допущених у роботі відступів від умов договору або інших недоліків негайно заявити про них підрядникові.

Отже, з прийняттям Цивільного та Господарського кодексів України, в яких дістали закріплення деякі нові положення щодо регулювання підрядних відносин, зумовлює необхідність аналізу цих положень, виявлення суперечностей між ними, їх порівняння з положеннями Цивільного кодексу 1963 р., оскільки все це має велике значення для правильного й однозначного застосування норм ЦК їх гармонізації та адаптації до стандартів ЄС. Разом з тим, як і будь-який цивільно-правовий договір, договір підряду має враховувати інтереси обох контрагентів – замовника і підрядника. При цьому юридична конструкція цього договору дає змогу, з одного боку, забезпечити повну господарську самостійність виконавцю робіт – підряднику, а з іншого – гарантує замовникові право здійснювати на всіх етапах контроль за ходом виконання робіт.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Погрібний С. О.* Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія / С. О. Погрібний. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 11, 251, 252.

2. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько. – М.: Юрист, 2003. – С. 27.

3. *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посібник / В. В. Луць. – 2-е вид., стер. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 142.

4. *Белов В. А.* Гражданское право: общая и особенная части: учебник / В. А. Белов; Институт актуального образования Юринфор. – МГУ. – М.: Центр Юринформ, 2003. – С. 262.

5. *Цивільний кодекс* України: науково-практичний коментар. Видання четверте, перероблене та доповнене. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – С. 771, 774.

6. *Луць В. В.* Сроки в гражданских правоотношениях / В. В. Луць // Правоведение. – 1989. – № 1. – С. 37.

Hrynyak A. B. Contractor's agreement as a regulator of business relationships in the sphere of execution of works

The article is devoted to the definition of approaches to contractual regulation of contractor's agreement, focuses on the most common essential terms of contractor's agreement.

Keywords: contract management, contracting agreement, contracting entities liabilities subject of the contract award, contract award price, the term of the contract award.

Гриняк А. Б. Договор подряда как регулятор предпринимательских отношений в сфере выполнения работ

Статья посвящена определению подходов к договорному регулированию подрядных отношений, акцентируется внимание на существенных условиях наиболее распространенных подрядных договоров.

Ключевые слова: договорное регулирование, подрядный договор, субъекты подрядных обязательств, предмет договора подряда, цена договора подряда, срок договора подряда.

ВИКОРИСТАННЯ ПРИМІРНИХ ТА ТИПОВИХ ДОГОВОРІВ У ГАЛУЗІ ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТИКИ УКРАЇНИ

Кицик Я. Р.,
молодший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права та підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено питанням використання примірних та типових договорів в електроенергетиці України. Проаналізовано основні суб'єкти, уповноважені рекомендувати примірні та типові договори. Запропоновано зміни з удосконалення законодавства у даній сфері.

Ключові слова: договір, типовий договір, примірний договір, господарський договір, електроенергетика.

Постановка проблеми. Питання енергетичної безпеки та ефективного правового регулювання у цій сфері є актуальним для країни, про що вказує сучасний стан енергетики України, який є віддзеркаленням як раніше не вирішених проблем, так і таких, що виникли відносно недавно.

Загалом сфера енергетики була та залишається однією з пріоритетних як в економіці, так і праві України. Особливості ж українського законодавства в енергетиці пов'язані з тим, що країна є транзитером енергоресурсів до країн Європейського Союзу, тому є необхідність координувати свою енергетичну політику враховуючи енергетичні цілі ЄС на наступні десятиліття [1, с. 32]. Хоча остання думка є не зовсім повною, оскільки координація енергетичної політики пов'язана також з прагненнями України стати членом Європейського Союзу, що вимагає адаптації вітчизняного енергетичного законодавства до актів ЄС. Вимагають адаптації також примірні та типові договори в одній з найважливіших сфер енергетики, а саме – в електроенергетиці. Цілком погоджуємось з твердженням, що енергетична політика залишається недосконалою, а тому жодна із стратегічних цілей – зниження енергомісткості ВВП, інтенсифікація розробки власних покладів енергоресурсів, диверсифікація джерел та шляхів постачання енергоносіїв, формування стратегічного нафтового резерву, створення ядерно-паливного циклу – не досягнуті [2, с. 6].

Досягнення вищезазначених та інших цілей було закріплено в чинній Енергетичній стратегії України на період до 2030 р., що була схвалена Кабінетом Міністрів України 24 липня 2013 р. та нині потребує істотних уточнень хоча б тому, що на час її схвалення на території України не було тимчасово окупованих територій та передбачалось середнє зростання ВВП на рівні 5 відсотків щорічно в період з 2010 по 2030 рр. [3]. Але в будь якому разі необхідність існування подібного документа не викликає сумніву.

Тому доходимо висновку щодо існування значних проблем в енергетичній сфері України, однією з причин яких є прогалини в правовому регулюванні, які також стосуються і використання примірних та типових договорів.

Актуальність теми. Дослідження примірних та типових договорів проводилось у працях О. А. Беляневич, А. Б. Гриняка, Г. Д. Джумагельдієвої та інших науковців, проте комплексних досліджень примірних та типових договорів в енергетиці, зокрема і в електроенергетиці, наразі бракує.

Виклад основного матеріалу. Примірні та типові договори, як правило, приймаються у формі окремих підзаконних нормативно-правових актів. Часто вони приймаються у вигляді правил користування енергією, про що вказано в ГК України. Ці правила відповідно до ч. 1. ст. 277 ГК України затверджуються Кабінетом Міністрів України, якщо інше не передбачено законом.

У ч. 2 ст. 277 ГК України прямо передбачено, що правилами користування енергією можуть бути передбачені типові договори постачання окремих видів енергії, тобто відповідно до ГК України сфера енергетики є такою, що передбачає можливість використання типових договорів.

Серед нормативно-правових актів, які регулюють відносини у сфері енергетики, нерідко трапляються і примірні договори, рекомендування яких також може бути передбачено окремими законами.

Примірні та типові договори займають чи не найнижче місце в системі нормативно-правових актів України, які регулюють відносини у сфері енергетики, проте їх значення при укладанні конкретних договорів є істотним у монополізованій сфері енергетики. Саме та обставина, що сфера енергетики є монополізованою, і стає однією з причин жорсткого визначення умов договорів. Це також зумовлює більше використання саме типових договорів.

Розглянемо використання примірних та типових договорів в електроенергетиці. Саме в даній сфері, після здобуття Україною незалежності, в її розпорядженні була потужна та сучасна на той час електроенергетична база, яка не поступалась, а багато в чому перевершувала електроенергетичні господарства інших європейських країн. Проте були і окремі проблеми: резервні потужності становили 3–5 відсотків, що не забезпечувало навіть ремонтні потреби; відставав розвиток пікових і напівпікових потужностей, що призводило до необхідності щодобових зупинок у нічний час енергетичних блоків; відставав розвиток розподільчих мереж, що сприяло підвищенню втрат електроенергії [4, с. 197–198]. Проблеми були також і в правовій сфері, оскільки країна ставала на шлях ринкових перетворень. Проте окремі з вищезазначених проблем в Україні було вирішено, в тому числі опосередковано, шляхом рекомендації примірних договорів та затвердженням типових договорів.

У звіті про перший рік роботи міністра енергетики та вугільної промисловості ринок електроенергії було названо таким, що керується у «ручному режимі» [5]. Виникає запитанням, чи можна ж назвати керуванням у «ручному режимі» рекомендування примірних договорів та затвердження типових договорів для регулювання відносин на ринку електроенергетики та чи можна від них відмовитись, передавши все на розсуд ринку. Певно, що примірні та типові договори дещо обмежують ринкові механізми у сфері електроенергії, проте відмовитись від їх застосування було б помилковим, враховуючи і міжнародний, і національний досвід їх використання для регулювання відносин у вищезазначеній сфері. При цьому також варто врахувати і ту обставину, що оптовий ринок електричної енергії, що функціонує близько 20 років, побудований на основі моделі єдиного покупця і продавця електроенергії, негативною стороною чого є обмеження конкуренції [6, с. 32], тобто використання примірних та типових договорів є більше ніж виправданим.

Суб'єктом, уповноваженим затверджувати типові договори (а точніше типові форми договорів про приєднання) згідно зі ст. 12 Закону України «Про електроенергетику», є Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – НКРЕКП), яка є державним колегіальним органом, який було утворено відповідно до Указу Президента України від 27 серпня 2014 р. № 694/2014. Проте сьогоднішній стан речей є, скоріше за все, продовженням відповідних традицій, що були започатковані до цього. До того ж існували Національна комісія регулювання електроенергетики України, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики (далі – НКРЕ). Відповідно до п. 5 Положення про НКРЕ [7] (нині не чинне) НКРЕ також мала повноваження розробляти і затверджувати типові форми господарських договорів, зокрема на: купівлю-продаж природного газу (між власниками та постачальниками природного газу); транспортування природного газу магістральними трубопроводами; зберігання (закачування, зберігання, відбір) природного газу; приєднання до газових мереж; розподіл природного газу; постачання природного газу за регульованим тарифом. Всі вищеперераховані повноваження також перейшли до НКРЕКП, однак НКРЕКП відповідно до положення, на основі якого вона діє, має право розробляти та затверджувати типові форми господарських договорів на приєднання електроустановок до електричних мереж, а також типові договори, передбачені правилами приєднання до теплових та водопровідних мереж, які ж вищезгаданий державний колегіальний орган також сам розробляє та затверджує.

Таким чином, повноваження НКРЕКП по розробці та затвердженню типових договорів є ширшими порівняно з тими, що були у НКРЕ.

Сьогодні, на нашу думку, найбільш вдалим вважаємо використання типових договорів саме у сфері електроенергетики, де в додатках до Правил користування електричною енергією [8] з відповідними змінами були затверджені і типові договори: «Типовий договір про технічне забезпечення електропостачання споживача», «Типовий договір про спільне використання технологічних електричних мереж», «Типовий договір про тимчасове постачання електричної енергії без засобів обліку», «Типовий договір про користування електричною енергією на території населеного пункту», «Типовий договір про постачання електричної енергії».

Всі вищезазначені типові договори є відносно стабільними, це свідчить про те, що вони діють близько десяти років (це, як свідчить практика, є досить великим строком для типових договорів у сфері енергетики), хоча і в них, час від часу, вносились відповідні зміни. Також позитивним є і те, що дані договори зібрані в межах одного нормативно-правого акта.

НКРЕКП рекомендує і примірні договори відповідно до ч. 1 ст. 5, ч. 6 ст. 27 та п. 30 Перехідних положень Закону України «Про засади функціонування ринку електричної енергії України» [9].

Так, скажімо, «Примірний договір про доступ до пропускної спроможності міждержавних електричних мереж України» замінив собою «Примірний договір про доступ до пропускної спроможності міждержавних електричних мереж України для експорту електричної енергії», який діяв з 20 грудня 2012 року (був чинним близько 2,5 років) [10].

Примірний договір про купівлю-продаж електричної енергії між державним підприємством «Енергоринок» та суб'єктом господарювання, що виробляє електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії, був затверджений НКРЕ 11 жовтня 2012 р. № 1314. Дія акта поширюється на суб'єктів господарювання, які отримали ліцензію на право провадження господарської діяльності з виробництва електричної енергії, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії (станом на 01.07.2015 р. – 166 ліцензіатів) та мають намір продавати електричну енергію за «зеленим» тарифом на Оптовому ринку електричної енергії України.

У вищезазначений примірний договір час від часу вносяться зміни, як правило, на вимогу законів, а не з власної ініціативи органу, який його рекомендував та мав би бути якнайбільше зацікавлений в якості та ефективності норм цього примірного договору. Проте слід зазначити, що зберігається можливість впливу фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань на формування змісту даного примірного договору, про що інформує Повідомлення про оприлюднення проекту регуляторного акта – постанова НКРЕКП «Про затвердження змін до примірного договору про купівлю-продаж електричної енергії між державним підприємством «Енергоринок» та суб'єктом господарювання, що виробляє електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії» [11].

При цьому, як сказано в Повідомленні, зауваження та пропозиції від фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань можуть прийматись в письмовому та/або електронному вигляді та бути надісланими на адресу НКРЕКП, а також Державної регуляторної служби України.

Повідомлення було опубліковано 18.08.2015 р., а зауваження та пропозиції приймались до 21.09.2015 р., тобто у заінтересованих осіб було більше одного місяця для ознайомлення з проектом регуляторного акта та висловлення своєї думки стосовно запропонованих нововведень, що є цілком прийнятним строком. Проте далі про запропоновані пропозиції чи то зауваження інформація відсутня, у зв'язку з чим не можна ознайомитись з слушністю висловлених зауважень та тим, як ці зауваження були враховані НКРЕКП та Державною регуляторною службою України та чи взагалі вони були розглянуті.

На нашу думку, можливість впливу фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань на формування змісту вищезгаданого примірного договору або ж іншого примірного чи типового договору є нічим іншим, як формальністю. Набагато ефективнішим було б залучати до подібних обговорень ще й науковців. Та розглядаючи дані зміни в рамках тематичних круглих столів, та інших заходів за таких обставин, є більше шансів отримати слушні рекомендації з покращення певного типового чи то примірного договору.

Крім того, контроль за змістом примірних договорів у сфері електроенергетики не поступається тому, що передбачений і для типових договорів, про що зазначено в ч. 1 ст. 5 Закону України «Про засади функціонування ринку електричної енергії України», а також той факт, що Антимонопольний комітет України здійснює повноваження, передбачені законодавством про захист економічної конкуренції, в тому числі щодо погодження проектів типових та примірних договорів, які відповідно до закону затверджуються Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики.

Отже, доходимо висновків, що примірні договори у сфері електроенергетики є досить жорсткими та практично не відрізняються від типових договорів як процедурою прийняття, так і використанням, хоча і називаються примірними договорами. Тому, на нашу думку у сфері електроенергетики мають використовуватися саме типові договори.

Також має бути вдосконалена можливість впливу фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань на формування змісту примірних та типових договорів в електроенергетиці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Дік А., Науменко Д., Шульцова Г., Салаї П.* Енергетична безпека в Центральній та Східній Європі: в пошуках єдиного підходу. Звіт підготовлений Central European Policy Institute, EUROPEUM Institute for European Policy, Hungarian Institute of International Affairs та Інститутом економічних досліджень та політичних консультацій. – К.: 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ier.com.ua/files/Projects/2013/visegrad_b/Energy-Security-in-CEE_ukr_3.pdf.

2. *Енергетична* безпека України 2020: виклики, можливості, сценарії Український іститут публічної політики. – Київ, 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uipp.org.ua/uploads/news_message/at_file_uk/0070/40.pdf.

3. «*Про схвалення* Енергетичної стратегії України на період до 2030 року». Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 р. № 1071-р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1071-2013-%D1%80.

4. *Бобров Є. А.* Енергетична безпека держав. Монографія. – К.: Університет економіки та права «Крок», 2013. – 308 с.

5. *Звіт* про перший рік роботи Володимира Демчишина на посаді міністра енергетики та вугільної промисловості. Заголовок з екрану. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjgkoDJxcLKAhWDzxQKHS22AesQFggMAU&url=http%3A%2F%2Fwww.kmu.gov.ua%2Fdocument%2F248693155%2FDemchushyn-zvit2015.pdf&usg=AFQjCNHhXKZKGEL8nwUm-DDDZtTZL8ajUw&bvm=bv.112454388,d.d24.

6. *Віхров О. П.* Правове регулювання ринку електричної енергії в аспекті Євроінтеграційних процесів / О. П. Віхров // Правове забезпечення економічного розвитку та екологічної безпеки суспільства: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої 50-й річниці створення Донецького національного університету та 30-й річниці створення кафедри господарського права Донецького національного університету (14–15 травня 2015 р.) / Донецький національний університет; за заг. ред. проф., док. юрид. наук Бобкової А. Г. – Вінниця: ДонНУ, 2015. – С. 31–32.

7. *Положення* про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики. Затверджено Указом Президента України від 23 листопада 2011 року № 1059/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1059/2011.

8. *Постанова* НКРЕКП «Про затвердження Правил користування електричною енергією» від 31.07.1996 року № 28 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0417-96/print1443164059893673.

9. «*Про засади* функціонування ринку електричної енергії України»: Закон України від 24.10.2013 року // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 22. – Ст. 781.

10. *Постанова* НКРЕКП «Про затвердження Примірного договору про доступ до пропускної спроможності міждержавних електричних мереж України» від 23.04.2015 року № 1308 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nerc.gov.ua/index.php?id=16187.

11. *Повідомлення* про оприлюднення проекту регуляторного акта – постанова НКРЕКП «Про затвердження змін до примірного договору про купівлю-продаж електричної енергії між державним підприємством «Енергоринок» та суб'єктом господарювання, що виробляє електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nerc.gov.ua/?news=4607.

Kytsyk Y. The using sample and standard contracts in the energy sector of Ukraine

The article deals with the use of sample and standard contracts in the energy sector of Ukraine. The basic entities authorized to recommend a sample and model contracts, the proposed amendments to improve the legislation in this area.

Key words: sample contract, standard contract, business contract, the energy sector.

Кицик Я. Р. Использование примерных и типовых договоров в сфере электроэнергетики Украины

Статья посвящена вопросам использования примерных и типовых договоров в электроэнергетике Украины. Проанализированы основные субъекты, уполномоченные рекомендовать примерные и типовые договоры. Предлагаются изменения по улучшению законодательства в данной сфере.

Ключевые слова: типовой договор, примерный договор, хозяйственный договор, электроэнергетика.

МАТЕРІАЛЬНИЙ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЗМІСТ ЗАХИСТУ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

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 досліджуються матеріальний та процесуальний аспект правового регулювання захисту житлових прав фізичних осіб на житло, аналізуються житлові інтереси власників та користувачів. Визначено, що правовий режим захисту житлових прав фізичних осіб потребує встановлення меж здійснення суб'єктивного права, визначаються їх спільні ознаки та розбіжності. В рамках режиму захисту житлових прав фізичних осіб на житло виявляються окремі правові режими загального та спеціального захисту прав на житло.
Ключові слова: житло, право власності, юридичні факти, межі здійснення, обмеження права.

У ст. 41 Конституції України закріплено, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству, кожен має право на житло. Тому в цивільному законодавстві встановлюються певні засади у здійсненні фізичною особою права приватної власності особисто або спільно в межах, визначених ст.13 ЦК України. Зокрема, при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб. Право фізичних осіб на житло охороняється законом, його захист здійснюється судом. Це право охороняється Конституцією України, норми якої відтворено також у ст. 311 ЦК України, в якій відображено, що лише у невідкладних випадках, пов'язаних із урятуванням життя людей і майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду й обшуку.

Відповідно до гл. 29 ЦК України кожна фізична особа особисто або разом із іншими особами має право на захист своїх житлових прав, яке реалізується нормами, що забезпечують захист права власності. Всім фізичним особам – власникам та користувачам житла забезпечуються однакові умови здійснення своїх прав. Відповідно до ч. 1 ст. 386 ЦК України держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності. На жаль, цивільним законодавством окремо не передбачаються особливості захисту житлових прав осіб, яким притаманна своя специфіка правового регулювання. Очевидно, що одним із важливих показників забезпечення захисту житлових прав та законних інтересів у будь-якому розвиненому суспільстві є гарантованість житлових прав. Вищенаведене обумовлює з'ясування змісту і співвідношення низки взаємозалежних понять, до числа яких, у першу чергу, належить саме право на захист, способи і форми захисту.

Теоретичною основою дослідження стали наукові висновки, викладені у працях С. Н. Братуся, В. П. Грибанова, М. К. Галянтича, О. В. Дзери, О. С. Іоффе, Н. С. Кузнєцової, І. М. Кучеренко, Є. О. Мічуріна та інших учених.

Слід зазначити, що житло являє собою особливий об'єкт права власності. Реалізація правомочностей співвласників житла відмінна від реалізації правомочностей власників інших видів об'єктів нерухомості. Це, перш за все, пов'язано зі специфічністю самого об'єкта нерухомості – житла та його особливого правового режиму, який закріплений в різних законодавчих актах. ЦК України встановлює загальні правила, які поширюються на усі види нерухомого майна. Разом з тим існують і певні застереження, оскільки інститут власності на житло є багатоаспектним правовим явищем.

У чинному ЦК України суб'єктивне право – це міра можливої поведінки суб'єкта, тобто, іншими словами, це наявне, конкретне право. Таким чином, якщо правоздатність – це здатність мати цивільні права і обов'язки [1], то суб'єктивне право – це конкретне, наявне у суб'єкта право. У ст. 25, 26 ЦК України йдеться, що здатність мати цивільні права і обов'язки мають усі фізичні особи, які є рівними. Однак суб'єктивне право власності окремого співвласника житла може конкурувати з суб'єктивними правами інших співвласників володіти і користуватися житлом, а тому забезпечення прав різних учасників спільної власності полягає в укріпленні прав на об'єкт житлової нерухомості.

Закріплення в Конституції України рівності всіх суб'єктів права власності перед законом та їх захисту державою потребують формулювання принципово нових, відмінних від традиційних засад здійснення права приватної власності на житло. Запровадження в практику принципів пріоритету прав людини, розумності та справедливості здійснення кожною особою належних їй прав стає актуальним питання про розроблення системи обмежень права спільної власності на житло. Передумовами виникнення обмежень є суспільні інтереси та права і свободи окремих власників.

Право на захист можна визначити як надану уповноваженій особі можливість застосування заходів правоохоронного характеру для відновлення її порушеного права або права, що оспорюється [2].

Забезпеченість суб'єктивного права можливістю державного примусу є його невід'ємною якістю і така можливість існує не паралельно з іншими, закріпленими в суб'єктивному праві можливостями, а властива їм самим, тому що без цього вони не були б юридичними можливостями [3].

Слід зазначити, що юридична природа поняття захисту прав неодноразово досліджувалася в юридичній літературі. Загалом зміст поняття, про яке йдеться, здебільшого аналізувалося крізь призму доктрини цивільного права. Відповідно до традиційної концепції право на захист є складовою частиною самого суб'єктивного права поряд із правом на власні дії, а також правом вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб [4]. Право на захист відповідно до іншої позиції – це самостійне суб'єктивне право. Права на захист у регулятивному правовідношенні не існує, воно виникає в момент порушення регулятивного суб'єктивного права і є елементом змісту нових – охоронних правовідносин. Іншим елементом змісту нових охоронних правовідносин є юридичний обов'язок боржника зазнавати заходів державно-примусового впливу. Таким чином, під захистом цивільних прав та інтересів прихильники цієї концепції розуміють такі дії державних та інших органів, які направлені на попередження порушень чи відновлення порушених прав або охоронюваних законом інтересів громадян та організацій, або запропоновано розглядати правовий захист як систему юридичних норм, спрямованих на запобігання правопорушенням та усунення їх наслідків [5].

Право на звернення до компетентних державних органів за захистом порушеного права нерозривно пов'язано із суб'єктивним матеріальним правом, оскільки: воно виникає лише з порушенням суб'єктивного цивільного права або коли це право оспорюється іншими особами; характер самої вимоги про захист права визначається характером порушеного матеріального права або права, що оспорюється, зміст і призначення якого, в основному, визначає і спосіб його захисту. Тому з матеріально-правової точки зору право на захист у його матеріально-правовому аспекті – одна з правомочностей самого суб'єктивного цивільного права [6].

Право на захист у його матеріально-правовому значенні, тобто як одна з можливостей самого суб'єктивного цивільного права, є можливість застосування по відношенню до правопорушника таких заходів примусового впливу [7]: цивільно-правові санкції як заходи цивільно-правової відповідальності; заходи державно-примусового характеру як визнання права за тією чи іншою особою, поділ спільного майна між власниками, повернення сторін у первісне становище внаслідок визнання правочину недійсним тощо, тобто заходи, що не можуть бути віднесені до цивільно-правових санкцій.

Право на захист у його матеріально-правовому значенні, тобто як одного з правомочностей самого суб'єктивного цивільного права, є можливістю застосування у відношенні правопорушника заходів примусового впливу. Право на захист за своїм матеріально-правовим змістом містить у собі: по-перше, можливість уповноваженої особи використовувати дозволені законом засоби примусового впливу на правопорушника, захищати належне йому право власними діями фактичного порядку (самозахист цивільних прав); по-друге, можливість застосування безпосередньо самою уповноваженою особою юридичних заходів оперативного впливу на правопорушника, що в літературі іноді називають оперативними санкціями; по-третє, можливість уповноваженої особи звернутися до компетентних державних чи суспільних органів з вимогою спонукання зобов'язаної особи до певної поведінки [8]. Таким чином, сутність захисту права полягає в усуненні перешкод до його здійснення.

Захист є діяльністю з усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав і припинення правопорушення, а також відновлення становища, що існувало до правопорушення. Зміст права на захист, тобто можливість уповноваженого суб'єкта, визначається комплексом норм цивільного матеріального і процесуального права, які встановлюють: сам зміст правоохоронної міри; підстави її застосування; коло суб'єктів, уповноважених на її застосування; процесуальний і процедурний порядок її застосування; матеріально-правові і процесуальні права суб'єктів, відносно яких застосовується така міра [9].

Цивільно-правовий захист права власності – це система активних заходів, які застосовуються власником, компетентними державними чи іншими органами, спрямована на усунення порушень права власності, покладення виконання обов'язку по відновленню порушеного права на порушника. Така система захисних заходів водночас є складовою частиною загально-правового механізму захисту права власності. В основі правової охорони визначальними є принципи забезпечення і здійснення цивільних прав і заходів, які спрямовані на попередження порушення цих прав. Цивільно-правовий захист слід визначати як систему активних дій, які застосовуються суб'єктом цивільного права, компетентними державними або іншими органами, які спрямовані на усунення порушень цивільного права або інтересу, покладення боргу по відновленню порушеного права на користь потерпілої особи [10, с.154].

Слід зазначити, що захист житлових прав фізичних осіб виникає тільки у випадку порушення таких прав чи загрози їхнього порушення з боку третіх осіб, водночас змістом охорони житлових прав фізичних осіб є сукупність відповідних заходів, спрямованих на встановлення житлових прав фізичних осіб. Класифікацію засобів захисту права власності з урахуванням поділу на речово-правові, зобов'язально-правові та законодавчо закріплені спеціальні засоби в особливих випадках

порушення прав власників. Однією з найважливіших особливостей речового права на нерухомість є те, що вони складають сферу абсолютних правовідносин, які традиційно захищаються спеціальними речово-правовими позовами. Речово-правові способи спрямовані безпосередньо на захист права власності як абсолютного права, не пов'язані із зобов'язальними правовідносинами і мають на меті відновлення правомочності володіння, користування й розпорядження річчю. Однак застосування речово-правових засобів захисту не виключає захист прав титульного власника іншими способами, зокрема зобов'язально-правовими, які, на відміну від перших, розраховані на випадки, коли власник пов'язаний із правопорушником зобов'язальними, найчастіше договірними відносинами. Розмежуванням названих способів є те, що речово-правові способи відновлюють право власності в колишньому обсязі, а зобов'язально-правові способи гарантують як відновлення колишнього права власності, так і компенсацію за порушене право.

Отже, право на захист нерозривно пов'язане із суб'єктивним цивільним правом. Суб'єктивне право, яке є мірою можливої поведінки уповноваженої особи, включає в себе низку правомочностей, зокрема: право на власні дії, право вимагати відповідної поведінки від зобов'язаної особи і використання наданих особі заходів правоохоронного характеру для захисту порушеного права.

Слід погодитись із тим, що право на захист є однією із правомочностей суб'єктивного права, визначає його характер і зміст [11]. З цього випливає, що право на захист житлових прав, як і саме суб'єктивне право, є мірою можливої поведінки уповноваженої особи, яка пов'язана з використанням можливостей правоохоронного характеру і яка має відповідати характеру самого суб'єктивного права. Тому суб'єктивним житловим правам майнового характеру властиві і відповідні способи захисту майнового характеру, а особисті немайнові житлові права охороняються іншими способами, оскільки особисте немайнове благо (право на життя, здоров'я, місце проживання, гідність, честь тощо) не підлягає матеріальній оцінці. За своїм змістом право на захист містить низку можливостей правоохоронного характеру, здатних гарантувати суб'єктивне право на всіх етапах його реалізації.

Можна погодитися з В. І. Тертишниковим, який вважає, що право на захист – це таке здійснення права на зміну правовідносин, яке є можливим лише за допомогою спеціального державного органу [12]. Правовий захист – це передбачені законом заходи відносно правопорушників, спрямовані на встановлення державними органами юридичних фактів, що порушують законні права та інтереси громадян. Захистом у суб'єктивному значенні слід розуміти правові (юридичні) можливості, надані окремій особі для поновлення порушених прав або прав, які оспорюються. Відповідно, право на захист з'являється у суб'єкта лише в момент порушення або оспорювання його права. Для захисту завжди притаманне те, що суб'єкт звертається до державних органів за захистом свого порушеного або оспорюваного права. Зважаючи на це, доходимо висновку, що захист права на житло здійснюється в передбаченому законом порядку (шляхом застосування належної форми, засобів і способів захисту).

Таким чином, під захистом житлових прав фізичних осіб слід розглядати систему правомірних дій, які вчинюються як самими уповноваженими фізичними особами, так і відповідними юрисдикційними органами, які спрямовані на припинення порушення таких прав та їх поновлення. Захист житлових прав та інтересів фізичних осіб є системою активних заходів, які застосовуються фізичною особою шляхом звернення до спеціально уповноважених державних органів, спрямованою на усунення порушень права власності на житло, інших речових та зобов'язальних житлових прав та інтересів, та покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного житлового права на правопорушника.

Захист прав на житло здійснюється шляхом застосування належної форми, засобів і способів захисту. Для захисту житлових прав в основному застосовується юрисдикційна форма захисту як діяльність уповноважених державних та інших органів, які здійснюють комплекс організаційних заходів для захисту прав, які уповноважені вжити необхідні заходи для поновлення порушеного права й припинити правопорушення.

Захист цивільних прав, як правова категорія, нерозривно пов'язана із поняттям «право на захист». Слід зазначити, що право на захист безпосередньо передбачене в Конституції України. Так, відповідно до ст. 55 Конституції України кожна особа має право не забороненими законом способами захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань.

Право на захист необхідно розмежовувати в матеріальному і процесуальному значенні, оскільки реалізація права на захист в суді здійснюється в межах самостійного процесуального правовідношення, яке виникає у особи з моменту звернення до суду за захистом порушеного цивільного права (інтересу), а право на захист в матеріальному значенні є складовою частиною суб'єктивного права власності [13].

Отже, зі сказаного вище робимо такі висновки.

1. Пропонуємо зміст права на захист визначати шляхом комплексного поєднання норм цивільного, матеріального і процесуального права, які встановлюють: зміст правоохоронних заходів; підстави їх застосування; коло суб'єктів, уповноважених їх застосовувати; процесуальний процедурний порядок їх застосування; матеріально-правові та процесуальні права суб'єктів, щодо яких застосовуються відповідні заходи.

2. Направленість нормативного регулювання права власності на житло має обумовлюватися, в першу чергу, дією цивільно-правових принципів добросовісності, справедливості, розумності при здійсненні прав та законних інтересів власників житла.

3. У ЖК України доцільно передбачити норму, згідно з якою право на захист здійснюється особою на власний розсуд самостійно або уповноваженими на те державними органами, у межах, визначених чинним законодавством України. У випадку, якщо особа, житлове право якої є порушеним, не має наміру здійснювати його захист, то, відповідно, вона може й відмовитися від захисту такого права відповідними державними органами чи посадовими особами у встановленому законом порядку. Так, відповідно до ч. 3 ст. 46 ЦПК України, якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, не підтримує заявлених вимог, суд залишає заяву без розгляду.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Самойленко В. М.* Цивільне та сімейне право України : [навчальний посібник]: Ч.1. / Самойленко В. М. – 2-ге вид., перероб. та доп. – Х.: Юрсвіт, 2007 – 460 с.

2. *Гражданское право*. Т.1 /Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – СПб., 1996. – С. 240.

3. *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. – М., 1976. – С. 73–74.

4. *Советское* гражданское право / Под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. В 2-х частях. – Киев: Вища школа, 1983. – Ч. 1. – С. 24.

5. *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні / І. О. Дзера. – К., 2001. – С. 8.

6. *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. – М., 2000. – С. 105 – 106.

7. *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство. Учеб. пособие / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. – К.: А.С.К., 2002. – С. 230.

8. *Цивільне право* України: В 2-х томах. Том 1: підручник / За ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – С. 424.

9. *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. О. Дзера. – К., 2001. – С.11.

10. *Дзера И. А.* Защита гражданских прав по Гражданскому кодексу Украины / Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 1 / Под ред. Р. А. Майданика / И. А. Дзера. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С. 154.

11. *Ромовская З. В.* Проблемы защиты в советском семейном праве: автореф. дис.... док. юрид. наук: 12.00.03 / З. В. Ромовська. – Х., 1987. – С. 16.

12. *Тертышников В. И.* Защита семейных правоотношений в гражданском судопроизводстве / В. И. Тертышников. – Х., 1976. – С. 10.

13. *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. О. Дзера. – К., 2001. – С. 8.

Haliantych M. K. Substantive law and procedural law content of individuals housing rights protection

The article examines the material and procedural aspects of the legal regulation of protection of the housing rights of individuals in housing, analyzed the interests of owners and users. It was determined that the legal regime of protection of the housing rights of individuals requires the installation of the limits of the subjective right, defined by their common features and differences. As part of the protection regime of the housing rights of individuals in housing is considered as separate legal regimes for general and special ways to protect housing rights.

Key words: housing, property rights, legal facts, beyond the implementation limit law.

Галянтич М.К. Материальное и процессуальное содержание защиты жилищных прав физических лиц

В статье исследуются материальный и процессуальный аспект правового регулирования защиты жилищных прав физических лиц на жилье, анализируются жилые интересы владельцев и пользователей. Определено, что правовой режим защиты жилищных прав физических лиц требует установки пределов осуществления субъективного права, определяются их общие признаки и различия. В рамках режима защиты жилищных прав физических лиц на жилье рассматриваются отдельные правовые режимы общего и специального способов защиты прав на жилье.

Ключевые слова: жилье, право собственности, юридические факты, пределы осуществления, ограничение права.

ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ОБ'ЄКТИ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА

Корнієнко Ю. І.,
науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню такого складного правового явища, як визнання права власності на об'єкти незавершеного будівництва.

Ключові слова: набуття права власності, об'єкт незавершеного будівництва, Реєстр права власності на нерухоме майно.

Будівництво об'єктів нерухомості та набуття права власності на них є досить складним та тривалим процесом. Тому завжди стояло питання цивільного обороту об'єктів нерухомості, будівництво яких не завершено або на які у порядку, визначеному законодавством, не оформлено право власності.

Теоретичною основою для написання наукової статті стали доробки вітчизняних і не тільки науковців, які намагалися дослідити окреслену проблему, таких як: О. С. Зубков, І. А. Спасибо, І. М. Кучеренко, М. К. Галянтич, Р. А. Майданик, Р. А. Валєєв та інших.

Прогалини у наукових дослідженнях із відповідної проблематики, а також недосконаліть чинного законодавства зумовлюють актуальність даного наукового пошуку, метою якого є дослідження такого складного правового явища, як право власності на об'єкти незавершеного будівництва.

Прийняття ЦК України змінило правові підходи до визначення порядку обороту об'єктів незавершеного будівництва. Вперше на кодифікованому рівні можливість обороту незавершеного будівництвом об'єкта нерухомості встановив ЦК України.

Правові засади набуття права власності на об'єкти нерухомості, що є об'єктами незавершеного будівництва, визначила ч. 4 ст. 331 ЦК, яка встановила, що за заявою заінтересованої особи суд може визнати її власником недобудованого нерухомого майна, якщо буде встановлено, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проекту, є незначною. Отже, як бачимо, відчуження незавершеного будівництвом нерухомого майна ще ускладнилося необхідністю вирішувати це питання не в адміністративному, а судовому порядку. При цьому незрозуміло, які суб'єкти повинні бути відповідачами за такими справами.

Але ця норма «протрималася» лише два роки і вже Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15.12.05 № 3201-IV зі ст. 331 ЦК України виключено частину четверту, яка передбачала можливість визнання права власності за заявою заінтересованої особи судом на недобудоване нерухоме майно та доповнено ч. 3 ст. 331 ЦК положенням, відповідно до якого особи, які визнавалися власниками матеріалів, обладнання тощо, що були використані в процесі цього будівництва, у разі необхідності мали право укладати договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно.

Такі підходи до правового обороту об'єктів нерухомого майна, незавершених будівництвом, викликали досить багато запитань. Перш за все, це питання визнання осіб, які відчужують такі об'єкти, власниками таких об'єктів. Частина 3 ст. 331 ЦК України називає таких осіб власниками матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна). Отже, відчужувач не визнається власником об'єкта незавершеного будівництва нерухомості.

Водночас абз. 2 ч. 3 ст. 331 ЦК України зазначає на можливість реєстрації права власності органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва. Отже, все ж таки реєструється право власності на об'єкти незавершеного будівництва об'єкта нерухомості. Але нормативні акти не визначали порядку оформлення документів, включаючи і тих, які слід надавати нотаріусу для посвідчення таких договорів, а також оформлення інвентарної справи у БТІ. Це було вирішено на рівні листа Міністерства юстиції України від 10.05.2006 за № 19-32/1, яке роз'яснило порядок внесення записів до Реєстру прав власності на нерухоме майно та висловило свою думку щодо можливості подальших трансакцій з таким майном. Отже, як бачимо, незавершений будівництвом об'єкт нерухомості вже вносився до Реєстру прав власності на нерухоме майно.

Зазначені підходи були сприйняті і Тимчасовим положенням про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно, в яке було внесено відповідні зміни 17.02.2010 року.

Слід зазначити, що постановою Кабінету Міністрів України від 30 вересня 2009 р. № 1104 затверджено Перелік будівельних робіт, на виконання яких не вимагається дозвіл. У такому випадку п. 1.2 Тимчасового положення встановлює, що державна реєстрація прав – це офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення права власності та інших

речових прав на нерухоме майно, а також права власності на об'єкти незавершеного будівництва шляхом внесення відповідного запису до Реєстру прав власності на нерухоме майно [1]. Із зазначеного можна зробити висновок, що у державному реєстрі реєструється право власності на об'єкт незавершеного будівництва, але це суперечить положенням ч. 2 та 3 ст. 331 ЦК, які передбачають, що право власності на новостворені об'єкти нерухомого майна виникає тільки з моменту завершення будівництва та прийняття його в експлуатацію.

На практиці виникає питання про можливість визнання права власності на недобудовану квартиру. У судовій практиці є рішення судів, які визнають можливість цивільного обороту недобудованої квартири. Але Міністерство юстиції України у своєму листі стосовно надання роз'яснень відносно можливості укладання договору щодо об'єкта незавершеного будівництва від 22 червня 2007 р. за № 19-50-2309 зазначило, що у ст. 331 ЦК закріплено право особи на оформлення права власності саме на об'єкт незавершеного будівництва, а не на його частину – об'єкт інвестування (квартиру). У зв'язку з цим інвестор не може відчужувати квартиру як об'єкт нерухомості до прийняття об'єкта будівництва в експлуатацію та реєстрації за собою права власності на зазначену квартиру. У зазначеному випадку інвестор може відчужувати свої майнові права на квартиру.

Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України встановлює, що договір відчуження щодо об'єкта незавершеного будівництва може бути укладено за умови, що право власності на нього зареєстровано органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва. Як зазначено інструкцією, встановлюється різна процедура посвідчення договорів відчуження об'єктів незавершеного будівництва. Що ж стосується посвідчення договорів на підставі Положення про порядок передачі у приватну власність громадян не завершених будівництвом будинків садибного типу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28.06.97 № 637, то, як зазначалося вище, така процедура була встановлена відповідно до Закону України «Про нотаріат», який передбачав можливість укладення угоди про відчуження жилого будинку, будівництво якого не закінчено, посвідчувалися за наявності рішення виконавчого комітету місцевої Ради народних депутатів або відповідної місцевої державної адміністрації про згоду на таке відчуження (ст. 55 Закону).

15.06.2009 р. наказом Міністерства юстиції України було внесено зміни до Інструкції, відповідно до яких договір відчуження щодо об'єкта незавершеного будівництва може бути укладено за умови, що право власності на нього зареєстровано органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Отже, як бачимо із аналізу законодавства України, яке регулювало порядок обороту незавершеного будівництвом нерухомого майна, за роки незалежності воно не вирізнялося єдиними підходами як до визначення цього процесу, так і до видів об'єктів нерухомості, які підлягали відчуженню. Але особливого загострення це питання отримало в період світової фінансової кризи.

Верховною Радою України 25 грудня 2008 року був прийнятий Закон «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва», в якому одним із напрямів подолання кризових явищ у будівельній галузі та житловому будівництві визнано викуп у забудовників та/або фінансових установ нереалізованого житла в об'єктах будівництва, що споруджувались із залученням коштів фізичних осіб у разі неспроможності забудовників продовжувати будівництво житла у зв'язку з недостатнім обсягом коштів для формування фондів соціального та службового житла. Тому на сьогодні існує необхідність розробки цивільно-правових засад реалізації концепції Державної цільової соціально-економічної програми будівництва (придбання) доступного житла.

На практиці досить часто виникають проблемні питання щодо визнання права власності на об'єкти, які знаходяться в іпотеці. Виникають ситуації, коли без визнання права власності на незавершене будівництво боржника стягувач набуває право власності на незавершений об'єкт будівництва у судовому порядку. Але такий підхід, як зазначає С. О. Зубков, є спірним [2]. Стаття 5 Закону України «Про іпотеку» передбачає, що іпотека виникає щодо нерухомого майна, об'єктів незавершеного будівництва та майнових прав на нерухомість, будівництво якої не завершено. У зв'язку з цим виникає питання про необхідність розмежування виникнення права на об'єкт незавершеного будівництва та майнових прав на цей об'єкт. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України встановлює, що іпотечні договори, предметом яких є об'єкт незавершеного будівництва, майнові права на нього, інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору, посвідчуються за умови, якщо іпотекодавець може документально підтвердити право на набуте ним у власність відповідне нерухоме майно у майбутньому.

Що стосується наукових поглядів щодо правового режиму незавершених об'єктів нерухомості, то вони не відрізняються єдністю.

І. А. Спасибо зазначає, що до завершення будівництва немає сенсу в появі такого об'єкта права, як недобудоване майно. У разі переривання або зупинення процесу будівництва за відсутності можливості його завершити і виникнення необхідності його реалізації недобудоване майно стає окремим об'єктом права власності і тільки тоді потрапляє до цивільного обороту [3, с. 15]. З такою думкою навряд чи можна погодитися беззаперечно. Дійсно, у багатьох випадках саме у випадку необхідності проведення реалізації незавершеного будівництвом нерухомого майна виникає потреба у визнанні його об'єктом цивільних прав. Але виникають проблеми не тільки у випадку його реалізації, а й у визнанні права власності подружжя, спадкування, звернення стягнення на майно тощо. Тому є нагальна потреба у визнанні права власності на незавершений нерухомий об'єкт.

Як відмічає Р. А. Валєєв, у російських науковців існує два підходи до визначення правового режиму незавершеного будівництвом нерухомого майна. Прихильники одного підходу вважають, що об'єкт незавершеного будівництва завжди є нерухомим майном за своєю природою. Захисники іншого підходу вважають, що об'єкт незавершеного будівництва є нерухомістю тільки тоді, коли відносно нього буде припинений договір будівельного підряду [4, с. 3].

Існує протилежна думка щодо цього питання. Так, Д. С. Некрестьянов зазначає, що юридичним фактом, в результаті якого виникає об'єкт незавершеного будівництва, є поява у процесі будівництва ознак нерухомості. Оскільки ці ознаки визначаються природними властивостями об'єкта незавершеного будівництва, його слід вважати «нерухомістю за природою». При цьому, зазначає вчений, державна реєстрація у такому випадку не повинна вважатися підставою виникнення права на нерухоме майно, а має розглядатися як формальне набуття річчю ознак нерухомості [5, с. 7]. З такою думкою навряд чи можна погодитися беззастережно, враховуючи хоча б той факт, що такий об'єкт включається до цивільного обороту у ЦК як РФ, так і України.

Тому слід підтримати висновок Р. А. Валєєва, який відмічає, що об'єкт незавершеного будівництва представляє собою нерухомість незалежно від зобов'язальних відносин, пов'язаних з ним. Специфіка його правової природи полягає не в наявності договірних зв'язків, а в силу притаманних йому ознак [4, с.17, 22–24].

Привертає увагу співвідношення понять, що використовуються в абзацах першому та другому ч. 3 ст. 331 Цивільного кодексу України. Якщо у першому абзаці йдеться про матеріали, обладнання тощо, які були використані в процесі будівництва, то другий абзац, маючи на увазі те ж саме майно, вже свідчить про укладання договору стосовно об'єкта незавершеного будівництва. Складається враження, що законодавець прирівнює об'єкт незавершеного будівництва до сукупності матеріалів, які було використано при його створенні, але не можна вважати такий підхід правильним, оскільки такі матеріали вже зазнали істотної трансформації, втратили свої первісні ознаки. У більшості випадків вони не можуть бути відокремлені від новоствореного об'єкта. Навпаки, сам об'єкт набуває ознак нерухомого майна завдяки неможливості відокремлення його від земельної ділянки, на якій воно розташоване. Спеціальне законодавство також спростовує цю тезу, оскільки містить визначення об'єкта незавершеного будівництва як об'єкта будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесено витрати на спорудження, але не прийнятого в експлуатацію відповідно до законодавства.

Отже, слід підтримати думку Д. В. Кирилюка про те що, коректно вести мову про окреме від права власності на об'єкт нерухомості право власності на будматеріали лише щодо тих матеріалів, які ще не використані під час будівництва об'єкта. Побічно це підтверджується положеннями ч. 1 ст. 17 Закону України «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва» від 14 березня 2000 р. про те, що будматеріали можуть бути продані на аукціоні, за конкурсом, шляхом викупу як разом з об'єктом незавершеного будівництва, так і окремо будівельні матеріали, які знаходяться на будівельному майданчику об'єкта незавершеного будівництва, або невстановлене устаткування, придбане для функціонування об'єкта після завершення будівництва. З цього можна зробити висновок, що будматеріали, обладнання, які вже використані в процесі будівництва об'єкта, не розглядаються в аспекті окремого права власності на них як на сукупність саме будматеріалів та /або обладнання. Вважається, що вони втратили значення самостійного об'єкта права власності, увійшовши до складу об'єкта незавершеного будівництва [6, с. 9].

Окремо слід зупинитися на питанні здійснення права власності на об'єкти незавершеного будівництва. Загальновідомо, що класична «тріада» повноважень власника включає повноваження з володіння, користування та розпорядження. Коли йдеться про здійснення права власності на об'єкт незавершеного будівництва, слід звернути увагу на питання щодо власника такого об'єкта.

Слід також звернути увагу на постанову судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 30 січня 2013 р. № 6-168цс12, де зазначається, що майнові права на нерухомість, що є об'єктом будівництва (інвестування), не є речовими правами на чуже майно, оскільки об'єктом цих прав не є «чуже майно», а також не є правом власності, оскільки об'єкт будівництва (інвестування) не існує на момент встановлення іпотеки, а тому не може існувати й право власності на нього. Отже, майнове право, яке можна визначити як «право очікування», є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений

певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому [7].

Разом з тим ця постанова Верховного Суду України висвітлила проблему, яка раніше вже набула величезного суспільного резонансу через діяльність славнозвісного «Еліта-Центру» – а саме, подвійного відчуження майнових прав на одні й ті самі квартири. Д. В. Кирилюк зазначає, що спосіб вирішення цієї проблеми полягає у впровадженні системи державної реєстрації майнових прав на майбутнє житло на загальних засадах, аналогічної системі реєстрації прав на звичайну нерухомість. Тобто кожний майбутній об'єкт житла (будинок чи квартира у багатоквартирному будинку, що будуються) також повинен мати унікальний ідентифікаційний номер у системі державної реєстрації прав на нерухоме майно, а всі правочини з ним – підлягати нотаріальному посвідченню та державній реєстрації на загальних підставах [6, с. 10].

Щодо здійснення власником об'єкта незавершеного будівництва права користування в юридичній літературі висловлюється позиція, що оскільки головним призначенням об'єкта незавершеного будівництва є завершення будівництва, то саме завершення будівництва можна вважати «єдиною допустимою законодавством дією з експлуатації об'єкта незавершеного будівництва» [8, с. 63].

Продовження будівництва слід відносити не до повноваження використання, а до повноваження розпорядження. Щодо здійснення повноваження розпорядження, за загальним правилом, стосовно розпорядження об'єктом незавершеного будівництва – особа, яка до завершення будівництва вважається власником матеріалів, обладнання тощо, може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, які підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва, що прямо кореспондується зі ст. 331 ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Постанова Кабінету* Міністрів України «Деякі питання надання дозволів на виконання підготовчих і будівельних робіт» від 30 вересня 2009 р. за № 1104 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 80. – Ст. 2719.

2. *Зубков О. С.* Цивільно-правове регулювання набуття права власності на новостворене нерухоме майно: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва АПрН України – К., 2010. – 18 с.

3. *Спасибо І. А.* Набуття права власності в цивільному праві України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва АПрН України – К., 2009. – 18 с.

4. *Валеев Р. А.* Правовой режим объекта незавершеного строительства: автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Р. А. Валеев. – Казань, 2007. – 26 с.

5. *Некрестьянов Д. С.* Гражданско-правовое регулирование оборота объектов незавершенного строительства: автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Д. С. Некрестьянов. – СПб, 2005. – 24 с.

6. *Кирилюк Д. В*. Цивільно-правове регулювання іпотеки незавершеного будівництва: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України – К., 2014. – 18 с.

7. *Постанова* судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 30 січня 2013 року № 6–168цс12 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/.

8. *Некрестьянов Д. С.* Особенности реализации правомочий собственника в отношении объектов незавершенного строительства / Д. С. Некрестьянов // Правоведение. – 2004. – № 4(255). – С. 59–67.

Korniienko Y. I. Property rights to the object under construction

The article is devoted to investigation of such a complex legal phenomenon, as the recognition of ownership of the unfinished construction.

Key words: acquisition of property, object under construction, the Register of property rights of real estate.

Корниенко Ю. И. Право собственности на объекты незавершенного строительства

Статья посвящена исследованию такого сложного правового явления, как признание права собственности на объекты незавершенного строительства.

Ключевые слова: признание права собственности, объект незавершенного строительства, реестр права собственности не недвижимое имущество.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЧЛЕНІВ ЖИТЛОВО-БУДІВЕЛЬНОГО КООПЕРАТИВУ

Рябова К. О.,
кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджуються особливості правового статусу членів житлово-будівельних кооперативів. Наголошується на суперечливості вимог основних нормативно-правових актів, що висуваються до особи, яка має намір стати членом ЖБК.
Ключові слова: ЖБК, член кооперативу, соціальний ефект.

Нормативно-правова база, що регулює правовідносини, що виникають при використанні ЖБК як способу інвестування будівництва, а відтак і правовий статус суб'єктів таких правовідносин є недосконалою та на практиці породжує невизначеність та протиріччя. Основними нормативно-правовими актами в цій сфері є: Закон України «Про кооперацію» [2] та Постанова Ради Міністрів Української РСР «Про затвердження Примірного статуту житлово-будівельного кооперативу» [3] (далі – Примірний статут). Примірний статут є застарілим нормативно-правовим актом, який суперечить і сучасному законодавству, і сучасним правовідносинам у сфері інвестування будівництва.

Проте є певні умови, яким має відповідати особа, яка має намір вступити до ЖБК. Особа, яка вступає до кооперативу, в обов'язковому порядку має бути громадянином, мати статус такої, яка потребує поліпшення житлових умов відповідно до ЖК та Правил обліку громадян, які бажають вступити до ЖБК, затверджених Постановою Ради Міністрів УРСР і Української республіканської ради професійних спілок, та перебувати на обліку бажаючих вступити до кооперативу.

Відповідно до ст. 10 Закону України «Про кооперацію» членами кооперативу можуть бути громадяни України, іноземці та особи без громадянства, юридичні особи України та іноземних держав, що діють через своїх представників, які внесли вступний внесок та пай у розмірах, визначених статутом кооперативу, додержуються вимог статуту і користуються правом ухвального голосу.

Членом кооперативу може бути фізична особа, яка досягла 16-річного віку і виявила бажання брати участь у його діяльності. Оскільки норма п. 7 Примірного статуту вказуючи, що членом ЖБК може бути громадянин, що досяг вісімнадцятирічного віку, суперечить Закону України «Про кооперацію», застосовувати слід норми Закону України «Про кооперацію». Окрім того, обмеження граничного віку членів ЖБК до тридцяти років, передбачене абз. 2 п. 7 Примірного статуту, з одного боку, можна вважати таким, що суперечить ст. 47 Конституції України [1], а отже, не є чинним, але, з іншого боку, сама суть ЖБК передбачає наявність певного «кредиту» в процесі зведення об'єкта будівництва, а отже, в даному випадку слід обов'язково враховувати умови, яким має відповідати особа, у випадку отримання кредиту. Щоправда, не слід забувати, що деякі члени ЖБК мають фінансову можливість самостійно внести свій пай не отримуючи жодної фінансової підтримки іззовні. Таким чином, дану норму все ж слід вважати такою, що не відповідає вимогам чинного законодавства, а у випадку отримання кредитних коштів слід керуватись спеціальними нормами, що регулюють правовідносини, пов'язані із отриманням кредитів або інших запозичених коштів.

Кооператив зобов'язаний вести облік своїх членів та видати кожному з них посвідчення про членство. Чисельність членів кооперативу не може бути меншою ніж три особи.

Проаналізувавши норму, що міститься в абз. 1 п. 3 Примірного статуту, доходимо висновку, що етап формування членів ЖБК передує початку будівництва. Закон України «Про кооперацію» визначає, що вступ до кооперативу здійснюється на підставі письмової заяви. Особа, яка подала заяву про вступ до кооперативу, вносить вступний внесок і пай у порядку та розмірах, визначених його статутом. Рішення правління чи голови кооперативу про прийняття до кооперативу підлягає затвердженню загальними зборами його членів. Порядок прийняття такого рішення та його затвердження визначається статутом кооперативу. Враховуючи неприбутковий характер кооперативу і мету забезпечити житлом всіх членів кооперативу, можна дійти висновку, що дана норма не суперечить чинному законодавству.

Однак практика свідчить, що формування списків членів ЖБК (а фактично залучення інвесторів) відбувається після того як ЖБК отримав всі дозвільні документи на будівництво і вже затвердив проект [4, с. 397].

Визначена Примірним статутом черговість прийняття до членів ЖБК, застосування якої передбачається для всіх осіб, що бажають вступити до членів кооперативу, не відповідає сучасним реаліям. Така черговість може бути застосована у випадку надання таким членам кооперативу пільгових кредитів або певних відмінних умов внесення паю. Особи ж, які мають можливість протягом певного чітко визначеного строку внести свій пай, мають прийматись до кооперативу окремим способом, не будучи учасником такої черги.

Відповідно до абз. 3 п. 4 Примірного статуту розподіл квартир між членами кооперативу провадиться перед здачею жилого будинку в експлуатацію. Така норма не відповідає сучасним реаліям, оскільки члени ЖБК, які фактично мають статус інвесторів, вкладають грошові кошти у визначені ними особисто об'єкти інвестування.

Надання у безстрокове користування окремої квартири членам ЖБК, передбачене п. 27 Примірного статуту, не відповідає умовам ринкової економіки і навряд чи матиме місце на практиці. Виплата пайового внеску, скоріш за все, буде дуже жорстко обмежена статутом, рішенням загальних зборів і договором, укладеним між членом ЖБК і самим ЖБК.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про кооперацію» основними правами члена кооперативу є: 1) участь в господарській діяльності кооперативу, а також в управлінні кооперативом, право голосу на його загальних зборах, право обирати і бути обраним в органи управління. Пункт 30 Примірного статуту передбачає також право члена кооперативу бути обраним до ревізійної комісії; 2) користування послугами кооперативу; 3) одержання кооперативних виплат та виплат на паї; 4) одержання паю у разі виходу з кооперативу в порядку і в строки, визначені його статутом; 5) право вносити пропозиції щодо поліпшення роботи кооперативу, усунення недоліків у роботі його органів управління та посадових осіб; 6) право звертатися до органів управління та органів контролю за діяльністю кооперативу, посадових осіб кооперативу із запитами, пов'язаними з членством у кооперативі, діяльністю кооперативу та його посадових осіб, одержувати письмові відповіді на свої запити.

Примірний статут також визначає права члена ЖБК, однак співвідношення таких прав із сучасним життям є дещо різне. Таким чином, відповідно до п. 30 Примірного статуту член ЖБК також має право: 1) у встановленому порядку за письмовою згодою всіх членів сім'ї, які проживають разом з ним, вселити у займане ним жиле приміщення свою дружину, дітей, батьків, а також інших осіб. На вселення до батьків їх неповнолітніх дітей зазначеної згоди не потрібно; 2) на збереження жилого приміщення за тимчасової відсутності незалежно від причин і строку відсутності; 3) стягнути з кооперативу вартість проведеного ремонту або зарахувати її в рахунок внесків на експлуатацію і ремонт будинку у випадках, коли ремонт займаного приміщення викликаний невідкладною необхідністю, а кооператив не виконав обов'язків по ремонту; 4) вийти з кооперативу; 5) за згодою загальних зборів членів кооперативу передати свій пай будь-кому з постійно проживаючих з ним членів сім'ї, які досягли вісімнадцятирічного віку або одружилися чи влаштувалися на роботу в передбачених законом випадках до досягнення зазначеного віку. Пай, який є спільною власністю подружжя, може бути переданий тільки за наявності згоди іншого з подружжя; 6) має переважне право на одержання квартири, пайовий внесок за яку внесено не повністю, що звільнилася в будинку (будинках) цього кооперативу; 7) за письмовою згодою проживаючих разом з ним членів сім'ї, включаючи тимчасово відсутніх, провести обмін займаного жилого приміщення з наймачем жилого приміщення в будинку державного або громадського житлового фонду чи з іншим членом житлово-будівельного кооперативу, в тому числі з проживаючими в іншому населеному пункті, за умови прийому до членів кооперативу особи, яка вселяється у зв'язку з обміном у будинок житлово-будівельного кооперативу; 8) член житлово-будівельного кооперативу вправі за згодою членів сім'ї, які проживають разом з ним, і правління кооперативу здавати в найом частину жилого приміщення, а в разі тимчасового виїзду всієї сім'ї – все приміщення. Розмір плати за здане в найом приміщення встановлюється угодою сторін, але не може перевищувати розміру стягуваних з члена кооперативу експлуатаційних витрат, що припадають на здаване приміщення (частину приміщення), і відповідної частини витрат по оплаті комунальних послуг; 9) член житлово-будівельного кооперативу і члени його сім'ї, які проживають разом з ним, можуть за взаємною згодою дозволити тимчасове проживання у жилому приміщенні, що є в їх користуванні, інших осіб без стягнення плати за користування приміщенням (тимчасових жильців), у тому числі опікуна чи піклувальника, який не є членом сім'ї члена кооперативу; 10) громадянин може бути членом тільки одного житлово-будівельного кооперативу, крім випадку вступу до новостворюваного кооперативу у зв'язку з потребою у поліпшенні житлових умов. У цьому разі в період будівництва будинку член кооперативу користується правами і виконує обов'язки в обох кооперативах.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про кооперацію» основними обов'язками члена кооперативу є: додержання статуту кооперативу; виконання рішень органів управління кооперативу та органів контролю за діяльністю кооперативу; виконання своїх зобов'язань перед кооперативом; сплата визначених статутом кооперативу внесків.

Примірний статут у пунктах 46–49 дає відмінне розуміння обов'язків членів ЖБК. Таким чином, член житлово-будівельного кооперативу зобов'язаний: 1) виконувати вимоги статуту житлово-будівельного кооперативу і рішення загальних зборів членів кооперативу (зборів уповноважених); 2) у встановлений строк внести вступний і пайовий внески; 3) своєчасно вносити платежі у погашення банківського кредиту і в покриття витрат кооперативу на експлуатацію і капітальний ремонт жилого будинку (будинків) та утримання придомової території, внески до спеціальних фондів

та плату за комунальні послуги; 4) використовувати жиле приміщення відповідно до його призначення, забезпечувати схоронність приміщення, бережно ставитися до санітарно-технічного та іншого обладнання та об'єктів благоустрою; 5) додержуватися правил утримання жилого будинку та придомової території, правил пожежної безпеки, чистоти і порядку в під'їздах, кабінах ліфтів, на сходових клітках та в інших місцях загального користування; 6) провадити за свій рахунок поточний ремонт жилого приміщення, а в разі вибуття з кооперативу із звільненням приміщення – здати його у належному стані; 7) при одержанні іншого житлового приміщення звільнити з відповідними членами сім'ї та іншими особами займану квартиру.

До 1993 р. існувала ще одна цікава норма в Примірному статуті: «у разі одержання квартири в будинку кооперативу громадянин, який має жилий будинок (частину будинку) на праві особистої власності, повинен провести його відчуження протягом року з дня одержання квартири. Якщо будинок не придатний для проживання, власник повинен у тримісячний строк провести відчуження цього будинку на знесення або знести його. Після прийняття рішення про надання квартири громадянин, який має жилий будинок на праві особистої власності, дає зобов'язання про відчуження або знесення зазначеного будинку та про звільнення земельної ділянки або подає заяву з проханням про знесення будинку». Звичайно ж в умовах ринкової економіки така норма абсолютно не може мати місце.

Закон України «Про кооперацію» визначає, що законами, які регулюють діяльність окремих типів кооперативів або кооперативів за напрямами їх діяльності, та статутом кооперативу можуть бути передбачені додаткові права та обов'язки його членів. А оскільки Закон України «Про кооперацію» не дає жодного застереження стосовно обмеження застосування так званих додаткових прав та обов'язків, відповідно, норми Примірного статуту можуть бути повною мірою застосовані до визначення прав та обов'язків членів ЖБК.

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про кооперацію» членство в кооперативі припиняється у разі: 1) добровільного виходу з нього; 2) припинення трудової участі в діяльності виробничого кооперативу; 3) несплати внесків у порядку, визначеному статутом кооперативу; 4) смерті члена кооперативу – фізичної особи; 5) ліквідації члена кооперативу – юридичної особи; 6) припинення діяльності кооперативу. Примірний статут у п. 50 передбачає таке: члена житлово-будівельного кооперативу може бути виключено з кооперативу у випадках: 1) подання відомостей, що не відповідають дійсності і були підставою для прийому до кооперативу, а також неправомірних дій службових осіб при вирішенні питання про прийом до членів кооперативу; 2) установлення вироком суду, що пайовий внесок складається з коштів, здобутих злочинним шляхом; 3) неодержання ордеру та не заселення квартири без поважних причин протягом місяця з дня видачі ордерів членам даного кооперативу; 4) систематичного руйнування або псування жилого приміщення або використання його не за призначенням, що робить неможливим для інших проживання з членом кооперативу в одній квартирі чи в одному будинку, якщо заходи запобігання і громадського впливу виявилися безрезультатними; 5) систематичної здачі жилого приміщення в найом з метою одержання нетрудових доходів; 6) виїзду на інше постійне місце проживання; 7) несплати пайового внеску; 8) систематичної несплати без поважних причин внесків на погашення банківського кредиту або внесків на експлуатацію та ремонт будинку. Відповідно до п. 53 Примірного статуту повернення паєнагромадження провадиться після внесення відповідної суми новоприйнятим членом кооперативу.

Власником будівель, споруд, грошових та майнових внесків його членів, виготовленої продукції, доходів, отриманих від реалізації і проведення іншої передбаченої статутом діяльності, а також іншого майна, набутого на підставах, не заборонених законом, є кооператив. Після будівництва об'єкта член ЖБК має право володіння і користування, а отримавши згоду кооперативу – і розпорядження квартирою, яку він займає, у випадку, якщо він не викупив її. Тобто внесення паю ЖБК ще не дає підстав для отримання квартири у власність членом кооперативу. Лише у випадку викупу квартири член ЖБК стає її власником. Під викупом розуміється виконання певних дій, що призведуть до обміну паю на квартиру [5, с. 14].

Окремо слід звернути увагу на право члена кооперативу на обмін квартири, за яку паєнагромадження сплачено не в повному обсязі. Умовою, за якою в'їжджаючий у порядку обміну вселяється, є наявність у нього статусу члена сім'ї тих, хто залишився проживати у цьому приміщенні. Як члени сім'ї можуть вселятися: дружина, діти, батьки, дід, баба, онуки, рідні брати і сестри [6, с. 61].

Член житлово-будівельного, дачно-будівельного, гаражно-будівельного, житлового, дачного, гаражного чи іншого відповідного кооперативу має право володіння, користування, а за згодою кооперативу – і розпоряджання квартирою, дачею, гаражем, іншою будівлею, спорудою або приміщенням кооперативу, якщо він не викупив це майно.

У разі викупу квартири, дачі, гаража, іншої будівлі, споруди або приміщення член житлово-будівельного, дачно-будівельного, гаражно-будівельного, житлового, дачного, гаражного кооперативу чи іншого відповідного кооперативу стає власником цього майна. Право власності на таке майно у члена кооперативу виникає з моменту державної реєстрації цього права відповідно до закону.

Розмір паю члена кооперативу залежить від фактичного його внеску до пайового фонду. Паї, в тому числі резервного і спеціального фондів, є персоніфікованими і у сумі визначають загальну частку кожного члена кооперативу у майні кооперативу.

У разі виходу або виключення з кооперативу фізична чи юридична особа має право на одержання своєї загальної частки натурою, грішми або (за бажанням) цінними паперами відповідно до їх вартості на момент виходу, а земельної ділянки – у натурі. Строк та інші умови одержання членом кооперативу своєї загальної частки встановлюються статутом кооперативу, при цьому строк одержання зазначеної частки не може перевищувати двох років, а відлік його розпочинається з 1 січня року, що настає з моменту виходу або виключення з кооперативу.

Право власності членів кооперативу – фізичних осіб на свою загальну частку успадковується.

Стаття 27 Закону України «Про кооперацію» є досить ризикованою для члена кооперативу в контексті можливості «випадково» втратити всі вкладені ним в ЖБК кошти, вона передбачає: кооператив відповідає за своїми зобов'язаннями всім належним йому майном. Порядок покриття завданих кооперативом збитків визначається його статутом. Члени кооперативу відповідають за зобов'язаннями кооперативу в межах внесеного ними паю, якщо інше не передбачено статутом кооперативу або законом. Для запобігання втраті членами своїх паїв у результаті необдуманого взяття кооперативом на себе певних невигідних для нього зобов'язань слід чітко в статуті і договорі прописати, які це можуть бути зобов'язання, в яких випадках відповідальність несуть члени ЖБК, а в яких –правління і голова правління.

Законодавство України не врегульовує питання строків, паєнакопичення, надаючи право ЖБК в статуті і договорі визначити строки формування паєнагромадження, що є, на нашу думку, суттєвим недоліком.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конституція України* // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. *Закон України* «Про кооперацію» від 10 липня 2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 5. – Ст. 35.

3. *Постанова* Ради Міністрів Української РСР «Про затвердження Примірного статуту житлово-будівельного кооперативу» від 30 квітня 1985 р. – № 186.

4. *Доценко-Белоус Н. А.* Стратегии финансирования строительства / Доценко-Белоус Н. А. – К.: Пролог, 2008. – С. 480.

5. *Боровская А.* ЖСК: анализируем ключевые характеристики / Боровская А. // Строительная деятельность. – 2009. – № 12 (36). – С. 12–14.

6. *Берназ-Лукавецька О. М.* Про обмін жилих приміщень у будинках житлових кооперативів / Берназ-Лукавецька О. М. // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – Серія: юриспруденція: зб. наук. праць. – Одеса: Фенікс, 2012. – № 4. – С. 60–63.

7. *Карп'як Я. С., Воськало В. І., Сороковий П. М.* Організаційно-економічні аспекти функціонування житлово-будівельного кооперативу у процесі створення житла за кошти громадян / Карп'як Я. С., Воськало В. І., Сороковий П. М. // Науковий вісник національного лісотехнічного університету України: збірник науково-технічних праць. – Львів: НЛТУ України. – 2008. – № 18.6. – С. 242–248.

8. *Кобылянский В.* Земельный вопрос: ЖСК с землей и без / Кобылянский В. // Строительная деятельность. – 2008. – № 10. – С. 18–21.

Riabova K. O. Features of the legal status of members of the HBC

The article investigates the peculiarities of the legal status of members of housing cooperatives. It noted the contradictory requirements of basic normative-legal acts, imposed on a person who intends to become a member of the HBC.

Keywords: HBC, a member of the cooperative, social effect.

Рябова Е. А. Особенности правового статуса членов жилищно-строительного кооператива

В статье исследуются особенности правового статуса членов жилищно-строительных кооперативов. Отмечается противоречивость требований основных нормативно-правовых актов, предъявляемых к лицу, которое намеревается стать членом ЖСК.

Ключевые слова: ЖСК, член кооператива, социальный эффект.

ОСНОВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ КОНКУРЕНЦІЇ ТА АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ НА РИНКАХ ПАЛИВНО-ЕНЕРГЕТИЧНОГО КОМПЛЕКСУ УКРАЇНИ

Полюхович В. І.,
доктор юридичних наук, державний уповноважений Антимонопольного комітету України

У статті проаналізовано сучасний стан конкуренції на ринках паливно-енергетичного комплексу України шляхом виокремлення окремих галузевих ринків. Визначено основні проблеми, перепони для розвитку конкуренції на окремих ринках. Запропоновано шляхи подолання існуючих прогалин в чинному законодавстві та здійснення заходів в напрямі розвитку конкурентних відносин та антимонопольного регулювання на конкретних ринках паливно-енергетичного комплексу України: електроенергії та енергетичного вугілля, газу, нафти та нафтопродуктів.

Ключові слова: ринки електроенергії та енергетичного вугілля, газу, нафти та нафтопродуктів, конкуренція, антимонопольне регулювання, природні монополії, антиконкурентні узгоджені дії, паралельна поведінка, картель.

Паливно-енергетичний комплекс є потужним елементом економіки України, а тому наявність ефективної конкуренції в цій сфері вкрай необхідна.

Антимонопольний комітет України відповідно до компетенції вживає заходів, спрямованих на розвиток конкуренції на ринках паливно-енергетичного комплексу.

Ринки паливно-енергетичного комплексу традиційно досліджуються шляхом виокремлення ринку природного газу, ринку електроенергії та пов'язаного з ним ринку енергетичного вугілля, а також ринку нафти та нафтопродуктів.

Особливостями ринків природного газу та електроенергії є наявність природних монополій та обмеженість конкуренції на суміжних ринках. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про природні монополії» «природна монополія – стан товарного ринку, при якому задоволення попиту на цьому ринку є більш ефективним за умови відсутності конкуренції внаслідок технологічних особливостей виробництва (у зв'язку з істотним зменшенням витрат виробництва на одиницю товару в міру збільшення обсягів виробництва), а товари (послуги), що виробляються суб'єктами природних монополій, не можуть бути замінені у споживанні іншими товарами (послугами), у зв'язку з чим попит на цьому товарному ринку менше залежить від зміни цін на ці товари (послуги), ніж попит на інші товари (послуги)» [1]. Отже, законодавцем нормативно закріплено можливість обмеження конкуренції в сферах діяльності природних монополій.

Реформування та лібералізація конкурентного середовища на ринках газу в зв'язку з набранням чинності Закону України «Про ринок природного газу» вже активно відбувається. Проте реформування ринків електроенергії відбувається більш повільно. Ринки нафти та нафтопродуктів є конкурентними, але у зв'язку з існуючою структурою схильні до утворення картелів.

Антимонопольний комітет активно діє у напрямку розвитку конкуренції на цих ринках та усунення передумов порушень конкурентного законодавства. Детальніше зупинимось на економіко-правовій характеристиці кожного з ринків.

На сьогодні вся вироблена в Україні електроенергія незалежно від виду генеруючих потужностей продається в Оптовий ринок електроенергії (далі –ОРЕ) оптовому постачальнику – Державному підприємству «Енергоринок». Державне підприємство «Енергоринок» продає електроенергію обленерго і незалежним постачальникам, які вже безпосередньо постачають електроенергію роздрібним споживачам: населенню та суб'єктам господарювання. Оптовий ринок функціонує у формі узгоджених дій на підставі договору, укладеного між його членами, тобто як санкціонований державою картель. Електроенергія транспортується до споживача через мережі обленерго та ДП «Укренерго», які є суб'єктами природної монополії.

На сьогодні конкуренція на ринках електричної енергії не розвивається через низку факторів: перш за все, адміністративної зарегульованості відносин, а також факторів технічного характеру. Формування оптової ринкової ціни на електричну енергію є непрозорим. Так, для різних суб'єктів ринку НКРЕКП застосовуються різні адміністративно встановлені ціни. Про ринкове формування ціни та цінову конкуренцію не йдеться.

Разом з тим величина прогнозованої оптової ринкової ціни (від якої фактична ціна не може відхилятись), що встановлюється НКРЕКП, напряму залежить від даних, затверджених Міненерговугіллям у прогнозних балансах. При формуванні цих балансів не застосовується жодного прозорого механізму визначення обсягів електроенергії, що буде вироблено в наступному місяці певним видом генерації, зокрема АЕС або ТЕС. Відповідні величини визначаються за відсутності будь-яких формул та критеріїв.

Крім того, на сьогодні величина обмеження граничної ціни системи (Кнкре), яка є визначальною при формуванні тарифу для ТЕС, формується НКРЕКП непрозоро, порядок її формування відсутній, а тариф ТЕС є однією зі складових оптової ринкової ціни. Також оптова ринкова ціна штучно збільшується НКРЕКП у зв'язку з закладення до неї дотацій та компенсацій втрат від постачання електроенергії пільговикам. При цьому у доповнення до непрозорого регулювання цінова конкуренція на ОРЕ відсутня, а ціна, яка регулюється НКРЕКП на всіх рівнях продажу, жодним чином не реагує на попит.

Таким чином, існуюча на сьогодні система ціноутворення на ОРЕ є непрозорою, а також бар'єром розвитку конкуренції. Взагалі основним напрямом реформування ринку електричної енергії є перехід від моделі єдиного покупця до моделі двосторонніх угод між виробниками та постачальниками електричної енергії. Для цього першочерговим є внесення докорінних змін до чинного Закону України «Про засади функціонування ринку електричної енергії України» [2].

Ціна на електроенергію напряму залежить від ціни на первинні енергоносії, одним з яких є енергетичне вугілля. Але торгівля енергетичним вугіллям, за поодинокими винятками, відбувається всередині двох великих груп:

1. *Державні компанії. ПАТ «Центренерго»* купує вугілля у ДП «Вугілля України», куди його продають державні шахти.

2. *Приватні компанії групи ДТЕК та ПАТ «Донбасенерго».* Теплові електростанції групи ДТЕК купують вугілля шахт групи ДТЕК. ПАТ «Донбасенерго» також споживає вугілля здебільшого власного видобутку.

Ціну внутрішньогрупових продаж не можна назвати ринковою. Крім того, державна підтримка державних шахт є настільки значною, що в окремих випадках собівартість вугілля деяких державних шахт майже в 5 разів перевищувала ціну фактичного продажу.

Таким чином, про дійсну ринкову ціну вугілля в Україні на сьогодні говорити неможливо, і це при тому що паливна (вугільна) складова може досягати 80–90% в тарифі ТЕС.

Існують значні проблеми розвитку конкуренції у сфері роздрібного продажу електроенергії, однією з яких є нерівність можливостей доступу ПНТ та ПРТ до мереж. При цьому ПРТ, користуючись своїм монопольним становищем на ринку передачі, витісняють ПНТ зі сфери постачання.

У зв'язку з такими діями Антимонопольним комітетом України порушена значна кількість справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Перелічені, а також багато інших факторів, що стримують розвиток конкуренції на ринках електроенергії, відображені у Звіті за результатами проведеного Антимонопольним комітетом комплексного дослідження [3]. Також у Звіті наведено розроблений Комітетом пакет заходів у вигляді рекомендацій центральним органам виконавчої влади та пропозиції для Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України, виконання яких надасть можливість значною мірою покращити стан конкуренції на ринках електричної енергії та енергетичного вугілля.

Щодо ринку газу України слід зазначити, що його дослідження необхідно здійснювати через призму розподілу на:

– ринки природної монополії – транспортування, зберігання, розподілу природного газу;
– потенційно конкурентні ринки – постачання природного газу.

Одним з основних принципів Закону України «Про ринок природного газу» є вільна торгівля природним газом, рівність суб'єктів ринку природного газу, а також вільний вибір постачальника природного газу [4]. Проте існує проблема високої концентрації виробництва, транспортування, продажу природного газу в межах одного суб'єкта господарювання – Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України». Основний принцип, який має бути дотриманий при реформуванні НАК «Нафтогаз України», це розмежування природної монополії від потенційно конкурентних ринків та виконання адміністративних функцій – формування балансів ринку.

Одна із проблем на ринку природного газу полягає у суміщенні діяльності НАК «Нафтогаз України» на ринках природної монополії та потенційно конкурентному ринку постачання природного газу. НАК «Нафтогаз України» одночасно є трейдером та контролює доступ до газотранспортної системи безпосередньо чи опосередковано через ПАТ «Укртрансгаз». За таких обставин у структурі НАК «Нафтогаз України» є певний внутрішній конфлікт інтересів, за наявності якого вона прагнутиме усунення своїх конкурентів на відповідних ринках.

Згідно зі ст. 23–25 Закону України «Про ринок природного газу» відповідно до вимог Третього енергетичного пакету передбачається відокремлення діяльності з транспортування та видобування та іншої діяльності на ринку газу. Також Міністерство енергетики та вугільної промисловості пропонує виокремлення зі складу НАК «Нафтогаз України» газодобувних компаній шляхом передачі їх акцій в управління новоствореній юридичній особі – державному холдингу, що перебуватиме в сфері управління Міністерства економічного розвитку. Після проведення такої реструктуризації НАК «Нафтогаз України» буде здійснювати лише трейдерську діяльність. Щодо потенційно конкурентного ринку постачання природного газу необхідно зазначити, що сьогодні на ньому існують певні вади

правового регулювання, що суттєво впливають на стан конкуренції. Так, з прийняттям Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» серед визначеного в ст. 7 переліку видів діяльності, що підлягають ліцензуванню, передбачено «транспортування та розподіл природного газу, газу (метану) вугільних родовищ, його зберігання в обсягах, що перевищують рівень, встановлений ліцензійними умовами, та постачання, крім постачання природного газу, газу (метану) вугільних родовищ за нерегульованим тарифом» [5]. Водночас в ст. 1 Закону України «Про ринок природного газу», що «постачання природного газу – господарська діяльність, що підлягає ліцензуванню і полягає в реалізації природного газу безпосередньо споживачам на підставі укладених з ними договорів», а «постачальник природного газу (далі – постачальник) – суб'єкт господарювання, який на підставі ліцензії здійснює діяльність із постачання природного газу». Таким чином, ми бачимо, що на рівні закону України запроваджена дискримінаційна норма, за допомогою якої встановлена перепона щодо доступу на ринок постачання природного газу для постачальників за нерегульованим тарифом. Тобто діяльність з постачання природного газу може здійснюватися лише за умови отримання ліцензії, а її отримання не передбачено для постачальників за нерегульованим тарифом. Очевидно, що така прогалина в законодавстві повинна бути виправлена.

Розглянемо стан конкуренції та основні напрями антимонопольного регулювання на ринках нафти та нафтопродуктів. Основними суб'єктами господарювання, які в Україні здійснюють видобуток нафти, є ПАТ «Укрнафта» та ПАТ «Укргазвидобування». Основним суб'єктом господарювання, що здійснює переробку нафти на світлі нафтопродукти, є Кременчуцький НПЗ, який належить ПАТ «Укртатнафта».

Також видобуток нафти здійснюють інші суб'єкти господарювання, зокрема, відповідно до укладених договорів про розподіл продукції на підставі отриманих спеціальних дозволів на користування надрами.

Чинним законодавством передбачено, що видобута в Україні нафта підприємствами, частка держави в яких складає понад 50%, реалізується на аукціонах. Зазначена норма стосується і скрапленого газу. Аукціони проводяться на біржових майданчиках. Порядок проведення аукціонів затверджений постановою Кабінету Міністрів України «Про організацію та проведення біржових аукціонів з продажу нафти сирої, газового конденсату власного видобутку і скрапленого газу» від 16 жовтня 2014 р. № 570 [6]. Зазначеною постановою передбачено, що організація та проведення аукціонів покладається на аукціонний комітет, який приймає рішення про проведення аукціону, схвалює або відхиляє заявки на участь в аукціонах, затверджує стартову ціну кожного лоту. До складу аукціонного комітету входять представники Мінекономрозвитку, Міненерговугілля та НАК «Нафтогаз України».

Рішення аукціонного комітету є обов'язковим для виконання всіма учасниками аукціону, а також біржею, на якій проводиться аукціон. Разом з тим аукціонний комітет не має статусу юридичної особи, у своїй діяльності не підпорядковується Міненерговугілля та Мінекономрозвитку.

Відсутність контролю та відповідальності з боку Міненерговугілля та Мінекономрозвитку за діяльністю представників цих міністерств в аукціонному комітеті, а також відсутність визначеного порядку оскарження рішень аукціонного комітету створює передумови для прийняття аукціонним комітетом необґрунтованих рішень. Зокрема, під час реалізації покладених на аукціонний комітет повноважень на ринках нафти і нафтопродуктів було виявлено, що аукціонним комітетом необґрунтовано відхиляються заявки покупців на участь в аукціонах, а самі аукціони проводяться з порушеннями, зокрема, під час проведення аукціонів об'єднуються лоти. Зазначене створює бар'єри в доступі суб'єктів господарювання до ресурсу, що виставляється на продаж на аукціонах, та, як наслідок, призводить до спотворення конкуренції на ринках нафти і нафтопродуктів та їх штучної монополізації. У зв'язку із зазначеним є необхідність нормативного врегулювання зазначених питань.

Український ринок нафтопродуктів на 80% складається з імпортованих нафтопродуктів. В Україну пальне імпортує близько 140 імпортерів. Найбільшими імпортерами є ТОВ «ВОГ Ритейл», ТОВ «БНК-Україна», ПП «ОККО-Бізнес Контракт», ПАТ «Укртатнафта», ТОВ «Західна нафтогазова компанія». Близько 85% імпортованих нафтопродуктів ввозиться на митну територію України залізничним транспортом.

Близько 20% бензинів та дизельного пального, що реалізується в Україні, виробляється на потужностях ПАТ «Укртатнафта» (Кременчуцький НПЗ) та ПАТ «Укргазвидобування» (ГПУ Шебелинкагазвидобування).

При цьому учасників ринків роздрібної торгівлі нафтопродуктами умовно можна розділити на три групи:

1. Оператори ринку, які реалізують імпортоване пальне: ПІІ «Амік Україна» (бренд Amic), ПП «ОККО нафтопродукт» (бренд ОККО), ТОВ «ВОГ Ритейл» (бренд WOG), ТОВ «Альянс Холдинг» (бренд SHELL), ТОВ «СОКАР ПЕТРОЛЕУМ» (бренд «SOCAR»), які мають частку в загальному обсязі роздрібної торгівлі світлими нафтопродуктами близько 45%.

2. Оператори ринку, які реалізують пальне переважно вітчизняного виробництва: ПАТ «Укрнафта» (бренди Укрнафта, Sentosa Oil), ТОВ «НАТЕЛЬ» (бренд АВІАС плюс), ТОВ «НК

ЗАПОРІЖНАФТОПРОДУКТ» (бренди ЗНП, ANP, УКРНАФТА, АВІАС плюс) тощо, які мають частку в загальному обсязі роздрібної торгівлі світлими нафтопродуктами близько 30%.

3. Інші оператори ринку, які не мають розгалуженої мережі АЗС, займають частку в загальному обсязі роздрібної торгівлі світлими нафтопродуктами орієнтовно 25%.

Органами Антимонопольного комітету здійснюється постійний моніторинг ситуації на ринках світлих нафтопродуктів.

Згідно з інформацією операторів ринку та експертів об'єктивними факторами, що впливають на формування роздрібних цін на моторні бензини та дизельне пальне, є передусім:

– ціни на нафтопродукти на європейських ринках за котируваннями Platts, закупівельні ціни нафтопродуктів;

– податкове навантаження, що діє в Україні, зокрема: акциз, розмір та одиниця виміру якого змінилася з 01.03.2016 (для бензинів – з 228,0 євро за 1000 кілограмів на 171,50 євро за 1000 літрів; для палива моторного альтернативного – з 141 євро за 1000 кілограмів на 120 євро за 1000 літрів); податок на роздрібну реалізацію, розмір якого змінився з 01.01.2016, ставку податку (5%) змінено на специфічну ставку – 0,042 євро за кожний літр реалізованого (відпущеного) товару); ПДВ;

– зміна курсу гривні до долара США і євро;

– вартість перевезення нафтопродуктів територією України залізничним транспортом (з травня 2016 р. тарифи на перевезення зросли на 15%);

– торговельна надбавка (маржа), яка є достатньою для покриття обґрунтованих витрат та отримання прибутку.

Згідно з проведеним Антимонопольним комітетом аналізом цінової ситуації на європейських ринках нафти у 2015 р. ціни на сиру нафту мали тенденцію до падіння порівняно з 2014 р. та знизилися на 50 відсотків.

Разом з тим ми розуміємо, що оскільки левову частку українського ринку нафтопродуктів складає пальне імпортного походження, то визначальним орієнтиром для встановлення цін на вітчизняних роздрібних ринках є міжнародні котирування Platts на бензини та дизельне пальне.

У період протягом липня 2015 – березня 2016 міжнародні котирування Platts на бензин марки А-95 та дизельне пальне засвідчили тенденцію до падіння. При цьому, якщо роздрібні ціни на дизельне пальне в Україні певним чином відповідали тенденціям на європейських ринках, то роздрібні ціни на бензин марки А-95 не корелюються зі змінами факторів, що впливають на їх формування. Тому постає питання про те, чи дійсно вітчизняні ринки нафтопродуктів є конкурентними.

На ринку присутня значна кількість гравців, які фактично мали б конкурувати між собою. І від цієї конкурентної боротьби мав би виграти споживач. Необхідно визнати, що мають місце прояви нецінової конкуренції на ринках нафтопродуктів, коли оператори пропонують споживачам різноманітний спектр супутніх товарів та додаткових послуг.

Разом з тим на сучасному етапі ринки світлих нафтопродуктів характеризуються факторами, що свідчать про можливість свідомої паралельної поведінки, іншими словами, мовчазної змови. Тобто дії операторів ринку за відсутності підтвердженого факту прямої змови свідчать про узгодженість наслідків, які настають на ринках бензинів та дизельного пального внаслідок схожості поведінки його учасників.

Відповідно до загальноприйнятих в конкурентних відомствах провідних країн світу та на рівні міжнародних організацій OECD, UNCTAD, ICN критеріїв оцінки до факторів, що свідчать про наявність свідомої паралельної поведінки, належать:

– паралельна поведінка передбачає: одночасну, однонаправлену та в однаковій пропорції зміну ціни;

– встановлення однакових цін за відсутності об'єктивних причин;

– відсутність формальних угод між учасниками ринку щодо узгодження своєї поведінки;

– феномен цінової асиметрії «ROCKETS and FEATHERS» (коли ціни на нафту ростуть – ціни на бензин стрімко зростають, проте за умови зниження ціни на нафту – бензин дешевшає значно повільніше).

В чинному законодавстві України такий вид правопорушення передбачений ч. 3 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції»: «Антиконкурентними узгодженими діями вважається також вчинення суб'єктами господарювання схожих дій (бездіяльності) на ринку товару, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції у разі, якщо аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності)» [7].

Отже, як наслідок, має місце відмова від цінової конкуренції між учасниками паралельної поведінки, спонукання інших учасників ринків до необґрунтованого підвищення своїх роздрібних цін та обмеження інтересів споживачів. З огляду на соціальну значимість ринків нафтопродуктів вказані ринки постійно перебувають та в найближчій перспективі залишатимуться в полі пильної уваги органів Комітету.

Стабільність соціально важливих ринків нафтопродуктів і виважена цінова поведінка мають залишатися ключовим фактором під час здійснення суб'єктами господарювання власної економічної

діяльності. Прозорість, прогнозованість, обґрунтованість – це ті принципи, котрі учасники ринків нафтопродуктів повинні мати орієнтиром у своїй діяльності.

Враховуючи зазначене, бачимо, що ринки паливно-енергетичного комплексу є різними як за специфікою функціонування, так і за змістом правового регулювання, кожен з них має свої проблеми, але загальним та спільним для всіх є необхідність розвитку конкуренції, що є суттєвим фактором, що впливає на розвиток економіки держави в цілому. Тому як підсумок слід визначити, що принципами, дотримання яких стане базовою умовою розвитку конкуренції та антимонопольного регулювання в Україні, мають бути:

– розвиток конкуренції та захист прав споживачів як безумовний пріоритет реформування ринків паливно-енергетичного комплексу;

– забезпечення прозорості діяльності суб'єктів природних монополій та неухильне дотримання ними вимог конкурентного законодавства;

– всі товари (роботи, послуги) мають продаватись на конкурентних ринкових засадах за умови мінімального втручання держави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про природні* монополії: Закон України від 20 квітня 2000 р. № 1682-III // Відомості Верховної Ради України, 2000. – № 30. – Ст. 238.

2. *Про засади* функціонування ринку електричної енергії України: Закон України від 24 жовтня 2013 р. № 663-VII // Відомості Верховної Ради, 2014. – № 22. – Ст. 781.

3. *Звіт* Антимонопольного комітету України про результати комплексного дослідження ринків електричної енергії та енергетичного вугілля [Електронний ресурс] Режим доступу: http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=125980&schema=main.

4. *Про ринок* природного газу: Закон України від 9 квітня 2015 р. № 329-VIII // Відомості Верховної Ради, 2015. – № 27. – Ст. 234.

5. *Про ліцензування* видів господарської діяльності: Закон України від 2 березня 2015 р. № 222-VIII // Відомості Верховної Ради, 2015. – № 23. – Ст. 158.

6. *Про організацію* та проведення біржових аукціонів з продажу нафти сирої, газового конденсату власного видобутку і скрапленого газу: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2014 р. № 570 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/570-2014-%D0%BF.

7. *Про захист* економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III // Відомості Верховної Ради України, 2001. – № 12. – Ст. 64.

Polyukhovch V. I. The main directions of development of competition and antitrust regulation in the markets of fuel and energy complex of Ukraine

The article analyzes the current state of competition in the markets of fuel and energy complex of Ukraine through the provision of separate sectoral markets. The main problems, obstacles for the development of competition in the individual markets. Ways to overcome the existing gaps in the current legislation and the implementation of activities towards the development of competitive relations and anti-monopoly regulation in specific markets of fuel and energy complex of Ukraine: electricity and steam coal, gas, oil and oil products.

Keywords: electricity market and power coal, gas, oil and oil products, competition, antitrust regulation, natural monopolies, anticompetitive concerted actions, parallel behavior, the cartel.

Полюхович В. И. Основные направления развития конкуренции и антимонопольное регулирование на рынках топливно-энергетического комплекса Украины

В статье проанализировано современное состояние конкуренции на рынках топливно-энергетического комплекса Украины путем выделения отдельных отраслевых рынков. Определены основные проблемы, преграды для развития конкуренции на отдельных рынках. Предложены пути преодоления существующих пробелов в действующем законодательстве и осуществления мероприятий в направлении развития конкурентных отношений и антимонопольного регулирования на конкретных рынках топливно-энергетического комплекса Украины: электроэнергии и энергетического угля, газа, нефти и нефтепродуктов.

Ключевые слова: рынки электроэнергии и энергетического угля, газа, нефти и нефтепродуктов, конкуренция, антимонопольное регулирование, естественные монополии, антиконкурентные согласованные действия, параллельное поведение, картель.

ЗМІНА ПРАВОВИХ ЗАСАД У СФЕРІ ТЕХНІЧНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ВІДПОВІДНО ДО ВИМОГ ЄС

Попович Т. Г.,
науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті аналізуються нова редакція Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності» та підзаконні акти, пов'язані з цим законом, що вступили в законну силу з 10 лютого 2016 року. У Законі визначається технічне регулювання як правове регулювання відносин у сфері визначення та виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних з ними процесів та методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та/або державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції чи інших видів державного нагляду (контролю).

Ключові слова: технічне регулювання, технічні регламенти, законодавство про стандартизацію, закон про технічне регулювання, знак якості, оцінка відповідності, принцип добровільності, принцип обов'язковості.

В умовах лібералізації міжнародної торгівлі основними перешкодами у торгівлі промисловими товарами з ЄС є не імпортні тарифи, відсутність попиту на товари українського виробництва чи перенасиченість європейського ринку, а саме технічні бар'єри. Система технічного регулювання в ЄС вважається найбільш ефективною та успішною для усунення технічних бар'єрів у торгівлі.

З 10 лютого 2016 р. набула чинності нова редакція Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності». У ньому визначається технічне регулювання як правове регулювання відносин у сфері визначення та виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних з ними процесів та методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та/або державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції чи інших видів державного нагляду (контролю). З цього часу в законодавчих актах не закріплюється та не описується поняття стандартизації. Так само не вживається та не описується поняття стандарту, технічних вимог, нормативів (у понятті стандартів) тощо. Відповідно до вимог з усунення технічних бар'єрів у торгівлі єдиним законодавчо визначеним терміном є «технічний регламент», тобто нормативно-правовий акт, в якому визначено характеристики продукції або пов'язані з ними процеси та методи виробництва, включаючи відповідні процедурні положення, додержання яких є обов'язковим. Він може також включати або виключно стосуватися вимог до термінології, позначень, пакування, маркування чи етикетування тією мірою, в якій вони застосовуються до продукції, процесу або методу виробництва. По своїй суті цей опис є майже тотожним до терміна «стандарт», що раніше закріплювався у Законі України «Про стандартизацію» (нині нечинний), – це документ, розроблений на основі консенсусу та затверджений уповноваженим органом, що встановлює призначені для загального і багаторазового використання правила, інструкції або характеристики, які стосуються діяльності чи її результатів, включаючи продукцію, процеси або послуги, дотримання яких є необов'язковим. Стандарт може містити вимоги до термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певної продукції, процесу чи послуги.

У них такі спільні описові ознаки:

1) багаторазовість застосування;

2) загальнодоступність;

3) визнання державою (нормативність);

4) документальне письмове закріплення спеціально уповноваженим органом;

5) описовий характер щодо продукції, послуг, методів чи процесів виробництва;

6) закріплення як обов'язкових, так і не обов'язкових вимог щодо продукції, послуг, методів чи процесів виробництва;

7) може бути усіченим, тобто стосуватися лише вимог до термінології, позначень, пакування, маркування чи етикетування тією мірою, в якій вони застосовуються до продукції, процесу або методу виробництва.

Таким чином, ми можемо вести мову про фактичне заміщення одного терміна іншим, що не є особливо небезпечним чи неправильним, оскільки відповідає нашим зобов'язанням, закріпленим у міжнародних документах, та допомагає нашим товаровиробникам відійти від радянського минулого в господарській діяльності, отримавши шанс вийти на світові ринки, у тому числі ЄС.

Так само як і раніше, засадничими цілями прийняття вимог у сфері стандартизації (технічного регулювання) є захист життя та здоров'я людей, тварин і рослин, охорона довкілля та природних ресурсів, забезпечення енергоефективності, захист майна, забезпечення національної безпеки. Новим є положення, викликане обставинами та об'єктивним розвитком суспільства, про те, що технічний

регламент має стати запобіжником підприємницькій практиці, що вводить споживача (користувача) в оману. При виникненні інших об'єктивних обставин законами також можуть бути визначені інші цілі прийняття технічних регламентів за умови відповідності принципам, установленим угодою Світової організації торгівлі про технічні бар'єри у торгівлі, що є додатком до Марракеської угоди про заснування Світової організації торгівлі 1994 року.

Основою технічних регламентів мають бути:

1) міжнародні стандарти, якщо вони вже прийняті або перебувають на завершальній стадії розроблення, чи їх відповідні частини, за винятком випадків, коли такі міжнародні стандарти чи їх відповідні частини є неефективними або невідповідними засобами для досягнення визначених цілей прийняття технічних регламентів, зокрема, внаслідок суттєвих кліматичних чи географічних чинників або суттєвих технологічних проблем;

2) регіональні стандарти, національні стандарти України чи інших держав, актів законодавства Європейського Союзу, інших економічних об'єднань або інших держав чи відповідні частини таких стандартів (актів законодавства).

Зазвичай технічні регламенти затверджуються законами, актами Кабінету Міністрів України та центральних органів виконавчої влади, але технічні регламенти, якими передбачене застосування процедур оцінки відповідності, затверджуються лише законами або нормативними актами Кабінету Міністрів України.

Сутність (зміст) технічних регламентів має зводитися до визначення видів продукції або пов'язаних з нею процесів чи методів виробництва, на які поширюється дія технічних регламентів, та в разі потреби визначення видів продукції або пов'язаних з нею процесів чи методів виробництва, на які не поширюється дія цих технічних регламентів. У тексті можуть також зазначатися технічні вимоги, яким має відповідати продукція, що вводиться в обіг, надається на ринку або вводиться в експлуатацію. Зазначені технічні вимоги можуть бути визначені як суттєві вимоги, що визначають рівень захисту суспільних інтересів та формулюються з точки зору результатів, яких необхідно досягти. Для забезпечення рівності усіх учасників ринку необхідно включати у текст технічного регламенту права та обов'язки суб'єктів господарювання, які стосуються введення продукції в обіг, надання її на ринку або введення її в експлуатацію, а в разі якщо технічними регламентами передбачене залучення до цієї діяльності інших, ніж суб'єкти господарювання, фізичних чи юридичних осіб – також їх права та обов'язки. Обов'язковою є загальна вимога щодо надання супровідної інформації про продукцію для споживачів (маркування, інструкцій з користування тощо), а також спеціальні вимоги щодо здійснення державного ринкового нагляду стосовно продукції.

Додатковими вимогами для включення до тексту технічного регламенту, яким передбачено застосування процедур оцінки відповідності, є наявність:

1) процедури оцінки відповідності, яка має або може застосовуватися для оцінки відповідності продукції технічним вимогам, визначеним у технічних регламентах, а в разі якщо така процедура затверджена іншими нормативно-правовими актами – посилання на них;

2) спеціальні вимоги до призначених органів, їх обов'язки (у разі якщо технічними регламентами передбачене застосування процедур оцінки відповідності із залученням призначених органів);

3) вимоги щодо складання, зберігання та надання органам державного ринкового нагляду декларації про відповідність та технічної документації, необхідної для оцінки відповідності продукції;

4) правила та умови нанесення знака відповідності технічним регламентам.

Технічне регулювання, передбачене Законом України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності», не застосовується до:

– виробів мистецтва та унікальних виробів народного художнього промислу;

– предметів колекціонування та антикваріату;

– санітарних та фітосанітарних заходів;

– оцінки відповідності якості зерна та продуктів його переробки, насіння та садивного матеріалу згідно із законами України «Про зерно та ринок зерна в Україні», «Про насіння і садивний матеріал»;

– оцінки відповідності колісних транспортних засобів та їх частин;

– оцінки відповідності сільськогосподарських та лісогосподарських тракторів, їх причепів і змінного причіпного обладнання, систем, складових частин та окремих технічних вузлів;

– заходів щодо державної експертизи у сферах криптографічного та технічного захисту інформації;

– обов'язкової оцінки відповідності послуг, що здійснюється відповідно до законодавства.

Проявом якісності продукції, товарів чи послуг на ринку є відповідність їх встановленим вимогам, тобто шляхом проведення оцінки відповідності технічним регламентам. Передбачається, що проведення оцінки відповідності може бути як добровільним, так і обов'язковим. Добровільна оцінка відповідності здійснюється в будь-яких формах, включаючи випробування, декларування відповідності, сертифікацію та інспектування, та на відповідність будь-яким заявленим вимогам. Обов'язкове проведення оцінки відповідності вимогам технічних регламентів буде здійснюватися у випадках, передбачених у технічних регламентах, і шляхом застосування процедур оцінки відповідності, які визначені в таких

технічних регламентах. Для проведення оцінки відповідності вимогам технічних регламентів можуть (при добровільній) або повинні (при обов'язковій) бути залучені такі органи з оцінки відповідності:

1) призначені органи – органи з сертифікації, інспектування, випробувальні лабораторії;

2) визнані незалежні організації;

3) акредитовані випробувальні лабораторії виробників.

До 1 січня 2018 р. ще існує обов'язкова сертифікація продукції, що здійснюється відповідно до Декрету Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію» від 10.05.1993 р. № 46-93. Це означає, що з 1 січня 2018 р. вся продукція, яка наразі сертифікується та входить до Переліку продукції, що підлягає обов'язковій сертифікації в Україні, затвердженому наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 1 лютого 2005 р. № 28, не підлягатиме обов'язковій сертифікації.

На сьогодні вже не сертифікуються в обов'язковому порядку мийні засоби, трактори малогабаритні, зварювальне обладнання, велосипеди, дитячі коляски, посуд з чорних та кольорових металів, фарфору та фаянсу, дорожні транспортні засоби, їх складові частини та приладдя, труби та балони, хімічні джерела струму та арматура трубопровідна. Надалі не будуть сертифікуватися спеціальні засоби самозахисту, засоби охоронного призначення, продукція протипожежного призначення, нафтопродукти, будівельні матеріали, вироби та конструкції, радіаційна техніка, усі види зброї та боєприпаси (крім військової), електричний транспорт.

Вважаємо за необхідне зазначити, що паралельно на Кабінет Міністрів України був покладений обов'язок до дня втрати чинності Декрету забезпечити проведення аналізу обґрунтованості запровадження оцінки відповідності окремих видів продукції, що підлягають наразі обов'язковій сертифікації, вимогам технічних регламентів та розроблення, в разі потреби, відповідних технічних регламентів. Маємо надію, що урядові структури виконають свій обов'язок і забезпечать аналіз та врегулювання цих питань. Зокрема, кожне відомство має свої зобов'язання у сфері технічного регулювання:

1) Мінекономрозвитку – промислова політика, метрологія та метрологічна діяльність (у тому числі загальна безпечність нехарчової продукції; засоби вимірювальної техніки; мірні ємності; кількість фасованого товару в упаковках; електричне та електронне обладнання, його електромагнітна сумісність; машини; прилади, що працюють на газоподібному паливі; обладнання та захисні системи, призначені для застосування в потенційно вибухонебезпечному середовищі; пересувне обладнання, що працює під тиском; продукція легкої промисловості; іграшки; мийні засоби);

2) Мінінфраструктури – автомобільний, міський електричний, залізничний, морський та річковий транспорт (у тому числі транспортні засоби, їх частини та предмети обладнання; експлуатаційна сумісність (інтероперабельність) залізничної системи; морське обладнання);

3) МОЗ – охорона здоров'я, створення, виробництво, контроль якості та реалізації лікарських засобів та медичних виробів (у тому числі медичні вироби; медичні вироби для діагностики in vitro; активні медичні вироби, які імплантують; лікарські засоби; косметична продукція; тютюнові вироби);

4) МВС – охорона громадського порядку, забезпечення громадської безпеки (у тому числі піротехнічні вироби; технічні засоби охоронного призначення; спеціальні засоби індивідуального захисту та активної оборони; мисливська і спортивна вогнепальна зброя; холодна зброя; конструктивно схожі із зброєю вироби для розваг і відпочинку);

5) ДСНС – цивільний захист, техногенна і пожежна безпека, гідрометеорологічна діяльність (у тому числі засоби протипожежного захисту; засоби цивільного захисту (крім виробів медичного призначення та лікарських засобів); пожежобезпечність продукції (крім видів продукції, які включені до сфер діяльності, в яких функції технічного регулювання здійснюються іншими центральними органами виконавчої влади і стосовно яких встановлені вимоги щодо пожежобезпечності);

6) Мінагрополітики – інженерно-технічне забезпечення агропромислового комплексу, сільськогосподарське машинобудування, агропромислове виробництво, рибне господарство та рибна промисловість, лісове господарство (у тому числі продукція сільськогосподарського та лісогосподарського машинобудування; вимоги до маркування, етикетування, позначень, пакування продукції сільського та рибного господарства, тваринництва, садівництва, насінництва, розсадництва, виноградарства);

7) Міненерговугілля – паливно-енергетичний комплекс (у тому числі автомобільні бензини; дизельне, суднове та котельне паливо);

8) Мінсоцполітики – соціальний захист, промислова безпека та охорона праці, поводження з вибуховими матеріалами (у тому числі ліфти; обладнання, що працює під тиском; прості посудини високого тиску; засоби індивідуального захисту; канатні дороги для перевезення пасажирів; вибухові матеріали промислового призначення; технічні та інші засоби реабілітації (крім медичних виробів та допоміжних засобів до них, на які поширюється дія технічного регламенту щодо медичних виробів);

9) Мінрегіон – будівництво, містобудування, промисловість будівельних матеріалів, житлово-комунальне господарство (у тому числі будинки, будівлі, споруди та лінійні об'єкти інженерно-транспортної інфраструктури; будівельні вироби);

10) Держенергоефективності – ефективне використання паливно-енергетичних ресурсів, енергозбереження, відновлювані джерела енергії та альтернативні види палива (у тому числі вимоги до екодизайну; енергетичне маркування; відновлювані джерела енергії та альтернативні види палива);

11) Міноборони – оборона і військове будівництво (у тому числі озброєння та військова техніка);

12) Мінприроди – охорона навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки (у тому числі екологічна безпечність продукції, (крім видів продукції, які включені до сфер діяльності, в яких функції технічного регулювання здійснюються іншими центральними органами виконавчої влади і стосовно яких встановлені вимоги щодо екологічної безпечності);

13) Держатомрегулювання – безпека використання ядерної енергії (пакувальні комплекти для зберігання та захоронення радіоактивних відходів; закриті джерела іонізуючого випромінювання);

14) ДКА – космічна діяльність (у тому числі космічна техніка);

15) Адміністрація Держспецзв'язку – телекомунікації, користування радіочастотним ресурсом, криптографічний та технічний захист інформації (у тому числі радіообладнання, технічні засоби телекомунікацій і телекомунікаційне кінцеве (термінальне) обладнання; засоби криптографічного захисту інформації та спеціального зв'язку, процес їх створення та функціонування у складі інформаційно-телекомунікаційних систем; засоби технічного захисту інформації);

16) Мін'юст – електронний цифровий підпис (у тому числі технічні засоби та системи функціонування інфраструктури відкритих ключів).

Насамкінець зазначимо, що з 10 лютого 2016 р. набула чинності Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження форми, опису знака відповідності технічним регламентам, правил та умов його нанесення» від 30 грудня 2015 р. № 1184. Він не особливо відрізняється від знака державної системи сертифікації, але має свої особливості та вимоги:

1. Знак відповідності технічним регламентам має форму незамкненого з правого боку кола, усередині якого вміщено стилізоване зображення трилисника. Довжина розриву кола становить 0,22 його загальної довжини (або 80 градусів).

2. Зображення знака відповідності може бути плоским або рельєфним і виконується двома контрастними кольорами.

3. Висота знака відповідності не може бути менш як 5 міліметрів, якщо інше не передбачено відповідним технічним регламентом.

4. У разі зменшення або збільшення розміру знака відповідності повинні бути дотримані пропорції його форми.

Реформування правових засад технічного регулювання в Україні на підставі вимог міжнародного співтовариства є дуже позитивним сигналом про готовність України до чесних ринкових відносин та про вихід з перехідного періоду економічного розвитку, що забезпечить учасників господарських відносин справедливими конкурентними перевагами, а споживачів – продукцією, товарами (послугами), що відповідають вимогам міжнародного рівня.

Popovich T. G. Changes in legal bases of technical regulation in Ukraine according to EU requirements

This article analyzes the new edition of the Law of Ukraine "On technical regulations and assessment of conformity" and secondary legislation related to the law, which entered into legal force on February 10, 2016. The law defined technical regulations as legal regulation of relations in the definition and implementation of mandatory requirements for product characteristics or related processes and production methods, as well as verify their compliance by conformity assessment bodies and / or national market surveillance and control of non-food products certain types of state supervision (control).

Keywords: Rules, regulations, legislation on standardization law on technical regulations, quality mark, conformity assessment, the principle of voluntary, mandatory principle.

Попович Т. Г. Изменение правовых основ в сфере технического регулирования в Украине в соответствии с требованиями ЕС

В статье анализируются новая редакция Закона Украины «О технических регламентах и оценке соответствия» и подзаконные акты, связанные с этим законом, вступившим в законную силу с 10 февраля 2016 года. В Законе определяется техническое регулирование как правовое регулирование отношений в сфере определения и выполнения обязательных требований к характеристикам продукции или связанных с ними процессов и методов производства, а также проверки их соблюдения путем оценки соответствия и/или государственного рыночного надзора и контроля непищевой продукции или иных видов государственного надзора (контроля).

Ключевые слова: техническое регулирование, технические регламенты, законодательство о стандартизации, закон о техническом регулировании, знак качества, оценка соответствия, принцип добровольности, принцип обязательности.

ДО ПИТАННЯ ДЕРЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Сергійко О. В.,
науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджено теоретичні і практичні проблеми побудови дієвих механізмів дерегулювання підприємницької діяльності. Визначено рівні та напрями розвитку системи державного дерегулювання господарської діяльності в сучасних умовах розвитку.

Ключові слова: підприємницька діяльність, регулювання та дерегулювання, рівні дерегулювання, напрями дерегулювання підприємницької діяльності.

Забезпечення сталого економічного зростання є важливим завданням державної економічної політики, що обумовлює високу актуальність дослідження питань спрямованості державного регулювання економіки на сприяння регіональному розвитку та підвищення конкурентоспроможності вітчизняних виробників на внутрішніх та зовнішніх ринках. Для забезпечення соціально-економічного розвитку держава має варіювати ступінь регулювання залежно від низки факторів, які впливають на ефективність державного втручання у різні сфери суспільних відносин, що може проявлятися як у державній політиці регулювання, так і у дерегулюванні економіки.

Роль державного регулювання, застосування ефективних інструментів державної політики в різних сферах суспільних відносин висвітлено в працях Л. Дідківської, Т. Єфименко, С. Зеленського, В. Князєва, І. Михасюка, Т. Никифорова, А. Савченко, Д. Стеченко, А. Чечиль, М. Фрідмана, С. Чистова, О. Шаптала та ін. Увагу питанням дерегулювання підприємництва приділяли такі вітчизняні та закордонні вчені: Г. Башнянін, С. Білинська-Слотило, Г. Білоус, К. Бренінг-Кауфманн, А. Булатов, О. Верховод, Є. Губін, С. Григорук, С. Жаворонков, Є. Крузе, К. Коронік, Є. Кубко, А. Кураташвілі, Ю. Кюлінг, А. Лінхард, С. Лихолат, В. Мау, Л. Мінін, Т. Пфістерер, Г. Смолин та інші.

Статтю присвячено дослідженню теоретичного підґрунтя дерегулювання та аналізу тенденцій практичної реалізації заходів, спрямованих на зменшення державного втручання в господарські відносини. Метою дослідження є теоретичне узагальнення сутності та особливостей дерегулювання підприємництва, оцінка й аналіз реформ дерегулювання в Україні та розробка практичних рекомендацій щодо підвищення дієвості заходів дерегулювання підприємницької діяльності на основі законодавчого забезпечення політики дерегулювання.

Об’єктом дослідження є результати процесу реалізації політики дерегулювання. Предметом дослідження виступають теоретико-методичні та прикладні аспекти обґрунтування та реалізації реформ з дерегулювання підприємництва.

В умовах глобалізації, соціальної орієнтації, прагнення України до європейської інтеграції значно зростає актуальність дослідження питань державного регулювання господарських відносин. Функціонування та розвиток економіки в сучасних умовах ставить певні перепони у задоволенні потреб учасників ринкових відносин: підприємств, споживачів, найманих працівників, регіонів, держави.

Важлива роль у створенні умов для подолання цих труднощів належить державі. На даному етапі розвитку вона виступає активним суб’єктом економіки, який здійснює певні регулятивні функції щодо всього суспільного виробництва та займається безпосереднім господарюванням. Однак надмірне державне регулювання не завжди досягає поставленої цілі – всебічного розвитку національної економіки. Як свідчить практика багатьох країн та України в тому числі, прагнення держави до всебічного контролю та високого ступеня втручання в усі сфери має не тільки позитивні тенденції, а й негативні наслідки. Для ведення господарської діяльності потрібні якісні правила, які є прозорими і можуть використовуватися всіма господарюючими суб’єктами.

В системах з прозорими й ефективними нормами регулювання підприємницької діяльності доступ до ділових можливостей меншою мірою обумовлений особистими зв’язками або спеціальними привілеями, а переважна частина господарської діяльності здійснюється у формальному секторі економіки, де вона може користуватися належним регулюванням та оподаткуванням.

На практиці можна виділити такі напрями дерегулювання: можливість подання документів на державну реєстрацію прав як у паперовій, так і електронній формі; скасування необхідності здійснювати технічну інвентаризацію при укладанні кожної угоди купівлі-продажу, даруванні та інших операціях зміни власника об’єкта нерухомості, що спрощує і скорочує процедуру реєстрації права власності; поступове скорочення рівня податкового навантаження, кількості та тривалості сплати податків; скорочення ставки податку на прибуток підприємств; зменшення кількості процедур для підключення до системи електропостачання, час та вартість такого підключення; спрощення доступу до електричної енергії шляхом оновлення процедури нових приєднань до електричних мереж; швидкі терміни вирішення боргової суперечки (30 процедур, на які витрачається близько 378

днів), що дає змогу заощадити час та можливо частково компенсувати понесені витрати; спрощена процедура вирішення неплатоспроможності; розширення кредитної інформації в приватному бюро кредитних історій; висока доступність кредитної інформації; у будівництві зменшення грошових та часових витрат у процесі отримання дозвільних документів; введення дозвільної системи з урахуванням рівня ризиків; скорочення часу, необхідного для митного оформлення та інші.

У сучасних умовах розвитку економіки України важливим є перегляд необхідності та доцільності «присутності держави» у всіх сферах життєдіяльності у тому ступені, який призводить до негативних наслідків. Важливим, на думку І. Павлішенко та О. Босик, є визначення раціонального ступеня державного втручання у підприємницьку діяльність з тим, щоб, з одного боку, забезпечити ефективне функціонування приватного сектора економіки та отримання ним високих прибутків, а з іншого – створити передумови для збалансованого росту економіки країни загалом та підвищення рівня добробуту громадян зокрема [1].

Розглядаючи державні механізми регулювання ринкових відносин, слід зазначити, що вони, з одного боку, сприяють розвитку економіки на певний період, однак, з іншого боку, поступово відстають від динаміки економічного розвитку як всередині країни, так і на міжнародному рівні [2]. Це, зокрема, підтверджується економічним законом Гудхарта (Goodhart's Law), відповідно до якого будь-яка спроба уряду контролювати економічну змінну може її спотворити настільки, що зробить цей контроль неефективним [3].

Розуміння та втілення в реальність дій з балансування між посиленням чи послабленням державного регулювання, що має враховувати низку факторів (глобалізаційні перетворення, рівень соціально-економічного розвитку країни та її регіонів, політичне становище, зовнішньоекономічні відносини, розвиток підприємництва, інвестиційно-інноваційна активність у країні, пріоритетні напрями розвитку тощо), надасть можливість вчасно та ефективно розробляти та впроваджувати заходи з державного регулювання та дерегулювання економіки, які співвідносяться різним ступенем державного втручання в економіку. Інтерес політиків та науковців до процесів дерегулювання, як до засобу покращення економічного становища в країні, обумовлений інтеграційними процесами, які характерні для сучасної України. Він виступає не тільки засобом пожвавлення вітчизняної економіки, а й інструментом досягнення конкурентоспроможності на світовому ринку.

Соціально-економічний розвиток країни потребує інтенсифікації ділової активності суб'єктів господарювання як на внутрішніх, так і на міжнародних ринках з появою інноваційної продукції, технології, розширенням ринків, що передбачає введення необхідних правових регуляторів (законів, правил, умов, обмежень та ін.). З іншого боку, відбувається постійне відставання правової бази від прискорених процесів перетворення ринкового середовища, що вимагає лібералізації або дерегулювання економічної діяльності з метою забезпечення сталого розвитку ринку в умовах, що змінюються [4]. Задля соціально-економічного розвитку держава має варіювати ступінь регулювання залежно від безлічі факторів, які впливають на ефективність державного впливу на різні сфери, що може проявлятися як у державній політиці регулювання, так і у державній політиці дерегулювання. В таких умовах важливим є підхід до розгляду державного регулювання і дерегулювання економіки як специфічного прояву одного процесу – створення умов для стійкого і динамічного соціально-економічного розвитку країни. Різниця у цих поняттях полягає у різному ступені сили державного впливу, який досягає максимуму при жорсткій політиці державного регулювання та мінімізується через реалізацію заходів з дерегулювання економіки.

Так, на думку А. Кураташвілі [5], протиставлення дерегулювання економіки її державному регулюванню не є правильним, що підтверджують такі положення: по-перше, в умовах реального цивілізованого функціонування суспільства і держави дерегулювання економіки не може відбуватися довільно, спонтанно, тобто воно не може відбуватися без волі та цілеспрямованої діяльності держави. Економічне дерегулювання супроводжується активним правовим та організаційним втручанням державної влади в економічне життя суспільства; по-друге, дерегулювання лише на перший погляд означає нібито відмову від державного регулювання економіки. Насправді ж сам процес дерегулювання економіки в інституційно-правовому й організаційному плані забезпечується та регулюється власне державою. Вона забезпечує також подальше вільне функціонування та розвиток дерегульованої економіки в межах існуючих у суспільстві юридичних законів та інших правових актів.

Слід враховувати фактори, що впливають на необхідність зміни рівня державного регулювання від посилення регулювання до дерегулювання економіки. Розглядаючи економічну сутність дерегулювання, слід відмітити, що воно є одним із пріоритетних напрямів реформування державного управління економікою країни, сукупність заходів, спрямованих на зменшення втручання державних органів у різні сфери суспільних відносин. У політиці кожної держави існує проблема вибору між економічною ефективністю виробництва і соціальною справедливістю. Особливо гострою ця проблема є у країнах пострадянського простору. Невирішеність зазначеної проблеми спричиняє конфлікти та соціальну напруженість у суспільстві. Проте така проблема вибору може бути вирішена в межах оптимальної (з позицій критеріїв економічної ефективності та справедливості) державної регуляторної політики і

розробки стратегії гармонізації цих двох критеріїв. У даному випадку прийнятним є визначення Н. Саніахметової, що регуляторна політика розглядається як напрям державного регулювання політики, спрямований на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах, у порядку та спосіб, встановлених Конституцією та законами України [6].

Маються на увазі перешкоди, пов'язані із початком господарської діяльності, доступом до основних ресурсів економічної активності; спрощення правил, пов'язаних із регулюванням господарських відносин з органами державної влади та місцевого самоврядування; забезпечення оптимальності, стабільності, гласності та відстеження результативності та за її наслідками перегляд регуляторних актів. Проте це не єдине визначення «дерегулювання».

Дослідженню процесів дерегуляції присвячено багато наукових робіт. Економічні школи та науковці наводили у своїх працях різні тлумачення даного поняття.

Дерегулювання стосується передусім прямого, або адміністративно-правового, регулювання. Державне регулювання економіки – стабільний компонент сучасної соціально орієнтованої ринкової системи, необхідна умова забезпечення процесу відтворення суспільного капіталу, що відбувається у двох вимірах: у часі та просторі, тобто в різний час здійснюється з різною інтенсивністю, поширюється на меншу чи більшу кількість господарюючих суб'єктів. У країнах з розвинутою економікою визначилися галузі (сектори), що перебувають під відносно постійним і особливо жорстким державним контролем [7]. Діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування, спрямована на зменшення існуючого впливу, що здійснюється державою за допомогою права та сукупності правових засобів упорядкування, юридичного закріплення, охорони та розвитку діяльності суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва з метою виготовлення та реалізації продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Різноманітність визначень поняття «дерегулювання» свідчить про складність предмета дослідження та дає змогу зробити такі висновки: основною ідеєю у визначенні «дерегулювання економіки» є повне або часткове скасування державного регулювання з метою розвитку конкуренції на ринку; що стосується поняття «дерегулювання підприємницької діяльності», то в більшості з визначень одразу ж прописані основні заходи, необхідні для цього: спрощення порядку створення (реєстрації), забезпечення пріоритетного розвитку підприємництва тощо. Дерегулювання знаходиться у прямій залежності від державного регулювання, оскільки необхідність у цьому процесі виникає саме при перевищенні рівня регулювання, прийнятного для нормального функціонування ринку. Проте питання щодо ефективного співвідношення регулювання та дерегулювання потребує більш детального розгляду; більшість визначень включає в себе необхідність спрощення/скасування певних законодавчих актів або, як варіант, прийняття нових, більш ефективних, що вказує на прямий зв'язок дерегулювання з правотворчою діяльністю.

Відсутність єдиного нормативно-закріпленого визначення поняття «дерегулювання» призводить до появи великої кількості різних трактувань, із яких не можна чітко вивести принципи поняття та зрозуміти, які саме органи мають здійснювати «дерегулювання». Таким чином, існує необхідність у розробці комплексного визначення терміна «дерегулювання», яке б включало в себе такі складові, як основна мета, рівні, на яких проходить даний процес, та органи влади, якими він має проводитися. Не менш важливим є визначення його принципів, ознак, основних напрямів та співвідношення з державним регулюванням.

Проаналізуємо різні підходи до визначення понять «державного регулювання» і «дерегулювання» та виявимо їх взаємозв'язок, що полягає у розгляді цих понять як прояву одного явища, однак різної сили втручання держави в економічні процеси.

При проведенні дерегуляції йдеться про свідому відмову держави від певних функцій, які раніше були притаманні лише для неї. Аналіз визначень поняття «дерегулювання» у різних літературних джерелах та нормативних актах надав можливість виділити й об'єкти даного процесу: економічні відносини, ринкові відносини, різні сфери суспільних відносин, підприємницьку діяльність тощо. Така класифікація об'єктів дерегулювання свідчить про багатоаспектність та різноманітність поняття та необхідність розглядання даного процесу на різних рівнях та за окремими напрямами. Слід погодитися з позицією деяких вчених про доцільність розглядання дерегулювання на різних рівнях: мікро- та макрорівнях. Так, В. Шантор вважає, що економічна сутність дерегулювання на мікрорівні – це скасування втручання держави у функціонування ринку та передбачає зменшення регулювання підприємництва з боку держави; на макрорівні – оптимізація відносин між державою і

приватними компаніями в галузі політики розподілу, фіскальної, а також структурної політик [8]. Під дерегулюванням на макрорівні розуміють процес, спрямований на зменшення присутності держави в таких сферах, як соціальна, валютна політика [9].

Зважаючи на це, слід докладно розглянути напрями дерегулювання економіки. Пропонуємо дерегуляційні заходи розглядати на трьох рівнях: 1) мікрорівень, що передбачає зменшення ступеня втручання держави у підприємницьку діяльність, спрощення процедур започаткування, ведення та припинення діяльності суб'єктів господарювання, що створює максимально ефективні умови для ведення бізнесу, конкуренції; 2) мезорівень – пов'язаний з наданням більших свобод регіональним органам влади, перерозподілом та делегуванням повноважень у сфері ініціації проектів у пріоритетних напрямах розвитку, встановленні податків, зборів, сприянні розвитку підприємництва у регіоні тощо. Дерегулювання на мезорівні спрямоване на підвищення ефективності формування та використання потенціалу регіону, його фінансового самозабезпечення. На мезорівні дерегулювання ще слід розглядати у розрізі різних галузей: газова промисловість, електроенергетика, телекомунікації, транспорт, сільське господарство, харчова промисловість та громадське харчування, банківська справа і фондовий ринок, алкогольна, тютюнова промисловість, охорона здоров'я, інформаційний ринок та реклама, міжнародна торгівля, ринок праці тощо; 3) макрорівень, що передбачає зменшення присутності у таких сферах, як податкова, соціальна, бюджетна та ін. Заходи з дерегулювання на макро- та мезорівнях безпосередньо впливають на мікрорівень, на створення більш сприятливих умов підприємницької діяльності. Важливою є ідентифікація сфер застосування дерегулювання й, власне, об'єкта дерегулювання. Загальноприйнятим є «прив'язка» дерегулювання винятково до підприємницької діяльності (Г. Башнянин, Б. Райзберг, Л. Лазовсий, Е. Стародубцев та інші).

У сучасних умовах соціально-економічного розвитку основними напрямами (завданнями) дерегулювання регіонального розвитку можна назвати: перерозподіл повноважень з управління регіональним розвитком на нижчі рівні ієрархії у тому випадку, якщо це більш ефективно, ніж на вищих рівнях влади; створення умов для активізації мобілізації коштів із усіх потенційно можливих джерел, що можливо при тісній і органічній взаємодії органів місцевого самоврядування із суб'єктами підприємницької діяльності.

Державне регулювання має ґрунтуватися на безперервному аналізі результатів оперативної оцінки й коригуванні впливу держави на соціально-економічні процеси залежно від внутрішніх чи зовнішніх умов розвитку країни. Дерегулювання має ґрунтуватися на аналізі результатів реформ, рівні соціально- економічного розвитку країни, враховувати закордонний досвід дерегуляційних реформ та впроваджувати відповідні заходи своєчасно та в необхідному обсязі мінімальної достатності.

Держава має виконувати лише ті функції, які не може забезпечити ринок. Заходи з дерегулювання економіки необхідно застосовувати дозовано та в необхідному обсязі задля недопущення зниження ефективності державного регулювання та, відповідно, у тих сферах, де спостерігається негативний вплив державного регулювання.

Досягнення виваженого державного втручання забезпечується тим, що державі передаються лише ті економічні функції, які не можуть ефективно виконувати самі виробники та інші суб'єкти ринкових відносин оптимального поєднання адміністративно-правових та економічних важелів. Адміністративні методи макроекономічного регулювання мають гарантувати формування оптимальної відтворювальної структури.

На сучасному етапі спостерігаються два нових підходи в державному регулюванні господарської діяльності: макрорегулювання (створення максимально сприятливих умов для приватного прибуткового нагромадження капіталу), засноване на податково-бюджетному і кредитно-грошовому інструментарії, та індустріальна політика, спрямована на структурну перебудову економіки. Поширюється розвиток міждержавного регулювання, що проявляється у втручанні в господарське життя ЄС з боку Комісії Європейської співдружності, Ради Міністрів ЄС, Європейського парламенту і суду ЄС.

Основні напрями регулювання підприємницької діяльності в межах єдиного внутрішнього ринку ЄС мають стати основою для здійснення в Україні заходів з державного регулювання/ дерегулювання підприємницької діяльності. Напрями регулювання підприємницької діяльності в рамках ЄС такі: організаційно-правове регулювання, утворення і діяльності компаній, уніфікація законодавства в галузі міжфірмових господарських зв'язків і ділової практики, заохочення транснаціоналізації господарських зв'язків і створення Європейських компаній, проведення єдиної промислової політики. Напрями регулювання підприємницької діяльності в рамках єдиного митного союзу такі: вироблення єдиної торгової політики, проведення єдиної політики в галузі субсидування і лібералізації ринків державних замовлень, узгодження національних законодавств в галузі митного права, введення єдиної антидемпінгової політики в підприємницьку діяльність, регіональний розвиток, виявлення невирішених проблем та переваг політики дерегулювання в Україні та зіставлення з основними напрямами регулювання в рамках ЄС та Митного союзу.

При підвищенні ефективності інтегрування України у світове співтовариство мають дотримуватися даних напрямків, які безпосередньо пов'язані з дерегуляційними заходами. Напрями регулювання економічної політики, спрямованої на функціонування єдиного внутрішнього ринку ЄС, такі: забезпечення умов для підприємницької діяльності на основі дотримання антимонопольного законодавства, регулювання зовнішньоекономічної діяльності.

Процеси дерегулювання економіки спрямовані на сприяння розвитку підприємницької діяльності, регіонального розвитку та економіки в цілому. Для виявлення позитивних тенденцій дерегуляційних заходів, а головне проблем та розробки рекомендацій щодо удосконалення дерегулювання економіки, важливим є проведення аналізу та моніторингу результатів реалізації даного напряму державного регулювання економіки. Для проведення оцінки результатів дерегуляційних заходів запропоновано методичний підхід, що передбачає послідовність етапів: визначення напрямів аналізу результатів політики дерегулювання, аналіз законодавчого забезпечення політики дерегулювання економіки за напрямами, оцінку результатів реалізації політики дерегулювання економіки світовим співтовариством, вітчизняними респондентами, оцінку дієвості заходів дерегуляційного характеру за окремими напрямами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Павлішенко І.* Державне регулювання підприємництва в Україні: напрямки та пріоритети / І. Павлішенко, О. Босик // Національний лісотехнічний університет України. Науковий вісник, 2007. – Вип. 17.1. – С. 258–263.

2. *Швайка Л. А.* Державне регулювання економіки: навч. посіб. / Л. А. Швайка. – К.: Знання, 2006. – С. 12.

3. *Бизнес*. Оксфордский толковый словарь / Перевод с англ./Под ред. Осадчей И. М. – М.: «Прогресс-Академия», РГГУ,1995.

4. *Процессы* дерегулирования в экономике некоторых стран // GIAC.Ru Глобальный информационно-аналитический центр [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.giac.ru/ content/document_r_054D6FD4- 0E3C –4BEF-8FF3-BFC86B61AFEE.html.

5. *Кураташвілі А. А.* Дерегулювання в системі управління економікою / А. А. Кураташвілі // Теоретичні та прикладні питання економіки, 2011. – Вип. 24. – С. 179–182.

6. *Саніахметова Н. О.* Підприємницьке право / Н. О. Саніахметова: [навч. посіб.]. – 3-тє видання, перероб. і доп. – К., А.С.К. – 2005. – 912 с.

7. *Щодо* поняття дерегулювання господарської діяльності – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.hozpravo.com.ua/conferences/ uchastnik/index.php?ELEMENT_ID=705.

8. *Шантор В. В.* Основные понятия процесса дерегулирования экономики / В. В. Шантор // «Управління розвитком», 2013. – 6 (146). – С. 23–25.

9. *Blersch G.* Deregulierung und Wettbewerbsstrategie Eine empirische Analyse / Günther Blersch. – Berlin: LIT Verlag Dr. W. Hopf, 2007. – P. 20.

Sergiyko E. V. Issues of business deregulation

In the article the theoretical and practical problems of building effective mechanisms of deregulation of business. Determine the levels and direction of development of the state system of deregulation of economic activity in modern conditions of development.

Keywords: entrepreneurship, regulation and deregulation, deregulation levels, the direction of deregulation of business.

Сергийко Е. В. К вопросу дерегулирования предпринимательской деятельности

В статье исследованы теоретические и практические проблемы построения эффективных механизмов дерегулирования предпринимательской деятельности. Определены уровни и направления развития системы государственного дерегулирования хозяйственной деятельности в современных условиях развития.

Ключевые слова: предпринимательская деятельность, регулирование и дерегулирование, уровни дерегулирования, направления дерегулирования предпринимательской деятельности.

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ КВОРУМУ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ

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

У статті розглядаються зміни до законів України «Про акціонерні товариства» та «Про господарські товариства» стосовно зменшення кворуму загальних зборів акціонерних товариств та зборів учасників товариства з обмеженою відповідальністю.

Ключові слова: акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, загальні збори, кворум.

Верховною Радою України законами від 19.03.2015 № 272-VIII та 24.11.2015 № 816-VIII було внесено зміни до ст. 41 Закону України «Про акціонерні товариства» та статті 60 Закону України «Про господарські товариства» стосовно зменшення кворуму загальних зборів акціонерних товариств (далі – АТ) та зборів учасників товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ).

Окремі аспекти, пов'язані з правовим становищем господарських товариств, розглядались у працях таких вчених, як: О. М. Вінник, О. Р. Кібенко, І. В. Лукач, В. С. Щербина та інших, проте відсутність на сьогодні досліджень щодо кворуму у господарських товариствах, враховуючи внесені зміни до законодавства, зумовлює необхідність розглянути окреслене питання.

Саме тому запропоновану статтю присвячено дослідженню проблемних питань, пов'язаних зі зменшенням кворуму загальних зборів АТ та зборів учасників ТОВ, відтак метою дослідження є аналіз переваг та недоліків зменшенням кворуму у вищенаведених господарських товариствах.

Загальні збори акціонерів є найвищим органом управління в акціонерному товаристві, і тому існує низка питань, яка віднесена до їх виключної компетенції. Можливість впливати на діяльність АТ реалізується через участь у голосуванні на загальних зборах акціонерів. Встановлений кворум загальних зборів дозволяє великим акціонерам ухвалювати рішення на свою користь [1].

Раніше законодавством України була встановлена вимога щодо визнання правомочності загальних зборів акціонерного товариства (кворуму) лише за умови, коли у зборах беруть участь акціонери, що володіють в сукупності не менш як 60% акцій, що голосують. Це давало можливість власникам, які сукупно володіють від 40% до 50% акцій, навмисно блокувати проведення загальних зборів, що призводило до свідомого затягування в ухваленні важливих рішень акціонерами, а також спричиняло зловживання та порушення корпоративних прав та інтересів акціонерів.

Для державних акціонерних товариств питання кворуму загальних зборів має власний вимір актуальності. У разі неможливості самостійного проведення загальних зборів державою як формально контролюючим акціонером має місце і неможливість реалізації нею важливих соціально-економічних завдань, з метою вирішення яких держава і бере участь у товаристві.

Коли порушуються інтереси держави як мажоритарного акціонера в низці акціонерних товариств, це спричиняє фінансові втрати для держбюджету. Наприклад, держава володіє 50%+1 акцій ПАТ «Укрнафта», проте регулярно відчуває проблеми з проведенням зборів акціонерів цієї компанії. Зокрема, структури групи «Приват» Ігоря Коломойського, які контролюють 42% компанії, найчастіше ігнорували зібрання [2].

Слід зауважити, що українське законодавство порівняно з міжнародним мало високу планку кворуму. У РФ, наприклад, загальні збори є правомочними, якщо на них присутні власники понад 50% акцій. Якщо ж кворуму немає, проводять повторні збори, при цьому планка кворуму може бути знижена до 30%. У Франції для проведення зборів досить присутності акціонерів, які володіють 25% голосуючих акцій. У законодавстві Чехії планка кворуму АТ встановлена на рівні простої більшості, тобто 50%+1 акція, однак передбачена й норма, коли АТ самостійно закріплює в статуті необхідну кількість голосуючих акцій. У Німеччині, Польщі й Болгарії питання кворуму має визначатися в статутних документах АТ [3].

Питання кворуму для проведення загальних зборів АТ завжди викликає багато суперечок – у парламенті було зареєстровано більше десяти законопроектів про зміщення в той чи інший бік кворуму загальних зборів.

В Україні вже мали місце законодавчі ініціативи, спрямовані на вирішення проблеми кворуму загальних зборів державного акціонерного товариства саме у такому напрямі. Так, у травні 2005 р. у Верховній Раді Україні був зареєстрований проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про господарські товариства» № 7534 (щодо особливостей управління акціонерними товариствами нафтогазового комплексу, що мають у статутному фонді частку держави понад 50%). Проект, зокрема, встановлював, що загальні збори акціонерного товариства нафтогазового комплексу, яке має у

статутному фонді частку держави 50% і більше, визнаються правомочними, якщо у них беруть участь акціонери, що мають відповідно до статуту товариства понад 50% голосів. Розглянувши проект, Головне науково-експертне управління наголосило на тому, що питання управління акціонерними товариствами, зокрема кворуму загальних зборів, не можуть вирішуватись по-різному залежно від того, в якій сфері здійснює господарську діяльність це товариство. Підхід, за яким для акціонерних товариств одного сектора економіки кворум загальних зборів законом встановлюється один, а для товариств, які здійснюють діяльність у інших сферах, – інший, не відповідає ст. 13 Конституції України, за якою усі суб'єкти права власності рівні перед законом. Крім цього, залишається неясним, як визначати кворум загальних зборів акціонерного товариства, яке, поряд із діяльністю у нафтогазовому секторі економіки, здійснює діяльність і в інших секторах [4].

Безумовно, низький кворум для зборів акціонерів є перевагою у тих країнах, законодавство і судова система яких максимально ефективно захищає міноритарних акціонерів і не залишає лазівок для діяльності рейдерів. В Україні, на жаль, ще далеко до повної відсутності рейдерства і максимального захисту прав власників. Не слід забувати, що для України властиві сконцентрована акціонерна власність, тобто наявність (для більшості підприємств) акціонера, якому належить контрольний пакет, і низький рівень корпоративної культури [3]. Як зазначає О. Р. Кібенко, «на даному етапі розвитку слід досить обережно ставитися до зниження вимог щодо кворуму загальних зборів» [5, с. 306].

Враховуючи наведене, зниження кворум до 50%+1 акція може призвести до:

1) нівелювання і зневаги прав міноритаріїв та ухвалювання рішень лише на користь держателів великих пакетів акцій;

2) необхідності перебудови налагоджених систем корпоративного управління і перерозподілу пакетів акцій для збереження існуючого балансу інтересів власників;

3) загрози хвилі рейдерських атак і виникнення великої кількості корпоративних конфліктів [3].

Слід зазначити, що зміни, які були внесені законодавцем до ст. 41 Закону України «Про акціонерні товариства», мають на меті вирішити проблему порушення корпоративних прав та інтересів держателів великих пакетів акцій, перш за все, прав держави в акціонерних товариствах з мажоритарною часткою держави, а чи будуть мати місце негативні наслідки у зв'язку з прийняттям таких новел покаже практика.

Стосовно товариства з обмеженою відповідальністю, то відповідно до ст. 58 Закону України «Про господарські товариства» вищим органом товариства є загальні збори учасників.

Законодавець у ст. 60 згаданого Закону встановив, що загальні збори учасників вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 50% голосів.

Іншими словами, засновник товариства, який буде володіти 50% + 1 голосом, зможе самостійно скликати і проводити збори, а також вирішувати більшість питань господарської діяльності одноосібно. Відповідно, власник 49% голосів не матиме можливостей впливати своєю неявкою на збори і блокувати прийняття рішень.

Крім того, ч. 2 ст. 60 Закону передбачає, що установчими документами товариств, у статутному капіталі яких відсутня державна частка, може бути встановлений інший відсоток голосів учасників (представників учасників), за умови присутності яких загальні збори учасників вважаються повноважними.

Отже, законодавець дозволив ТОВ, у статутному капіталі яких відсутня державна частка, самостійно в установчих документах вирішити питання кворуму загальних зборів учасників.

У свою чергу, статути всіх ТОВ відповідно до п. 2 розд. 2 Закону України «Про внесення змін до статті 60 Закону України «Про господарські товариства» до приведення їх у відповідність із цим Законом застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону.

На перший погляд, ситуація щодо обов'язковості внесення змін до статутів стосовно зменшення кворуму зборів учасників до більш як 50% є аналогічною тій, що склалася з АТ. Однак необхідно зауважити, що такий обов'язок торкнувся не всіх ТОВ, а лише тих, у статутному капіталі яких є державна частка.

Таким чином, до статутів ТОВ (за відсутності у статутному капіталі державної частки), які містять положення про кворум у 60% голосів учасників (представників учасників), за умови присутності яких загальні збори учасників вважаються повноважними, не потрібно в обов'язковому порядку вносити зміни щодо зменшення кворуму до більш як 50%. Крім того, для майбутніх створюваних ТОВ (у яких немає державної частки) є можливість зазначити у їх статуті показник кворуму загальних зборів взагалі інший, ніж більш як 50% [6].

Поки ще невідомо як буде працювати закон на практиці. Однак у будь-якому разі при внесенні змін до своїх установчих документів ТОВ слід з обережністю підходити до визначення кількості голосів для кворуму. Адже зміна звичних 60% може істотно вплинути на систему управління товариством.

Не слід забувати, що є багато противників зниження кворуму для проведення зборів в Україні, пояснюючи це суттєвою небезпекою «корпоративній безпеці» товариства. Зловживаючи своїми

корпоративними правами, учасник ТОВ фактично блокує діяльність товариства. Причини блокування можуть бути різними: хвороба, небажання брати участь у діяльності товариства, байдужість, неотримання повідомлення про проведення загальних зборів, навмисне неодноразове ігнорування загальних зборів або голосування проти рішень з питань порядку денного. Якщо блокування діяльності товариства здійснюється учасником навмисно і цим порушуються права інших учасників, а товариству завдається шкода, має місце зловживання корпоративним правом [7].

Отже, слід сподіватися, що зменшення кворуму загальних зборів АТ та учасників ТОВ має не тільки вирішити проблеми, пов'язані з захистом інтересів акціонерів, учасників господарських товариств, а також наблизити законодавство України до міжнародних стандартів, що позитивно вплине на інвестиційний клімат України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Коваленко Л. О.* Удосконалення системи корпоративного управління у світлі нового законодавства / Л. О. Коваленко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.dnsgb.com.ua/files/journal/Aktualni-problemy-ekonomiky/Akt-prob-ekonomiky-2010-1/115-122.pdf.

2. *Яценюк* доручив зібрати акціонерів «Укрнафти» для зміни менеджменту [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravda.com.ua/news.

3. *Загальні* збори АТ: а як же кворум? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news.

4. *Про внесення* змін до Закону України «Про господарські товариства»: Проект Закону України від 20 травня 2005 р. № 7534 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua... f3511=24571.

5. *Кібенко О. Р.* Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України / О. Р. Кібенко. – Х.: Страйд, 2005. – 432 с.

6. *Кворум* загальних зборів у АТ та ТОВ «по-новому» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show.

7. *Зловживання* корпоративним правом шкодить здоров'ю товариства [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://felix.kh.ua/publikaczii.

Chernenko O. A. Problems of quorum legislative determination in business associations

Consider amendments to the Law of Ukraine «On Joint Stock Companies» and «On Business Associations» to reduce the quorum of the general meeting of joint stock companies and meeting of participants of a limited liability company.

Keywords: joint stock companies, limited liability company, the general meeting, a quorum.

Черненко Е. А. Проблемы законодательного определения кворума общин собраний хозяйственных обществ

Рассматриваются изменения, внесенные в законы Украины «Об акционерных обществах» и «О хозяйственных обществах» относительно уменьшения кворума общего собрания акционерных обществ и собраний участников общества с ограниченной ответственностью.

Ключевые слова: акционерное общество, общество с ограниченной ответственностью, общее собрание, кворум.

ГАРМОНИЗАЦИЯ ПРАВА КАК ПРОЦЕСС ПРАВОВЫХ ЗАИМСТВОВАНИЙ

Курзинска-Сингер Е.,
доктор юридических наук, руководитель отдела по делам стран СНГ,
старший научный сотрудник Института Макса Планка по сравнительному и международному частному праву (г. Гамбург, Германия)

В статье рассматривается и анализируется вопрос о необходимости гармонизации украинского права с правом ЕС на основе практического опыта гармонизации с правом ЕС отдельных законодательных актов Грузии. На основе исследований сделаны выводы, что гармонизация может быть более успешной, если этот процесс будет осуществляться на основе практического опыта других стран, в частности Грузии, а также научного и практического анализа ожидаемых результатов такой гармонизации.

Ключевые слова: правовые заимствования, теории правового заимствования, гармонизация права, европейская интеграция, опыт Грузии.

1. Феномен legal transplants

Вопросы гармонизации украинского права с правом ЕС тесно связаны с вопросами правовых заимствований, поскольку в результате этого процесса в право Украины будут привнесены элементы, нормы, правовые институты, которые являются элементами правопорядков европейских стран и для украинского права являются, по сути, чужеродными.

Собственно говоря, процесс правовых заимствований или *legal transplants* – феномен отнюдь не новый, ему посвящено достаточно много литературы [1]. Спектр мнений относительно возможности успешных заимствований достаточно велик. Крайние точки зрения в данной дискуссии маркируются высказываниями Ватсона (Watson) и Легранда (Legrand). Ватсон [2] сводит всю историю развития права к заимствованиям идей правовых институтов и отдельных норм одними правопорядками из других правопорядков. В частности он указывает на рецепцию классического римского права правопорядками европейских стран в эпоху Возрождения. Легранд [3], в свою очередь, считает правовые заимствования в принципе невозможными. Он указывает на то, что правовые нормы, вырванные из контекста правовой культуры и пересаженные в другой правопорядок, неизбежно будут изменены. Большинство мнений, в том числе и мнение автора данной статьи [4], по данному вопросу находится, однако, между этими крайними точками зрения.

В первую очередь, стоит отметить, что приведенные Ватсоном примеры успешных правовых заимствований не являются бесспорными. Даже рецепция римского права в Европе позднего средневековья отнюдь не вела к воспроизведению классического римского права как такового, его нормы применялись в том виде, в котором они были собраны в так называемых пандектах, где они были переосмыслены в соответствии с потребностями того времени [5]. С другой стороны, невозможно отрицать, что существуют и правовые заимствования, в результате которых действительно удалось воспользоваться решением иностранного правопорядка, воспринятым заимствующим правопорядком без особых проблем, где полученная норма является работоспособной и привела к определенной унификации [6].

Что касается механизмов действия заимствованных норм в заимствующем правопорядке, то особое внимание заслуживает исследование Тойбнера (Teubner), в котором рассматривается институт добросовестности, введённый в английском праве в рамках европейской интеграции [7]. Тойбнер показал, что заимствованные нормы выступают в роли так называемых правовых раздражителей, взаимодействующих с заимствующим правопорядком.

2. Legal transplants на постсоветском пространстве

Наблюдение за развитием права в странах постсоветского пространства в принципе во многом подтверждает позицию Тойбнера. Однако оно также показывает, что механизмы, задействованные в данном процессе, намного сложнее, чем кажется на первый взгляд. Этот эффект обусловлен тем фактом, что примеры правовых заимствований на постсоветском пространстве – это заимствования норм западных правопорядков, которые внедряются в правовую культуру, по-прежнему во многом обусловленную советским прошлым. По сути, в данном случае имеет место конфликт базовых ценностей, заложенных в заимствуемой норме и заимствующем правопорядке. Эффект подобной конкуренции базовых ценностей имеет неоднозначный характер. С одной стороны, он делает систему права более внутренне конфликтной и противоречивой (в ряде ситуаций вновь принятая и востребованная обществом норма может длительное время игнорироваться субъектами правоприменения, интерпретироваться и применяться в сходных ситуациях прямо противоположным образом), а, с другой стороны, дает необходимый толчок к ее развитию [8].

Соответственно, наблюдения свидетельствуют, что успех заимствования для разных норм может очень отличаться. Как результат взаимодействия с заимствующим правопорядком заимствованная норма может оказаться невостребованной, может изменить свое первоначальное содержание, а может и дать необходимый импульс для дальнейшего развития заимствующего правопорядка.

В контексте рассматриваемого вопроса наиболее интересным будет опыт грузинского права. Право Грузии ориентировано на европейскую интеграцию [9]. В частности, Гражданский кодекс Грузии во многих вопросах воспроизводит регулирование Гражданского уложения Германии, хотя и не является его непосредственным заимствованием [10]. Ниже будут представлены результаты четырех исследований из проекта «Rechtsvergleichende Studien zum eurasischen Recht», проведенного в Институте международного частного права и сравнительного правоведения им. Макса Планка (Гамбург) при поддержке фонда Фольксваген [11]. Одно из них показывает пример успешного правового заимствования, а три других – примеры правовых заимствований, которые в результате приходится признать неудавшимися, по крайней мере, если в качестве цели заимствования определить гармонизацию права, то есть соответствие полученного правового регулирования заимствованной модели.

3. Опыт грузинского права

а) Международное частное право, закон о правах потребителя и закон о международном коммерческом арбитраже

Первый пример касается закона о международном частном праве [12]. В рамках Европейского Союза международное частное право гармонизировано в достаточно большом объеме. Соответственно и грузинский законодатель ориентировался на эти нормы и во многом просто их скопировал. Грузинское правовое регулирование международного частного права таким образом, на первый взгляд, производит впечатление полностью гармонизированного с правом ЕС. Наблюдая за применением этих норм на практике, автор исследования пришел, однако, к выводу, что эти нормы остаются большей частью не востребованными. В случае когда в соответствии с этими нормами грузинские суды должны были бы применять нормы иностранного права, они зачастую игнорируют нормы МЧП и применяют непосредственно грузинское материальное право без каких-либо дальнейших обоснований. Автор исследования объясняет это тем, что нормы МЧП, по сути, не востребованы сторонами процесса. Для них быстрое принятие решения важнее коллизионно-правовой справедливости. Кроме того, применение иностранного права не только затягивает процесс, но и ведет к его удорожанию.

Похожая судьба постигла и закон о правах потребителя [13]. Институты, заимствованные из европейского права, которые регулируют, например, право отказаться от договора, в грузинской судебной практики остаются большей частью невостребованными.

Совсем другую ситуацию мы наблюдаем в связи с законом о международном коммерческом арбитраже [14], который является заимствованием типового закона UNCITRAL. Грузинские судьи не просто применяют этот закон, но также приходят при толковании положений этого закона к очень похожим результатам как и их зарубежные коллеги. Подобные результаты являются отнюдь не само собой разумеющимися, как показывает четвертый пример – пример из вещного права [15].

б) Добросовестное приобретение

Как уже упоминалось, гражданский кодекс Грузии во многом повторяет регулирование германского гражданского уложения. В частности, норма о добросовестном приобретении воспроизводит немецкую норму, хотя и с небольшими изменениями. В грузинском праве, так же как и в немецком, добросовестное приобретение исключается, если вещь была украдена у собственника, утеряна либо иным образом выбыла из его владения против его воли. Хотя добросовестное приобретение возможно даже в тех случаях, если дело касается денег, ценных бумаг и (или) вещей, отчужденных на публичных торгах (п. 2 § 935 ГГУ, ст. 187 ГК Грузии).

Однако при рассмотрении одного дела, где эта норма играла решающую роль, Верховный Суд Грузии в решении от 9 сентября 2002 г. применил более широкое толкование, нежели то, которое было выработано немецким правом. Более того, в основе толкования грузинского суда и в немецком праве заложены настолько разные модели оценки конфликта интересов, что практика применения данного исключения грузинскими судами может практически свести на нет возможность добросовестного приобретения движимых вещей, в то время как в немецком праве добросовестное приобретение является центральным институтом защиты и стабилизации делового оборота.

Дело касалось следующих фактических обстоятельств: истец в целях продажи автомобиля проводил переговоры с контрагентом, которому он передал автомобиль и регистрационный документ с условием, что перерегистрация автомобиля на имя последнего должна была произойти после уплаты покупной цены. Воспользовавшись переданным регистрационным документом, контрагент с помощью нотариуса подделал генеральную доверенность. В подложной доверенности указывалось, что истец передал ему право распоряжаться вещью. В тот же день контрагент заложил автомобиль банку в целях обеспечения обязательства. Несколько лет спустя истец обнаружил на автомобильной ярмарке свой автомобиль, который ранее был продан банком в целях реализации заложенного имущества и, по-видимому, был еще раз перепродан. Истец потребовал выдачи вещи от покупателя на основании ст. 172 ГК Грузии, то есть в рамках виндикации.

Суд удовлетворил иск, посчитав, что в результате продажи автомобиля право собственности согласно ст. 187 ГК Грузии не перешло. Суд отклонил добросовестность приобретателя по причине выбытия вещи из владения собственника против его воли. Целью передачи автомобиля во владение контрагенту не являлась последующая передача вещи в залог. Вследствие этого и последующая передача автомобиля покупателю может быть оценена как выход вещи из владения собственника против его воли.

Определение цели передачи вещи в качестве решающего аргумента при решении вопроса о выбытии вещи из владения собственника по (или против) его воли представляется, с точки зрения немецкого юриста, неожиданным. В правилах относительно добросовестного приобретения отражается найденный законодателем баланс интересов между интересами собственника и стабильностью гражданского оборота. В то время как интересы собственника направлены на максимальную защиту права собственности, интерес делового оборота направлен на то, чтобы максимально упростить и обезопасить движение товаров. Интересам делового оборота будет отвечать регулирование, при котором приобретатель не должен заботиться без видимых на то причин о том, как отчуждатель приобрел данную вещь, что позволило бы, пользуясь языком экономического анализа права, снизить стоимость трансакций.

Компромисс, найденный немецким законодателем, построен на следующем постулате: собственник не нуждается в защите в тех случаях, когда он сам передал вещь отчуждателю или иному лицу, стоящему в начале цепочки перепродажи вещи. Поскольку собственник сам выбрал лицо, которому он передал эту вещь, то недобросовестное поведение этого лица входит в сферу риска собственника. В случаях же, когда собственник лишился владения вещи помимо своей воли, его интересы ставятся выше интересов делового оборота. Таким образом, решающим фактом становится добровольность передачи вещи. Например, по немецкому праву передача вещи в исполнение недействительного договора не считается недобровольной [16].

Стоит отметить, что интересы конкретного добросовестного приобретателя законодателем в рамках этого компромисса оцениваются достаточно низко. Добросовестный приобретатель сам несет риск недобросовестного поведения продавца, от которого он может потребовать возмещения убытков, если он будет вынужден вернуть вещь собственнику. Риск не возмещения убытков несет приобретатель, выбравший продавца в качестве своего делового партнера. Таким образом, цель передачи вещи не должна играть для добросовестного приобретения никакой роли. Хотя относительно подделанной нотариальной доверенности можно задуматься о применении § 935 ГГУ по аналогии.

Можно предположить, что, реципируя нормы ГГУ о добросовестном приобретении, грузинский законодатель пытался выстроить примерно такой же баланс интересов между собственником и добросовестным приобретателем. Возможно, именно поэтому вышеназванное Решение Верховного Суда Грузии стало объектом критики в грузинской доктрине [17]. Вероятно у Верховного Суда Грузии были значимые причины для того, чтобы изменить баланс интересов, который был изначально заложен в данной норме, но, тем не менее, в качестве результата приходится принять тот факт, что заложенный в нормах немецкого права о добросовестном приобретении баланс интересов был значительно изменен в результате рецепции этой нормы в грузинском праве.

4. Выводы

Гармонизация украинского права с нормами ЕС подразумевает гораздо больше, нежели механическое принятие соответствующих правовых актов. Из сказанного выше следует, что гармонизация будет успешной только в том случае, если принятие правовых актов будет сопровождаться дискуссией о ценностях, заложенных в этих нормах, целях, которые они преследуют, и методике их применения, а также анализом применения этих правовых актов на практике и соответствующей дискуссией.

Эта задача стоит не столько перед законодателем, сколько перед судами, в первую очередь высшими судами, формирующими судебную практику, но особенно перед юридической наукой, обеспечивающей необходимую дискуссию и анализ.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ:

1. *Graziadei.* Legal Transplants and Frontiers of Legal Knowledge, Theoretical Inquiries in Law 10 (2009). – S. 723 (726 ff.); Rehm, Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation, RabelsZ 72 (2008). – S. 1 ff.

2. *Watson.* Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2. Aufl. Athens und London, 1993.

3. *Legrand.* The Impossibility of «Legal Transplants», Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997). – P. 111.

4. *Kurzynsky-Singer.* Wirkungsweise der legal transplants bei den Reformen des Zivilrechts, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. – P. 3–38.

5. *Rehm.* Rezeption, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, Tübingen 2009, 1299.

6. *Fleischer.* Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004. – S. 1129 ff.

7. *Teubner.* Legal Irritants, Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, Modern Law Review 61 (1998). – S. 11.

8. *Kurzynsky-Singer/Pankevich.* Freiheitliche Dispositionsmaxime und sowjetischer Paternalismus im russischen Zivilprozessrecht: Wechselwirkung verschiedener Bestandteile einer Transformationsrechtsordnung, ZEuP 2012, S. 7 ff.; русскоязычный вариант статьи: Курзински-Сингер/Панкевич, Конфликт-взаимодействие принципов диспозитивности и обязательности судебных решений в современном процессуальном праве РФ Государство и право 2010, Nr. 9, 36 – 46; доступно в интернете: http://www.mpipriv.de/files/pdf4/2010_11_03_011.pdf.

9. *Giorgishvilію.* Das georgische Verbraucherrecht, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. – S. 222.

10. *Chanturia.* Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, S. 896; ders., Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? RabelsZ 74 (2010). – S. 155 ff.

11. *Kurzynsky-Singer (Hrsg.).* Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. О проекте см. подробнее: http://www.mpipriv.de/de/pub/forschung/auslaendisches_recht/russland_und_weitere_gus/stipenddienprogramm_.cfm.

12. *Vashakidze.* Kodifikation des Internationalen Privatrechts in Georgien, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014, S. 289–330.

13. *Giorgishvili.* Das georgische Verbraucherrecht, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. – S. 219 – 288.

14. *Tsertsvadze.* The New Georgian Arbitration Law in Practice, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen, 2014. – S. 139–218.

15. *Kurzynsky-Singer / Zarandia.* Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. – S. 107–138, русскоязычный вариант статьи: Курзинский-Сингер/Зарандия. Рецепция немецкого вещного права в Грузии, Вестник Гражданского права, 2012. – Nr. 1. – С. 221–257, доступно в интернете http://www.mpipriv.de/files/pdf4/vgp_1_20121.pdf.

16. *Palandt.* Bürgerliches Gesetzbuch (Bearb. von P. Bassenge). § 935 (Rn. 6).

17. *Чачава С.* Истребование вещи из незаконного владения // The Georgian Law Review, 2004. – No. 7. – P. 760–782.

Kurzinsky-Singer Eugenia. Harmonization of law as a legal process of borrowing

The article examines and analyzes the issue of the need to harmonize Ukrainian law with EU law on the basis of experience of harmonization with EU law of some legislative acts of Georgia. Based on the research conclusions that harmonization can be successful if the process will be based on the practical experience of other countries, including Georgia, as well as scientific and practical analysis of the expected results of such harmonization.

Keywords: drawing rights, legal theory borrowing, harmonization of law, European integration, the experience of Georgia.

Курзинська-Сінгер Євгенія. Гармонізація права як процес правових запозичень

У статті розглядаються та аналізуються питання щодо необхідності гармонізації українського права з правом ЄС на основі практичного досвіду гармонізації з правом ЄС окремих законодавчих актів Грузії. На основі дослідження зроблено висновки, що гармонізація може бути більш успішною, якщо цей процес буде здійснюватись на основі практичного досвіду інших країн, зокрема Грузії, а також наукового та практичного аналізу очікуваних результатів такої гармонізації.

Ключові слова: правові запозичення, теорії правового запозичення, гармонізація права, Європейська інтеграція, досвід Грузії.

ПРОБЛЕМА ВИБОРУ ЗАСТОСОВАНОГО ПРАВА ДО ДОГОВОРУ МІЖНАРОДНОГО МОРСЬКОГО ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ

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 розглядається сучасний стан механізму колізійного регулювання договірних відносин у міжнародному приватному праві України, зокрема у сфері міжнародних морських перевезень вантажів, та розкриваються питання необхідності його вдосконалення.

Ключові слова: договір за участі іноземного елемента, застосування іноземного права, нормотворчі фактори.

Колізійне регулювання договірних відносин у сфері міжнародного морського перевезення вантажів є завжди актуальним, бо містить безліч практичних проблем, пов'язаних з визначенням застосованого права, даної групи відносин.

Колізійне регулювання договірних відносин є лише частково дослідженою темою у вітчизняній науці. Міжнародні морські перевезення вантажів – специфічний інститут міжнародного приватного права, оскільки захищає як публічні інтереси різних держави, так і приватні інтереси фізичних та юридичних осіб різних країн. При цьому залишається недослідженим питання колізійного регулювання договірних відносин у цій сфері, воно не може бути здійснено без аналізу сучасних тенденцій такого регулювання.

Метою статті є окреслення теоретичних проблем вищезгаданої сфери.

На їх розв'язання були спрямовані дослідження А. В. Асоскова, Є. В. Бабкіної, І. А. Діковської, В. І. Кисіля, В. Л. Толстих, А. О. Філіп'єва, Р. М. Ходикіна.

Є. В. Бабкіна наголошує, що тільки на перший погляд здається, що договірні зобов'язання представляють собою ідеально уніфіковану на міжнародному рівні сферу. Незважаючи на високий рівень уніфікації, все ж залишаються питання, які є неврегульованими. Єдиним способом усунення існуючих прогалин є застосування колізійного методу, а саме, визначення внутрішнього права, яке буде застосовуватись до правовідносин [7].

В. Л. Толстих зазначає, що нині договори за участю іноземного елемента дуже різнобічні. Якщо ще недавно зовнішньоекономічні договори стосувались обміну товарами (купівля-продаж), то сьогодні можна говорити про збільшення їхньої різнобічності. Принципи територіальної локалізації договору, в якому відсутній іноземний елемент та, навпаки, присутній цей елемент – однакові. Точки територіальної локалізації договору, що містять у собі іноземний елемент, нині є достатньо ізольовані один від одного, оскільки місце укладення договору необов'язково збігається з місцем його виконання, а, у свою чергу, місце виконання договору не збігається з місцем знаходженням особи, яка його виконує, місце розгляду спору не обов'язково збігається з місцем виконанням і так далі. Регулювання договірних відносин, як правило, розчіплюється і це, зазвичай, пов'язано вже із зазначеною ізольованістю точок територіальної прив'язки договірних відносин.

Можна погодитись з думкою українського вченого у сфері колізійного регулювання В. І. Кисіля про те, що одним з актуальних питань міжнародного приватного права є законодавче закріплення його положень у систематизованому вигляді з метою запровадження найбільш досконалих нормативних засобів розмежування компетенції національного та іноземного правопорядків, що застосовуються під час спорів, які виникають з приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, або у зв'язку з ними [8].Такий інститут міжнародного приватного права як міжнародне морське перевезення вантажів нині перебуває не лише під впливом активної інтернаціоналізації цивільних відносин, а й під впливом того, що наявний колізійний механізм регулювання договірних відносин у цій сфері є застарілим у силу того, що правове регулювання не актуальне, оскільки не встигає за потребами та технічними змінами.

А. О. Філіп'єв вважає, що можливість застосування іноземного права як результату відсилки колізійної норми є головним питанням не лише доктрини, а й практики міжнародного приватного права. Також вчений надає чотири основних причини, що пов'язані із застосуванням іноземного права. По-перше, це прикріпленість правових норм до предметів матеріального світу, яка передбачає, що правові норми мають екстратериторіальний характер з огляду на те, що впливають на об'єкти матеріального світу та поведінку, внаслідок чого навіть поза межами кордону юрисдикції права немає сенсу заперечувати такий вплив та ігнорувати його. По-друге, метаюридичне (неправове) зобов'язання держав надавати юридичне значення іноземним правовим нормам пов'язує застосування іноземного права із теорією міжнародної ввічливості (comitas gentium) і відповідно до цього іноземне право застосовується через те, що це зумовлено або неправовими (етичними, моральними) нормами або ж взаємною вигодою держав. По-третє, причина застосування іноземного права може міститись у зобов'язанні, що випливає із загальновизначених норм міжнародного публічного права. Визнання у певних випадках державної дії права інших держав на своїй території зумовлене зобов'язанням, що покладено на неї з урахуванням принципів міжнародного публічного права. По-четверте, існує вільний підхід до міжнародної взаємодії іноземних правових систем, який відкидає наявність будь-яких теоритичних основ для застосування іноземного права. Навпаки, цей підхід заснований на апелюванні до вимог практики, повсякденного життя. Його ідея полягає в тому, що застосування іноземного права не має у своїй основі жодних інших причин, ніж потреби цивільного обороту [12].

А. В. Асосков один із небагатьох вчених, який розглядає у своїх працях причини застосування іноземного приватного права. Перш за все, це пов'язано із застосуванням законодавцем певної колізійної прив'язки та її доцільності, іншими словами, вчений вважає, що у цьому полягає логіка колізійного регулювання. На його думку, недоцільно розглядати ці теорії про природу та причини застосування іноземного права, оскільки вони нездатні сформулювати застосовані на практиці критерії для вибору оптимальних колізійних норм, а також визначення логіки колізійного регулювання у конкретних

ситуаціях. Вивчення колізійного регулювання окремих приватноправових інститутів передбачає необхідність вивчення факторів, які є в основі процесу вирішення проблеми визначення застосованого права.

Також А. В. Асосков звертає увагу на пропозицію Р. М. Ходикіна розрізняти категорії «принципи формування змісту колізійних норм» та «фактори, які впливають на формування змісту колізійних норм». Під принципами формування змісту колізійних норм автор розуміє «певні відносно сталі основи створення, функціонування та розвитку колізійних норм, які в силу найвищої імперативності мають спрямовувати процес поліпшення колізійного регулювання різноманітних відносин з іноземним елементом та переслідувати мету локалізації таких відносинах у межах правової системи, яка здатна якнайкращим чином забезпечити реалізацію прав та законних інтересів всіх сторін правовідношення». Під фактором же автор розуміє «будь-яке явище громадського життя, яке безпосередньо впливає у тій чи іншій формі на прояв необхідності в колізійному регулюванні, на розробку, прийняття, зміну чи відміну колізійної норми». Крім цього, Р. М. Ходикін зазначає, що загальні принципи міжнародного приватного права визначають допустимість застосування іноземного права як такого. А. В. Асосков вважає таку позицію досить проблематичною, оскільки принципи повинні мати самостійну здатність до регулювання правовідносин в умовах виникнення закодавчих прогалин і, у свою чергу, пропонує вживати такий термін як «нормотворчий фактор», який нині широко застосовується в американській доктрині – «фактори, які мають стосунок до вибору застосованого права» (factors relevant to the choice of the applicable law), «колізійні політики» (conflict policies), «колізійні міркування» (choice-influencing». Німецька доктрина вживає такі терміни, як «вектори правотворчості» (Vektoren der Rechtsbildung), «максіми колізійних прив'язок» (Maximen der Anknüpfnüng), «критерії оцінки» (Abwägungstopoi) [11, с.13].

Відомо такі групи нормотворчих факторів:

1) власне колізійні фактори, які пов'язані з інтересами різних груп осіб у сфері колізійного регулювання:

– індивідуальні колізійні інтереси, які відображають інтереси сторін відповідного транскордонного договору. Цим інтересам відповідає застосування персональних формул прикріплення (право громадянства чи місце проживання фізичної особи, місце створення юридичної особи чи фактичного місцязнаходження її основного органу), а також застосування принципу автономії волі;

– колізійні інтереси обороту, тобто інтереси всіх третіх осіб, які потенційно можуть стати учасниками приватноправових відносин на території тієї чи іншої держави. Ці інтереси спрямовані на застосування колізійних прив'язок, які відносяться до територіальних формул прикріплення, наприклад, місцезнаходження речі, або формули прикріплення, що передбачають використання місця здійснення юридичних актів, наприклад,місце вчинення правочину чи місця завдання шкоди;

– колізійні інтереси правопорядку, які пов'язані з ефективним функціонуванням правопорядку і переважно є конкретизацією принципів загальноправового характеру (міжнародні та внутрішні одноманітні рішення, правова визначеність і передбачуваність результату, схильність до застосування власного матеріального права, виконання винесених рішень);

2) матеріальні фактори, які зорієнтовані на врахування основних принципів та тенденцій матеріально-правового регулювання відповідних аспектів договірного зобов'язання. Використання цих факторів передбачає врахування матеріально- правового результату вирішення спору вже на стадії визначення застосованого права;

3) публічні фактори, які враховують наявність у різних держав публічних інтересів у регулюванні транскордонних договорів, незважаючи на те, що, за загальним правилом, дані інтереси задовольняються завдяки спеціальному інституту надімперативних норм, а в деяких ситуаціях ці фактори мають здатність впливати і на формування колізійних рішень за його межами [9, с. 6–7].

Тобто, проаналізувавши вищевикладене, можна зробити висновок, що колізійне регулювання договірних відносин робить спроби вдосконалення і сприяння правовій визначеності. Колізійний механізм регулювання договору морського перевезення засновано на колізійних прив'язках. Для збереження колізійно-правового методу регулювання договору морського перевезення і можливості проведення у майбутньому уніфікації колізійних норм слід встановити кілька або ж певну кількість прив'язок, які б забезпечували потрібну гнучкість і давали можливість враховувати конкретні обставини і зберегти певні рамки вибору. Сьогодні для договору міжнародного морського перевезення вантажу є притаманною доктрина «характерного виконання». Суть її у тому, що договірні відносини мають регулюватись особистим законом особи, на яку покладено обов'язок виконання зобов'язання. На основі цієї доктрини договір морського перевезення має регулюватись особистим законом перевізника. За таким принципом й побудована ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка говорить про те, що у разі відсутності згоди сторін про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право відповідно до ч. 2 і 3 ст. 32 цього Закону. При цьому стороною, яка має здійснити виконання і має вирішальне значення для змісту договору, в даному випадку для договору перевезення, є перевізник.

У міжнародному приватному праві досить часто колізії виникають через те, що одні й ті самі відносини в одній державі отримують захист, а в іншій – ні. Тому слід звернути увагу на цей факт,

оскільки сфера міжнародного торговельного мореплавства і без цього є дуже спірною. Але чи використання особистого закону фізичної особи є дійсно необхідним у даній сфері?

Частина 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року містить положення про те, що право, яке підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається згідно з колізійними нормами та іншими колізійними положеннями цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України [5].

І. А. Діковська вважає, що при визначенні права, яке слід застосовувати до договорів повітряного чартеру з іноземним елементом, слід виходити з правової природи даного договору. Так, оскільки договір повітряного чартеру є особливим видом договору перевезення, то до нього потрібно застосовувати право перевізника, тобто право перевізника. При визначенні права, яке слід застосовувати до відносин, що виникають між перевізником та пасажиром при виконанні повітряного перевезення на підставі договору чартеру, слід брати до уваги те, що у даному випадку може мати місце ситуація, коли наявні два перевізники – перевізник документарний та фактичний [6, с. 70]. Ми погоджуємось з думкою І. А. Діковської щодо того, що при визначенні застосованого права, яке слід застосовувати до договору певного виду міжнародного перевезення, слід враховувати його правову природу, але не завжди враховувати право перевізника.

У свою чергу, варто зазначити, що А. В. Асосков зауважував, що головною проблемою, з якою стикається на практиці законодавець при формулюванні об'єктивних колізійних прив'язок, є надто велике різноманіття договірних зобов'язань. Розвинуті держави світу визнали неможливим знайти колізійні прив'язки, які б однаково успішно регулювали таку кількість цивільно-правових договорів і перейшли до гнучкого колізійного регулювання, що має за основу різні форми використання принципу найбільш тісного зв'язку. Таке регулювання має і недолік, який, на думку А. В. Асоскова, веде до втрати передбачуваності і правової визначеності. Наприклад, до моменту прийняття рішення судом сторони не можуть бути впевнені у висновках, до яких дійде суд при використанні гнучких колізійних норм чи коректуючих застережень.

Тобто, як бачимо, думки вчених розділяються. Одні вважають, що слід звертати увагу на юридичну природу певного договору, а інші – що слід прив'язуватись до колізійного регулювання.

Щодо вибору права для регулювання договірних відносин, що виникають з договору міжнародного морського перевезення. У інших наукових працях ми вже досліджували даний договір та його природу та дійшли висновку, що це зовнішньоекономічний договір (контракт). Але, якщо врахувати, що для групи даних договорів характерний як єдиний підхід до його визначення та його правової природи, так і відсутність такого підходу, то це може ускладнити колізійне регулювання.

Поняття договору морського перевезення змінювалось від конвенції до конвенції, які були прийняті для врегулювання відносин, що виникають при здійсненні міжнародних морських перевезень. Конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 р. (Гаазькі правила) визначає договір морського перевезення як договір, що засвідчується коносаментом чи будь-яким іншим подібним документом і є підставою для здійснення морського перевезення вантажу [1]. Конвенція ООН про морські перевезення вантажів 1978 р. (Гамбурзькі правила) містить вже інше визначення договору морського перевезення, за яким договір морського перевезення є будь-яким договором, відповідно до якого перевізник за оплату фрахту зобов'язується перевезти вантаж морем з одного порту до іншого, однак договір, що охоплює перевезення морем, а також перевезення будь-яким іншим способом, розглядається як договір морського перевезення для цілей даної Конвенції лише в тій мірі, в якій він належить до перевезення морем [2].

Конвенція ООН про договори повного або часткового міжнародного морського перевезення вантажів 2008 р. (Роттердамські правила) надає визначення, що договором морського перевезення є договір, за яким перевізник за сплату фрахту зобов'язується перевезти вантаж з одного місця до іншого [2]. Такий договір передбачає морське перевезення і може передбачати перевезення іншими видами транспорту у доповненні до морського перевезення.

Гамбурзькі правила визначають сферу застосування даної Конвенції у статті 2, де містять колізійні норми, які не лише визначають сферу застосування даного документа, а й механізму колізійного регулювання договору міжнародного морського перевезення. Тому даний міжнародний правовий документ застосовується до всіх договорів морського перевезення між двома різними державами, якщо: 1) порт навантаження, який передбачений у договорі морського перевезення, знаходиться в одній з договірних держав; 2) порт розвантаження, який передбачений у договорі морського перевезення, знаходиться у одній з договірних держав; 3) один із опційних портів розвантаження, передбачених у договорі морського перевезення, є фактичним портом розвантаження і такий порт знаходиться в одній з договірних держав; 4) коносамент чи інший документ, який засвідчує договір морського перевезення, виданий в одній з договірних держав; 5) коносамент чи інший документ, який засвідчує договір морського перевезення, передбачає, що такий договір має регулюватись положеннями Конвенції чи законодавством будь-якої іншої держави, які їх ратифікують [3].

Роттердамські правила також містять певні колізійні норми, а саме: стаття 6 передбачає, що Конвенція може застосовуватись до договорів морського перевезення, якщо відповідно до них місце отримання вантажу і місце здачі вантажу знаходяться у різних державах і порт вивантаження морського перевезення і порт розвантаження цього морського перевезення знаходяться у різних державах, якщо відповідно до договору морського перевезення одне із наступних місць знаходиться у договорній державі: 1) місце отримання вантажу; 2) порт завантаження; 3) місце здачі вантажу; 4) порт завантаження [4]. Також слід зауважити, що обидві вищезгадані конвенції застосовуються без урахування національності судна, перевізника, виконуючих сторін, вантажовідправника, вантажоотримувача чи будь-яких інших зацікавлених сторін.

Отже, можна зробити висновок, що нині колізійне регулювання договірних відносин видозмінюється і демонструє нові теоретичні проблеми, які, на жаль, ще не всі досліджені вітчизняною наукою міжнародного приватного права. Також можна зазначити, що застосування матеріального права певної країни, до якого відсилає колізійна норма, не завжди є ефектним для врегулювання тієї чи іншої спірної ситуації, яка виникає при виконанні зобов'язань за договорами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конвенція* Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу від 11 квітня 1980 року // Офіційний вісник України. – 2006 р. – № 15.– Ст. 1171.

2. *Конвенція* Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10 грудня 1982 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_057.

3. *Міжнародна* конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент від 25 серпня 1924 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_221.

4. *Конвенція* Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів від 31 березня 1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995391/card6#Public.

5. *Закон* України. «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

6. *Діковська І. А*. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03, 2002. – 189 с.

7. *Бабкина* Е. В. Коллизионное регулирование договорных отношений в новейших источниках международного частного права // Актуальные проблемы международного и международного частного права: сб. науч. тр. – Выпуск 5. Минск, 2013. – С. 89–98.

8. *Кисіль В. І.* Механізми колізійного регулювання у сучасному міжнародному приватному праві України: автореферат дис. докт. юрид. наук. 12.00.03 / Кисіль Василь Іванович. – Київ, 2001. – С. 27.

9. *Коллизионное* регулирование договорных обязательств / А. В. Асосков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 640 с.

10. *Международное* частное право: коллизионное регулирование / В. Л. Толстых. – Спб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 524 с.

11. *Основы* коллизионого права / А. В. Асосков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 352 с.

12. *Філіп'єв А. О*. Застосування іноземного права для регулювання приватноправових відносин: проблеми та перспективи. Автореферат канд. юрид. наук. 12.00.03 / Філіп'єв Артем Олександрович. – Київ, 2009. – С. 20.

Микита Ирина Проблема выбора применимого права к договору международной морской перевозки груза

В статье рассматривается современное состояние механизма коллизионного регулирования договорных отношений в международном частном праве, в частности в сфере международных морских перевозок груза, и раскрываются вопросы необходимости его усовершенствования.

Ключевые слова: договор с иностранным элементом, применение иностранного права, нормообразующие факторы

Mykyta Iryna Problem of applicable law choice to sea carrying goods contract

Conflict of law regulatory of contractual relationships is always topical subject in the science of international private law. International carriage goods by sea is very specific institute of international private law, because it protects both the public interests of other states and private interests of natural person and legal entity. High level of unification in this sphere does not provide the resolving of all problem issues in this sphere.

Key words: contract with foreign element, application of foreign law, law-creating factors.