

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 19**

**КИЇВ 2019**

---

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. 19, 2019 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, 2019. 182 с.

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

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

*Затверджено до друку вченою радою  
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України  
(протокол № 5 від 22 травня 2019 р.)*

**Редакційна колегія:**

*О. Д. Крупчан (головний редактор), М. К. Галянтич (заст. гол. редактора), О. А. Беляєвич, В. А. Васильєва, А. Б. Гриняк, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, В. В. Комаров, В. В. Костицький, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, Н. М. Мироненко, Т. Г. Попович (відповідальний секретар), Д. М. Притика, В. В. Проценко, В. С. Щербина, 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.*

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19>

Адреса редколегії: 01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23-А, А/С 136

[www.ndipp.gov.ua](http://www.ndipp.gov.ua) [ndipp@adamant.net](mailto:ndipp@adamant.net)

---

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019  
© Автори статей

# Зміст

**Крупчан О. Д., Кочин В. В.** Методологічні засади свободи у цивілістичних дослідженнях .....5

## **I. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ**

**Беляневич О. А.** Відповідальність органів місцевого самоврядування за зобов'язаннями некомерційних комунальних підприємств .....9

**Берестова І. Е.** Конкуренція фундаментальних прав осіб у цивільному процесі: роль рішень Конституційного Суду України.....14

**Гетманцев М. О., Волощук О. Т.** Значення та роль правил етики у діяльності арбітрів міжнародних комерційних арбітражів.....21

**Калаур І. Р., Зайцева-Калаур І. В.** Принцип справедливості у цивільно-правових зобов'язаннях .....25

**Коструба А. В.** Проблеми формування професійної комунікативної компетентності юристів .....29

**Кот О. О.** Загальні засади здійснення суб'єктивних цивільних прав.....33

**Майданик Н. Р.** Загальні положення методології вирішення цивільного спору судом .....38

**Махінчук В. М.** Засади притягнення до відповідальності кінцевого бенефіціара (контролера) корпорації через доктрину підняття корпоративної вуалі: іноземний досвід та перспективи в Україні ..... 42

**Первомайський О. О.** Поняття юридичної особи публічного права: окремі недоліки норм чинного законодавства .....49

**Пленюк М. Д.** Дуалізм звичаю: нормативні приписи та юридичні факти .....55

**Янчук І. А.** Переклад на українську мову *acquis communautaire* в процесі реалізації інтеграційних зобов'язань України .....59

## **II. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ**

**Бернацький М. В.** Перспективи врегулювання правовідносин обігу криптовалют в Україні .....64

**Бесарабчик В. О.** Приватноправові засади реформування дошкільної освіти України в умовах європейської інтеграції.....69

**Бобрик В. І.** Спеціалізація судової діяльності за законодавством України .....73

**Заїка Ю. О.** Дії в чужому інтересі як підстава виникнення зобов'язань .....78

**Козак О. М.** Становлення та розвиток інституту прийомної сім'ї у вітчизняному законодавстві .....82

**Луць В. В.** Строки (терміни) у механізмі правового регулювання цивільних відносин .....87

**Миронова Г. А.** Приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах із надання медичної допомоги.....93

**Пожджук Р. В.** Захист права на недоторканність приватного життя споживача послуг у мережі Інтернет.....97

**Простибоженко О. С.** «Community debt» у системі зобов'язань подружжя за сімейним правом європейських держав .....102

**Резнік Г. О.** Особливості інституту патронатного виховання .....106

**Чаплян С. Є.** Правова природа грошей .....109

**Шабалін А. В.** Судовий захист прав авторів (творців) .....114

**Штефан О. О.** Підстави апеляційного оскарження рішення суду особами, які не брали участі у справі .... 119

### III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

<b>Гриняк А. Б.</b> Цивільно-правова норма в механізмі правового регулювання підрядних відносин .....	125
<b>Лукаsevич-Крутник І. С.</b> Елементи виконання зобов'язань з надання транспортних послуг .....	129
<b>Міловська Н. В.</b> Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором страхування.....	134
<b>Примаk В. Д.</b> Забезпечення належного виконання договірних зобов'язань в умовах збройного конфлікту .....	138
<b>Федорченко Н. В.</b> Неустойка як спосіб забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг.....	141

### IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

<b>Галянтич М. К., Пижова О. В.</b> Проблеми кодифікації житлового законодавства України .....	146
--	-----

### V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

<b>Безух О. В.</b> Державна допомога і економічна конкуренція: проблеми взаємодії .....	151
<b>Гончаренко О. М.</b> Саморегулівні організації: проблематика делегування повноважень, нагляду та контролю .....	156
<b>Попович Т. Г.</b> Правове забезпечення інноваційної діяльності та регіональна нестабільність в Україні .....	164
<b>Черненко О. А.</b> Реалізація права на виплату дивідендів в Україні .....	168

### VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

<b>Короленко В. М.</b> Імплементация міжнародних стандартів регулювання процедур оскарження у цивільному та господарському процесуальних кодексах України .....	172
<b>Король В. І.</b> Модернізація податкового законодавства України щодо «контрольованих іноземних компаній» в контексті забезпечення публічних суспільних інтересів .....	176

## МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ СВОБОДИ У ЦИВІЛІСТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.1>

**Крупчан О. Д.,**

*доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) НАПрН України, директор НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

**Кочин В. В.,**

*кандидат юридичних наук, завідувач відділу методології приватноправових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено методологічним засадам свободи у цивілістичних дослідженнях. Розглянуто можливість застосування юридичного лібертаризму як підходу до праворозуміння, що ґрунтується на власній позиції автора, поєднуючи позитивізм та юснатуралізм. Встановлено, що здійснення досліджень через призму світоглядного підходу забезпечує можливість особистого відчуття свободи, оцінки суспільної моралі та ідей фундаментальної рівності осіб у суспільстві. Окрім належного розуміння сутності приватного права, його предмета та методології досліджень, що обирається дослідником самостійно, запропоновано звертатися не лише до існуючого узагальненого знання та цінностей, а також формувати власні переконання та ідеали, що ґрунтуються на засадах наукової істини.*

**Ключові слова:** юридичний лібертаризм, методологія приватноправових досліджень, свобода наукової діяльності, праворозуміння, позитивізм, юснатуралізм.

Тематика цивілістичних досліджень на сьогодні є доволі строкатою, зважаючи на предмет приватного права, що охоплює велику кількість інститутів: право власності, зобов'язальне право, корпоративне право, сімейне право тощо. Разом з тим спостерігається певна тенденція до зниження рівня теоретичної складової підготовки наукових робіт, особливо дисертаційних досліджень, та формальне до них ставлення у зв'язку з відсутністю належної методологічної спрямованості [8, с. 15]. Попри дійсні суспільні відносини, які вимагають дослідження, передумовою наукового пошуку є особистий інтерес науковця. Так, право вченого обирати види, напрями і засоби наукової і науково-технічної діяльності відповідно до власних інтересів, творчих можливостей та загальнолюдських цінностей передбачено Законом України «Про наукову і науково-технічну діяльність» (п. 1 ч. 2 ст. 5).

Як результат, вчений обмежений власними інтересами, творчими можливостями та загальнолюдськими цінностями. Однак виникає запитання щодо достатності цього для здійснення якісного наукового дослідження, результатом якого має стати нове наукове знання.

Етичним кодексом ученого України (затвердженого загальними зборами НАН України 15.04.2009, постанова № 2) свобода в науці розглядається не лише як свобода вибору наукових напрямів дослідження, концепцій, гіпотез, парадигм, проблем та методів вирішення, а також як свобода думки та слова, що ґрунтується на високому професіоналізмі (п. 1.8 Кодексу). Отже, маємо на меті визначити особливості світоглядного елемента методології наукових досліджень, зокрема цивілістичних, адже відсутність єдиного визнаного або визначеного підходу породжує певний плюралізм наукового пошуку, що деякою мірою може наштовхнути вченого на хибні висновки.

Дослідивши численні наукові дослідження за останній період у сфері приватного права, Р. Б. Шишка виділяє цілу низку проблем, які назріли у цивілістиці, зокрема: 1) стрімке зростання кількості дисертаційних досліджень та спеціалізованих вчених рад; 2) відсутність якісного наукового керівництва (консультування); 3) зловживання обраними методами; 4) ігнорування особливостей процесуального права та міжнародного приватного права; 5) ігнорування новітніх методів дослідження; 6) хибне співвідношення методів та завдань дослідження; 7) ігнорування порівняльно-правового методу в умовах євроінтеграції; 8) підміна завдань методами дослідження; 9) відсутність пізнання методології; 10) формалізм підготовки [13, с. 40–41].

Висловлена позиція притаманна не лише цивілістиці чи правовій науці загалом, йдеться про загальну тенденцію нехтування методології як основи будь-якого наукового дослідження. Крім того, за відсутністю необхідного рівня об'єктивності в гуманітарних науках (на відміну від точних наук, де результат може бути перевірений шляхом використання тих же методів і засобів пізнання) деякі виконавці наукових досліджень стають на шлях софістики. Історики, до прикладу, звертають увагу на виникнення в Україні нової «філософії», що має замінити традиційно вживаний в недалекому минулому марксизм та історичний матеріалізм, забуваючи, що філософія – не наука, а спосіб конструювання світогляду. Як результат, набуває поширення постмодернізм II як прояв інтелектуальної нефаховості, що здобув прихильність дилетантів, які нехтують стандартами написання наукових праць [4, с. 23–24].

В юридичній літературі наголошувалося, що у радянській та пострадянській юридичній науці методологічне багатство використовувалося лише в окремих випадках та лише з обмеженими (часом випадково обраними) пізнавальними засобами [7, с. 63]. До позитиву все ж можна віднести той факт, що, незважаючи на «важку» історичну долю приватних відносин, у останні 100 років загальною

---

тенденцією у цивілістиці стали зусилля створення провідного фундаментального цивільного права, побудованого на приватноправових засадах, яке ґрунтується на збережених традиціях, відновлених після «революційного права» [1, с. 241]. Така обставина певною мірою спрямовує сучасні наукові дослідження у цій науці.

Втім цей підхід до правових досліджень спровокований не лише розширенням (а часом зловживанням) свободи наукових досліджень, метою яких не так часто стає нове знання. Загальною позитивною тенденцією до різноплановості підходів є юридичний лібертаризм – праворозуміння, що відповідає власній позиції автора та має синтезувати позитивістське праворозуміння та юснатуралізм [9, с. 40].

Привабливість юридичного лібертаризму у цивілістичних дослідженнях спричинена тим, що ця течія визначає право як необхідну форму свободи, і в такій якості пояснює його як специфічний, а не універсальний регулятор [5, с. 17]. До недоліків цієї концепції, особливо з точки зору справедливості, відносять її розходження з моральною ідеєю фундаментальної рівності людських індивідів як членів єдиної спільноти, з імперативом гуманності та іншими аксіомами моралі; крім того, соціально-економічний лібертаризм виглядає як відображення егоїзму власника [6, с. 109–110].

Проте, у будь-якому разі, такий підхід до правових досліджень не повинен виходити за межі наукового пізнання. Так, наукове пізнання, як відносно самостійна, цілеспрямована пізнавальна діяльність, складається з визначених компонентів: 1) суб'єкта пізнання, тобто особистості чи групи людей, що мають певний рівень знань, навичок, світоглядних і методологічних настанов з приводу своєї діяльності; 2) об'єкта пізнання, тобто фрагмента об'єктивного світу, на який спрямовані думка і дії суб'єкта пізнання; 3) предмета пізнання, тобто конкретних аспектів пізнання, що детермінуються об'єктом пізнання і визначаються у певних логічних формах 4) особливих методів та засобів пізнання; 5) певних форм пізнання і мовних засобів; 6) результатів пізнання (закони, теорії, наукові гіпотези); 7) цілей пізнання, спрямованих на досягнення систематизованого знання, здатного пояснити невідомі науці факти [11, с. 281–282].

Насамперед звернемо увагу на результати та цілі пізнання, особливо щодо дисертаційних досліджень на здобуття ступеня доктора філософії (кандидата наук) та доктора наук, оскільки законодавством передбачені відповідні формальні вимоги до результатів. Так, Закон України «Про вищу освіту» передбачає, що ступінь доктора філософії присуджується в результаті успішного виконання здобувачем вищої освіти відповідної освітньо-наукової програми та публічного захисту дисертації (абз. 1 ч. 6 ст. 5), натомість ступінь доктора наук передбачає набуття найвищих компетентностей у галузі розроблення і впровадження методології дослідницької роботи, проведення оригінальних досліджень, отримання наукових результатів, які забезпечують розв'язання важливої теоретичної або прикладної проблеми (абз. 1 ч. 7 ст. 5).

Поки що відсутній порядок присудження наукового ступеня доктора філософії, а також відповідні вимоги до дисертації, що мають відповідати новій редакції Закону України «Про вищу освіту». Чинним Порядком присудження наукових ступенів (затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 р. № 567) передбачено, що дисертація на здобуття наукового ступеня є кваліфікаційною науковою працею, виконаною особисто здобувачем у вигляді спеціально підготовленого рукопису або опублікованої монографії. Підготовлена до захисту дисертація повинна містити висунуті здобувачем науково обґрунтовані теоретичні або експериментальні результати, наукові положення, а також характеризуватися єдністю змісту і свідчити про особистий внесок здобувача в науку (п. 9 Порядку). Таким чином, вимога до результатів досліджень з точки зору пізнання фактично є лише свідченням особистого внеску в науку, вимоги до якого, на наше переконання, може висувати лише авторитетна наукова спільнота.

Таким чином, звернемося до суб'єктів пізнання, зокрема як до автора, так і до вчених, які сприймають наукове знання. Головним чином йдеться про дослідницький підхід у юриспруденції, аспектами якого пропонується розглядати: концептуальний, тактичний і методологічний, тобто у широкому розумінні він є комплексом концептуальних, тактичних та методологічних аспектів пізнання явищ, фактів, а у вузькому – будь-яким з названих аспектів [3, с. 4]. Разом з тим констатується, що якість дослідницького підходу полягає у тому, чи сприяє він чи ні, а якщо сприяє, то якою мірою, вирішенню поставленої проблеми, внаслідок чого він може бути оцінений як адекватний чи неадекватний, неадекватний частково чи хибний [3, с. 13].

Правильність підходу у тому числі залежить від особистості дослідника. Так, законодавець здійснює ідентифікацію права, оцінює його можливі успіхи та провали, орієнтуючись на кінцевий результат – нормативно-правовий акт; суддя, натомість, спрямовує свої дослідження переважно на вирішення спору шляхом логічних операцій та правової доцільності, практикуючий юрист – здійснює «пошук» правової позиції на користь клієнта, викладач та здобувач освіти перебуває на межі отримання вже існуючих знань та проведення правового дослідження, залежно від рівня (ступеня) освіти. Така різниця спричинена відповідним рівнем правосвідомості, деонтологічними особливостями, а також так званою професійною деформацією та місцем особи у суспільстві.

Вибір підходів, методів, а також методології загалом, хоч і визначається ступенем установлених у науці засад, однак не позбавлений впливу правової школи, в межі якого здійснюється дослідження, особливо коли наукова спільнота здатна правильно скорегувати суб'єктивні підходи дослідника. Такий підхід закладається у свободі волі, як філософській категорії, оскільки вона є властивістю особи виступати у якості першопричини, що аутодетермінує свої соціальні дії, у тому числі дозволяючи соціальному оточенню оцінювати ці дії, тобто здатність нести відповідальність [2, с. 295].

З огляду на ці суб'єктивні фактори розуміння правової дійсності акцентується увага на одному з її аспектів, яким є: 1) правовий позитивізм як зовнішня сторона правової реальності, сукупність норм, що забезпечуються державним примусом; 2) правовий об'єктивізм, що ґрунтується на соціальній обумовленості права, його укорінення у житті; 3) правовий суб'єктивізм або класичне розуміння права, що ґрунтується на ідейно-моральній стороні права, на ідеї права, що розгортається у свідомості суб'єкта; 4) правова інтерсуб'єктивність або некласична концепція природного права, що спирається на взаємодію суб'єктів права, їх комунікації та інтерпретації [9, с. 42].

Таким чином, дослідник має розуміти цивільне (приватне) право не лише як систему цивільного законодавства, що забезпечує механізм дійсних соціальних зв'язків, які ґрунтуються на засадах автономії волі, рівності та самостійності. Далі має вибудовуватися розуміння приватного права, його історичні витoki та значення. Прикладом цього є погляди С. Л. Франка, котрий вибудовував систему права як систему майнових відносин, як загалом структуру громадянського (цивільного) суспільства. Останнє є системою вільної взаємодії та узгодження приватної волі осіб, а право розглядається як форма громадянського суспільства. Як результат, навіть державні відносини розглядаються аналогічно громадянському суспільству, адже публічні відносини пронизані приватноправовими [12, с. 392–393].

Звісно, названий підхід складно сприймається юристами-практиками, зважаючи на окреме розуміння публічного права. Однак аналіз принципу верховенства права, його сучасне сприйняття має відкрити дослідникам нові вектори для наукового пошуку, використовуючи методологію саме приватного права. Диспозитивність цивільно-правового методу надає можливість учасникам відносин діяти в межах, наданих їм законом. Орієнтиром для досліджень слугує, в першу чергу, система принципів приватного права, які рельєфно розкривають цілі правового регулювання, прагнення до практичного втілення якого призводить до конструювання та впровадження різноманітних правових засобів.

Концепція природного права, що закладена у принципах цивільного права України, в частині позбавлення її природженості до натуралізму, та яка зосереджується на суб'єкті як носії «належного», втілюється в обґрунтуванні права з позиції суб'єктивізму. Результатом цього слугує розуміння та виявлення змісту права, що приховується у свідомості (розумі) суб'єкта [9, с. 53].

Гуманістичні та людиноцентриські концепції, а також так званий антиетатизм, що спрямований на усунення держави зі сфери управління та обмеження впливу держави як політичного центру на соціальні, економічні, культурні, духовні тощо процеси суспільства та вивільнення здорових ініціатив знизу, покладено в основу сучасної ліберальної правової доктрини країн Північної Америки та Західної Європи. Актуальність такої тематики у приватному праві ґрунтується на існуючих природних протиріччях між інтересом держави, яка намагається привласнити собі роль управлінця з кількох конфлікуючих центрів, та автономними суб'єктами громадянського суспільства.

На сучасному етапі розвитку України актуальним напрямом є створення, з одного боку, розвинутого громадянського суспільства європейського типу, з іншого – сильної держави, яка здатна гармонійно поєднати різноманітні інтереси учасників суспільних відносин в тих чи інших формах конкретно-історичної взаємодії, зокрема у вигляді консенсусів чи компромісів.

Усвідомлення предмета приватного права, методології його досліджень та спрямованості результатів призводить до необхідності розуміння дослідником своєї відповідальності як перед науковою спільнотою, так і перед суспільством. Згадані раніше формальні вимоги до дисертаційних досліджень, зокрема мінімальна кількість статей, складність та часом необ'єктивність оцінки результатів досліджень, які взагалі можуть бути позбавлені нового знання, спричинили закріплення у Законі України «Про освіту» поняття академічної доброчесності (ст. 42).

Так, академічна доброчесність щодо наукових досліджень є сукупністю етичних принципів та визначених законом правил, якими мають керуватися учасники освітнього процесу під час провадження наукової (творчої) діяльності з метою забезпечення довіри до результатів наукових (творчих) досягнень, що передбачає: посилавання на джерела інформації у разі використання ідей, розробок, тверджень, відомостей; дотримання норм законодавства про авторське право і суміжні права; надання достовірної інформації про методики і результати досліджень, джерела використаної інформації та власну педагогічну (науково-педагогічну, творчу) діяльність; контроль за дотриманням академічної доброчесності здобувачами освіти.

Проте у визначенні відсутня згадка про відповідний науковий результат, тобто нове наукове знання, одержане в процесі фундаментальних або прикладних наукових досліджень та зафіксоване на носіях інформації (п. 22 ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»). Таким чином, компілювання наукової інформації без вироблення нового знання не порушує положень про академічну доброчесність, однак такий результат не є науковим.

Внаслідок дослідження науковий результат завжди має бути вираженим, викладеним, сформульованим таким чином, щоб він міг бути сприйнятий, зрозумілий, засвоєний іншими. Таким чином, наукова діяльність неминує включати в себе те, що стосується соціальних взаємодій та взаємовідносин, тим самим сама наукова діяльність стає об'єктом оцінки, причому суб'єктивної, заснованої на довірі між членами наукового товариства. При цьому лише після відповідної оцінки (рецензування зокрема) такий результат може бути долучений до загальної системи наукових знань [10, с. 407–408].

Підбиваючи загальний підсумок щодо юридичного лібертаризму у цивілістичних дослідженнях, звертаємо увагу на таке: 1) такий підхід до праворозуміння є цілком виправданим для цивілістики, адже ґрунтується на власній позиції автора, поєднуючи позитивізм та юснатуралізм; 2) здійснення досліджень через призму світоглядного підходу забезпечує можливість особистого відчуття свободи, оцінки суспільної моралі та ідей фундаментальної рівності осіб у суспільстві; 3) особисте ставлення дослідника щодо правових явищ корегується не лише рівнем його професійної підготовки, а й внаслідок деонтологічних особливостей та рівня правосвідомості; 4) формальність підходів до оцінки результатів наукових досліджень має бути компенсовано світоглядними підходами, що панують у науковому товаристві; 5) окрім належного розуміння сутності приватного права, його предмета та методології досліджень, що обирається дослідником самостійно, слід звертатися не лише до існуючого узагальненого знання та цінностей, а також формувати власні переконання та ідеали, що ґрунтуються на засадах наукової істини.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Алексеев С. С. Философия права. М.: Издательство НОРМА, 1998. 336 с.
2. Бачинин В. А. Философия права: конспект лекций. Харьков: Консум, 2002. 368 с.
3. Габаковська Х. В. Дослідницький підхід як елемент методології у сучасній юриспруденції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук ... 12.00.01. Івано-Франківськ, 2018. 20 с.
4. Дашкевич Я. Постмодернізм та українська історична наука // Україна крізь віки. Зб. статей. К.: Ярославів Вал, 2000. С. 15–29.
5. Дашковська О. Р. Права людини в контексті лібертарно-юридичної концепції праворозуміння: загальна характеристика // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2016. Вип. 5. Т. 1. С. 17–20.
6. Дзьобань О. П., Мануйлов Є. М. Справедливість як правова цінність: концептуалізація феномена // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». 2015. № 1 (24). С. 102–113.
7. Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. 6-е изд. М.: Изд-во СГУ, 2011. 521 с.
8. Правова доктрина України: у 5-и т. Х.: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 760 с.
9. Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5-и т. Т. 1: Методология и историко-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины / под общ. ред. М. В. Цвика, А. В. Петришина. Харьков: Право, 2011. 896 с.
10. Философия науки. Под ред. С. А. Лебедева: учебное пособие для вузов. М.: Академический проект, 2005. 736 с.
11. Філософія: підручник / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань. Х.: Право, 2015. 432 с.
12. Франк С. Л. Планомерность и спонтанность в общественной жизни (Государство и гражданское общество) // Русская философия права. Антология. Издание второе, дополненное. СПб.: Издательство «Алейя», 1999. С. 382–394.
13. Шишка Р. Б. Методологія досліджень за спеціальністю 12.00.03 // Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практичне застосування): матеріали міжнар. наук.-теорет. конф. (м. Київ, 10 червня 2016 р.). К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016. С. 40–45.

#### **Krupchan O., Kochyn V. Methodological grounds of freedom in civil law researches**

*The article is devoted to the methodological grounds of freedom in civil law researches. The possibility of using legal libertarianism as an approach to legal thinking, based on the author's own position, combining positivism and jus natural is considered. It has been established that the implementation of researches through the prism of the philosophical approach provides an opportunity for a personal sense of freedom, an assessment of social morality and ideas of fundamental equality of persons in society. In addition to proper understanding of the essence of private law, its subject matter and research methodology, chosen by the researcher, it is independently invited to address not only the existing generalized knowledge and values, but also to form their own convictions and ideals based on the principles of scientific truth.*

**Keywords:** legal libertarianism, methodology of private legal research, freedom of scientific activity, legal thinking, positivism, jus natural.



## ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ НЕКОМЕРЦІЙНИХ КОМУНАЛЬНИХ ПІДПРИЄМСТВ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.2>

**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*

*У статті досліджено важливу науково-практичну проблему відповідальності органів самоврядування по боргах некомерційних комунальних підприємств. Аргументовано, що істотною і обов'язковою ознакою легальної конструкції права оперативного управління є субсидіарна відповідальність власника майна, що найповніше закріплено в нормах, якими врегульовано діяльність казенних підприємств. Обґрунтовано, що орган місцевого самоврядування, який від імені територіальної громади здійснює повноваження власника, в тому числі організаційно-господарські, щодо створених ним комунальних некомерційних підприємств, несе субсидіарну відповідальність за їх зобов'язаннями на підставі норм ч. 10 ст. 78, ч. 7 ст. 77 ГК України. Умовою покладення субсидіарної відповідальності на орган місцевого самоврядування відповідно до ч. 7 ст. 77 ГК України є недостатність коштів, які є у розпорядженні казенного підприємства.*

**Ключові слова:** міське самоврядування, некомерційне комунальне підприємство, право оперативного управління, субсидіарна відповідальність.

Активне, впливове і розвинене громадянське суспільство є важливим елементом будь-якої демократичної держави та відіграє одну з ключових ролей у впровадженні нагальних суспільних змін і належного врядування, в управлінні державними справами і вирішенні питань місцевого значення, розробці і реалізації ефективної державної політики у різних сферах, утвердженні відповідальної перед людиною правової держави, розв'язанні політичних, соціально-економічних та гуманітарних проблем [1].

Громадянське суспільство є системою суспільних відносин, де юридично самостійні індивіди (приватні фізичні особи) та організації (юридичні особи), що ними законно створюються, пов'язані між собою обоюсторонніми економічними та іншими інтересами і мають можливість вільно діяти відповідно до цих інтересів та на власний розсуд, але не порушуючи при цьому законних інтересів інших осіб і суспільства в цілому, і які має забезпечувати держава. Матеріальною основою правової держави є соціально орієнтована ринкова економіка, головними принципами якої є свобода власності і підприємництва [1, с. 237]. Стаття 15 Конституції України проголошує, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності. Економічна багатоманітність слугує базисом правової держави і забезпечується, серед іншого, реалізацією конституційного права кожного на підприємницьку діяльність (ст. 42 Конституції України), яке належить до фундаментальних соціально-економічних прав та свобод людини і громадянина і створює матеріальні умови для її існування та всебічного розвитку.

Центральними ідеями побудови громадянського суспільства в Україні мають бути, на нашу думку, *самоорганізація* його членів в її найширшому розумінні як здатності індивіда до упорядкування свого буття, в тому числі економічного, шляхом реалізації власної підприємницької ініціативи (в такому сенсі весь приватний сектор економіки може розглядатися як результат економічної самоорганізації членів суспільства, а суб'єкти підприємницької діяльності та їх різні об'єднання можуть бути визначені як економічні інститути громадянського суспільства<sup>1</sup>) та *відповідальність*, в тому числі юридична, всіх інститутів громадянського суспільства за власну діяльність.

Оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів є основою правового господарського порядку в Україні (ч. 1 ст. 5 ГК України). Визнання усіх суб'єктів права власності рівними перед законом, непорушності права приватної власності, недопущення протиправного позбавлення власності, економічна багатоманітність, право кожного на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, є одними з конституційних основ правового господарського порядку в Україні (ст. 13, 15, 42 Конституції України, ч. 2 ст. 5 ГК). Зазначені конституційні норми, відтворені і розвинені як вихідні в нормах-принципах ГК, мають бути покладені не лише в основу законодавчого регулювання відносин у сфері господарювання та правозастосовної практики, а й, як правові цінності, складати підґрунтя теоретичних розробок проблем правового регулювання ринкових відносин в умовах громадянського суспільства.

<sup>1</sup> Під інститутом громадянського суспільства можна розуміти певний організм (який має власну ієрархічну структуру), члени такого організму мають певну типізовану модель поведінки, сам організм характеризується певною типізованою діяльністю і певним механізмом, тобто комплексом правил, які регулюють структурну будову тієї або іншої організації і ту або іншу діяльність [2, с. 33].

Визнання України суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою (ст. 1 Конституції України) означає, що правова держава, яка покликана виконувати соціальні та економічні функції, не лише не протиставляється громадянському суспільству, а й визнається його невід'ємним елементом. Важливе місце в громадянському суспільстві займає і місцеве самоврядування як форма здійснення народом влади, яка визнається і гарантується в Україні (ст. 7 Конституції України)<sup>1</sup>. Стаття 3 Європейської Хартії місцевого самоврядування, ратифікована Законом України від 15.07.1997 р., визначає місцеве самоврядування як право і спроможність органів місцевого самоврядування в межах закону здійснювати регулювання та управління суттєвою часткою *публічних справ, під власну відповідальність, в інтересах місцевого населення*. Оскільки економічною основою всієї системи місцевого самоврядування в державі є комунальна власність (ст. 1, 16, 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»), однією з публічних справ, як це впливає із статей 140, 143 Конституції України, можна вважати безпосереднє або через утворені територіальними громадами органи місцевого самоврядування управління майном, що є в комунальній власності, зокрема, утворення, реорганізацію та ліквідацію комунальних підприємств, організацій і установ, а також здійснення контролю за їх діяльністю (ст. 140, 143 Конституції України).

Економічна багатоманітність як засада суспільного життя в Україні виявляється, серед іншого, у функціонуванні публічного (державного та комунального) сектору економіки та плюралізмі організаційно-правових форм суб'єктів господарювання із притаманними їм особливостями. Так, право державної та право комунальної власності реалізується державою та органами місцевого самоврядування, які діють від імені і в інтересах територіальних громад, через систему організаційно-господарських повноважень відповідних органів управління держави, територіальних громад та органів місцевого самоврядування. Суб'єкти господарювання, які належать до державного та комунального сектору економіки, здійснюють свою діяльність на основі права господарського відання або права оперативного управління (ч. 5 ст. 22, ч. 1 ст. 24 ГК), тобто вони можуть здійснювати як підприємницьку діяльність (комерційні державні та комунальні підприємства), так і непередприемницьку господарську діяльність (казенні та некомерційні комунальні підприємства) і так само можуть розглядатися як економічні інститути громадянського суспільства, але із особливостями, зумовленими конституційно-правовою природою публічної власності.

Підприємницька діяльність як самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, за визначенням, передбачає несення суб'єктом тягаря відповідальності за її наслідки. При цьому ризик у підприємництві існує лише у зв'язку із реалізацією конкретним суб'єктом свого права на здійснення підприємницької діяльності, а юридичного значення набуває при настанні негативних наслідків. Ризик може призводити як до отримання прибутків, так і спричиняти втрати, він впливає на рух майнових та/або фінансових потоків суб'єкта підприємництва, а також зміни в структурі активів такого суб'єкта [4, с. 173.]. Некомерційна ж господарська діяльність як така, що спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку, здійснюється суб'єктами господарювання державного або комунального секторів економіки у галузях (видах діяльності), в яких відповідно до статті 12 ГК забороняється підприємництво, на основі рішення відповідного органу державної влади чи органу місцевого самоврядування (частини 1, 2 ст. 52 ГК), що значно обмежує таких суб'єктів у можливості прийняття самостійних бізнес-рішень на власний ризик та звужує сферу власної відповідальності за їх реалізацію. Можна стверджувати, що рівна міра відповідальності можлива лише за рівних можливостей самоорганізації та самоуправління суб'єктів ринкових відносин.

Саморегулювання є однією з функцій економічних інститутів громадянського суспільства і в широкому сенсі може розглядатися як прийняття окремим суб'єктом/суб'єктами господарської (підприємницької) діяльності управлінських рішень щодо власної господарської діяльності, яка здійснюється самостійно і на власний ризик на основі наявної нормативної інформації (у вигляді юридичних норм). В ідеальному варіанті рішення приймаються в межах існуючого правового режиму і незалежно від держави, через що такий вид саморегулювання можна назвати автономним або ліберальним. Найповніше цей вид саморегулювання притаманний суб'єктам приватного сектору економіки. В публічному ж секторі саморегулювання господарської діяльності може допускатися законодавцем тією мірою, якою він визнає можливість здійснення підприємницької діяльності державними та комунальними підприємствами.

З огляду на це являють науковий та практичний інтерес проблеми взаємодії публічного (комунального) та приватного секторів економіки, зокрема, в частині майнової відповідальності органів місцевого

---

<sup>1</sup> З цього конституційного положення у системному взаємозв'язку з положеннями статті 6 Конституції України про те, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, впливає, що органи місцевого самоврядування не є органами державної влади (пункт 4 рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 28 Закону України «Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів» (справа про охорону трудових прав депутатів місцевих рад) від 26.03.2002 р. № 6-пп/2002.

самоврядування за зобов'язаннями некомерційних підприємств, які ними створюються. Так, непоодинокими є випадки, коли органи місцевого самоврядування своїми рішеннями вилучають активи комунальних підприємств, за якими майно закріплено на праві оперативного управління, залишаючи їм борги, і передають активи іншим комунальним підприємствам, що призводить до неможливості підприємствами, у яких було вилучено активи, здійснювати свою статутну діяльність та виконувати свої грошові зобов'язання перед іншими особами.

Слід звернути увагу на те, що особливості господарсько-правової відповідальності казенних підприємств, які входять до державного сектору економіки, визначені законом: казенне підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями лише коштами, що перебувають у його розпорядженні. У разі недостатності зазначених коштів держава, в особі органу, до сфери управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства (ч. 7 ст. 77 ГК). Водночас в ГК немає норми, яка б прямо передбачала субсидіарну відповідальність територіальної громади (в особі відповідного органу), внаслідок чого склалася різна судова практика. Так, в одних випадках суди вважають, що територіальна громада не несе відповідальності за зобов'язаннями таких суб'єктів в силу ч. 1 ст. 176 Цивільного кодексу України, відповідно до якої держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади не відповідають за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб, крім випадків, встановлених законом. В інших випадках суди виходять з того, що до комунальних юридичних осіб, за якими майно закріплено на праві оперативного управління, застосовується норма ч. 7 ст. 77 ГК.

Сучасне правове регулювання відносин права публічної (державної та комунальної) власності ґрунтується на засадах уніфікації режиму права державної власності та комунальної власності із збереженням певних особливостей, зумовлених сутністю місцевого самоврядування.

Ці особливості свого часу були доволі детально визначені в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Кіровоградобленерго» про офіційне тлумачення положень частини восьмої статті 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності) від 20.06.2007 р. № 5-рп/2007<sup>1</sup>. Незважаючи на те, що в чинній редакції Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» норми, яка була предметом тлумачення у цій справі, немає, в зазначеному рішенні містяться важливі концептуальні висновки щодо особливостей управління господарською діяльністю підприємств комунального сектору економіки, які залишаються актуальними як для практики застосування господарського законодавства, так і для правової теорії. Ці висновки полягають у такому.

Статтею 24 ГК визначено особливості управління господарською діяльністю у комунальному секторі економіки, серед яких, зокрема, такі:

– управління господарською діяльністю у комунальному секторі економіки здійснюється через систему організаційно-господарських повноважень територіальних громад та органів місцевого самоврядування щодо суб'єктів господарювання, які належать до комунального сектора економіки і здійснюють свою діяльність на основі права господарського відання або права оперативного управління (ч. 1 ст. 24 ГК);

– суб'єктами господарювання комунального сектору економіки є суб'єкти, що діють на основі лише комунальної власності, а також суб'єкти, у статутному фонді яких частка комунальної власності перевищує п'ятдесят відсотків чи становить величину, яка забезпечує органам місцевого самоврядування право вирішального впливу на господарську діяльність цих суб'єктів (ч. 3 ст. 24 ГК);

– органи місцевого самоврядування несуть відповідальність за наслідки діяльності суб'єктів господарювання, що належать до комунального сектору економіки, на підставах, у межах і порядку, визначених законом (ч. 5 ст. 24 ГК).

Реалізація органами місцевого самоврядування їх організаційно-господарських повноважень залежить від організаційно-правової форми суб'єкта господарювання комунального сектору економіки, а саме:

1) якщо головною метою суб'єкта господарювання в комунальному секторі економіки є виробництво продуктів чи послуг для задоволення нагальних потреб жителів відповідної територіальної громади, наприклад, з водопостачання, опалення, вивезення сміття та відходів тощо, то його організаційно-правовою формою має стати *комунальне унітарне підприємство*;

2) у випадках, коли основною метою діяльності суб'єкта господарювання у комунальному секторі економіки зазначено отримання прибутку, його організаційно-правовою формою має стати господарське товариство з відповідною часткою комунальної власності у статутному фонді. Господарські

<sup>1</sup> Відповідно до ч. 8 ст. 5 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (в редакції Закону від 11.01.2007 р.) положення цього Закону не застосовуються до юридичних осіб – підприємств, що є об'єктами права комунальної власності, якщо стосовно них виключно на пленарному засіданні відповідної ради органів місцевого самоврядування прийняті рішення щодо цього.

товариства проводять свою діяльність на основі права власності, утворюються для ведення виключно підприємницької діяльності, метою якої є отримання прибутку, а не досягнення якогось іншого соціального результату. Здійснення корпоративних прав органами місцевого самоврядування щодо господарських товариств переслідує мету доцільного, економного та ефективного використання комунальної власності, а не задоволення нагальних потреб жителів територіальної громади. Тому статтею 24 Господарського кодексу України не передбачено віднесення таких господарських товариств до суб'єктів господарювання, щодо яких здійснюється управління територіальних громад та органів місцевого самоврядування через систему їх організаційно-господарських повноважень<sup>1</sup>.

Майно комунального унітарного підприємства перебуває у комунальній власності і закріплюється за таким підприємством на праві *господарського відання* (комунальне комерційне підприємство) або на праві *оперативного управління* (комунальне некомерційне підприємство) (ч. 3 ст. 78 ГК). Основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, які здійснюють некомерційну господарську діяльність, становить право оперативного управління як речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення некомерційної господарської діяльності, у межах, встановлених цим Кодексом та іншими законами, а також власником майна (уповноваженим ним органом) (ст. 137 ГК). Цивільному кодексу України правовий титул «право оперативного управління» не відомий і цим Кодексом не регулюються відносини, що виникають у зв'язку із реалізацією носієм такого речового права своїх правомочностей, в тому числі його відносини із власником майна. З огляду на це застосування до відносин відповідальності комунального некомерційного підприємства норм ст. 176 ЦК вважаємо помилковим.

Як вбачається із змісту норм глави 14 «Майно суб'єктів господарювання» ГК, право оперативного управління є найбільш обмеженим правовим титулом, похідним від права власності. Воно обмежується не тільки законом та статутом, а й власником майна. Зокрема, орган, до сфери управління якого входить казенне підприємство, здійснює контроль за використанням та збереженням належного підприємству майна, і має право вилучити у казенного підприємства майно, яке не використовується або використовується не за призначенням, та розпорядитися ним у межах своїх повноважень (ч. 3 ст. 77 ГК)<sup>2</sup>. Повноваження щодо управління комунальним майном, закріпленим за комунальним некомерційним підприємством, з боку власника (територіальної громади або органу, який діє від її імені) ширші, ніж відносно права господарського відання, на якому закріплюється майно за комунальним комерційним підприємством: орган місцевого самоврядування має право вилучити у суб'єкта господарювання надлишкове майно, а також майно, що не використовується, та майно, що використовується ним не за призначенням.

Застосування історичного, телеологічного та системно-логічного способів тлумачення норм про право оперативного управління надають підстави стверджувати, що *субсидіарна відповідальність власника майна є істотною і обов'язковою ознакою легальної конструкції права оперативного управління*.<sup>3</sup> Найбільш послідовно це зафіксовано в нормах, що регулюють діяльність казенних підприємств.

Відповідно до ч. 10 ст. 78 Господарського кодексу України особливості господарської діяльності комунальних унітарних підприємств визначаються відповідно до вимог, встановлених цим Кодексом щодо діяльності державних комерційних або казенних підприємств, а також інших вимог, передбачених законом. Такі вимоги встановлено ст. 77 ГК «Особливості господарської діяльності казенних підприємств».

Відповідно до ч. 7 ст. 77 ГК казенне підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями лише коштами, що перебувають у його розпорядженні. У разі недостатності зазначених коштів держава, в особі органу, до сфери управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства. Зазначеною нормою не встановлено будь-яких умов для покладення субсидіарної відповідальності на орган держави, до сфери управління якого входить казенне підприємство. Така відповідальність зумовлена особливостями управління казенними підприємствами та повноваженнями відповідного органу. Зокрема, орган, до сфери управління якого входить казенне підприємство, має право вилучити у казенного підприємства майно, яке не використовується або використовується не за призначенням, та розпорядитися ним у межах своїх повноважень (ч. 3 ст. 78

<sup>1</sup> Пункт 3.6 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007.

<sup>2</sup> За відсутності аналогічної норми в статті 78 ГК наявність у органу місцевого самоврядування правомочності вилучити у комунального некомерційного підприємства майно під сумнів не ставиться.

<sup>3</sup> При цьому комунальне некомерційне підприємство, так само як і інші суб'єкти господарської діяльності, не може розглядатися як боржник винятково в цивілістичному аспекті (або в аспекті майново-господарських зобов'язань). Так, відповідно до ст. 1 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» грошовими є не лише зобов'язання боржника сплатити кредиторі певну грошову суму відповідно до цивільно-правової правочину (договору) та на інших підставах, передбачених законодавством України, а й інші зобов'язання (зокрема, щодо сплати податків, страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування). Тому в ч. 7 ст. 77 ГК терміном «зобов'язання» охоплюються й інші види зобов'язань такого суб'єкта.

ГК). Таким чином, відповідальність за зобов'язаннями комунального некомерційного підприємства врегульована шляхом такого законодавчого прийому, як відсильна норма.

Слід зазначити, що у науковій літературі свого часу обґрунтовано зверталася увага на те, що система виключень із права банкрутства має будуватися на автоматичній трансформації боргу суб'єкта, що виключається законодавством із права банкрутства, на субсидіарний борг держави чи територіальної громади із віднесенням цього боргу до внутрішньодержавного боргу або місцевого боргу, погашення якого має законодавчі механізми реалізації поза волевиявлення органів держави чи громади (Бюджетний кодекс, Закон «Про державний внутрішній борг України») [5, с. 102]. Незважаючи на зміни у законодавстві про банкрутство, ця пропозиція залишається актуальною і її реалізація може значно підвищити рівень захищеності прав кредиторів як казенних, так і комунальних некомерційних підприємств.

Враховуючи спільність природи комунальної та державної власності як власності публічної для вирішення питань субсидіарної відповідальності, важливо враховувати практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який неодноразово визнавав державу відповідальною за борги підприємств незалежно від їх формальної класифікації у внутрішньодержавному праві<sup>1</sup>, тобто внутрішньодержавний правовий статус підприємства як самостійної юридичної особи сам по собі не звільняє державу від відповідальності за борги підприємств у межах Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Крім того, ЄСПЛ висловив позицію і щодо субсидіарної відповідальності муніципального органу (органу місцевого самоврядування) за зобов'язаннями муніципального підприємства. Так, у пункті 62 рішення у справі «Єршова проти Російської Федерації» ЄСПЛ зазначив, що, враховуючи публічний характер діяльності підприємства, істотний ступінь контролю за його майном з боку муніципальних органів влади і рішень останніх, які мали наслідком передачу майна і подальшу ліквідацію підприємства, ЄСПЛ дійшов висновку про те, що підприємство не було наділене достатньою організаційною та управлінською незалежністю від муніципальних органів влади. Отже, незалежно від статусу підприємства як самостійної юридичної особи, муніципальна влада і відповідно держава мають бути в межах Конвенції визнані відповідальними за діяльність і бездіяльність підприємства. Зазначена практика ЄСПЛ була покладена в основу постанови Великої Палати Верховного Суду від 04.09.2018 р. у справі № 5023/4388/12. Верховний Суд визнав правомірним покладення на міськраду субсидіарної відповідальності по боргах некомерційного комунального підприємства і зазначив, що здійснення господарської діяльності таким підприємством без мети одержання прибутку, на основі матеріальної бази, яка не є його власністю та не включається до ліквідаційної маси в разі банкрутства такого підприємства, зумовлює для законодавця необхідність регулювання спірних відносин у такий спосіб, який би дозволив захистити інтереси можливих кредиторів суб'єкта некомерційної господарської діяльності. Таке регулювання здійснено через механізм, закріплений у положеннях статей 77, 78 ГК України [6]. Дотримання судами такої правової позиції, в кінцевому підсумку, сприяло б реалізації справедливості як однієї із складових верховенства права у відносинах між інститутами громадянського суспільства.

Викладене дає можливість зробити такі висновки.

Орган місцевого самоврядування, який від імені територіальної громади здійснює повноваження власника, в тому числі організаційно-господарські щодо створених ним комунальних некомерційних підприємств, несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями таких підприємств в силу норм ч. 10 ст. 78, ч. 7 ст. 77 Господарського кодексу України.

Умовою покладення субсидіарної відповідальності на орган місцевого самоврядування є в силу норми ч. 7 ст. 77 Господарського кодексу України недостатність коштів, які є у розпорядженні комунального некомерційного підприємства. Будь-яких інших умов законом не передбачено, відсутність встановленого факту доведення комунального некомерційного підприємства до банкрутства не впливає на можливість покладення на орган місцевого самоврядування субсидіарної відповідальності по боргах такого підприємства.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016 – 2020 роки, затверджена указом Президента України від 26.02. 2016 року № 68/2016
2. Селиванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. Монографія. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. 724 с.
3. Лотюк О. С. Зміст та класифікація інститутів громадянського суспільства/ Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2014. Серія ПРАВО. Випуск 29. Том 1. С. 32–35.

<sup>1</sup> Див., зокрема, рішення ЄСПЛ від 30.11. 2004 р. у справі «Михайленки та інші проти України», рішення ЄСПЛ від 04.04. 2006 р. у справі «Лисянський проти України» та ін.

4. Резнікова. Ризик у підприємницькій діяльності: поняття та ознаки// Актуальні проблеми господарського права і господарського процесу: матеріали круглого столу (м. Київ, 9 листопада 2018 р.) К.: Видавництво Ліра-К, 2018. С. 170–174.

5. Подцерковний О. П. Щодо питань про системну побудову виключень з права банкрутств та попередження умисного списання боргів// Санація та банкрутство. 2011. № 1. С. 101–104

6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.09.2018 р. у справі № 5023/4388/12 (провадження № 12-102гс18) за заявою Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття в особі Лозівського міськрайонного центру зайнятості до Комунального підприємства «Комбінат комунальних підприємств» Лозівської міської ради Харківської області про визнання банкрутом. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76381567>( дата звернення 12.02.2019).

**Belianevych O. The article examines the important scientific and practical problem on the liability of self-government bodies for the debts of non-commercial utility companies.**

It is argued that the essential and mandatory element of the legal construction of the right of operational management is the subsidiary liability of the property owner, as more completely expressed in the norms that regulate the activity of state enterprises. It is reasoned that a self-government body that exercises the powers of the owner on behalf of the territorial community, including organizational-economic powers, regarding non-commercial utility companies established by such body, incurs subsidiary liability for their obligations by virtue of P. 10 Art. 78, P. 7 Art. 77 of the Economic Code of Ukraine. Insufficient funds at the disposal of the state enterprise is the condition for the self-government body to incur subsidiary liability according to P. 7 Art. 77 of the Economic Code of Ukraine.

**Key words:** local government, non-commercial utility company, the right of operational management, subsidiary liability.

## КОНКУРЕНЦІЯ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРАВ ОСІБ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: РОЛЬ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.3>

**Берестова І. Е.,**

*кандидат юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, старший науковий співробітник відділу організації наукової діяльності та захисту прав інтелектуальної власності Національної академії внутрішніх справ, науковий консультант судді Конституційного Суду України*

*Статтю присвячено дослідженню прояву конкуренції і певних колізій конституційних цінностей в цивільному судочинстві. Доведено, що зв'язок між конституційним провадженням і цивільним судочинством не регламентований правом безпосередньо, однак перебуває під його впливом (правова політика і правова культура), утворюючи комплексний предмет дослідження судового права та економіки, соціології та інших неюридичних наук. Обґрунтовано, що конституційні цінності вибудовуються у цілісну ієрархічну систему, що обумовлює наявність певного конституційного балансу між структурними елементами цієї системи. Відшукати такий баланс у всіх випадках необхідно виключно через призму конституційного праворозуміння. Обстоюється позиція, що КСУ підкреслює соціальну спрямованість держави Україна, визнання людини найвищою цінністю в державі, у чому, на наш думку, проявляється соціальна функція права.*

**Ключові слова:** Конституційний Суд України, конституційне провадження, цивільне судочинство, конституційні цінності, відповідальність, ретроактивна відповідальність, роботодавець, стаття 58 Конституції України.

Конституційне провадження і цивільне судочинство як юрисдикційні процеси характеризуються властивістю до взаємодії із зовнішнім середовищем: навколишнім середовищем, об'єктивно існуючою дійсністю життя різноманітними юридичними та неюридичними явищами – мораллю, економічними, демографічними, політичними викликами, суспільними та іншими процесами, які загалом можна охопити поняттям «соціальне управління» і які, в свою чергу, безумовно впливають на правове регулювання [1, с. 56]. При цьому такий зв'язок між конституційним провадженням і цивільним судочинством не регламентований правом безпосередньо, однак перебуває під його впливом (правова політика і правова культура), утворюючи комплексний предмет дослідження судового права та економіки, соціології та інших неюридичних наук. Тож цивільне судочинство і конституційне провадження є відкритими системами. Однак цивільне, господарське, адміністративне



і кримінальне як єдине процесуальне право, виходячи із єдності їх засад побудування, виступає очевидним горизонтальним взаємозв'язком між ними як однопорядковими процесами/судочинствами, що виступають самостійними елементами системи здійснення правосуддя.

З'ясування взаємозв'язку між конституційним провадженням і цивільним судочинством та його форм спонукає до дослідження розвитку цивільного судочинства, правові засади здійснення якого та проведення відповідних процесуальних процедур істотно змінилися останньою судово-конституційною реформою (нова редакція ЦПК України від 3.10.2017) із закладенням правил реалізації конституційних принципів. Так, діапазон регулюючого впливу Конституції на цивільні процесуальні відносини є досить широким, адже Основний Закон України, будучи джерелом не тільки позитивного, а й природного права, «здатний за своїми якісними характеристиками надати належний напрямок функціонування та розвитку процесуального права у сфері правосуддя із тим, щоб забезпечити ефективність судового захисту у цивільних справах» [2, с. 162].

Наведена наукова проблема періодично відчуває увагу з боку вітчизняних та зарубіжних фахівців-правників, зокрема: О. В. Батанова, Ю. В. Бауліна, О. В. Білоскурської, Х. Н. Бехруза, О. М. Бориславської, М. С. Бондара, Ю. О. Волошина, В. М. Кампа, В. І. Круса, А. Р. Крусяна, М. І. Мельника, Ю. М. Оборотова, М. П. Орзіха, В. Ф. Погорілка, П. М. Рабіновича, М. В. Савчина, П. Б. Стецюка, Ю. М. Тодики. На дисертаційному рівні в Україні проблеми конституційних цінностей не ставали безпосереднім предметом наукових розробок, хоча питання конституційної аксіології під кутом науково-практичної парадигми були досліджені М. І. Салей у дисертаційній роботі «Конституційна аксіологія в сучасній Україні: науково-практична парадигма» (Одеса, 2017).

Утім особливості захисту конституційних цінностей, їх трансформація крізь призму балансу публічного і приватного інтересу у цивільному судочинстві, тобто дослідження цієї проблеми за допомогою системного й міждисциплінарних методів дослідження, не були безпосереднім предметом наукових досліджень, що обумовлює необхідність розкриття цієї прогалини у межах цієї наукової публікації. Разом з тим одночасно слід констатувати істотність проблем конституційної аксіології, природи конституційних цінностей, їх прояву, захисту, конкуренції у правозастосувальній діяльності, прагнення до забезпечення балансу таких цінностей, що являють собою глобальну наукову проблему як у науковій доктрині, так і під час здійснення правосуддя судами і можуть бути самостійною темою наукового дослідження різних галузевих напрямів. Основні конституційні права особи та інші конституційні цінності існують не відокремлено одне від одного. Категорія «конституційні цінності» також знайома конституційній доктрині як конституційна аксіологія, як особливий ціннісний підхід у сучасній конституційній юрисдикційній діяльності.

Загалом такий підхід розкриває і торкається комплексної проблеми, що має філософські, соціально-політичні, морально-етичні, національно-етнічні, культурологічні, світоглядні та одночасно універсальні транснаціональні, міжнародно-правові аспекти розуміння шляхом аналізу самих по собі конституційних цінностей, які отримали (слідом за соціальним визнанням) як формально-юридичне, державно-правове закріплення, так і нормативно-доктринальне обґрунтування у рішеннях органу конституційної юрисдикції [3, с. 7]. На думку М. І. Салей, сутність конституційних цінностей розкривається у єдності їх ознак (верховенство в системі правових цінностей, історичність, ієрархічність, легітимність, сконцентрованість, стабільність, оновленість змісту, справедливість) та у функціональних властивостях, що розкривають місце конституційних цінностей у сучасному суспільстві та вплив на всі елементи системи сучасного конституціоналізму [4, с. 93]. Дефініції конституційних цінностей за домінуючим критерієм узагальнюються нею у такі групи: 1) за формою втілення цінностей в конституції: ідеї, ідеали, стандарти, цілі, принципи (установки, настановлення); 2) за їх сутністю: «конституційовані публічні і приватні інтереси учасників конституційних правовідносин», які повинні сприяти реалізації справедливості, за їх особливою значущістю для громадянина, суспільства та держави (не тільки в момент конституціоналізації, а й на більш тривалу перспективу) [5, с. 107]. М. В. Савчин, аналізуючи окремі аспекти юридичних досліджень у сфері публічного і приватного права, наголошує на «горизонтальному ефекті конституційного права, який є усталеним у порівняльному конституційному праві» [6, с. 41]. І далі відомий конституціоналіст зауважує, що положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційними принципами і правилами. Положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, відповідно до яких конституція «встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, в центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і слугує пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя» [6, с. 42]. Конституційні цінності визначають зміст конституційних принципів і норм, взаємопов'язані з установками та доктринальними орієнтирами інтерпретації (тлумачення) конституційного тексту, а взаємозв'язок конституціоналізму з конституційними цінностями зумовлює синтагму (смыслову єдність) конституції та конституційного порядку [7, с. 111–120].

Наведені думки провідних конституціоналістів переконують нас у наявності органічного взаємозв'язку між конституційним і цивільним правом в частині сумісності норм останнього із «духом конституційно-правової матерії» [1, с. 363]. Конституційні цінності вибудовуються у цілісну ієрархічну систему, що обумовлює наявність певного конституційного балансу між структурними елементами цієї системи. Відшукати такий баланс у всіх випадках необхідно виключно через призму конституційного праворозуміння. Такий підхід засновується на ідеях конституціоналізму та являє собою істинне правове уявлення не тільки у формально-юридичних, а й у всіх правових, а також нібито правових процесах, «які протікають у сучасному соціумі, передбачає конституційну герменевтику як особливу форму юридичної аргументації» [9, с. 37].

Актуальність гармонізації конституційних цінностей у більшості випадків обумовлена дихотомією приватних та публічних інтересів у різноманітних суспільних відносинах, передусім в цивільних. Так, у практичній площині конституційні цінності виступають абстрактними нормативними величинами й проявляються як загальні принципи права, декларації, конституційні презумпції, статусно-категорійні характеристики суб'єктів конституційного права і конституційних явищ, «за допомогою яких відбуваються своєрідне природження й актуалізація нормативного змісту відповідних норм, інститутів, галузевих принципів, а також встановлення їх збалансованої взаємодії» [10, с. 17].

Саме під таким кутом конституційовані публічні і приватні інтереси учасників конституційних правовідносин здійснюють вплив також на інші суспільні відносини галузевого призначення. Так, реалізація публічних інтересів, як правило, має виступати умовою реалізації інтересів приватних. Публічні інтереси мають характер загальнолюдський, належний та доступний усім людям, незалежно від соціального статусу. Бажання жити у теплому домі, ходити по освітлених вулицях, користуватися чистою водою властиве кожній людині. «Приватні ж інтереси є більш індивідуалізованими, вони несуть у собі відбиток особистих прагнень та пристрастей, смаків, звичок» [11, с. 4].

Нормативне оформлення цілей і завдань цивільного судочинства у сучасних процесуальних кодексах передбачає першочерговий захист порушених, оспорюваних прав та законних інтересів, що, в свою чергу, не означає, що інтереси загального блага виключаються із об'єктів судового захисту. Тому «конституційно-правове сприйняття правової дійсності надає можливість углядіти квінтесенцію публічного інтересу в ідеї загального блага» [12, с. 37–38].

Остання теза є юридично важливою для суспільних відносин останніх років. Так, з часу порушення територіальної цілісності України та початку військового конфлікту на сході країни проблема загального блага актуалізувалася як при трансформації підходів у регулюванні цивільних відносин, так і у процедурах захисту. Зокрема, у доктрині й судовій практиці проблема загального блага простежується в частині реалізації суб'єктивного права власності (наприклад, прав владників банків); законного майнового інтересу, яке у майбутньому може трансформуватися у конкретне суб'єктивне цивільне право (наприклад, законні очікування щодо права на земельну ділянку учасників антитерористичної операції); підстав для відшкодування немайнової шкоди (наприклад, відшкодування моральної шкоди застрахованим особам з боку роботодавця) тощо.

Викладене обумовлює необхідність дослідити і проілюструвати проблему фактичної подвійної відповідальності роботодавця в разі настання нещасного випадку на виробництві, адже у цій проблемі простежується конкуренція фундаментальних принципів (індивідуальний характер відповідальності і неможливість притягнення повторної відповідальності за те саме) і права особи на повне поновлення в її правах в разі їх порушення. Яке право є пріоритетним? Яке видається більш ціннішим?

Так, страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності, є одним із видів загальнообов'язкового державного соціального страхування (ст. 4 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14 січня 1998 року № 16/98-ВР) [13]. Правове регулювання означеного виду страхування здійснюється, зокрема, прийнятим на виконання цих Основ Законом України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» [14] (далі – Закон № 1105-XIV). Нормами Закону № 1105-XIV у редакції, чинній із моменту прийняття цього Закону і до внесення змін Законом України від 23 лютого 2007 року № 717-V «Про внесення змін до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» [15] (далі – Закон № 717-V), передбачено, що:

– відшкодування моральної шкоди застрахованим і членам їх сімей є завданням страхування від нещасного випадку (абз. 4 ст. 1 Закону № 1105-XIV);

– у разі настання страхового випадку Фонд соціального страхування від нещасних випадків (далі – Фонд) зобов'язаний у встановленому законодавством порядку своєчасно та в повному обсязі відшкодувати шкоду, заподіяну працівникові внаслідок ушкодження його здоров'я або в разі його смерті, виплачуючи йому або особам, які перебували на його утриманні, грошову суму за моральну шкоду за наявності факту заподіяння цієї шкоди потерпілому (пп. «е» п. 1 ч. 1 ст. 21 Закону № 1105-XIV);



– за наявності факту заподіяння моральної шкоди потерпілому Фонд провадить страхову виплату за моральну шкоду (ч. 3 ст. 28 Закону № 1105-XIV);

– моральна (немайнова) шкода, заподіяна умовами виробництва, яка не спричинила втрати потерпілим професійної працездатності, підлягає відшкодуванню Фондом за заявою потерпілого з викладенням характеру заподіяної моральної (немайнової) шкоди та за поданням відповідного висновку медичних органів. Відшкодування здійснюється у вигляді одноразової страхової виплати незалежно від інших видів страхових виплат (ч. 3 ст. 34 Закону № 1105-XIV).

З урахуванням положень ст. 21, 28, 30, 34, 35 Закону № 1105-XIV, права на отримання страхових виплат у разі настання стійкої втрати працездатності, серед іншої виплати за моральну шкоду, особа набуває з дня встановлення їй вперше стійкої втрати працездатності висновком МСЕК.

Пунктом 27 ст. 77 Закону України від 20 грудня 2005 р. № 3235-IV «Про Державний бюджет України на 2006 рік» [16] та п. 22 ст. 71 Закону України від 19 грудня 2006 р. № 489-V «Про Державний бюджет України на 2007 рік» [17] на 2006 та 2007 роки було зупинено дію вказаних норм Закону № 1105-XIV, які передбачали здійснення Фондом страхової виплати потерпілому за моральну шкоду. Законом № 717-V, що набув чинності з 20 березня 2007 р., із Закону № 1105-XIV були виключені норми про здійснення Фондом страхової виплати потерпілому за завдану моральну шкоду. 28 грудня 2014 р. Верховна Рада України прийняла Закон України № 77-VIII, який набув чинності з 01 січня 2015 р. та діє в новій редакції. Згідно з його положеннями трансформовано основні вимоги Закону № 1105-XIV, а також назву Закону № 1105-XIV змінено на назву «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» (далі – Закон № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII) [18]. Цією редакцією Закону закладено новий підхід щодо визначення правових, фінансових та організаційних засад загальнообов'язкового державного соціального страхування, гарантій працюючих громадян стосовно їх соціального захисту у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, вагітністю та пологами, від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, охорони життя та здоров'я.

Нині ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII встановлено, що «відшкодування моральної (немайнової) шкоди потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їхніх сімей не є страховою виплатою та здійснюється незалежно від часу настання страхового випадку відповідно до положень ЦК України та КЗпП України».

Таким чином, буквальний зміст цієї норми переконує, що чинною ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII закріплено зворотню дію в часі на невизначений період положення про невизнання «відшкодування моральної (немайнової) шкоди потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їх сімей» страховою виплатою і закріплення правила про виплату цієї шкоди відповідно до положень ЦК України та КЗпП України.

Проте з 1999 р. до 31 грудня 2005 р. відшкодування моральної (немайнової) шкоди потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їх сімей вважалося страховою виплатою. На 2006 р. відшкодування такої виплати було зупинено, а з 19 березня 2007 р. Законом № 717-V положення про відшкодування Фондом моральної (немайнової) шкоди потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їхніх сімей було виключено із Закону № 1105-XIV.

З 01 січня 2015 р. згідно з новою редакцією Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII на офіційному рівні відбулося замінення юридичної регламентації тривалих правовідносин у частині підстав і порядку відшкодування моральної шкоди – з 1 січня 2015 р. вона також не є страховою виплатою, і Фонд не виступає відповідним суб'єктом її виплати.

Редакцією положень Закону № 77-VIII було змінено основні положення Закону № 1105-XIV і його назву, однак не прийнято нового законодавчого акта, тому є підстави вважати, що положення ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII поширюють зворотню дію на невизначений період, у числі іншого, й на період існування «відшкодування моральної (немайнової) шкоди потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їх сімей» як страхової виплати, а саме, з 1999 р. до 31 грудня 2005 р.

Наведене положення ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII у перебігу практичної реалізації цієї частини, по суті, створює нову норму ретроактивної форми дії в частині закріплення іншої особи (роботодавця і прирівняної до нього особи), на яку покладається обов'язок відшкодувати моральну шкоду, завдану потерпілому від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їхніх сімей, та якою не є Фонд. Такою особою виступають роботодавці як страхувальники (розділ III Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII) та інші особи, які є платниками єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (ст. 4 Закону України від 08 липня 2010 р. № 2464-VI «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» (з подальшими змінами) [19] (далі – Закон № 2464-VI).

Такі нововведення призвели до того, що судова практика означеного напрямку втратила однозначність з 2015 до 2017 р., наприклад, під час розгляду справ касаційними судами та Верховним

Судом України (№ 6-1191цс17, № 6-1242цс17, № 6-1170цс17, № 6-1200цс17 та ін.): в одних випадках суд доходив висновку про можливість застосування положень ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII з 01 січня 2015 р.; в інших – положення цієї статті застосовував ретроспективно на невизначений період часу.

Поширення зворотної дії ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII суперечить буквальному змісту ч. 1 ст. 58 Конституції України. Адже згідно з наведеним положенням формується відповідальність відшкодувати моральну шкоду особою, котра протягом своєї професійної діяльності як роботодавець (прирівняна до нього особа) сплачувала єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування – консолідований страховий внесок, збір якого здійснюється до системи загальнообов'язкового державного соціального страхування в обов'язковому порядку та на регулярній основі з метою забезпечення захисту у випадках, передбачених законодавством, прав застрахованих осіб на отримання страхових виплат (послуг) за діючими видами загальнообов'язкового державного соціального страхування (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону № 2464-VI).

Так, ч. 1 ст. 58 Основного Закону України визначено, що «закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи» [20]. Зазначений конституційний постулат підтверджує усталена практика Конституційного Суду України, зокрема в рішеннях від 13 травня 1997 р. № 1-зп; від 09 лютого 1999 р. № 1-рп/99; від 05 квітня 2001 р. № 3-рп/2001; від 13 березня 2012 р. № 6-рп/2012 тощо. Так, Конституційний Суд України «...У своїх рішеннях уже висловлював позицію щодо незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів: закони та інші нормативно-правові акти поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набуття законами чи іншими нормативно-правовими актами чинності; дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності й припиняється із втратою ним чинності. Тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце; дія закону та іншого нормативно-правового акта не може поширюватися на правовідносини, які виникли і закінчилися до набрання чинності цим законом або іншим нормативно-правовим актом» (абз. 3 п. 5 рішення № 6-рп/2012) [21–25].

Таким чином, загалом нормативні акти діють після набуття ними чинності на перспективу, а принцип зворотності закону та іншого нормативно-правового акта пов'язаний із послабленням відповідальності. До того ж, поширення зворотної дії ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII на невизначений період часу, а також і на період, коли такої відповідальності в роботодавця не існувало, не відповідає вимогам ч. 1 ст. 19 Основного Закону України, оскільки на цей час зазначене положення Закону № 1105-XIV примушує роботодавців (і прирівняних до них осіб) робити те, що не передбачено законом – ставати суб'єктом цивільної відповідальності за ті діяння, за які в період 1999–2005 рр. законодавством не було закріплено відповідальності роботодавця. Відповідно ж до ч. 1 ст. 19 Основного Закону України «правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» [26].

Варто зацентувати, що Фонд з 1999 р. до 31 грудня 2005 р. відшкодував моральну (немайнову) шкоду потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їх сімей не у вигляді відповідальності, а як здійснення функцій, покладених на нього Законом № 1105-XIV. Згідно з преамбулою Закону № 1105-XIV у первинній редакції, що діяла до 01 січня 2015 р., «страхування від нещасного випадку є самостійним видом загальнообов'язкового державного соціального страхування, за допомогою якого здійснюється соціальний захист, охорона життя та здоров'я громадян у процесі їх трудової діяльності». Водночас після здобуття Україною незалежності існував певний період часу, коли власник підприємства ніс матеріальну відповідальність як за шкоду, заподіяну працівникові каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, пов'язаним з виконанням ним трудових обов'язків, так і за моральну шкоду, заподіяну потерпілому фізичним або психічним впливом небезпечних чи шкідливих умов праці на підставі Правил відшкодування власником підприємства, установи і організації або уповноваженим ним органом шкоди, заподіяної працівникові ушкодженням здоров'я, пов'язаним з виконанням ним трудових обов'язків, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 23 червня 1993 р. № 472 (п. 1, 4, 11). Відшкодування моральної шкоди у зв'язку з нещасним випадком на виробництві та професійним захворюванням у різні періоди було покладено на: роботодавця (1993–1999 рр.); Фонд соціального страхування від нещасних випадків (з 1999 р. до 31 грудня 2005 р.) – у вигляді страхової виплати за моральну шкоду. У період зупинення на 2006 та 2007 роки дії вищенаведених норм Закону № 1105-XIV та виключення Законом № 717-V норм про здійснення Фондом страхової виплати потерпілому за завдану моральну шкоду до 31 грудня 2014 р. таке відшкодування здійснював роботодавець.

Отже, законодавець, реалізуючи свої конституційні повноваження приймати законодавчі акти, неодноразово повертався до попереднього порядку відшкодування моральної шкоди саме роботодавцем, якщо ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII розуміти буквально.

Таким чином, зворотна дія ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII на невизначений період не скасовує відповідальності Фонду, оскільки такої не існувало від самого початку виникнення правовідносин із соціального страхування та відшкодування моральної шкоди Фондом як певної його функції у цих відносинах – а навпаки, установлює обов'язок відшкодувати моральну шкоду суб'єктом, який уже згідно з вимогами законів № 1105-XIV та № 2464-VI виконував певні обов'язки та сплачував обов'язкові внески як оплату страхових ризиків і страхових випадків, що належать до сфери дії як Закону № 1105-XIV, так і Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII, що суперечить положенням ч. 1 ст. 58 Конституції України.

До того ж, поширення цієї норми на невизначений минулий період часу та вилучення Фонду з кола суб'єктів, які мають відшкодувати завдану шкоду (на невизначений минулий період часу), обмежує права роботодавців як страхувальників та інших осіб, які є платниками єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, через виникнення додаткового обов'язку відшкодувати моральну (немайнову) шкоду та суперечить вимогам ч. 3 ст. 22 Основного Закону України в частині звуження обсягу їх прав нормою ретроактивної форми дії.

Також у разі ліквідації роботодавця й одночасного вилучення Фонду з кола суб'єктів, які мають відшкодувати завдану шкоду, зворотна дія ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII фактично скасовує право потерпілого на відшкодування йому завданої моральної шкоди, зокрема, у період її завдання з 1999 до 2005 рр., що також суперечить ч. 2 ст. 22 Конституції України.

Зазначене актуалізує і створення правової невизначеності в результаті зворотної дії ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII на невизначений період. Так, нову редакцію Закону № 1105-XIV згідно з принципами дії норми права в часі слід застосовувати з 01 січня 2015 р. й на майбутнє. Інакше кажучи, за загальним правилом Фонд не має бути суб'єктом, який відшкодовує моральну шкоду виключно з моменту набуття чинності новою редакцією Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII.

Водночас Закон № 1105-XIV залишився тим самим законодавчим актом, хоча зазнав нової редакції основних положень та отримав нову назву. А тому ч. 8 ст. 36 Закону № 1105-XIV у редакції Закону № 77-VIII допускає поширення на невизначений минулий період часу (а саме, на період з 1999 до 2005 рр.), чим, власне, втручається в сутність відносин державного соціального страхування, скасовуючи «відшкодування моральної (немайнової) шкоди потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань і членам їх сімей» як страхову виплату, а також створює новий порядок відшкодування такої шкоди і нового суб'єкта відшкодування.

На жаль, КСУ ухвалою Великої Палати від 10 липня 2018 р. № 43-у/2018 відмовив у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ч. 8 ст. 36 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» у редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці» [27].

Свою позицію КСУ обґрунтував тим, що дійшов висновку «про відсутність підстав для визнання неконституційними положень Закону № 77-VIII, якими було скасовано право застрахованих громадян, які потерпіли на виробництві від нещасного випадку або професійного захворювання, на відшкодування моральної шкоди за рахунок Фонду, гарантоване приписами Закону № 1105-XIV у первинній редакції (абз. 9 п. 5 мотивувальної частини рішення від 08 жовтня 2008 року № 20-рп/2008). Отже, Фонд на час набуття чинності Законом № 77-VIII не був суб'єктом, за рахунок коштів якого здійснювалося відшкодування моральної шкоди потерпілим від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань. Таким суб'єктом з 01 січня 2006 р. є роботодавець. Положення Закону № 717-V, якими скасовано право потерпілих на виробництві громадян на відшкодування їм моральної (немайнової) шкоди за рахунок Фонду, визнано Конституційним Судом України такими, що відповідають Конституції України (п. 1 резолютивної частини рішення від 08 жовтня 2008 р. № 20-рп/2008)» [27].

Отже, КСУ, досліджуючи наявність права, притаманного особі (у справах про конституційні цінності особи, які в разі їх порушення, захищаються у порядку цивільного судочинства), зазвичай звертається до перевірки наявності чи відсутності конкретного об'єктивного права особи, яка звернулася за тлумаченням закону (у період коли КСУ володів таким повноваженням) чи неконституційності окремих положень закону за зверненням уповноважених суб'єктів. Цим підкреслюється соціальна спрямованість держави Україна, визнання людини найвищою цінністю в державі, у чому, на нашу думку, проявляється соціальна функція права.

Проте єдиним органом юрисдикційної діяльності протягом останніх шести-семи років ухвалено також чимало рішень протилежного змісту, в яких публічний інтерес залишається домінуючою цінністю порівняно із приватними, що перебувають в залежності від соціальних можливостей держави, а права особи, які впливають із таких цінностей, захищаються в порядку адміністративного судочинства. Наведена проблема потребує окремого дослідження і буде розглянута нами у наступних наукових публікаціях.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Курочкин С. А. *Частные и публичные начала в цивилистическом процессе*; науч. ред. В. В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 56 с.
2. Бондарь Н. С. Джагарян А. А. *Правосудие: ориентация на Конституцию*: монографія. М.: Норма, 2018. 162 с.
3. Бондарь Н. С. *Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия*. Серия «Библиотечка судебного конституционализма». Вып. 2. М.: Юрист, 2013. 7 с.
4. Салей М. І. *Конституційна аксіологія в сучасній Україні*: науково-практична парадигма. Дис...канд. юрид. наук. Одеса, 2017. 93 с.
5. Салей М. І. Поняття конституційних цінностей та їх роль в сучасному суспільстві і державі. *Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку державності та права*: матер. Міжнар. наук. конф. Одеса, 30 листопада 2012 р. Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2012. 107 с.
6. Сачин М. В. *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму*: монографія. Ужгород: РІК-У, 2018. 440 с.
7. Савчин М. Конституційні цінності та конституційна юриспруденція в Україні. *Вісник Конституційного Суду України*. 2010. № 1. С. 111–120.
8. Kommers D.P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2 nd ed. Durham: (Duke University Press, 1997) 363 с.
9. Федан М. Ю. К вопросу об обеспечении баланса конституционных ценностей в сфере гражданского судопроизводства. *Юридическая наука*. 2012. № 12. 37 с.
10. Бондарь Н. С. Современный русский конституционализм: философское осмысление в свете конституционного правосудия. *Право*. 2012. № 4. 17 с.
11. Шарина Л. А. Частные и публичные интересы в конституционном праве. *Конституционное и муниципальное право*. 2005. № 4. 4 с.
12. Рішення Конституційного Суду України від 28 листопада 2013 року № 12-рп/2013 у справі за конституційним зверненням асоціації «Дім музики в Україні» щодо офіційного тлумачення положень пункту 7 частини першої статті 5 Закону України «Про судовий збір» у взаємозв'язку з положенням пункту «г» частини першої статті 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права». URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/669> (дата звернення: 12.02.2019).
13. Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 14 січня 1998 р. № 16/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 23. Ст. 121.
14. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності: Закон України від 23 вересня 1999 р. № 1105-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 46–47. Ст. 403.
15. Про внесення змін до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності»: Закон України від 23 лютого 2007 р. № 717-V. *Голос України*. 2007. № 48.
16. Про Державний бюджет України на 2006 рік: Закон України від 20 грудня 2005 р. № 3235-IV. *Голос України*. 2005 р. № 249.
17. Про Державний бюджет України на 2007 рік: Закон України від 19 грудня 2006 р. № 489-V. *Голос України*. 2006. № 246.
18. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці: Закон України від 28 грудня 2014 р. № 77-VIII. *Голос України*. 2014. № 252-1 (Спецвипуск).
19. Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 8 липня 2010 р. № 2464-VI. *Голос України*. 2010. № 171.
20. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР у редакції Закону України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)». *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.
21. Рішення Конституційного Суду України від 13 травня 1997 року № 1-зп про офіційне тлумачення ст. 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243-21, 243-22, 243-25 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо несумісності депутатського мандата). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-97> (дата звернення: 12.02.2019).
22. Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99 у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99> (дата звернення: 12.02.2019).

23. Рішення Конституційного Суду України від 5 квітня 2001 року № 3-рп/2001 у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа про податки). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-01>. (дата звернення: 12.02.2019).

24. Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05> (дата звернення: 12.02.2019).

25. Рішення Конституційного Суду України від 13 березня 2012 року № 6-рп/2012 у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 2 частини першої статті 7, пункту 2 розділу VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-12> (дата звернення: 12.02.2019).

26. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР у редакції Закону України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)». *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.

27. Ухвала Великої Палати Конституційного Суду України від 10 липня 2018 р. № 43-у/2018 про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини восьмої статті 36 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» у редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v043u710-18> (дата звернення: 12.02.2019).

#### **Berestova I. Competition of fundamental rights of persons in civil process: role of decisions of the constitutional court of Ukraine**

*The article is devoted to the study of the manifestation of competition and certain conflicts of constitutional values in civil proceedings. It is proved that the relationship between constitutional proceedings and civil proceedings is not directly regulated by law, but is under its influence (legal policy and legal culture). Together they form a complex subject of study of judicial law and economics, sociology and other non-legal sciences. It is substantiated that the constitutional values are lined up in a coherent hierarchical system, determine the presence of a certain constitutional balance between the structural elements of this system. To find such a balance in all cases is necessary exclusively through the prism of constitutional legal thinking. The position is upheld that the CCU emphasizes the social orientation of the state of Ukraine, the recognition of a person as the highest value in the state, which, in our opinion, manifests the social function of law.*

**Keywords:** *Constitutional Court of Ukraine, constitutional proceedings, civil proceedings, constitutional values, responsibility, retroactive responsibility, employer, article 58 of the Constitution of Ukraine*

### **ЗНАЧЕННЯ ТА РОЛЬ ПРАВИЛ ЕТИКИ У ДІЯЛЬНОСТІ АРБІТРІВ МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ АРБІТРАЖІВ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.4>

**Гетманцев М. О.,**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

**Волощук О. Т.,**

*кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри міжнародного та митного права Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»*

*У статті досліджується важливість дотримання арбітрами під час розгляду комерційних спорів в рамках міжнародних комерційних арбітражів, які є недержавними інституціями, етичних норм. В силу цього міжнародні арбітри та сторони в арбітражі мають розуміти як етика арбітра впливає на арбітражний розгляд і, в тому числі, на процесуальні права та обов'язки сторін. Акцентовано увагу на необхідності розробки і прийнятті міжнародного кодексу етики, який би певною мірою уніфікував морально-етичні засади діяльності арбітрів.*

**Ключові слова:** арбітр, Міжнародний комерційний арбітраж, кодекс етики арбітрів, правила професійної етики, процесуальні права та обов'язки.

Протягом останніх десятиліть в багатьох країнах світу саме міжнародний комерційний арбітраж став основним засобом вирішення спорів у процесі здійснення зовнішньоекономічної діяльності, а постійно діючі міжнародні арбітражні суди набули авторитету та визнання. Таке відношення до цієї альтернативної форми вирішення спорів не в останню чергу пов'язується із тим, що арбітрами, які залучаються до вирішення комерційних спорів, виступають висококваліфіковані фахівці з беззаперечним авторитетом і визнанням як у наукових колах, так і в галузі торговельного обороту. Поряд із сторонами арбітражного процесу арбітри є центральними фігурами у галузі відправлення третейського судочинства. Арбітри володіють як відповідними знаннями, так і практичним досвідом. Чим досвідченіше арбітр, як вважається, тим краще він може здійснювати арбітражні функції, бути неупередженим, справедливим і чесним. Фактично результат арбітражного розгляду прямо залежить від арбітрів, їх компетентності, кваліфікованості, порядності, справедливості. Тому до кандидатур арбітрів часто пред'являються доволі високі вимоги, особливо, враховуючи недержавну природу міжнародного комерційного арбітражу, в плані відповідності морально-етичним нормам.

Безумовно, окреслена проблематика викликає інтерес науковців не тільки в плані дослідження правового статусу арбітра міжнародного комерційного арбітражу, а й щодо важливості дотримання етичних норм арбітрами при розгляді комерційних спорів. Зокрема, дослідження у цій галузі були здійснені такими науковцями, як: О. В. Брунцева, В. І. Гуменюк, О. С. Данилевич, М. Г. Єлісеєв, Н. Ю. Єрпильова, О. В. Казачков, О. С. Комаров, О. О. Костин, С. А. Курочкін, С. М. Лебедев, Л. А. Лунц, В. А. Мусін, С. В. Ніколюкін, Ю. Д. Притика, М. О. Рожкова, О. Ю. Скворцов, Г. А. Цірат тощо. Водночас праці зазначених вчених носять узагальнюючий характер і в них детально не акцентується увага на морально-етичних вимогах до арбітрів.

Мета даної статті полягає у дослідженні морально-етичних засад діяльності арбітрів міжнародних комерційних арбітражів.

Кризові явища, пов'язані з розвитком існуючої цивілізації, глобальні проблеми, які на весь голос заявили про себе людству (екологічні, демографічні, проблеми війни і миру, голоду, хвороб, культури тощо), можуть бути вирішеними людьми з гуманістичними орієнтирами, які б прагнули будувати світ і своє життя на загальнолюдських моральних цінностях. За таких обставин зростає роль морального чинника в усіх сферах життєдіяльності суспільства і людини [1, с. 17].

У літературних джерелах доволі часто акцентується, що більшість видів трудової діяльності базується на моральній системі суспільства. Хоча потрібно вказати, що у ряді випадків це положення не є досить обґрунтованим, адже існує безліч професій, де такі поняття як обов'язок, совість, справедливість не є головними в професійній діяльності людини. Можна бути блискучим музикантом чи фізиком, неабияким інженером чи висококласним токарем і, незважаючи на нестерпний і корисливий характер, користуватися репутацією відмінного фахівця. Приходячи в ці професії, люди не складають ніяких присяг, не створюють кодексів честі тощо. Тут головна роль належить таланту, вмінню, майстерності і працьовитості. Наприклад, норовливому і скандальному музиканту його відштовхуючі властивості не перешкоджають блискуче зіграти свою партію. Хто стане цікавитися особистими якостями кулінара, покуштувавши смачно приготовану їжу? Тут завжди на першому місці – професіоналізм.

Проте є професії, де моральний аспект відіграє основоположну роль (лікарі, вчителі, юристи, арбітри тощо). В названих сферах діяльності спостерігається особливо велика залежність однієї людини від іншої, і результати професійної діяльності можуть мати доленосне значення для інших людей. Відповідно до професіоналів, які займаються такою діяльністю, суспільство висуває не тільки вимоги загальної моралі (що стосуються будь-якої людини незалежно від професії), а і специфічні моральні вимоги. Більше того, моральність представника такої професії буде показником рівня професійності.

У цілому під **етикою** розуміється система універсальних і специфічних моральних вимог, і норм поведінки, що реалізуються в процесі життя. А під **професійною етикою** розуміють вчення про професійну мораль [2, с. 17]. Професійна етика, як і етика взагалі, виробляється поступово в процесі повсякденної спільної діяльності людей. Професійна етика систематизує накопичений в процесі історичної практики досвід, характерний для певного виду діяльності, узагальнює його і удосконалює у міру вдосконалення цього виду діяльності. Тому професійна етика може розглядатися як різновид загальної моралі, що має специфічні риси, обумовлені виглядом і типом діяльності, тобто є прикладною науковою дисципліною, що вивчає професійну мораль. Водночас вона може розглядатися як прикладна теорія моральності, що існує в професійному середовищі [2, с. 22].

Це так званий кодекс правил, що визначає поведінку спеціаліста у службовій обстановці, норм, які відповідають існуючим законам та відомчим нормативним документам, професійним знанням,

стосункам у колективі, глибокому усвідомленню моральної відповідальності за виконання професійних обов'язків. Це система конкретизованих моральних норм і принципів з врахуванням особливостей тої чи іншої професійної діяльності людей.

Крім традиційно відомих – медичної, педагогічної та юридичної, поряд з дипломатичною та військовою етикою, рішуче заявляють про себе адміністративна та депутатська етика, спортивна, етика вченого та журналіста. Постає питання: чи будь-яка професія вимагає специфічної професійної етики? Дедалі більш очевидним стає те, що прогресивний розвиток сучасного суспільства, усіх боків суспільного життя залежить від рівня загальноосвітньої та професійної підготовки, загальної культури, моральних якостей працівників – активних мислячих учасників історичної творчості. Кожна професія має свою власну мораль. Професія формує у її носіїв не тільки професійні навички, а й певні риси особи і відношення до змісту своєї діяльності [2, с. 22].

Потрібно відмітити, що нині, коли у нашій країні дедалі більше утверджується ринкова економіка, частина бізнесменів, які беруть активну участь у тих чи інших комерційних проектах, звертаючись до міжнародного комерційного арбітражу, хочуть бачити склад арбітрів, які є не тільки висококваліфікованими спеціалістами у тій чи іншій галузі, але й відповідають певним моральним якостям. Хоча за кордоном це давно вже стало звичною практикою. Міжнародна спільнота, починаючи з другої половини минулого століття, доволі активно працює у цьому напрямку і не залишається осторонь. Слід відмітити, що багато міжнародних організацій пропонують свої кодекси професійної етики, у тому числі і щодо арбітрів міжнародних комерційних арбітражів. Крім цього, якщо подивитися на тематику конференцій, статей та документів з міжнародного арбітражу, то зрозуміло, що одним з найважливіших питань, які обговорюються, є питання етики в міжнародному арбітражі. На Віденських арбітражних днях та Арбітражному Дні Міжнародної асоціації адвокатів, які відбулися в березні 2011 року, це питання стояло в програмах дискусій. На думку Т. В. Сліпачук, розвиток міжнародної торгівлі, який тягне за собою зростання суперечок та непорозумінь, зумовлює динаміку розвитку і міжнародного арбітражу, створення в багатьох країнах національних арбітражних центрів, і, більш того, значно ускладнюються і самі спори, в яких беруть участь, в тому числі, сторони з таких юрисдикцій, які ще не мають довгої історії та сталої культури міжнародного арбітражу [3].

В силу цього міжнародні арбітри та сторони в арбітражі мають розуміти як етика арбітра впливає на арбітражний розгляд, і в тому числі, на процесуальні права та обов'язки сторін. Сьогодні вже існують кодекси етики арбітрів, наприклад, в Міжнародному центрі розгляду спорів (ICDR) чи Американській арбітражній асоціації (AAA), чи певні правила щодо етики арбітрів, які розроблені арбітражними центрами в Мілані, Китаї, Москві та Каїрі. Всі вони при певній єдності підходів все ж таки відображають засади тої чи іншої правової культури і, певною мірою, мають служити вирішенню тих проблем, які мають місце в юрисдикції.

До прикладу наведемо положення Кодексу етики для арбітрів при вирішенні комерційних спорів США [4]. Канон 1 передбачає такі положення: арбітр зобов'язаний підтверджувати чесність і справедливість арбітражного процесу; комерційний арбітраж є важливим методом розв'язання багатьох спорів. Для того, щоб комерційний арбітраж був ефективним, широка громадськість повинна бути впевнена в чесному і справедливому проведенні арбітражного процесу. Тому арбітр несе відповідальність не тільки перед сторонами, але й перед самим арбітражним процесом і повинен дотримуватися високих моральних норм для ствердження чесності і справедливості арбітражного процесу. Відповідно, арбітр повинен визнати свою відповідальність перед громадськістю, перед сторонами, чії права він визначатиме, і перед усіма учасниками процедури. Положення даного Кодексу повинні тлумачитися і застосовуватися для досягнення цих цілей, тобто чесність арбітражного процесу полягає у тому, що особа не може призначати сама себе арбітром. Можливо лише виказати про готовність служити цій якості; особи повинні погоджуватися на призначення їх арбітрами тільки в тому випадку, якщо вони зможуть оперативно брати участь в арбітражному процесі. Погоджуючись на призначення і виконуючи обов'язки арбітра, особа не повинна вступати ні в які фінансові, ділові, професійні, сімейні або громадські взаємини або проявляти фінансовий або особистий інтерес, що може перешкодити неупередженості або створити упередженість. Арбітри повинні бути справедливими по відношенню до усіх сторін процесу і не повинні піддаватися тиску ззовні, протестам громадськості, впливу сторонньої критики чи особистим інтересам. Коли повноваження арбітра визначаються угодою сторін, він не повинен перевищувати ці повноваження або обмежувати їх. Якщо угода визначає процедуру арбітражу або правила його проведення, арбітр зобов'язаний слідувати цій процедурі або цим правилам; арбітр зобов'язаний робити все можливе для запобігання тактиці затягування процесу, переслідування сторін або інших учасників, погроз, зловживання процесом або припинення арбітражного процесу [4].

Як видається, виконання арбітром вимог етичних норм повинно тривати не тільки від моменту призначення арбітражного розгляду, а й навіть після виконання своїх арбітражних функцій. Зрозуміло, що питання професійної етики має вагомий вплив на арбітраж. Вони стосуються не тільки



незалежності та неупередженості арбітра, а й його свободи щодо вирішення окремих питань процесу. Крім того, вони мають значення і щодо рішення по суті спору.

З нашої точки зору, міжнародний арбітраж є глобальним засобом вирішення спору і для його подальшого успішного розвитку необхідним є збереження високих стандартів саме у такому сенсі. Президент Української Арбітражної Асоціації, партнер, керівник практики міжнародного арбітражу юридичної фірми «Sayenko Kharenko» Тетяна Сліпачук вважає, що однією з ключових цілей Української Арбітражної Асоціації є саме пропаганда і поширення кращих стандартів етики в арбітражі: «Це важливо не тільки з точки зору виховання молодих юристів, практикуючих в арбітражі, але і з точки зору нашого іміджу на міжнародному рівні, а саме те, як ми будемо виглядати, сідаючи за стіл з представниками інших юрисдикцій» [3]. В цілому питання етики арбітрів є доволі складними. На думку О. Бекетова, до причин, які ускладнюють визначення етики у міжнародному комерційному арбітражі, можна віднести: походження адвокатів сторін з різних правових систем, як наслідок – різність звичаїв та традицій при здійсненні своїх професійних обов'язків; відсутність кодексів поведінки адвокатів у міжнародному арбітражі, а, тим більше, відсутність регулювання етики у підготовці доказів у міжнародному арбітражі; відсутність наднаціонального органу по контролю за поведінкою адвоката та механізму санкцій за недотримання [6]. У якості прикладів недотримання загальноетичних норм у арбітражній практиці можна навести, зокрема, пред'явлення неповних документів та інших доказів (наприклад вибіркоче надання судової практики чи окремої частини законодавства), невірною або викривленою на свою користь перекладу документів, копій документів у поганій якості, усвідомлене приховування інформації або ж навіть уникнення виконання наказів суду з приводу розкриття документів.

Варто погодитися, що на сьогодні нагальним є питання про необхідність розробки і прийняття міжнародного кодексу етики, який би певною мірою уніфікував морально-етичні засади діяльності арбітрів. Навряд створення такого кодексу автоматично вирішить всі проблеми, але мабуть дозволить більш вимогливо сторонам обирати арбітрів, а самим арбітрам – ставитись сумлінно до своїх обов'язків. Але з іншого боку, розробка такого кодексу має певні ризики, в тому числі і щодо його неправильного застосування та тлумачення, наприклад, національними судами в процесі оспорювання чи виконання арбітражних рішень [7].

Мабуть дискусія щодо необхідності впровадження цього документа буде тривати ще не один рік. Хотілося, щоб і українські фахівці, які вже роблять перші кроки у цьому напрямку, взяли активну участь і в подальшому. Адже, як слушно відмітив з цього приводу В. Яременко «для правильного розвитку арбітражу в Україні важливо однакове розуміння і дотримання представниками сторін і арбітрами правил професійної етики. В іншому випадку арбітраж втратить ті переваги, які йому властиві, і нічим не буде відрізнятися від судових розглядів в Україні, в яких більш ніж достатньо випадків зловживання правами» [5].

**Висновки.** Отже, на підставі вищенаведеного можна з упевненістю констатувати важливість дотримання арбітрами під час розгляду комерційних спорів в рамках міжнародних комерційних арбітражів, які є недержавними інституціями, етичних норм. Більше того, етичні правила мають поширюватись не тільки на арбітрів, а й на інших учасників арбітражного процесу, як видається, це безумовна необхідність для представників сторін в арбітражі, оскільки їх наявність і дотримання сторонами збільшує його цінність і інтерес.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Тофтул М. Г. Етика: навч. посіб. К.: ВЦ «Академія», 2006. 416 с.
2. Бралатан В. П., Гуралецько Л. В., Зdirко Н. Г. Професійна етика. Навч. посіб. К.: Центр учбової літератури, 2011. 251 с.
3. Сліпачук Т. В. Вопросы этики в международном арбитраже. URL: <https://studfiles.net/preview/6189977/page:46/> (дата звернення: 27.11.2018).
4. Кодекс этики для арбитров при разрешении коммерческих споров (США). URL: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-360> (дата звернення: 28.11.2018).
5. Юристы «за чашечкой кофе» обсудили вопросы профессиональной этики в арбитраже. URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2013/3/13/85455.htm> (дата звернення: 28.11.2018).
6. Бекетов О. Етичні принципи підготовки доказів в міжнародному комерційному арбітражі. URL: <http://www.uba.ua/documents/doc/beketov.pdf> (дата звернення: 29.11.2018).
7. Сліпачук Т. В. Вопросы этики в международном арбитраже. URL: [https://www.sk.ua/sites/default/files/pitannya\\_etiki\\_v\\_mizhnarodnomu\\_arbitrazhi\\_yug\\_lyutiy\\_2011\\_1.pdf](https://www.sk.ua/sites/default/files/pitannya_etiki_v_mizhnarodnomu_arbitrazhi_yug_lyutiy_2011_1.pdf) (дата звернення: 27.11.2018).



**Voloshchuk O., Getmantsev M. Value and role of ethics rules in the activities of arbitrators of international commercial arbitration.**

*The article examines the importance of compliance by arbitrators when considering commercial disputes within the framework of international commercial arbitrations, which are non-state institutions, ethical norms. As a result, international arbitrators and parties to arbitration should understand how the arbitrator's ethics affects arbitration proceedings, including procedural rights and obligations of the parties. The emphasis is placed on the necessity of developing and adopting an international code of ethics that would unify the moral and ethical principles of the work of arbitrators to a certain extent.*

**Key words:** arbitrator, international commercial arbitration, code of ethics of referees, rules of professional ethics, procedural rights and obligations.

**ПРИНЦИП СПРАВЕДЛИВОСТІ У ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.5>

**Калаур І. Р.,**

*доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник відділу проблем договірного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

**Зайцева-Калаур І. В.,**

*кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри економічної безпеки та фінансових розслідувань Тернопільського національного економічного університету*

*Розглянуто тенденції доктрини цивільного права та судової практики до з'ясування сутності принципу справедливості у цивільному праві. Запропоновано розглядати зміст цього принципу у сфері цивільно-правових зобов'язань крізь призму набуття суб'єктивних прав їх здійснення та захисту.*

**Ключові слова:** принципи цивільного права, принцип справедливості, начало права, відшкодування моральної шкоди, неустойка.

**Постановка наукової проблеми та її значення.** Розробники Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), визначивши загальними засадами вітчизняного цивільного законодавства справедливість, добросовісність та розумність, не витлумачили у кодифікованому акті цивілістичну сутність кожної із них, поклавши у такий спосіб вирішення цього питання на науку цивільного права та судову практику. Втім, вітчизняна наука цивільного права сьогодні не виробила єдиних підходів до тлумачення змісту, розкриття взаємної залежності і взаємного зв'язку цих принципів. Останні дослідження вказаної проблематики були зроблені в наукових працях І. Г. Бабич «Принцип справедливості в римському праві і у сучасному зобов'язальному праві України», Ю. А. Тобота «Принцип справедливості, добросовісності і розумності в цивільному праві», Ю. В. Цюкало «Принципи здійснення цивільних прав».

**Мета і завдання статті.** Метою наукової роботи є з'ясування сучасних тенденцій до розкриття змісту принципу справедливості у доктрині цивільного права та судовій практиці.

**Виклад основного матеріалу й обґрунтування отриманих результатів дослідження.** Право є мистецтвом справедливості [1]. Вперше категорія справедливості разом з двома іншими – добросовісність і розумність – були визначені як загальні засади цивільного законодавства України у ст. 3 ЦК України. Україна єдина з-поміж інших держав, утворених на пострадянському просторі, визначила всю тріаду категорій принципами регулювання майнових і особистих немайнових відносин. Для прикладу, у ст. 2 Цивільного кодексу Республіки Білорусь [2] до основних засад цивільного законодавства включені лише добросовісність і розумність. Діяти добросовісно в процесі встановлення, здійснення і захисту цивільних прав та виконання цивільних обов'язків – так зумовлює законодавець, моделюючи у ст. 1 Цивільного кодексу Російської Федерації, основні засади цивільного законодавства [3]. Водночас у Цивільному кодексі Республіки Казахстан [4] такі категорії взагалі не визначені основними засадами, проте імперативно встановлено, що громадяни і юридичні особи повинні діяти, здійснюючи належні їм права, не тільки добросовісно, а й розумно та справедливо.

Об'єктивізація цих принципів у кодифікованому акті, зауважують розробники проекту ЦК України, має велике значення для функціонування всієї системи приватного права, тому що вони: по-перше, акумулювали в собі не тільки наведені вище засади, а й інші принципи цивільного права; по-друге, застосування всіх інших принципів цивільного права не має призводити до несправедливого, нерозумного та недобросовісного результату; по-третє, саме ці принципи є основною сутністю права та вказують на його природне походження [5, 8], адже крізь призму природного принципу

справедливості, добросовісності та розумності оцінюється і тлумачиться все позитивне і природне право та наслідки його застосування [6].

Введення до ЦК України таких правових засад, як справедливість, добросовісність та розумність є також одним із важливих кроків наближення вітчизняної правової системи до європейських та світових стандартів, адже пройшовши тривалий історичний шлях нормативного вираження, вони знайшли своє безпосереднє закріплення у законодавстві європейських країн, наприклад у Франції, Німеччині, Італії, Нідерландах. Окремі з цих принципів знайшли відображення у Принципах міжнародних комерційних договорів, затверджених Адміністративною радою Міжнародного інституту уніфікації приватного права (Принципи УНІДРУА), Правилах ІНКОТЕРМС та інших міжнародних документах [7].

Вважається, що добросовісність є внутрішнім критерієм, в той час як справедливість і розумність – зовнішнім або об'єктивним мірилом якості права [6]. Однак у доктрині цивільного права відкритим для дискусії залишається питання розуміння справедливості, добросовісності та розумності як тріади одного принципу чи трьох самостійних засад цивільного законодавства. На переконання Р. А. Майданика, закріплений вітчизняним законодавцем принцип справедливості, добросовісності і розумності має визнаватися не сукупністю трьох принципів, а єдиним принципом, який виявляється в єдності взаємопов'язаних трьох складових, що сприятиме наближенню вітчизняного права до європейської традиції права [6]. Такої ж позиції дотримується Ю. А. Тобота у дисертаційному дослідженні «Принцип справедливості, добросовісності і розумності в цивільному праві» [8]. Водночас Ю. В. Цюкало, досліджуючи принципи здійснення цивільних прав, розглядає розумність, добросовісність та справедливість як окремі цивільно-правові принципи [9]. Поділяючи вказане доктринальне розуміння прояву справедливості, добросовісності та розумності, потрібно зауважити, що оцінка юридично значимих явищ у сфері приватноправових відносин, зазвичай, здійснюється крізь призму разом взятих трьох принципів, які взаємодоповнюють і обумовлюють один одного. Втім кожен із них має своє сутнісне вираження, витлумачення яких є однією із складних дискусійних проблем науки цивільного права.

В юридичній літературі вказують на двоєдину сутність справедливості, яка виражається через категорії співрозмірності та еквівалентності. Співрозмірність означає рівновагу одержуваного і того, що віддається в процесі здійснення цивільних прав і виконання обов'язків, відповідність між ними. Справжнє досягнення балансу взаємних прав і обов'язків можливе за умови їх відповідного закріплення в нормах закону. Тому не тільки безпосередньо в діях суб'єктів права, а й в нормативних установленнях повинен чітко простежуватися розумний компроміс між наданням та отриманням певних благ, між кінцевим результатом і витратами, необхідними для його досягнення, між володінням чим-небудь і тягарем його змісту. Еквівалентність як критерій принципу справедливості в цивільному праві означає, що суб'єкти цивільних правовідносин мають виходити з рівноцінності обмінюваних благ, дана вимога має становити і основу законодавчих приписів. Про дотримання вимог справедливості можна говорити тоді, коли у разі обміну матеріальними і нематеріальними благами те, що надається і отримується в результаті обміну, задовольняє потреби суб'єктів і відповідає їх уявленням про цінності обмінюваного і одержуваного [10]. Втім кожен із цих двох загальних критеріїв виявляється у конкретному з видів цивільних відносин.

Визначена як одна із загальних засад сучасного цивільного законодавства, справедливість як імперативний принцип проявляється у правотворчій і правозастосовчій сферах. Говорячи про першу із них, зауважимо, що справедливість гарантує в межах дозволеного і забороненого свободу і рівність, а значить – забезпечує безпеку і стабільність суспільства [11]. Водночас «дух» справедливості закладено в основу всіх без виключення інститутів цивільного права, пронизуючи які, він демонструє сутнісні прояви справедливості у конкретних правовідносинах.

У правозастосовчій сфері змістовне наповнення цього одвічного начала права, відповідно до якого повинен діяти кожен учасник цивільних відносин, служить інструментом врегулювання конфлікту інтересів у тому випадку, коли сучасний нормативний інструментарій не дозволяє цього зробити.

Справедливість є одним із морально-правових феноменів, який набуває юридичної значимості завдяки його втіленню у правових нормах. Заслугує на увагу ідея про те, що справедливості в цивільному праві притаманний суб'єктивно-об'єктивний характер. У об'єктивному розумінні, справедливість трактується як визначення нормою права обсягу, меж здійснення та захисту цивільних прав й інтересів особи адекватно її ставленню до вимог правових норм [12, с. 20]. З приводу суб'єктивного підходу, то принцип справедливості у цивільному праві, як інші галузеві принципи, є позитивним зобов'язанням, сутність якого виявляється у тому, що учасник цивільно-правових відносин повинен діяти домірно правам та законним інтересам інших учасників цих відносин у разі здійснення ним суб'єктивних прав і обов'язків.

Визначивши цей принцип однією із загальних засад сучасного цивільного законодавства, законодавець у ЦК України неодноразово звертається до цієї категорії, намагаючись на законодавчому рівні обумовити паритетність інтересів у різних сферах приватноправової діяльності. Так, у ч. 3 ст. 23 цього кодифікованого акта зроблено застереження, що суд при визначенні розміру грошового

відшкодування моральної шкоди має враховувати вимоги розумності та справедливості. Втім ще до прийняття ЦК України подібну правову позицію зайняв Пленум Верховного Суду України у постанові від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [13], зазначивши у п. 9, що «розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд визначає залежно від характеру та обсягу страждань (фізичних, душевних, психічних тощо), яких зазнав позивач, характеру немайнових втрат (їх тривалості, можливості відновлення тощо) та з урахуванням інших обставин. ... При цьому суд має виходити із засад розумності, виваженості та справедливості». Власне бачення щодо розуміння неприпустимості порушення принципу справедливості при визначенні розмірності грошового відшкодування моральної шкоди виклав Верховний Суд України у рішенні від 18.11.2009 року у справі № 6-12041св09. Суд зазначив, що розмір відшкодування моральної шкоди має бути не більш, аніж достатнім для розумного задоволення потреб потерпілої особи і не повинен призводити до її збагачення. Тому, виходячи із засад розумності, поміркованості і справедливості, розмір відшкодування моральної шкоди внаслідок незаконних дій органів дізнання, досудового слідства, було зменшено [14]. Таким чином, у зобов'язаннях з відшкодування моральної шкоди принцип справедливості виявляється у співрозмірності вимог потерпілого до характеру та обсягу його страждань, що виключає можливість його безпідставного збагачення. Екстраполюючи цей висновок у площину інших деліктних зобов'язань, зауважимо, що вимога про відшкодування заподіяної майнової шкоди не повинна призводити до збагачення потерпілої особи.

Втім на засадах добросовісності, розумності і справедливості мають ґрунтуватися не тільки деліктні, а всі цивільно-правові зобов'язання (ч. 3 ст. 509 ЦК України). Логічним продовженням цієї норми є ч. 1 ст. 627 ЦК України, відповідно до якої особи є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Отже, у контексті цієї норми законодавець категорією справедливості обумовлює межі договірної свободи, запобігаючи тим самим зловживанню правом під час вибору контрагента в договірних відносинах та моделювання їх змісту. Законодавче встановлення таких меж здійснюється не тільки шляхом безпосереднього відсилання до справедливості як морально-етичної категорії, а й вказівкою на ті умови договору, які з позиції права є несправедливими. Так, у договорах приєднання умови встановлюються однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, а сам договір укладається шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. З огляду на особливості договору приєднання, умови таких договорів не повинні бути явно обтяжливими для сторони, яка приєдналася, позбавляти її тих прав, які вона звичайно мала та обмежувати відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання. Як гарантію захисту прав від подібних несправедливих умов договору приєднання у законі передбачено можливість сторони, що приєдналася, вимагати зміни або розірвання договору.

Таке поняття, як несправедливі умови договору відомо європейському законодавству (Директива 93/13/ЄЕС «Про несправедливі умови в споживчих договорах»). Відповідно до ст. 3 Директиви умова договору, яка не була окремо погоджена, вважається несправедливою (нечесною), якщо всупереч вимозі про справедливість вона створює нерівність у правах і обов'язках сторін договору, причому на шкоду споживачу.

Виходячи із змісту директиви, принцип справедливості «є засобом відновлення дисбалансу між економічно нерівними контрагентами, якщо більш могутня сторона зловживає своїм економічним становищем; він також є засобом відновлення рівноваги інтересів сторін, на які вплинули різноманітні обставини об'єктивного характеру, що не залежать від їх волі» [15, с. 59].

Прикладом судової практики, де дисбаланс інтересів учасників договірних відносин суд розцінив як порушення принципу справедливості, є рішення Конституційного Суду України від 11 липня 2013 року № 7-рп/2013. Суд виходив з того, що вимога про нарахування та сплату неустойки за договором споживчого кредиту, яка є явно завищеною, не відповідає передбаченим у п. 6 ст. 3, ч. 3 ст. 509 та ч. 2, 3 ст. 627 ЦК України засадам справедливості, добросовісності, розумності як складовим елементам загального конституційного принципу верховенства права. Наявність у кредитора можливості стягувати із споживача надмірні грошові суми як неустойку спотворює її дійсне правове призначення, оскільки із засобу розумного стимулювання боржника виконувати основне грошове зобов'язання неустойка перетворюється на несправедливо непомірний тягар для споживача та джерело отримання невикористаних додаткових прибутків кредитором [16].

У певних випадках принцип справедливості має настільки істотне значення, що покладається законодавцем в основу вирішення проблеми як єдиний можливий підхід. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 652 ЦК України у разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин суд, на вимогу будь-якої із сторін, визначає наслідки розірвання договору, виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору. Дійсно, що в таких обставинах, в яких опинилися сторони зобов'язання, вимога його виконання буде не просто невикорисливою для однієї із його сторін, а й несправедливою. Тому зобов'язання не лише припиняється, а й за відсутності вини в цьому сторін їх витрати мають справедливо розподілятися між ними [17, с. 6].

Втім засади справедливості та розумності є визначальними не тільки в разі встановлення правових наслідків розірвання договору, а й при вирішенні спору, обумовленого внесенням змін до договірної конструкції. Так, відповідно до ч. 2 ст. 749 ЦК України, якщо обов'язки набувача за договором довічного утримання (догляду) не були конкретно визначені або у разі виникнення потреби забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду спір має вирішуватися відповідно до засад справедливості та розумності.

**Висновки та перспективи подальшого дослідження.** З огляду на те, що зобов'язання мають ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості (ч. 3 ст. 509 ЦК України), набуття суб'єктивних прав і обов'язків учасниками цих відносин, їх здійснення і виконання та захист прав відбувається з додержанням вимог вказаних принципів. Втім на кожному із цих етапів динаміки правових можливостей принцип справедливості має своє змістовне вираження. Так, у процесі набуття суб'єктивних прав встановлення переваг для одного із учасників зобов'язальних відносин буде справедливим за умови, що цим не порушуються права і свободи інших осіб. Здійснення цивільних прав вважатиметься справедливим, якщо воно сприятиме максимальному задоволенню інтересів всіх учасників зобов'язальних відносин. На етапі захисту прав змістовне навантаження принципу справедливості виявлятиметься у недопустимості безпідставного збагачення під час визначення розміру та задоволення майнових вимог заявника.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Дигести Юстиніана. Т.1: кн. 1–4. URL: [http://www.gumer.info/bibliotek\\_Buks/Pravo/digest/01.php](http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/01.php) (дата звернення: 14.01.2018).
2. Цивільний кодекс Республіки Білорусь: URL: <http://pravo.kulichki.com/vip/gk/00000001.htm> (дата звернення: 12.01.2019).
3. Цивільний кодекс Російської Федерації: URL: [http://base.garant.ru/10164072/1/#block\\_1001](http://base.garant.ru/10164072/1/#block_1001) (дата звернення: 24.12.2018).
4. Цивільний кодекс Республіки Казахстан: URL: <http://sud.gov.kz/rus/docs/kodeksy-rk/grazhdanskiy-kodeks-respubliki-kazahstan-obshchaya-chast> (дата звернення: 11.12.2018).
5. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. К.: Істина. 928 с.
6. Цивільне право: загальна частина. Т. 1. Вступ у цивільне право. К.: Алерта, 2012. 472 с. URL: <http://westudents.com.ua/glavy/72037-8-printsip-spravedlivost-dobrosovsnost-rozumnost.html> (дата звернення: 03.01.2019 р.).
7. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, вид. третє. К.: Юрінком Інтер, 2010. 976 с. URL: [http://pidruchniki.com/1628041446951/pravo/zmist\\_printsipiv\\_spravedlivosti\\_dobrosovisnosti\\_rozumnosti\\_tsivilnomu\\_pravi](http://pidruchniki.com/1628041446951/pravo/zmist_printsipiv_spravedlivosti_dobrosovisnosti_rozumnosti_tsivilnomu_pravi) (дата звернення: 12.11.2018).
8. Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності в цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.03. Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Х., 2011. 22 с.
9. Цюкало Ю. В. Принципи здійснення цивільних прав: дис. ...канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.03. Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності. К., 2013. 236 с.
10. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0004700-95> (дата звернення: 17.11.2018).
11. Рішення Верховного Суду України від 18 листопада 2009 року у справі № 6 12041св09. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/6931487> (дата звернення: 15.10.2018).
12. Гражданский кодекс Украины: комментарий. Т. 1. Изд. второе. Х.: ООО «Одиссей». 2004. 832 с.
13. Мілаш В. Теоретичні аспекти співвідношення свободи підприємницького комерційного договору та обмежувальних чинників. Українське комерційне право. 2005. № 6. С. 51–65.
14. Рішення Конституційного Суду України № 7-рп/2013 від 11 липня 2013 року: URL: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/7-rp/2013.pdf> (дата звернення: 18.10.2018).
15. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 7: загальні положення про зобов'язання та договір / за ред. проф. І. В. Спасиво-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Ч.: ФО-П Лисяк Л. С. 2012. 736 с.

#### **Kalaur I., Zaitseva-Kalaur I. The principle of jurisdiction as a regulator of civil litigian liability**

*The paper examines the tendencies of the doctrine of civil law and jurisprudence to clarify the essence of the principle of justice in civil law. It is proposed to consider the content of this principle in the field of civil obligations through the prism of the acquisition of subjective rights to implement and protect them.*

**Keywords:** principles of civil law, principle of justice, beginning of law, compensation of moral damage, forfeit

## ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ КОМУНІКАТИВНОЇ КОМПЕТЕНТНОСТІ ЮРИСТІВ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.6>

**Коструба А. В.,**

*доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права навчально-наукового юридичного інституту ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»*

*Реформування інститутів процесуального законодавства України вимагає більш високого рівня комунікативної компетентності юристів, що передбачає формування інноваційних підходів до організації професійної комунікативної підготовки майбутніх юристів, зокрема, впровадження компетентнісно-орієнтованого навчання і виховання професійного юриста в світлі його діалогово-дискусійної та лінгвоінтенсивної професійної діяльності. Оскільки здійснення юридичної діяльності юриста базується на комунікативній основі і вимагає добре розвинених комунікативних (мовних) навичок, то, відповідно, вся організація професійної підготовки здобувача повинна здійснюватися з урахуванням наведеного фактору. Дослідженню неведеної проблематики присвячено наукову статтю автора. Запропоновано інтегративний підхід до формування професійної комунікативної компетентності студентів правових спеціальностей, що передбачає поєднання мовно-лінгвістичних дисциплін і галузевих дисциплін правового циклу в контексті використання освітніх інтерактивних методик.*

**Ключові слова:** юридична освіта, компетентність, компетентний підхід, комунікативність, вища освіта.

Після подій 2014 року судова реформа стала однією з найочікуваніших у суспільстві, оскільки справедливий, безсторонній та неупереджений суд є важливою гарантією ефективної боротьби з корупцією, надходження в Україну інвестицій, забезпечення прав і свобод кожного та побудови держави. Реформа має забезпечити функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду, а також європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини. Для ефективної реалізації права на справедливий суд в Україні, окрім інституційних змін, протягом 2017–2018 років були прийняті системні зміни процесуального законодавства України. Внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів сприяє подоланню процесуальних проблем, які раніше перешкождали ефективному судовому захисту в Україні.

Переосмисленню піддалася процесуальна доктрина, і на зміну концепції об'єктивної істини (процесуальної, формальної) приходять концепція істини відносної (судової). Реформування інститутів процесуального законодавства України вимагає більш високого рівня комунікативної компетентності юристів, що передбачає формування інноваційних підходів до організації професійної комунікативної підготовки майбутніх юристів. Досвід підтвердив, що рівень компетентності здобувача за результатами навчання на певному рівні вищої освіти не відповідає очікуванню професійного співтовариства і сучасним викликам у суспільстві. Наведене свідчить про нагальну потребу в перегляді всього процесу формування професійної компетентності майбутніх юристів згідно з вимогами часу, які передбачають значне оновлення змісту, в тому числі комунікативної підготовки і способів організації комунікативного знання.

Сьогодні, на жаль, у науковому юридичному середовищі відсутні фундаментальні теоретичні розробки проблем юридичної освіти. Увагу формуванню професійної компетентності у студентів закладів вищої освіти юридичного спрямування приділено вченими педагогічної науки, зокрема напряму теорії і методики навчання та виховання (по областях і рівню освіти). Методологічну основу таких досліджень становлять положення герменевтичного підходу в педагогіці та ідеї синергетики в гуманітарній парадигмі наукового знання (Б. Н. Бессонов, І. А. Гобозов, С. П. Капіца, С. П. Курдюмов, В. Г. Кузнецов, Г. І. Рузавин, І. І. Суліма та інші), положення діяльнісного підходу в освіті (І. В. Бестужев-Лада, Н. В. Котряхов, Н. М. Михайлов, В. А. Морив та інші), теоретичні розробки компетентнісного підходу у вищій професійній освіті (В. І. Байденко, М. Д. Ільязова, В. Г. Зарубін, І. С. Зіміна, Ю. Г. Татур, В. Д. Шадриков та інші). Крім того, слід зазначити, що дослідженню проблем юридичної освіти в різні часи присвятили увагу автори С. С. Алексєєв, В. М. Карташов, Б. М. Топорнін, Ю. В. Чуфаровський, В. Ф. Яковлев, але й вони мають фрагментарний характер.

Наведене вимагає актуалізації питання модернізації освітніх процесів у напрямі формування компетентнісно-орієнтованого навчання і виховання професійного юриста в світлі його діалогово-дискусійної та лінгвоінтенсивної професійної діяльності.

Поняття компетентності визначено в Законі України «Про вищу освіту» [1] як динамічна комбінація знань, вмінь і практичних навичок, способів мислення, професійних, світоглядних і громадянських

якостей, морально-етичних цінностей, яка визначає здатність особи успішно здійснювати професійну та подальшу навчальну діяльність і є результатом навчання на певному рівні вищої освіти.

Отже, компетентність – це інтеграційна категорія, що припускає єдність правових знань та мовленнєвих умінь конкретної особистості, структурним компонентом якої виступають три компоненти: 1) *професійно-змістовний (теоретичний) компонент*, який передбачає наявність теоретичних знань, що забезпечує точність правового і речового змісту професійної діяльності; 2) *професійно-діяльнісний (практичний) компонент*, який включає професійно значущі вміння, апробовані в навчальній діяльності, засвоєні студентами як найбільш ефективні; 3) *професійно-особистісний компонент*, який включає професійно-особистісні якості, що визначають позицію і скерованість студента як особистості, індивіда і суб'єкта діяльності на досягнення певного рівня мовного професіоналізму [2, с. 99].

У науковому середовищі активно обговорюється концепція «Ключових компетенцій», яка включає в себе: *соціальну компетенцію*, тобто здатність взяти на себе відповідальність у прийнятті професійних рішень; *комунікативну компетенцію*, тобто володіння технологіями спілкування; *когнітивну компетенцію* як здатність самостійно здобувати нові знання та вміння, реалізовувати свій особистий потенціал; *соціально-інформаційну компетенцію* – володіння інформаційними технологіями та *спеціальну компетенцію*, тобто підготовленість до виконання професійних функцій [3, с. 35–41].

Слід звернути увагу, що три з п'яти названих ключових компетенцій мають безпосереднє відношення до лінгворозумової діяльності в юриспруденції (комунікативна компетенція, когнітивна компетенція і спеціальна компетенція). Причому комунікативна компетенція є об'єктивним результатом інтеграції когнітивної компетенції, оскільки професійне мовлення передбачає розумову діяльність і спеціальну компетенцію як певний обсяг спеціальних професійно-значущих мовних знань.

Така «інтегративність» у змістовному наповненні компетентності в цілому передбачає системне поєднання різнопрофільних знань, вмінь і практичних навичок, що надає можливість сформувати професійне обличчя особи. Формула такого поєднання є достатньо різноманітною.

Тобто відповідно до сучасних наукових підходів до становлення особистості юриста-професіонала процес формування його комунікативної компетентної особистості, на нашу думку, має відбуватися в умовах інтеграції дисциплін мовного і правового циклів з чітким структуруванням відібраних для освітнього процесу професійно-значущих комунікативних знань. Таким чином, професійну комунікативну компетентність юриста ми можемо уявити як сукупний результат одночасного освоєння студентами правових і мовних знань.

Професійно-орієнтована комунікативна підготовка здобувачів вищої освіти юридичного напрямку підготовки передбачає, перш за все, знання специфіки спілкування в тій чи іншій сфері, особливостей реалізації різних видів юридичної діяльності, обумовлених характером відповідної професії. Таким чином, професійна компетентність майбутнього юриста базується, з одного боку, на знанні типології професійно-правових завдань, норм юридичної етики, психології і технології спілкування, з іншого боку, включає в себе професійне володіння мовою, тобто, з одного боку, є коректною з точки зору норми і стилю, з іншого – є професійно-адекватною умовам, змісту, цілям юридичної діяльності фахівця.

Так, комунікативний акт в юридичній практиці не зводиться лише до повідомлення і передачі юридично значущої інформації. Мовна юридична комунікація – це особливий комплекс і процедура передачі інформаційних конструкцій і норм регламентації зовнішньої діяльнісної активності індивідів. При цьому загальний характер такої інформації та нормування на практиці позбавлені суб'єктивного сприйняття та мають об'єктивну форму свого існування.

У сучасній юридичній психології немає повної єдності думок щодо структури юридичної діяльності, однак більшість дослідників у професійній діяльності юристів всіх спеціальностей виділяють загальні, характерні для всіх спеціальностей структурні компоненти, які включають в себе: *гностичний компонент* (пошуковий або пізнавальний, лінгворозумова діяльність в процесі збору інформації); *організаційний компонент* (мовні контакти з учасниками тих чи інших юридичних дій); *конструкційний компонент* (лінгворозумова діяльність з узагальнення, аналізу правових фактів, аргументація і вибудовування гіпотез); *засвідчувальний компонент* (розвинена письмова мова); *виховний компонент* (вміння впливати на людину); *комунікативний компонент* (професійний монолог, діалог) [4, с. 75; 5; 6].

Суть комунікативного компонента полягає в отриманні необхідної інформації в процесі спілкування та встановлення відносин з суб'єктами діяльності, вирішенні конфліктних ситуацій. Структурні компоненти професійної компетентності юриста, безсумнівно, взаємопов'язані. Але саме комунікативний компонент професійної діяльності юриста виконує інтегративну функцію по відношенню до всіх компонентів професійної діяльності юриста будь-якого фаху, оскільки функціонування когнітивного, організаційного, пошукового і реконструктивного компонента компетентності неможливе без вступу в комунікативні процеси. Саме комунікативний компонент забезпечує оптимальну роботу всіх інших компонентів професійної діяльності, тобто він є базовим для всіх інших компонентів. Таким чином, саме професійна комунікативна компетентність є ядром професійної компетентності особистості і умовою її професійної самореалізації.



Оскільки здійснення юридичної діяльності юриста базується на комунікативній основі і вимагає добре розвинених комунікативних (мовних) навичок, то, відповідно, вся організація професійної підготовки здобувача повинна здійснюватися на комунікативній основі, бо саме за цієї умови можливо, з одного боку, сформувати мотивацію до освоєння студентами-юристами мовних знань як професійно-значущих, з іншого боку, забезпечити максимальне зближення опанування юридичними і мовними навичками.

Процес формування комунікативно компетентної особистості майбутнього юриста, на нашу думку, має відбуватися в умовах інтеграції дисциплін мовного і правового циклів з чітким структуруванням відібраних для освітнього процесу професійно-значущих комунікативних знань. Таке структурування передбачає виділення в змісті комунікативної підготовки майбутніх юристів загальної частини (*необхідної для успішного здійснення професійної діяльності юристів будь-якої спеціальності*), особливих частин (*необхідних для успішного здійснення тієї чи іншої конкретної процесуальної дії*) і окремих елементів (*необхідних для успішного здійснення професійної діяльності юристів вузьких спеціальностей*).

Досвід викладацької діяльності в поєднанні з адвокатською практикою надає можливість стверджувати, що сьогодні методичні шляхи вирішення проблеми формування комунікативної компетенції студентів спеціальності «Право» надані в такому векторі їх розвитку:

- 1) формування комунікативної компетентності майбутніх юристів у рамках одного лінгвомовного курсу;
- 2) формування комунікативної компетентності майбутніх юристів у рамках декількох лінгвомовних курсів;
- 3) комунікативна підготовка майбутніх юристів до професійної діяльності в рамках юридичних клінік.

Визнаючи необхідність мовної підготовки до виголошення судової мови, вважаємо, що формування комунікативних навичок в рамках одного предметно-спеціалізованого курсу спотворить якість професійної комунікативної підготовки. В цьому разі поза увагою залишаються опанування знаннями галузевих особливостей мови права, юридичною діалогікою, юридичною герменевтикою тощо. Комунікативні знання і навички студентів, у цьому випадку, носять фрагментарний характер і не сприяють успішності здійснення професійної юридичної діяльності.

Цільова спрямованість програм спеціалізованих курсів з мови права достатньо різноманітна: володіння мовою судочинства; герменевтика права і теорія юридичної інтерпретації; вміння фіксувати результати юридичного мислення в письмовій формі тощо. Вказане дає підставу припускати різноманітність їх змісту без конкретної галузево-тематичної прив'язки до тієї чи іншої юридичної дисципліни.

Нині інноваційні процеси у сфері професійної комунікативної освіти студентів правових спеціальностей виражаються в тому, що запроваджуються нові форми навчання – юридичні клініки, мета яких якнайкраще підготувати випускників юридичних вузів до їх майбутньої практичної діяльності.

Ще в XIX ст. викладачі юридичних факультетів в різних країнах світу (Німеччини, Росії та ін.) зіткнулися з проблемою розриву між рівнем знань, навичок і якостей випускників і вимогами роботодавців до підготовки молодих юристів. Студенти вивчали серйозні наукові дисципліни, а досвід передбачалося набувати в подальшому після закінчення університету.

У країнах англо-саксонської правової традиції навчання юристів проходило виключно в формі індивідуального наставництва: молода людина ставала помічником досвідченого адвоката, спочатку виконувала дрібні доручення, спостерігала за роботою метра і поступово допускалася до більш відповідальної самостійної діяльності [7, с. 3].

В кінці XIX–початку XX ст. в Росії вченими і викладачами-практиками активно обговорювалося питання «Про постановку викладання на юридичних факультетах». Зокрема, професор О. І. Люблінський в 1901 році в статті «Про юридичні клініки» в «Журналі міністерства Юстиції» писав про те, що установа юридичних клінік в Росії є особливо бажаним на увазі надто теоретичного характеру викладання на юридичних факультетах, різноманітності та чисельності судів з властивою кожному з них спеціальною компетенцією, а також внаслідок бідності та малограмотності більшої частини населення [7, с. 175–181]. У 30-х роках XIX ст. професор Майер організував юридичну клініку в Казанському університеті [8, с. 4].

Нині в Україні існує понад 100 юридичних клінік. Подібні форми навчання студентів впроваджені в Прикарпатському національному університеті імені Василя Стефаника, в Київському національному університеті імені Тараса Шевченка, Національному університеті імені Ярослава Мудрого, інших провідних навчальних закладах вищої освіти, як правило, починаючи з 3–4, іноді з 1-го курсу.

Сучасна система юридичної освіти в Україні базується на формуванні у студентів теоретичних знань, що, безумовно, забезпечує певний рівень якості підготовки студентів — майбутніх фахівців. При цьому в традиційному академічному навчанні значна частина навчального плану включає лекції та семінарські заняття. При вивченні дисциплін акцент робиться, перш за все, на предмет, зміст і

специфіку досліджуваної дисципліни. Однак такий підхід надає можливість повною мірою розвивати у здобувачів уявлення про міжпредметні зв'язки в рамках одержуваної спеціальності в цілому. Крім того, традиційне навчання спирається на пояснювально-ілюстративний і репродуктивний метод, сутність якого зводиться до процесії передачі готових, відомих, «остаточних» знань студенту (коментування норми права, пояснення наукових дефініцій тощо). Результат – пасивне ставлення студентів до навчання.

Навчання в юридичній клініці будується на нових технологіях: на кожному етапі навчання і роботи в клініці студент повинен не тільки тримати в умі інформацію, яку він традиційно отримує в аудиторіях, на академічних заняттях, а й намагатися застосувати її до реалій юридичної практики через відповідні інтерактивні методики навчання: рольові ігри, аналіз казусів, мозковий штурм, робота в малих групах.

Для побудови методичної системи професійної комунікативної підготовки студентів-юристів необхідно визначити обсяг змісту професійної комунікативної підготовки здобувача правових спеціальностей. Основним критерієм відбору змісту професійної комунікативної підготовки майбутніх юристів є критерій професійної значущості тих чи інших мовних знань для здійснення майбутньої практичної правозастосовної або правоохоронної діяльності. Відомо, що основними операціями складної і багатогранної професійної діяльності юриста є: 1) встановлення фактичних обставин; 2) юридична оцінка фактичних даних; 3) встановлення правової моделі поведінки, тобто співвіднесення життєвої ситуації з конкретною правовою нормою, покликання забезпечити її результативність; 4) процесуальна діяльність з вирішення казусу; 5) підготовка і оформлення юридичного документа. Всі ці напрями юридичної діяльності визначили цільову спрямованість роботи з відбору мовного змісту для системи професійної комунікативної підготовки здобувачів.

Відповідно до мети професійного орієнтування змісту мовної підготовки майбутніх юристів ми надали відібраний нами зміст як сукупність мовних блоків, інтегрованих в галузеву навчальну дисципліну: 1) юридична деонтика; 2) юридична ораторика; 3) юридична діалогіка; 4) юридична герменевтика; 5) юридична техніка.

Таким чином, при впровадженні подібної приватної методичної системи досягається цілісність всієї системи професійної підготовки юристів, що, в свою чергу, забезпечить цілісність і системність правових знань та мовленнєвих умінь і навичок їх практичної реалізації і сприятиме формуванню рівня усвідомленої компетентності у здобувача вищої освіти.

Оскільки принцип системності передбачає об'єднання дисциплін мовного і правового циклів і одночасне врахування особливостей здійснення будь-якої процесуальної дії або вузьку спеціалізацію юриста, то в обґрунтування запропонованої нами методичної системи професійної комунікативної підготовки студентів-юристів доцільне введення принципу інтегративності та варіативності.

Проведене нами дослідження основних підходів до змісту професійної юридичної освіти свідчить про те, що на сучасному етапі в практиці викладання в організації комунікативної підготовки студентів-юристів домінує фрагментарний підхід, тобто в процесі навчання студентів-юристів основна увага має приділятися саме професійним предметним знанням. Тим часом, причини невдач при вирішенні професійних навчальних завдань часто лежать в недостатній комунікативній (мовній) підготовці. Це пов'язано з тим, що зазначений аспект професійної підготовки студентів-юристів спеціально не виділяється в якості особливого навчального завдання. Аналіз теоретичних і методичних наукових робіт і практика роботи зі студентами закладів вищої освіти свідчить, що навчання професійним мовним навичкам часто зупиняється на рівні неусвідомленої некомпетентності або, в кращому випадку, усвідомленої некомпетентності.

Таким чином, на порядку денному є необхідність створення методичної системи формування професійної комунікативної підготовки юристів для забезпечення професійної комунікативної підготовки студентів протягом усього періоду навчання, не перевантажуючи при цьому навчальний план введенням додаткових мовних дисциплін.

Відповідно до сказаного пропонуємо особливий – інтегративний підхід до формування професійної комунікативної компетентності студентів правових спеціальностей, що передбачає певним чином організовану структуру, що являє собою сукупність мовно-лінгвістичних дисциплін і галузевих дисциплін правового циклу в контексті використання освітніх інтерактивних методик.

Практична цінність запропонованого інтегративного підходу до процесу формування професійної комунікативної компетентності студентів-юристів полягає в тому, що за умов впровадження єдиної методичної системи комунікативної підготовки в практику навчання студентів у закладах вищої освіти слід, по-перше, уникнути перевантаження навчального розкладу додатковими мовними курсами, по-друге, забезпечити якісну професійно необхідну диференційовану мовну підготовку студентів-юристів протягом всього періоду навчання.

Отже, при впровадженні подібної приватної методичної системи досягається цілісність всієї системи професійної підготовки юристів, що, в свою чергу, забезпечить цілісність і системність правових знань та мовно-лінгвістичних навичок їх практичної реалізації і сприятиме формуванню рівня усвідомленої компетентності у здобувача юридичної освіти.



Оскільки принцип системності передбачає об'єднання дисциплін мовного і правового циклів і одночасно врахування особливостей здійснення будь-якої процесуальної дії або вузьку спеціалізацію юриста, то в обґрунтування запропонованої нами методичної системи професійної комунікативної підготовки студентів-юристів доцільне введення принципу інтегративності та варіативності.

Таким чином, все, сказане вище, робить абсолютно очевидним, що при розробці системи професійної комунікативної підготовки студентів-юристів не можна акцентувати увагу тільки на навчання загальним професійно-значущим для юристів всіх спеціальностей мовним знанням, умінням і навичкам.

Визнаючи досконалу необхідність загальної професійно-значущої мовної підготовки, слід враховувати той факт, що кожна юридична спеціальність має свої специфічні особливості, в тому числі і особливості в здійсненні тих чи інших професійних мовних дій. Саме тому процес комунікативної підготовки юристів вузьких спеціальностей (або спеціалізацій студентів-юристів на кафедрах) повинен бути забезпечений особливо відібраним змістом інтегрованих мовних блоків, які сприятимуть успішності майбутньої професійної діяльності.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про вищу освіту: Закон України від 01 липня 2014 року №1556-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18> (дата звернення: 19.01.2019).
2. Косянова О. М. К вопросу о формировании профессиональной коммуникативной компетентности студентов правовых специальностей. Проблемы культуры речи в современном коммуникативном пространстве: материалы межвузовской научной конференции / Отв. ред. Т. С. Кириллова. Нижний Тагил: Нижнетагильская государственная социально-педагогическая академия, 2006. С. 99–101.
3. Зимняя И. А. Ключевые компетенции – новая парадигма результата образования. Высшее образование сегодня. 2003. № 5. С. 35–41.
4. Карташов В. Н. Юридическая практика в правовой системе общества. Общая теория государства и права / Под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М.: Издательство «Зерцало», 1998. 350 с.
5. Матузов Н. И. Юридическая практика / Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учеб. М.: Юристъ, 2002. 360 с.
6. Шиханцов Г. Г. Юридическая психология. М.: Юрист, 2000. 267 с.
7. О «юридических клиниках». Журнал Министерства юстиции. 1901. № 1. Январь. № 2. Февраль. С. 175–181.
8. Гончаренко В. О. Юридична клініка: історія і визначення. Практика діяльності «юридичних клінік» України. 2004. № 1. С. 3–5.

#### **Kostruba A. Thoughts on the problem of formation of professional communicative competence of lawyers.**

*Reforming institutions of procedural law of Ukraine requires a higher level of communicative competence of lawyers, which presupposes applying innovative approaches to organization of professional training of lawyers, as well as introducing competence – oriented education and teaching in the light of their dialogue and discussion and linguo-intense professional activity.*

*As professional activity of lawyers is based on communications, it requires well-developed communicative skills, consequently, the entire organization of professional training of lawyers shall be structured taking into account this factor. The Article suggests the integrative approach to formation of professional communicative competence of students of legal departments, which includes combination of linguistic and law – specific disciplines within the context of applying interactive training techniques.*

**Keywords:** legal education, competence, competence – oriented approach, sociability, higher education.

### ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.7>

**Кот О. О.,**

*доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, заслужений юрист України*

*У статті проаналізовано питання, що стосуються визначення принципів права, їх ролі та наукового підходу до їх походження. Для проведення даного аналізу автор використовував як авторитетні вітчизняні джерела та джерела пострадянського простору, так і твори іноземних*

*вчених-цивілістів. Основну увагу акцентовано на завданнях, які пов'язані, зокрема, з загальними принципами цивільного права. Під час аналізу автором було виявлено, що термін «принципи права» був об'єктом чисельних досліджень. Під час вивчення автор приділяв особливу увагу також визначенню вищезгаданого терміна на законодавчому рівні, зокрема проаналізовано статті ЦК України. Проведено паралель між детермінацією терміна «принципи цивільного права» доктринальним та нормативно-правовим визначенням.*

**Ключові слова:** принципи права, здійснення суб'єктивних цивільних прав, юридичні категорії, основоположні принципи.

Жодне розвинуте суспільство, писав С. А. Муромцев, не має повної єдності у поглядах на належне, але всі існуючі у суспільстві уявлення можуть бути реалізовані у чинному правовому порядку [1, с. 155]. Цю думку видатного вченого доцільно розвинути, стверджуючи, що у праві приватному неможливо реалізувати всі уявлення суспільства про належне за допомогою звичайних норм закону, які вимагають певної поведінки у конкретній ситуації.

Слід акцентувати увагу на двох важливих моментах, що забезпечують регулювання відносин у приватноправовій сфері:

1) дія принципу диспозитивності, що іманентний загальним засадам приватного права – автономія волі, вільне волевиявлення тощо;

2) прогалини у правовому регулюванні, зумовлені різноманітністю суспільних відносин, що належать до сфери регулювання приватного права.

Відтак важливе місце у механізмі правового регулювання посідають загальні принципи, або основні засади цивільного права.

Відносини, врегульовані цивільним правом, настільки різноманітні та багатогранні, що сам закон у багатьох випадках проголошує можливість відходу від його правил, укладення непойменованих договорів, вільний вибір способів здійснення права тощо. Проте у таких випадках закон не може залишити суспільні відносини без регулювання взагалі. Тому, наділяючи їх учасників безпрецедентною в порівнянні з будь-якою іншою галуззю права свободою, закон все ж повинен формувати загальні абстрактні правила, щоб свобода не перетворилась у безконтрольне свавілля. Такими орієнтирами, в першу чергу, виступають принципи права. Як відзначав Р. Давід, жодна законодавча система не може обійтися без таких коректив чи застережень; їх відсутність може привести до розбіжності між правом і справедливістю [2, с. 108].

Термін «принцип» походить від латинського слова «*principium*», тобто найбільш загальні, основні, вихідні положення, засоби, правила, які визначають природу та соціальну сутність явища, його спрямованість і найбільш істотні ознаки.

Принципи права ще за радянських часів були об'єктом багатьох досліджень, водночас єдиним та несуперечливим вченням про принципи цивільного права, але надало можливість вирішити численні локальні питання в межах цієї проблеми. До останніх слід віднести і питання про визначення поняття принципів права.

На думку С. С. Алексєєва, принципи права – це виражені в праві вихідні нормативно-керівні засади, які характеризують його зміст, основу, закріплені в ньому закономірності суспільного життя. Ці ідеї та керівні засади у концентрованому, стислому вигляді розкривають зміст права [3, с. 98].

Додатково О. О. Красавчиков акцентував увагу на тому, що ці керівні ідеї знаходять свій вираз і закріплення у нормах законодавства, є ідеологічним відображенням потреб суспільного розвитку, а у відповідності з ними здійснюється правове регулювання суспільних відносин [4, с. 27–28].

У будь-якому разі поняття «принцип» прийнятне лише до таких категорій, що можуть вважатись основоположними, оскільки принципом є узагальнений вираз сутності явища, що відображає об'єктивно існуючу реальність і закономірності в межах останнього [5, с. 6].

Такий підхід був сприйнятий і розвинутий сучасними вітчизняними дослідниками. Зокрема, С. Погребняк під принципами права розуміє систему найбільш загальних і стабільних імперативних вимог, закріплених у праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис і цінностей, що притаманні цій системі права, і визначають її характер та напрями подальшого розвитку [6, с. 22–23].

На вказане визначення принципів права посилаються у своїх дослідженнях і вчені-цивілісти, при цьому небезпідставно вказуючи на його складність та надмірну затеоретизованість [7, с. 34].

Узагальнюючи наведене, можна констатувати, що принципи права, з одного боку, у найбільш концентрованому вигляді виражають істотні риси права, будучи його квінтесенцією, «обличчям», певним «згустком» правової матерії, а з іншого – визначають загальну направленість, основні особливості й найбільш суттєві риси правового регулювання.

У процесі новітньої кодифікації цивільного законодавства у ЦК України було включено окрему ст. 3 «Загальні засади цивільного законодавства», в якій знайшли відображення найбільш характерні для приватноправової сфери основоположні засади [8, с. 49]. При цьому аналіз наукових праць

вітчизняних цивілістів дає підстави вважати синонімічними поняття «принципи» та «засади», а також розглядати закріплені у ст. 3 ЦК України основоположні засади в якості принципів права. Розробники проекту ЦК України усвідомлювали, що закон у сфері приватного права не здатний «самотужки» впоратись із регулюванням цивільних правовідносин та запропонували систему інших регуляторів, чільне місце серед яких займають принципи природного права.

Відомий цивіліст Ю. Х. Калмиков зазначав, що саме ці положення, перші статті кодексу, слід вважати правовими основами економічного обороту. Стрижньові ідеї та принципи, закріплені у них, пронизують усі без виключення норми цивільного законодавства. Відповідні приписи закріплюють вихідні положення, які мають основоположне значення не тільки для інших розділів кодексу, а й для всієї системи актів цивільного законодавства та правозастосовчої практики [9, с. 44–46].

Наведене надає можливість дійти висновку про те, що здійснення суб'єктивних цивільних прав знаходиться під впливом трьох рівнів принципів. На першому, найбільш загальному рівні, на відповідну поведінку суб'єктів впливають загальноправові принципи. Водночас, зважаючи на особливості різних галузей права, у межах останніх ці принципи можуть наповнюватись дещо різним змістом і мати особливості, тому свій вплив на суспільні відносини вони здійснюють не безпосередньо, а опосередковано, конкретизуючись в принципах кожної галузі права [10, с. 25], тобто через ті уявлення про відповідні категорії, які панують у доктрині відповідної галузі права.

Отже, на другому рівні знаходяться галузеві принципи, у даному випадку – це принципи цивільного права.

У зв'язку із цим безпосереднє відношення до предмета дослідження має проблема реалізації загальних засад цивільного законодавства при здійсненні цивільних прав і обов'язків, яка залишається однією з актуальних, проте малодосліджених наукою, хоча останнім часом інтерес цивілістів до цієї проблематики відновлюється.

На третьому рівні знаходяться спеціальні (інституційні) принципи здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Але враховуючи, що у ст. 3 ЦК України закріплено не всі основоположні засади відповідної галузі права (це ж саме можна сказати про підгалузі та інститути цивільного права), важливо розуміти, що відсутність норми, текстуально подібної до формулювання принципу, не означає невизнання цього принципу права.

На питанні про розмежування принципів та норм права зупинявся Р. Дворкін, який вказував, що різниця між ними є логічною. Принципи і норми свідчать про конкретні права та обов'язки за конкретних обставин, але відрізняються за характером наряду, що ними задається. Зокрема, принцип не передбачає вказівки на умови, в яких його застосування необхідне, він радше формулює підстави для міркування у певному напрямі та не диктує конкретного рішення [11, с. 48–50].

У цій частині доцільно зазначити, що за своєю суттю принципи права не вимагають свого точного текстуального закріплення у нормі права і не зводяться до останньої. Основним призначенням норми права є моделювання прав та обов'язків, а через них – і поведінки суб'єктів у конкретних випадках. Натомість для принципу питання прав та обов'язків суб'єкта є лише одним із завдань, призначень цієї ідеї. Більше того, принципи певної галузі (підгалузі, інституту) є ідейною основою всіх норм відповідної галузі, опосередковують весь зміст такої галузі, у якій не залишається норм, де не виражався б відповідний принцип. Тому варто погодитись із С. М. Братусем у тому, що основні принципи галузі права повинні бути виявлені в самих нормах, які складають у сукупності дану галузь; якщо ж принципи прямо не сформульовані, вони мають бути виведені із загального змісту норм. В останньому випадку у виявленні та формуванні принципів галузі права важливу роль відіграє практика та правова наука [12, с. 137].

З урахуванням наведеного та не обмежуючись ст. 3 ЦК України, слід відзначити широкий плюралізм думок вчених з питання про те, які саме засади та керівні ідеї необхідно відносити до принципів здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Наприклад, з точки зору В. П. Грибанова, який одним із перших серед цивілістів звернувся до аналізу цього правового явища, принципами здійснення суб'єктивних цивільних прав є законність, добросовісність, здійснення цивільних прав відповідно до їх призначення, реальне здійснення прав, товариська співпраця при здійсненні цивільних прав та обов'язків, економічність [13, с. 225–232].

Більш розгалужену систему принципів виділяє Є. В. Вавілін, за твердженням якого діють принцип гарантованого здійснення цивільних прав та виконання обов'язків; принцип ефективності; принцип поєднання приватних та суспільних інтересів; принцип безперешкодного здійснення цивільних прав; принцип рівності учасників цивільних правовідносин; принцип диспозитивності; принцип збереження прав у випадку відмови від цих прав; принцип неприпустимості зловживання правом; принцип розмірності цивільних прав та обов'язків [14, с. 209–296].

Таким чином, в доктрині цивільного права відсутня єдність з приводу системи принципів здійснення суб'єктивних прав. Більше того, вочевидь, у прагненні максимально детально проаналізувати

цю проблему в якості принципів науковці виділяють явища, які за своєю суттю навряд чи можуть вважатись такими засадами. У зв'язку із цим при побудові системи відповідних принципів для наукових та практичних цілей доцільно розглянути не всі, а лише такі основні засади (керівні ідеї), які або є спеціальними (інституційними) й притаманні лише здійсненню цивільних прав, або мають дійсно важливе значення для останнього, хоча є характерними й для інших інститутів чи підгалузей приватного права.

Серед аналізованих принципів особливе місце займає свобода здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Свого часу, Т. Гоббс загалом визначав природне право як таке через категорію свободи, яку кожна людина має, аби використовувати свою владу на власний розсуд задля збереження власної природи, себто власного життя, і, отже, це свобода робити все, що згідно з власною думкою і розумом людина вважатиме за найдоцільніший засіб для досягнення своєї мети [15, с. 155]. Ці погляди корелюються із римським розумінням свободи як природної можливості робити те, що кому завгодно, якщо тому не перешкоджає яка-небудь сила чи право.

Аналогічно І. Кант писав, що природжене право тільки одне єдине – свобода (незалежність сваволі іншого, яка примушує), наскільки вона є сумісною зі свободою кожного іншого, що відповідає всезагальному закону, і є цим єдиним первинним правом, притаманним кожній людині в силу її приналежності до людського роду [16, с. 147].

В теорії права свобода вважається ідеєю права, основним його поняттям, головним і найбільш істотним змістом права. До того ж особливо підкреслювалось, що право є охороною та гарантією лише мінімуму людської свободи [17, с. 98].

У сучасній науці права свобода розглядається як основна засада права загалом, яка лежить в основі інших принципів права та якою має бути пронизане все позитивне право. При цьому, за твердженням Ф. Хайека, свободу можна зберегти тільки якщо відноситись до неї як до вищого принципу, який неприпустимо приносити в жертву заради окремих вигод [18, с. 75].

В якості загального принципу права, свобода, безумовно, проявляється через категорії приватного права, навіть не змінюючи свою назву. Як зазначав Й. О. Покровський, праці якого продовжують істотно впливати на сучасну доктрину, цивільне право споконвічно і по самій своїй структурі було правом окремої людської особистості, сферою її свободи і самовизначення. Тут вперше зародилося уявлення про людину як суб'єкта прав, тобто уявлення про особистість як про щось юридично самостійне і незалежне навіть по відношенню до держави та її влади. Якщо за людиною визнано те чи інше суб'єктивне право, вона уже займає певну позицію щодо цих останніх, вона уже може чогось вимагати від них, вона уже певна вольова одиниця, а не безголоса особина у стаді [19, с. 307]. Аналогічно висловлювався і С. С. Алексєєв, який стверджував, що приватне право – це суверенна територія свободи на основі права, воно є носієм цивілізованої свободи, якщо завгодно, її споконвічною, першородною оселею, яка не має в низці сфер життя суспільства альтернативи [20, с. 351–360].

Що стосується нормативного закріплення, то у ст. 3 ЦК України принцип свободи безпосередньо не називається, хоча відзначений такий його прояв як свобода договору (п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК України), а також зазначається органічно пов'язаний принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини (п. 1 ч. 1 ст. 3 ЦК України). Тим не менш, цей принцип цілком може бути виведений з окремих норм цивільного кодексу, що загалом відповідає європейським традиціям приватного права та права англосаксонської сім'ї. Зокрема, в контексті здійснення суб'єктивних цивільних прав даний принцип може бути напряму виведений з положень ч. 1 ст. 12 ЦК України, відповідно до яких особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд.

Термін «свобода» загалом вдало відображає не тільки суворі юридичні, а й інтуїтивні уявлення про сферу приватного права в цілому і здійснення суб'єктивного цивільного права зокрема. Водночас слід визнати, що в окремих випадках, завдяки своєму міжгалузевому значенню, термін свобода може виявитись занадто широким, і тому доцільним вбачається його умовна конкретизація через, так би мовити, більш юридичну категорію.

В основі уявлень про свободу в цивільному праві лежить сама ідея цього права як права приватного і, зокрема, особливості його методу. Так, в науці є загально визнаним факт, що цивільне право побудоване на засадах юридичної рівності сторін і диспозитивності. За влучним висловом Н. С. Кузнецової, юридична рівність, вільне волевиявлення, диспозитивність є «генетичним кодом» цивільних відносин [21, с. 13]. Цей генетичний код, безумовно, чинить вплив і виявляється у сфері виникнення, зміни, здійснення та припинення суб'єктивних прав особи.

У цьому сенсі С. С. Алексєєв зауважував, що суб'єктивні права являють собою якраз той елемент правової системи, в якому виражається сама природа права як чинника, що визначає свободу правомірної поведінки. Вони закріплюють свободу, ініціативу та самостійність осіб – носіїв права. Уповноважений в рамках суб'єктивного права може вчиняти або не вчиняти дозволені дії, вчиняти їх у повному обсязі або частково, у порядку, найбільш зручному для нього [22, с. 115]. У свою чергу,

В. Ф. Яковлев слушно зазначав, що наділення правом включає в якості неодмінного компонента також і наділення диспозитивністю, оскільки право як міра можливої поведінки, на відміну від обов'язку, включає в себе альтернативу: уповноважена особа може і не скористатися цією мірою поведінки на власний розсуд. Сама по собі диспозитивність передбачає можливість суб'єктів цивільного права на свій розсуд набувати суб'єктивні цивільні права та обов'язки, визначати у відомих межах їх зміст, здійснювати їх та розпоряджатися ними [23, с. 85–86].

Якщо подібні характеристики застосовувалися у радянські часи за командно-адміністративного економічного укладу, то перехід до ринкових засад господарювання, рівно як і курс на правову державу та громадянське суспільство, мають надати ще більш яскравого прояву вказаним засадам у всіх сферах життя, врегульованих цивільним правом. Тому не дивно, що сучасні вітчизняні цивілісти також висловлюються на користь прояву диспозитивності під час здійснення суб'єктивних прав у можливості вчиняти відповідні дії на власний розсуд. Так, Н. С. Кузнецова наполягає, що в юридичних межах свободи, тобто в межах суб'єктивного права, кожен має можливість діяти на власний розсуд. Уповноважена особа виступає носієм свободи як по відношенню до своїх власних дій, так і щодо свободи від стороннього втручання [24, с. 255]. На думку В. Л. Яроцького, диспозитивність, перш за все, полягає у визначеній нормами цивільного права можливості уповноважених осіб діяти ініціативно, обираючи можливі варіанти їх правомірної поведінки, тобто самостійно визначати форми реалізації комплексу наданих їм правових можливостей [26, с. 117].

У цивілістичній літературі також зауважується, що характерними рисами диспозитивного уповноважуючого елемента цивільно-правового методу є, серед іншого, можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанта поведінки, що не суперечить засадам цивільного законодавства і нормам моралі. Учасники цивільних правовідносин самостійно обирають форми, способи, час та межі своєї юридичної та фактичної поведінки, не порушуючи права інших, сторонніх осіб. У цьому знаходить свій вияв загальна ідея, згідно з якою в галузі приватного права особа здійснює свої суб'єктивні права вільно, на власний розсуд.

З наведеним можна беззастережно погодитись, оскільки якщо суб'єктивне цивільне право є мірою свободи особи у відносинах з іншими, то вчинення дій на реалізацію цього права з необхідністю також має характеризуватись як вільне. Інакше визначення права через свободу буде лише декларацією. В свою чергу, свободу дій особи у самому загальному наближенні можна розуміти як гарантовану можливість обирати між декількома варіантами поведінки, тобто діяти на власний розсуд (або ж навіть не діяти взагалі, що також є проявом власного розсуду суб'єкта).

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. М.: Типография А. И. Мамонтова и Ко, 1879. С. 155.
2. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; пер. с фр. В. А. Гуманова. М.: Международные отношения, 2003. С. 108.
3. Басай О. В. Принципи цивільного права в давньому Римі. Актуальні проблеми держави і права. 2011. Вип. 59. С. 172.
4. Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. Т. I. М.: Юридическая литература, 1981. С. 98.
5. Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса. Вопросы теории и практики. М.: Юридическая литература, 1971. С. 6.
6. Погребняк С. Втілення принципів права в юридичних актах. Вісник Академії правових наук України. 2006. № 2 (45). С. 22–23.
7. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і доп. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 34.
8. Кузнецова Н. С. Совершенствование механизма правового регулирования гражданских правоотношений. Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Київ, 10 листопада 2011 року. К.: Алерта, 2012. С. 49.
9. Калмыков Ю. Х. О значении общих положений гражданского законодательства. Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сборник памяти С. А. Хохлова / отв. ред. А. Л. Маковский; Исследовательский центр частного права. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1998. С. 44–46.
10. Зайчук О. В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 25.
11. Дворкин Р. О правах всерьез. Пер. с англ.; ред. Л. Б. Макеева. М.: РОССПЭН, 2004. С. 48–50.
12. Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. С. 137.
13. Грибанов В. П. Принципы осуществления гражданских прав. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. С. 225–232.

14. Вавилин Е. В. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 209–296.
15. Гоббс Т. Левіафан. Пер. з англ. К.: Дух і Літера, 2000. С. 155.
16. Кант И. Метафизика нравов в двух частях. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. [под общ. ред. В. Ф. Асмуса, А. В. Гулыги, Т. И. Ойзермана]. М.: «Мысль», 1965. С. 147.
17. Бердяев Н. А. Философия неравенства. Сост. и отв. ред. О. А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2012. С. 98.
18. Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. Пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2006. С. 75.
19. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 4-е, испр. М.: Статут, 2003. С. 307.
20. Алексеев С. С. Частное право: научно-публицистический очерк. Собрание сочинений. В 10-и т. Справочный том. Т. 7: Философия права и теория права. М.: Статут, 2010. С. 351–360.
21. Кузнецова Н. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України. Право України. 2009. № 8. С. 13.
22. Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. М.: Юридическая литература, 1982. С. 115.
23. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений: учебное пособие. Свердловск: Издательство Свердловского юридического института, 1972. С. 85–86.
24. Кузнецова Н. С. Развитие гражданского общества и современное частное право Украины. Вибрані праці. К.: Юридична практика, 2014. С. 255.
25. Яроцький В. Самоорганізаційні засади функціонування сфери цивільно-правового регулювання як різновиду соціальних управлінських систем. Вісник Академії правових наук України. 2007. № 4 (51). С. 117.

#### **Kot O. Principles of the exercise of subjective civil rights**

*This article analyzes the issues relating to the definition of the principles of law and the role of scientific approach to their origin. To conduct this analysis the author used both reputable domestic sources and the former Soviet Union sources and works on civil law of foreign civil law scholars. The main attention is paid to the problems associated in particular with the general principles of civil law. When analyzing the author found that the term "principles of law" has been the subject of numerous studies. In the study author paid special attention to the definition of above-mentioned term on the legislative level, including analyzes of articles of the Civil Code of Ukraine. A parallel was drawn in the determination of the term "civil law principles" between the doctrinal and legislative definition. Moreover, it was pointed that the form in which the idea of principle is expressed does not play a crucial role in enshrining fundamental principles, in particular, in the civil legislation. In the end the author concluded the main common characteristics of all the definitions given in the article. During the research the author stated that the definition of the principles of law is a complex and theorized category of law.*

*The main idea in defining the term "principles of law" is that in all analyzed approaches the author distinguished common understanding principles as basics that open the meaning of law, its existence itself. The systematization of principles as imperative postulates enshrined in law is generally acknowledged.*

**Keywords:** principles of law, exercise of subjective civil rights, law categories, fundamental principles.

### **ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ МЕТОДОЛОГІЇ ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО СПОРУ СУДОМ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.8>

**Майданик Н. Р.,**

*кандидат. юридичних наук, докторант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено загальній характеристиці юридичної методології вирішення цивільного спору судом. Сформовано та досліджено поняття, об'єкт та особливості юридичної методології вирішення цивільного спору судом.*

**Ключові слова:** суд, юридична методологія, цивільний спір, правовий конфлікт, захист прав.

Сучасним законодавством, доктриною права і правозастосовною практикою не сформовано чіткого розуміння поняття, предмета, механізмів (форм, інструментів) і системи юридичної методології вирішення цивільного спору судом. Сучасне розуміння юридичної методології не відповідає її дійсному

призначенню і переважно ототожнюється з методами юридичного дослідження. У дисертаціях з юридичних наук використання юридичної методології, в тому числі й вирішення цивільного спору, переважно обмежується зазначенням на перелік використаних автором методів дослідження.

На сьогодні відсутні комплексні наукові дослідження з питань методології вирішення цивільного спору судом. В монографічних дослідженнях, наукових статтях, методичній літературі розглядаються лише окремі аспекти загальної методології вирішення спорів, зазвичай без урахування особливостей методології вирішення цивільного спору судом.

*Метою* статті є виявлення тенденцій юридичної методології вирішення спору судом, дослідження загальних положень та особливостей юридичної методології вирішення цивільного спору судом.

**1. Тенденції методології вирішення цивільного спору судом в Україні.** Сучасне цивільне судочинство в Україні дедалі більшою мірою характеризує тенденція до зміни юридичної методології вирішення цивільних спорів судом за рахунок поступового відходу від класичного нормативізму закону і впровадження елементів розуміння права ліберального типу. Зазначена тенденція полягає, перш за все, в зміні підходів до розуміння та пошуку [цивільного/приватного] права, застосуванні і тлумаченні принципів і норм права (самостійного чи у взаємозв'язку з конкретними нормами права), яке має відображати конкретно всі соціально значущі відносини (норми права, економіки, моралі тощо) на момент застосування права. Ускладнення набору правових механізмів пошуку і застосування права на засадах верховенства права і правової визначеності зумовлює необхідність формування адекватної ліберальному розумінню права юридичної техніки вирішення цивільного спору, що передбачає визначення загального алгоритму вирішення цивільного спору та особливостей кожного з його етапів. За таких умов серед напрямів цивілістичних досліджень у сфері вирішення цивільних спорів пріоритетності набувають саме питання юридичної методології, а не [лише] коментування норм закону, оскільки застосуванням класичних методів тлумачення, без оволодіння сучасними концепціями права ліберального типу (доктрина «добудови» права, використання економічних методів тлумачення права тощо), досить часто просто неможливо аргументовано і виважено вирішити спір на засадах верховенства права.

**2. Поняття юридичної методології вирішення цивільного спору судом.** Розвиток в Україні права ліберального типу зумовлює необхідність розробки юридичної методології вирішення цивільного спору судом, яка заснована на використанні знань юридичної науки і ключових галузей (сфер) права, містить правила вирішення юридичного спору судом з використанням стилів судових та експертних висновків. Загалом юридична методологія є частиною правознавства, яка розглядає закономірності, методи та інструменти пізнання правових явищ [1]. Зважаючи на багатозначність поняття юридичної методології, в аспекті методологічної технології юридична методологія вирішення цивільного спору передбачає визначення концепцій, моделей, підходів, юридичного інструментарію у зв'язку з вирішенням конкретного цивільного спору. Концепції, моделі, підходи прийоми і способи юридичної методології вирішення цивільного спору залежать від моделі суду загальної юрисдикції та їх належності до певної правової сім'ї. У рішеннях судів англо-американської правової сім'ї та американської моделі судових органів правова методологія вирішення правового спору буде будуватися за концепцією природного права, на основі верховенства права, моральних норм, правового звичаю і використання судового прецеденту. А для судових органів країн романо-германської правової сім'ї і континентальної (європейської, австрійської) моделі юридична аргументація буде будуватися на позитивістській концепції, що не виключає можливості використання окремих елементів американської моделі [2].

З огляду на це, предметом юридичної методології вирішення цивільного спору судом є закономірності, методи та інструменти вирішення цивільного спору, які відображають визнану національною правовою системою модель розуміння права.

Юридична методологія вирішення цивільного спору судом, яка має своїм предметом юридичні методи та інструменти, що застосовуються під час вирішення цивільного спору, поширюється на сферу юридичної техніки вирішення цивільного спору, предмет якої становить певна послідовність розгляду судом як правових методів, понять і категорій, так і їх застосування в певній послідовності.

У зв'язку з цим юридичну техніку вирішення цивільного спору доцільно розглядати складовою юридичної методології вирішення цивільного спору судом.

**3. Цивільний спір як об'єкт юридичної методології вирішення спору судом.** Об'єктом юридичної методології вирішення цивільного спору судом є категорія цивільного спору.

У власному розумінні цивільний спір є правовим конфліктом щодо захисту, невизнання та/або оспорення цивільних прав та інтересів, що виник з цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, вирішення якого віднесено до судів цивільної юрисдикції. Цивільний спір як наукова модель є правовим конфліктом з приводу захисту, невизнання та/або оспорення належних приватній особі суб'єктивних цивільних прав та інтересів, який може бути вирішено компетентним юрисдикційним органом (державним або третейським судом тощо) або мирним шляхом самими



учасниками (без звернення до юрисдикційного органу) відповідно до нормативних і методологічних правил, які визнано застосовуваним правом, доктриною права і правозастосовною практикою.

Завданням суду цивільної юрисдикції є вирішення цивільного спору під час розгляду справи. Методологічно вирішення цивільного спору передбачає виявлення, оцінку та співмірювання («виваження») юридичної «ваги» протилежних інтересів учасників спору (наприклад, права власності позивача і права оренди відповідача на предмет спору тощо) за допомогою визнаних правом юридичних механізмів співмірювання (зважування) цінностей із дотриманням правил конкуренції та балансування інтересів [3].

До таких правових механізмів співмірювання цінностей і балансування інтересів може бути віднесено, зокрема, концепцію добросовісності набуття майна, межі здійснення цивільних прав і неприпустимість зловживання цивільними правами, принцип пропорційності в праві [між суб'єктивним правом та його обмеженнями], обмеження сум штрафних санкцій з урахуванням обставин справи (суми боргу, фінансового стану боржника тощо).

Визначальна ознака цивільного спору зумовлена його предметом, яким є вимога позивача (заявника) як суб'єкта приватного права щодо відновлення або компенсації порушеного суб'єктивного цивільного, іншого приватного права чи законного [правового] інтересу. Особливість предмета цивільного спору дає можливість проводити їх відмежування від адміністративних, інших публічно-правових спорів. Методологічно правова кваліфікація спору як цивільного спору передбачає проведення перевірки щодо того, відносини між сторонами є приватноправовими або публічно-правовими залежно від властивого їм предмета спору, а саме, правових вимог як суб'єкта приватного права чи суб'єкта владних повноважень. Саме такого підходу дотримується судова практика в Україні, яка фактично передбачає проведення суддею певної послідовності дій з метою перевірки спірних відносин як приватноправових чи публічно-правових залежно від характеру правової вимоги, яка передбачена відповідним позовом.

Так, якщо позов про знесення самочинно збудованого нерухомого майна заявлений інспекцією державного архітектурно-будівельного контролю – суб'єктом владних повноважень на виконання владних управлінських функцій зі здійснення архітектурно-будівельного контролю у зв'язку з порушенням забудовником вимог законодавства з питань будівництва (ч. 7 ст. 376 ЦК України), судам необхідно перевіряти, чи не є відносини між сторонами публічно-правовими та чи підлягає зазначений спір вирішенню в порядку цивільного судочинства (постанова Судових палат у цивільних та адміністративних справах Верховного Суду України від 17 вересня 2014 року у справі № 6–137цс14) [4].

Отже, кваліфікація зазначених вище відносин на предмет того, чи є відносини між сторонами публічно-правовими чи приватноправовими передбачає проведення правової оцінки предмета та суб'єктного складу зазначених відносин відповідно до положень ЦПК України, ГПК України та КАСУ. Так, якщо предметом спору є заявлена інспекцією державного архітектурно-будівельного контролю вимога як суб'єкта владних повноважень на виконання владних управлінських функцій зі здійснення архітектурно-будівельного контролю, зазначений спір підлягає вирішенню в порядку адміністративного судочинства, а не в порядку цивільного судочинства [5].

Цивільний спір може бути реальним (розглядається юрисдикційним органом або самими сторонами спору) або уявним/учбовим (вирішується студентами-юристами або слухачами Національної школи суддів тощо). Залежно від стилю цивільний спір може бути вирішено в судовому або експертному стилі. Стиль вирішення спору встановлюється через аналіз сформульованого запитання. Експертний стиль передбачає логічний зв'язок: «Якщо – потім/тоді», а судовий стиль: «Це так – тому що». Судовий стиль зазвичай використовується при підготовці рішення суду. Експертний стиль характерний для позовів, правових висновків, інших документів правового характеру учасників спору.

Поділ на судовий та експертний стилі вирішення цивільного спору методологічно покликаний забезпечити логічно узгоджені та уніфіковані правила всебічного дослідження питань факту і права з метою дотримання балансу інтересів сторін та вирішення цивільного спору судом на засадах верховенства права, справедливості, добросовісності і розумності.

**4. Юридична методологія вирішення цивільного спору судом як методологічна засада допуску до юридичної професії.** Юридична методологія вирішення цивільного спору судом визначає методологічні засади допуску до юридичної професії, що знайшло відображення у формах і змісті завдань, які мають виконувати майбутні юристи та дипломовані юристи під час державного та кваліфікаційного іспитів.

Основу державного іспиту студентів-юристів і юристів, які здають кваліфікаційний іспит для доступу до професії практикуючого юриста (передусім, на посади судді, прокурора, адвоката), становлять письмові завдання, які полягають у виконанні під наглядом письмових контрольних робіт зі складання висновку з правових питань в експертному та/або судовому стилях відповідно.



Суб'єктів застосування права (претендентів на посади практикуючих юристів, студентів юридичних факультетів університетів) на ранній стадії навчання необхідно спрямовувати на оволодіння засадами юридичної техніки, яка ґрунтується на використанні знань юридичної науки і ключових галузей (сфер) права. Техніка виконання письмових завдань повинна сприяти формуванню когнітивного рівня практикуючих юристів і студентів, необхідного для отримання/покращення знань, розуміння, застосування, критичного мислення і вирішення питання права.

Особливий акцент при цьому має спрямовуватися на підготовку до екзаменів, основу яких становить виконання письмового вирішення правового спору (письмових контрольних робіт). Навчання (в юридичному факультеті університету, вищій школі суддів України тощо) також повинно передбачати виконання домашніх (позааудиторних) завдань, що передбачають перевірку та оцінювання вирішення правового спору з використанням стилів судових та експертних висновків.

Вирішення конкретних правових проблем відповідно до наданої сукупності фактів і норм права є головним завданням як практикуючих юристів, так і студентів юридичних факультетів університетів. Воно потребує знань юридичного матеріалу, а також навичок формального мислення, а саме, оволодіння мистецтвом техніки вирішення юридичних завдань і спорів [6].

Таким чином, проведена характеристика загальної юридичної методології, з урахуванням особливостей юридичної методології вирішення цивільного спору, дає підстави для таких висновків:

1. В аспекті методологічної технології юридична методологія вирішення цивільного спору судом передбачає визначення концепцій, моделей, підходів, юридичного інструментарію у зв'язку з вирішенням конкретного цивільного спору.

2. Предметом юридичної методології вирішення цивільного спору судом є закономірності, методи та інструменти вирішення цивільного спору, які відображають визнану національною правовою системою модель розуміння права.

3. Юридична методологія вирішення цивільного спору судом, яка має своїм предметом юридичні методи та інструменти, що застосовуються під час вирішення правового спору, поширюється на сферу юридичної техніки вирішення цивільного спору, предмет якої становить певна послідовність розгляду судом як правових методів, понять і категорій, так і їх застосування в певній послідовності. У зв'язку з цим юридичну техніку вирішення цивільного спору доцільно розглядати складовою юридичної методології вирішення цивільного спору судом.

4. Об'єктом юридичної методології вирішення цивільного спору судом є категорія цивільного спору, під яким у власному значенні розуміється правовий конфлікт щодо захисту, невизнання та/або оспорення цивільних прав та інтересів, що виник з цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, вирішення якого віднесено до судів цивільної юрисдикції.

5. Цивільний спір як наукова модель є правовим конфліктом з приводу захисту, невизнання та/або оспорення належних приватній особі суб'єктивних цивільних прав та інтересів, який може бути вирішено компетентним юрисдикційним органом (державним або третейським судом тощо) або мирним шляхом самими учасниками (без звернення до юрисдикційного органу) відповідно до нормативних і методологічних правил, які визнано застосовуваним правом, доктриною права і правозастосовною практикою.

6. Методологічно вирішення цивільного спору судом передбачає виявлення, оцінку та співмірювання («виваження») юридичної «ваги» протилежних інтересів учасників спору (наприклад, права власності позивача і права оренди відповідача на предмет спору тощо) за допомогою визнаних правом юридичних механізмів співмірювання (зважування) цінностей із дотриманням правил конкуренції та балансування інтересів.

7. Визначальна ознака цивільного спору зумовлена його предметом, яким є вимога позивача (заявника) як суб'єкта приватного права щодо відновлення або компенсації порушеного суб'єктивного цивільного, іншого приватного права чи законного [правового] інтересу. Особливість предмета цивільного спору дає можливість проводити їх відмежування від адміністративних, інших публічно-правових спорів.

8. Методологічно правова кваліфікація спору як цивільного спору передбачає проведення перевірки щодо того, відносини між сторонами є приватноправовими або публічно-правовими залежно від властивого їм предмета спору, а саме, правових вимог як суб'єкта приватного права чи суб'єкта владних повноважень.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Методологія в праві: [І. Безклубий, І. Гриценко, М. Козюбра та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. К.: Грамота, 2017. С. 78–79.

2. Савенко М. Д. Методологія юридичної аргументації у рішеннях конституційної юстиції. Наукові записки. Т. 144–145. Юридичні науки. С. 13. URL: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/2999/Savenko\\_metodolohiia\\_yurydychnoi\\_arhumentatsii.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/2999/Savenko_metodolohiia_yurydychnoi_arhumentatsii.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (дата звернення: 11.01.2019).

3. Майданик Р. А. *Методологія приватного права України в умовах європеїзації: застосування і тлумачення права, техніка вирішення спору // Принципи і тенденції застосування приватного права ЄС і пострадянських країн. Матеріали VII Міжнародного цивілістичного форуму, Київ, 11–12 травня 2017 року.* К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2018. С. 23–24.

4. *Постанова Судових палат у цивільних та адміністративних справах Верховного Суду України від 17 вересня 2014 р. у справі № 6–137цс14 // Вісник Верховного Суду України. 2015. № 3 (175). С. 11.*

5. Майданик Р. А. *Речове право: підручник.* К., 2019. С. 420–421.

6. Біла книга з реформування української юридичної освіти (за матеріалами міжнародної науково-практичної конференції «Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід») / Київ, 21 і 22 листопада 2014; Федеральне міністерство освіти і науки Федеративної Республіки Німеччина; Університет імені Георга Августа м. Геттінгена, юридичний факультет; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет; Центр німецького права; Німецько-український правознавчий діалог / Упорядник Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ: Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка»; Панов, 2015. С. 140, 142, 244.

**Maidanyk N. General provisions of Legal methodology for solving civil dispute by the court**

*The article is devoted to the general characteristic of the legal methodology of the decision of a civil dispute by a court. In the article the concept, object and features of the legal methodology of the decision of a civil dispute by the court are formed and investigated.*

**Keywords:** court, legal methodology, civil dispute, legal conflict, protection of rights.

**ВИЗНАЧЕННЯ ЗАСАД ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КІНЦЕВОГО БЕНЕФІЦІАРА (КОНТРОЛЕРА) КОРПОРАЦІЇ ЧЕРЕЗ ДОКТРИНУ ПІДНЯТТЯ КОРПОРАТИВНОЇ ВУАЛІ: ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД ТА ПЕРСПЕКТИВИ В УКРАЇНІ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.9>

**Махінчук В. М.,**

*доктор юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України*

*У статті висвітлюються актуальні проблеми запровадження в Україні доктрини зняття корпоративної вуалі. Розглядаються загальні аспекти застосування останньої в країнах англосаксонської системи права, романо-германської на прикладі Голландії та Німеччини та аналізується практика Європейського суду з прав людини, в рішеннях якого також йдеться про деякі аспекти зазначеної доктрини.*

**Ключові слова:** корпоративна вуаль, доктрина зняття корпоративної вуалі, правосуб'єктність компанії, неналежні цілі контролера (кінцевого бенефіціара).

На сьогодні в Україні, як і в усьому світі, спостерігається подальша боротьба між двома юридичними (навіть, можливо, світоглядними) концепціями, які панують у цивілістиці стосовно можливої відповідальності осіб, які є кінцевими бенефіціарами корпорацій (при цьому будучи де-факто їхніми контролерами), за шкоду, завдану неправомірними діями кредиторам, з одного боку, і можливістю захищати власні права, використовуючи категорію «кінцевого бенефіціара» у процедурі банкрутства і ліквідації корпорації – з іншого.

Практика судів англосаксонської системи (США, Велика Британія, Австралія тощо) вже напрацювала серйозний доробок справ, які ґрунтуються на доктрині «piercing the corporate veil», що крок за кроком формують базові підходи до визначення принципових положень доктрини зняття корпоративної вуалі (далі – доктрина).

Романо-германська система права (Німеччина, Голландія, Бельгія тощо) не знає доктрини зняття корпоративної вуалі, проте практика притягнення до відповідальності кінцевих бенефіціарів (учасників товариства та/або контролерів) здійснюється за допомогою теорій «кваліфікованої групи де-факто» та «руйнівного втручання», які фактично є різновидами деліктної відповідальності. Застосування останньої ґрунтується на положенні про те, що особа, яка контролює корпорацію, несе обов'язок стосовно

необхідності врахування інтересів кредиторів цієї корпорації<sup>1</sup>. Фактично у цьому випадку йдеться про деліктні зобов'язання кінцевого бенефіціара.

Наразі на пострадянському просторі спостерігається практика спроб використання доктрини не в інтересах кінцевого бенефіціара з метою захисту його прав та інтересів (справи про банкрутство, ліквідаційні процедури), а з протилежною метою – притягнення кінцевого бенефіціара (контролера) до відповідальності за шкоду (борги), заподіяну підконтрольною саме йому відповідною компанією. Йдеться про так зване позбавлення юридичної особи (компанії) окремої правосуб'єктності або, іншими словами, про практику використання «зворотного підняття корпоративної вуалі» не в інтересах кінцевого бенефіціара.

Зокрема, в Україні ця тенденція кореспондується із правотворчою практикою, спрямованою на можливість притягнення кінцевого бенефіціара до відповідальності за неналежну (неправомірну) поведінку останнього, в дія якого простежується правопорушення, яке маскується за допомогою відповідної корпоративної форми (фасаду). Так, з метою зменшення рівня корупції в Україні, а також запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодонабувачів юридичних осіб та громадських діячів» (далі – Закон). Закон набув чинності 25 листопада 2014 року. Згідно з цим Законом всі юридичні особи, зареєстровані на території України, зобов'язані надати інформацію про кінцевих вигодонабувачів.

У пояснювальній записці до законопроекту зазначалося, що метою його прийняття є зменшення рівня корупції в країні, а також запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. Відповідно, поява терміна «кінцевий вигодонабувач» пов'язана саме з можливістю в кінцевому результаті вчиняти певні протиправні дії за допомогою корпоративних структур.

У свою чергу, незалежно розвивалося і європейське законодавство, яке наразі є базою для рішень Європейського суду з прав людини і застосування в Україні. Так, Конвенція про захист прав людини і основних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) була підписана в Римі 4 листопада 1950 року. Від імені України Конвенція була підписана 9 листопада 1995 р. і ратифікована Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. Згідно з п. 3 ст. 59 Конвенції для тих держав, які підписали цю Конвенцію і ратифікують її після набрання чинності, Конвенція набирає чинності з дня здавання на зберігання Генеральному секретарю Ради Європи ратифікаційної грамоти. У рішенні Європейського суду від 25 липня 2002 р. по справі «Совтрансавто Холдинг» проти України зазначено, що датою набуття Конвенцією законної сили щодо України є 11 вересня 1997 року.

У подальшому для найбільш ефективного і повного виконання рішень Європейського суду з прав людини у відповідних справах та усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї 23.02.2006 р. був прийнятий Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (набрав чинності 30.03.2006 року). Статтею 17 цього Закону встановлено, що національні суди при розгляді справ застосовують Конвенцію **та практику Суду як джерело права**. Набуття чинності ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» викликало бурхливу полеміку серед вітчизняних юристів-практиків і вчених. Єдиної думки з цього питання, як і слід було очікувати, не знайдено<sup>2</sup>.

У постанові Верховного Суду України від 13.04.2016 р. у справі № 908/4804/14 зазначається, що з огляду на приписи ч. 1 ст. 9 Конституції України, ст. 17 Закону України від 23.02.2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» Конвенція застосовується судами України як частина національного законодавства, а практика ЄСПЛ, через рішення якого відбувається практичне застосування Конвенції, застосовується судами як джерело права.

Практика ЄСПЛ у справах, де фігурує доктрина зняття корпоративної вуалі, зводиться до рішень у справах, де Суд частково згадував про цю доктрину і застосовував фрагментарно деякі положення з неї.

Так, у справі *Pine Valley Developments LTD and others v. Ireland* суд, розглядаючи справу за заявами *Pine Valley Developments Ltd*, *Healy Holdings Ltd* та пана Даниїла Геали [Daniel Healy], встановив, що перша із цих компаній повністю належить другій, а пан Даниїл Геали [Daniel Healy] є управляючим директором *Healy Holdings Ltd* та її єдиним бенефіціарним власником (п. 8 зазначеного рішення). Відтак, відкидаючи заперечення уряду про неможливість визнання пана Даниїла Геали [Daniel Healy] жертвою порушення Конвенції у цій справі, Суд зазначив, що заяви *Pine Valley Developments Ltd* та *Healy Holdings Ltd* є не більш ніж простим механізмом, через які пан Геали здійснював свою діяльність, а тому визнав усіх трьох заявників «жертвами» у розумінні Конвенції.

<sup>1</sup> Биканов Д. Д. Снятие корпоративной вуали по праву США, Нидерландов и России. URL: <https://igzakon.ru/magazine/article-pdf/?id=5405> (дата звернення: 12.02.2019).

<sup>2</sup> Сабодаш Р. Б. «Проникнення під корпоративну вуаль» у практиці Європейського суду з прав людини. URL: <https://www.academia.edu/34795688> (дата звернення: 12.02.2019).

Продовжуючи застосовувати теорію «проникнення під корпоративну вуаль», Суд у рішенні по справі «Губієв проти Російської Федерації» від 19 липня 2011 р. (скарга № 29309/03) встановив, що єдиний власник компанії може вимагати визнання його «жертвою» у значенні ст. 34 Конвенції тією мірою, в якій це стосується оспорюваних дій, скоєних стосовно його компанії, оскільки у справі, де фігурує єдиний власник, відсутній ризик розбіжності у думках між акціонерами або між акціонерами і радою директорів з питання про порушення охоронюваних Конвенцією прав. За таких обставин Європейський суд вважає, що заявник (засновник юридичної особи) може стверджувати, що є «жертвою» порушення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, на яке він посилався, і що заперечення влади Російської Федерації підлягає відхиленню.

При цьому звертається увага на те, що основні принципи ЄСПЛ стосовно застосування доктрини «проникнення під корпоративну вуаль» де-факто були сформовані у рішенні по справі «Агротексім та інші проти Греції» (*AgroteximandOthers v. Greece*) від 24 жовтня 1995 р.,<sup>1</sup> в якому суд підтримав раніше встановлену Міжнародним судом справедливості ООН у рішенні по справі *BarcelonaTraction, LightandPowerCompanyLimited* від 5 лютого 1970 р.<sup>2</sup> позицію, відповідно до якої «... проникнення під «корпоративну вуаль» або нехтування правосуб'єктністю юридичної особи може бути виправданим тільки у виняткових випадках, наприклад, коли точно встановлено, що компанія не може звернутися до конвенційних установ через органи, створені згідно з її статутом, або, у випадку ліквідації, через її ліквідаторів...» (п. 66 рішення по справі Агротексім).

Тобто суд встановив, що визнання власника компанії «жертвою» у значенні ст. 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>3</sup> та протоколів до неї 23 лютого 2006 р. (далі – Конвенція) та застосування «проникнення під корпоративну вуаль» можливе лише за таких умов: (і) абсолютна неможливість юридичної особи самостійно захистити свої права та інтереси, яка має місце лише у разі її припинення; (ii) використання акціонерами усіх можливих механізмів для ініціювання перед ліквідаторами необхідності вчинення певних дій, а у разі невчинення останніми таких дій, вжиття акціонерами усіх заходів до усунення ліквідаторів (п. 70–71 рішення по справі Агротексім). У своїх подальших рішеннях ЄСПЛ також наголосив на необхідності доведення відсутності ризику розбіжності у думках між акціонерами або між акціонерами і радою директорів з питання про порушення охоронюваних Конвенцією прав.<sup>4</sup>

Таким чином, наріжне значення для Європейського суду з прав людини має відсутність розбіжностей у думках юридичної особи та її керівництва з думкою акціонерів (учасників), що може бути досягнуто лише у випадку, коли у акціонера (учасника) встановлено повний контроль над юридичною особою. І тільки в цьому випадку така юридична особа та її акціонер (засновник або учасник) розглядаються як єдине ціле.

Так, прослідковується тенденція, відповідно до якої критерій контролю за діяльністю компанії тісно пов'язаний з доктриною «зняття корпоративної вуалі», основний концепт якої, як зазначалося вище, зводиться до можливості покладення відповідальності на контролюючих компанію осіб. Вбачається, що для того, щоб зняти корпоративну вуаль, спочатку суду слід встановити і підтвердити ступінь контролю саме фактичного, а не потенційного контролю фізичної особи над компанією 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.

Заслуговує на увагу доволі поширена позиція, відповідно до якої особа не наділена контролем над комерційною організацією виключно тому, що є лише директором, головним управляючим або вигодонабувачем організації.

У 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, а відтак і не є підставою для застосування доктрини.

<sup>1</sup> *Agroteximandother v. Greece* 14807/89, (1996) EHRR 250, [1995] ECHR 42. URL: <http://echr.ketse.com/doc/14807.89-en-19951024/view> (дата звернення: 12.02.2019).

<sup>2</sup> Case concerning the *Barcelona Traction, LightandPowerCompany,Limited* (Belgium v. Spain).: Institution of proceedings and initial pleadings. / Justice I. C. o.: International Court of Justice, 1970. Т. 1.

<sup>3</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: міжнародний документ від 04.11.1950 р. // Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 12.02.2019).

<sup>4</sup> Постановление по делу Губиев против России (жалоба № 29309/03) от 19 июля 2011 г. (вступило в силу 8 марта 2012 г.) URL: <https://sledcom.ru/upload/site1/iblock/0ac/0acfe6f02035e0790926b581a24cd15b.pdf> (дата звернення: 12.02.2019).

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

На сьогодні законодавство багатьох зарубіжних країн, в тому числі і українське, як зазначається вище, норми Закону для позначення контролюючої особи використовує термін «вигодонабувач» та «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 компанії та є своєрідним контролем за діяльністю компанії.

Вказаний підхід вимагає враховувати різноманітність критеріїв у визначенні контролюючих компанію осіб в межах доктрини «зняття корпоративної вуалі». Взвзявши за основу визначення особи кінцевого бенефіціарного власника, у Законі України «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 здійснюватися 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 вище очевидність необхідності саме факту зловживання контролюючою особою своїми правами. Саме встановлення цього факту, як буде показано далі, є найбільш складним питанням, що поєднується із процесуальним питанням відповідного провадження, в межах якого необхідно його встановити.

Вочевидь, що саме процесуальні моменти доктрини зняття корпоративної вуалі відіграють вкрай важливе, якщо не саме важливе значення у доктрині зняття корпоративної вуалі. Це цілком очевидно з огляду на природу і суть корпоративних конфліктів, в яких є потреба застосувати (спробувати застосувати) доктрину зняття корпоративної вуалі. Як правило, позивач виступає «слабкою стороною» внутрішньокорпоративних відносин і позбавлений можливості отримати доступ до внутрішньокорпоративного діловодства та/або практики прийняття та виконання рішень (вказівок), які доволі частот можуть взагалі надаватися в усній формі. У такій ситуації позивач просто позбавлений можливості отримати доступ до необхідних доказів по справі.

В англосаксонській системі вищезазначена проблема багато в чому вирішується за допомогою спеціального процесуального інституту розкриття та надання доказів, який займає левову частку у процесі доказування в межах доктрини зняття корпоративної вуалі<sup>1</sup>. Більшість положень зазначеного інституту зводиться до закріплення презумпції причинно-наслідкового зв'язку між протиправними діями контролюючої особи (бенефіціара) та нанесеною шкодою кредиторам юридичної особи (корпорації).

Без запровадження такого інституту у процесуальному законодавстві (в тому числі і в Україні), зміст якого мав би звестися до перекладення обов'язку відсутності причинно-наслідкового зв'язку на відповідача (кінцевого бенефіціара), реалізувати доктрину зняття корпоративної вуалі видається вкрай складним, якщо взагалі досяжним, завданням.

На сьогодні необхідно вкотре зазначити, що відповідно до ст. 96 ЦК України «Відповідальність юридичних осіб» панує доктрина обмеженої відповідальності юридичної особи<sup>2</sup>, суть якої зводиться до таких загальновідомих положень: 1) юридична особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями; 2) юридична особа відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном; 3) учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, встановлених установчими документами та законом.

<sup>1</sup> Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособие/ под ред. А. Г. Давтян. М.: 2009. С. 273–299.

<sup>2</sup> Махінчук В. М. Зняття корпоративної вуалі. Івано-Франківськ. Фоліант: 2017. С. 8.

З огляду на питання, яке розглядається у статті, слід нагадати, що в Україні законом встановлено такі випадки, коли засновник юридичної особи може нести відповідальність своїм майном за зобов'язаннями юридичної особи:

– якщо підприємство-боржник створене у формі повного товариства, учасники такого товариства солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за зобов'язаннями повного товариства усім майном, що їм належить;

– якщо підприємство-боржник створене у формі командитного товариства, в якому є один чи кілька учасників (вкладників), які несуть ризик збитків, пов'язаних із діяльністю товариства, у межах сум зроблених ними вкладів та є учасниками, які солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за зобов'язаннями товариства усім своїм майном (повними учасниками),

– якщо підприємство-боржник створене у формі товариства з додатковою відповідальністю, учасники якого солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за його зобов'язаннями своїм майном у розмірі, який встановлюється статутом товариства і є однаково кратним для всіх учасників до вартості внесеного кожним учасником вкладу,

– засновники акціонерного товариства можуть нести солідарну відповідальність за пов'язаними з його заснуванням зобов'язаннями, що виникли до державної реєстрації акціонерного товариства.

Також існують такі випадки відповідальності контролюючих осіб за зобов'язаннями юридичної особи, передбачені чинним законодавством України: 1) субсидіарна відповідальність холдингової компанії за зобов'язаннями корпоративного підприємства, дії (бездіяльність) якої призвели до банкрутства останнього (ч. 6 ст. 126 ГК України); 2) солідарна відповідальність власника майна боржника (уповноваженої ним особи), керівника боржника, голови ліквідаційної комісії (ліквідатора), які не звернулись до суду із заявою про порушення справи про банкрутство в разі виявлення недостатності майна для задоволення вимог усіх кредиторів (ч. 6 ст. 95 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992 р. № 2343-III); 3) субсидіарна відповідальність товариства- правонаступника за зобов'язаннями акціонерного товариства, діяльність якого припиняється шляхом поділу, що виникли до поділу та перейшли до іншого акціонерного товариства- правонаступника (ч. 5 ст. 85 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. № 514-УІ); 4) відповідальність пов'язаної з банком особи за дії або бездіяльність, які призвели до завдання банку шкоди з її вини (ч. 6 ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III).

Зрозуміло, що застосувати навіть вищезазначені положення для застосування доктрини зняття корпоративної вуалі є вкрай складним завданням без відповідної «процесуальної підтримки».

Остання судова практика Верховного Суду України яскраво ілюструє проблеми і труднощі, які виникають у справах про можливість покладення на співвласника банку відповідальності за шкоду, заподіяну неправомірними діями по відношенню до вкладника банку. Так, у справі № 757/21639/15-ц провадження № 14-54цс19 Велика палата Верховного Суду, повертаючи справу колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду для розгляду касаційної скарги, крім іншого, зазначила в ухвалі, що: «У постанові від 13 січня 2016 року у справі № 910/10919/15 Вищий господарський суд України, залишаючи без змін судові рішення судів попередніх інстанцій, виходив із того, що чинним законодавством не передбачена автоматична відповідальність власників істотної участі за зобов'язаннями банку у випадку визнання його неплатоспроможним. Відповідно до положень **ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність»** (у редакції від 25 січня 2015 року) необхідними умовами покладення відповідальності на акціонера за зобов'язаннями банку є: наявність у нього істотної участі в банку; наявність протиправного діяння; наявність шкоди, завданої таким діянням; причинно-наслідковий зв'язок між протиправним діянням і заподіяною шкодою; вина учасника істотної участі в банку. Позивачем не доведено можливість застосування такої міри відповідальності, як стягнення збитків, оскільки ним не доведено наявність всіх елементів складу цивільного правопорушення з боку саме відповідача. Також Вищий господарський суд України висловив позицію, що надання необґрунтованих переваг одному з кредиторів банку за рахунок стягнення заборгованості з одного з акціонерів банку, вина якого у настанні неплатоспроможності банку не доведена, свідчило б про порушення принципу верховенства права»<sup>1</sup>.

Окрема думка судді Верховного Суду у цій справі О. Р. Кібенко також зводиться до того, що необхідно встановлювати факт вчинення цивільно-правового правопорушення. Зокрема, остання зазначає, що вирішення цього питання тісно пов'язане з визначенням виду відповідальності власника істотної участі перед вкладниками банку: чи така відповідальність є солідарною, чи субсидіарною, або чи є самостійною відповідальністю за збитки, завдані вкладнику, тобто не пов'язаною з відповідальністю за зобов'язаннями банку. Від вирішення цього питання залежить і визначення предмета доказування:

<sup>1</sup> Окрема думка судді Великої палати Верховного Суду Кібенко О. Р. у справі № 757/21639/15-ц провадження № 14-54цс1907 від 7 лютого 2019 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80112288> (дата звернення: 12.02.2019).



наявності збитків, противоправних дій, вини, причинно-наслідкового зв'язку між діями власника істотної участі та збитками<sup>1</sup>.

Повертаючись знову до практики ЄСПЛ, як джерела права в Україні, слід згадати одне з останніх рішень, яке має неабияке значення для доктрини зняття корпоративної вуалі.

Так, 11 грудня 2018 р. було оголошено постанову Великої палати ЄСПЛ по справі Лекич проти Словенії, яким залучення засновника і директора компанії, виключеної з реєстру без проведення процедури банкрутства, до відповідальності перед кредиторами, визнано таким, що порушує гарантоване ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції про захист прав людини і основних свобод право на повагу власності.

Суд визнав, що директор мав знати про те, що компанія не пройшла процедуру банкрутства і передбачити можливі наслідки у вигляді субсидіарної відповідальності.

Той факт, що, будучи директором і засновником, за наявності ознак банкрутства компанії, заявник не вжив заходів до визнання компанії банкрутом в рамках процедури неспроможності і фактично продовжив її існування як юридичної особи незважаючи на неможливість виконання зобов'язань, не відповідає принципу добросовісності в комерційній практиці. Відповідно, заявник не може отримати з цієї ситуації вигоду у вигляді звільнення від зобов'язань.

Звертаємо увагу, що, по-перше, зазначене рішення повністю кореспондується з вищезначеною нормою ст. 95 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»; по-друге, зазначене рішення не є «універсальною» підставою для застосування процедури «проникнення під корпоративну вуаль», а стосується виключно ситуацій, пов'язаних з процедурою банкрутства компанії.

Окрім того, слід зазначити, що під час розгляду однієї з перших справ стосовно можливості підняття корпоративної вуалі (справи № 910/14838/14) за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Інтертрансгруп» та ЗУКК Трейдінг Лімітед (ZUKK TRADING LIMITED) до низки компаній, в тому числі до публічного акціонерного товариства «Футбольний клуб «Металіст» про покладення відповідальності за зобов'язаннями банку на власників істотної участі та відшкодування збитків, неодноразово підіймалось питання «проникнення під корпоративну вуаль» згідно з чинним законодавством України та практики ЄСПЛ, але позов так і був залишений без розгляду, а позивач повторно до суду не звертався. На той час (2015 р.) не вистачило «інструментарію» зазирнути за корпоративну вуаль і притягнути до відповідальності кінцевого бенефіціара.

Отже, враховуючи вищевикладене, визначення контролюючої особи (осіб) компанії з метою притягнення до відповідальності можливе лише у випадку **якщо буде первинно доведено недобросовісність (протиправність) їхніх дій при виконанні своїх обов'язків, що призвело до неможливості компанії відповідати за своїми зобов'язаннями.**

На нашу думку, з огляду на судову практику українських судів, на сьогодні факт вчинення учасником істотної участі чи кінцевого бенефіціара цивільного правопорушення (як обов'язкової умови притягнення останнього до цивільно-правової відповідальності) вимагає окремого провадження з постановленням окремого рішення з цього питання. Також ми поділяємо точку зору про можливість використання у справах про покладення відповідальності на учасника істотної участі (кінцевого бенефіціара) відповідальності, на підставі постановлення судом обвинувального вироку у кримінальній справі стосовно такого бенефіціара, який буде мати у подальшому преюдиційне значення.

Таким чином, робимо такі висновки.

1. Справа Соломон-Соломон (Salomon v Salomon & Co Ltd 1897 року)<sup>2</sup> ввела поняття «корпоративної» вуалі, яка відмежовує засновника корпорації від самої корпорації у сенсі можливої відповідальності за шкоду, заподіяну неправомірними діями кредитору.

2. Сам факт наявності контролю особи (кінцевого бенефіціара, контролера) над корпорацією не може бути само по собі підставою для «зняття корпоративної вуалі».

3. Відповідно до світової практики за останні понад 25 років необхідно встановити і довести факт зловживання корпоративною формою для неналежних (протиправних) цілей.

4. Вкрай поодинокі випадки застосування (спроб застосування) доктрини зняття корпоративної вуалі пов'язані зі складністю формалізації самої доктрини, неможливістю викладення останньої у строгих формалізованих критеріях та визначенням межі застосування положень цієї доктрини.

5. Іноземні суди, вирішуючи питання щодо контролю над корпораціями і активами, використовують й інші правові теорії, які атрибутовують активи корпорації з кінцевим бенефіціаром (контролером).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Окрема думка судді Великої палати Верховного Суду Кібенко О. Р. у справі № 757/21639/15-ц провадження № 14-54цс1907 від 7 лютого 2019 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80112288> (дата звернення: 12.02.2019).

<sup>2</sup> Справа Соломон-Соломон (Salomon v Salomon & Co Ltd 1897 року). URL: [http://rapsinews.ru/international\\_publication/20130211/266372585.html](http://rapsinews.ru/international_publication/20130211/266372585.html) (дата звернення: 12.02.2019).

<sup>3</sup> Зокрема, йдеться про випадки, коли суди застосовують такі альтернативні категорії до кінцевого бенефіціара (контролера), як: особа діє у якості агента компанії, особа діяла спільно з компанією; компанія утримує активи як довірчий власник цієї особи (nominee or trustee); в інших випадках, передбачених відповідним національним законодавством.



6. Іноземні суди<sup>1</sup> розрізняють випадки «приховування» і «обходу закону» за допомогою відповідної корпорації. У випадку «простого» приховування за фасадом корпорації<sup>2</sup> немає потреби у використанні доктрини зняття корпоративної вуалі.

7. За логікою англійських судів до доктрини зняття корпоративної вуалі можна (слід) звертатись лише у тих випадках, коли особа використовує корпорацію (фасад компанії) з метою саме уникнення відповідальності за вже існуючими зобов'язаннями.

8. Виходячи з тези про відсутність єдиного формалізованого визначення самої доктрини зняття корпоративної вуалі, останню варто використовувати лише у тому випадку, коли всі інші правові теорії, принципи права та доктрини виявилися неспроможними.

9. Питання встановлення факту недобросовісної винної поведінки (вини) кінцевого бенефіціара (контролера) може потенційно вирішуватися безпосередньо у ході судового процесу щодо можливості стягнення боргів (шкоди) за рахунок іншого майна (активів) контролера підконтрольної корпорації. Проте, з огляду на різний предмет доказування і необхідність, як правило, доведення різних обставин та фактичних даних, вірогідно і з різними процесуальними юрисдикціями, переконливішою видається та процесуальна тактика, коли факт зловживання контролером своїм становищем і його недобросовісна поведінка вже встановлені відповідним рішенням (вироком). Це, відповідно, надає змогу у подальшому використовувати встановлений юридичний факт у цивільному (господарському, арбітражному) процесі.

10. На сьогодні відшукати рішення, в яких безпосередньо була б застосована повною мірою доктрина підняття корпоративної вуалі вкрай важко, вірогідно, що і неможливо. Більшість рішень національних і міжнародних судів носить дискретний характер, які акцентують свою увагу на одному або кількох аспектах доктрини зняття корпоративної вуалі<sup>3</sup>.

11. Ускладнення комерційного обороту і самих комерційних відносин у суспільстві обумовлює появу і розвиток нових форм способів і засобів виведення недобросовісними учасниками корпоративних відносин майна і майнових прав з метою уникнення (позбавлення) можливості добросовісними учасниками отримання задоволення своїх прав та законних інтересів за рахунок цього майна.

12. Відображення впливу доктрини зняття корпоративної вуалі на рівні національних законодавств простежується у запозиченні відповідних норм і інститутів та створення власних під впливом зазначеної доктрини. Найбільш характерним і показовим є розвиток інституту банкрутства у контексті використання взаємовідносин материнської і дочірніх компаній. Так, на пострадянському просторі у цивільному кодексі РФ було внесено доповнення до ст. 67.3, які наразі передбачають відповідальність материнської компанії за борги дочірньої. В Україні було внесено відповідні зміни згодом, які також фрагментарно запозичили норми доктрини зняття корпоративної вуалі. Зокрема, йдеться про згадані вище норми закону про банкрутство в контексті можливого притягнення кінцевого бенефіціара до відповідальності в порядку ст. 95 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» за шкоду, заподіяну в порядку, визначеному ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність», як власників істотної участі.

13. Теоретично покладення на кінцевого бенефіціара юридичної особи цивільно-правової відповідальності у вигляді відшкодування збитків або майнової шкоди є можливим наразі в Україні лише у двох випадках:

1) виконання кінцевим бенефіціаром, як третьою особою, за юридичну особу зобов'язань по відшкодуванню такою юридичною особою збитків третім особам (тобто йдеться про заміну зобов'язаної сторони в зобов'язанні). А таке можливо: а) або шляхом укладення договору про переведення боргу юридичної особи на бенефіціара; б) або шляхом встановлення в законі спеціальної норми про відповідальність такої особи (в нашому випадку – бенефіціара) за заподіяну юридичною особою шкоду третім особам (наприклад, покладання спеціальним законом на страхову компанію цивільно-правової відповідальності за заподіяну шкоду третім особам; або покладання ЦК України відповідальності на підприємство за заподіяну його працівником шкоди третім особам, або відповідальність опікуна за шкоду, завдану недієздатною особою, і т. д.). Однак щодо кінцевого бенефіціара юридичної особи такої спеціальної законодавчої норми на сьогодні не існує;

2) виконання кінцевим бенефіціаром власного зобов'язання з відшкодування шкоди, заподіяної підконтрольною йому юридичною особою, за його (бенефіціара) власні дії (бездіяльність), в результаті яких підконтрольною йому юридичною особою було завдано збитків третім особам. Тобто йдеться про деліктну цивільно-правову відповідальність бенефіціара, підставою для настання якої є наявність чотирьох елементів складу цивільного правопорушення.

<sup>1</sup> Справа *Prest v Petroel Resources Ltd&Ors* (2013) UKSC 34 (12 June 2013).

<sup>2</sup> Зокрема, у випадку використання довірчих відносин, трастів тощо.

<sup>3</sup> Наприклад, Рішення, винесене Верховним Судом Великої Британії у справі *VTB Capital Plc v Nutritek International Corp &Ors* [2013] UKSC (12 June 2013). URL: [https://en.wikipedia.org/wiki/VTB\\_Capital\\_plc\\_v\\_Nutritek\\_International\\_Corp](https://en.wikipedia.org/wiki/VTB_Capital_plc_v_Nutritek_International_Corp). (дата звернення: 21.01.2019).

14. В Україні вже є усталеною судовою практикою Верховного Суду за позовами вкладників збанкрутілих банків до власників істотної участі в банку про відшкодування збитків в розмірі депозитного вкладу. Суди, відмовляючи в задоволенні таких позовів, виходять з того, що покладання відповідальності на власника істотної участі в банку не є автоматичним, необхідна наявність складу цивільного правопорушення, включаючи вину бенефіціара в доведенні банку до неплатоспроможності (такі приклади описані в ухвалі Великої палати Верховного Суду від 07.02.2019 № 757/21639/15-ц).

Тому на сьогодні в Україні існуючі труднощі з доведенням в діях бенефіціара складу цивільного правопорушення (на прикладі бенефіціарів збанкрутілих банків) роблять настання такої відповідальності неможливим саме за браком відповідних норм матеріального і процесуального вітчизняного права.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Снятие корпоративной вуали в Великобритании, или развод по нигерийски. URL: <http://corporate.interlegal.com.ua/?p=735> (дата звернення: 12.02.2019).
2. *Sprava Prest v Petroel Resources ltd&Ors* (2013) UKSC 34 (12 June 2013).
3. Биканов Д. Д. Снятие корпоративной вуали по праву США, Нидерландов и России. URL: <https://igzakon.ru/magazine/article-pdf/?id=5405> (дата звернення: 12.02.2019).
4. Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособие / под ред. А. Г. Давтян. М., 2009.
5. Сабодаш Р. Б. «Проникнення під корпоративну вуаль» у практиці Європейського суду з прав людини. URL: <https://www.academia.edu/34795688> (дата звернення: 12.02.2019).
6. Ухвала у справі № 757/21639/15-ц провадження № 14-54цс19. Велика палата Верховного Суду URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80112288> (дата звернення: 12.02.2019).
7. Окрема думка судді Великої палати Верховного Суду Кібенко О. Р. у справі № 757/21639/15-ц провадження № 14-54цс1907 від 7 лютого 2019 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80633802> (дата звернення: 12.02.2019).
8. Махінчук В. М. Зняття корпоративної вуалі. Івано-Франківськ: Фоліант, 2017. 166 с.

**Makhinchuk V. Determining of the responsibility basis of the ultimate beneficiary owner (controller) of the corporation through the raising of the corporate veil doctrine: foreign experience and perspectives in Ukraine.**

*The article highlights the actual problems of implementing the doctrine of rising corporate veil in Ukraine. The general aspects of the application of the doctrine of rising corporate veil in the countries of the Anglo-Saxon system of law, the Romano-Germanic by the example of the Netherlands and Germany are examined, and the practice of the European Court of Human Rights is analyzed, which decisions also address some aspects of the doctrine.*

**Keywords:** corporate veil, the doctrine of raising of a corporate veil, the legal personality of the company, the inappropriate controller's (the ultimate beneficiary owner) goals

### ПОНЯТТЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА: ОКРЕМІ НЕДОЛІКИ НОРМ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.10>

**Первомайський О. О.,**

*суддя Конституційного Суду України, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*В статті досліджуються положення Цивільного кодексу України, що регулюють поділ юридичних осіб на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. В роботі виявляються недоліки положень закону та аргументується можливий спосіб усунення цих недоліків.*

**Ключові слова:** юридична особа, юридична особа публічного права, публічний інтерес, орган державної влади.

**Постановка проблеми.** Норми чинного ЦК України, вказуючи на існування двох видів юридичних осіб: приватного та публічного права, водночас створили проблеми в розумінні змісту критерія проведення такої диференції, а як наслідок цього – й у самому змісті поняття юридична особа публічного права, що потягло за собою зарахування до проявів останньої тих організацій, які не є

такими по суті. У зв'язку з чим нагальним є усунення легального підґрунтя для існування таких помилок у тлумаченні зазначених приватноправових понять.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Поняття юридичної особи публічного права досліджується, зокрема, в працях таких сучасних вітчизняних вчених, як: В. І. Борисова [1], В. М. Зубар [2], С. О. Іванов [4], А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова [5], Ю. М. Жорнокуй [3], І. М. Кучеренко [7], Р. А. Майданик [8], О. О. Посикалюк [9], В. Д. Примак [10], Р. Б. Сабодаш [11], І. В. Спасибо-Фатєєва [12] та ін.

Серед зарубіжних дослідників поняття юридична особа публічного права слід, в першу чергу, згадати таких вчених, як: В. Є. Чіркін (РФ) і Л. Л. Чантурія (Грузія).

У своїх міркуваннях щодо тлумачення поняття юридичної особи публічного права більшість вітчизняних вчених цілком обґрунтовано приділили увагу аналізу та критиці норм чинного ЦК України, бо саме з введенням в силу його положень актуалізувалася дискусія про зміст цього поняття. Ключовими нормами ЦК України, які стали підставою для таких дискусій, є норми ст. 81, 82 ЦК України.

**Метою дослідження** є виявлення тих положень чинного законодавства щодо юридичних осіб публічного права, що підлягають удосконаленню.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до одного з положень чинного ЦК України юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права (ч. 2 ст. 81).

Зазначена стаття ЦК України містить вказівку на одну зі складових порядку створення юридичних осіб публічного права. Зокрема, в абз. 3 ч. 2 ст. 81 ГК України вказується на те, що юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування. У свою чергу, в порядку створення юридичної особи приватного права потрібно складання установчих документів цієї особи відповідно до ст. 87 ЦК України. При цьому в ч. 3 ст. 81 ЦК України прямо вказується, що в ЦК встановлюється порядок створення виключно юридичних осіб приватного права, в той час як порядок створення юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законом.

Таким чином, системне тлумачення положень ст. 81 ЦК України дозволяє зробити висновки про те, що, по-перше, юридична особа публічного права не може бути створена в порядку, встановленому ЦК України, по-друге, порядок створення того чи іншого виду юридичної особи (як певна цілісна процедура) є легальним критерієм для поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного та публічного права.

Незважаючи на багатообіцяючий зміст положення ч. 3 ст. 81 ГК України про те, що порядок створення та правовий статус юридичних осіб публічного права буде встановлюватися Конституцією України та законом, це знайшло лише часткове практичне підтвердження, оскільки Основний Закон України текстуально прямо зовсім не згадує про існування такого учасника правовідносин, як *юридична особа публічного права*. Натомість вказівка на останню є в окремих законах.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 р. міністерства та інші центральні органи виконавчої влади є юридичними особами публічного права.

Аналогічні положення містять, зокрема, ч. 2 ст. 3 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23.02.2012 р. щодо Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, ч. 7 ст. 2 Закону України «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, отриманими від корупційних та інших злочинів» від 10.11.2015 р. щодо однойменного Національного агентства, ч. 1 ст. 5 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро» від 14.10.2014 р. щодо відповідного Національного бюро.

У той же час значна кількість інших законів, що регулюють правовий статус різних державних органів, не вказує на наявність у цих органів статусу юридичної особи публічного права, що втім не підтверджує і не спростовує припущення про те, що більшість таких органів все ж є юридичними особами публічного права.

Заради справедливості варто зазначити, що приклади легалізації поняття юридичної особи публічного права в конституціях окремих країн досить рідкісні (Бразилія, Кіпр, Греція, Єгипет, Перу). Більшого поширення набула практика закріплення цього поняття в цивільних кодексах країн (ФРН, Нідерланди, Грузія, Молдова, Бразилія, Аргентина, Чилі, Перу, Мексика та ін.) або ж в окремих законах (Грузія, Молдова).

Отже, національне українське законодавство нехай не відразу і не повноцінно, але все ж сприйняло і почало застосовувати відносно нове поняття юридичної особи публічного права, а тому наступним актуальним завданням вітчизняної юриспруденції є правильне розуміння його суті й змісту.

Крім того, зрозуміло, що, коли йдеться про суть і зміст будь-якого поняття, посилення на норми актів цивільного законодавства не може бути сприйнято як беззаперечний аргумент на підтвердження істинності тієї чи іншої тези з тієї причини, що закріплення поняття в нормі закону слід розглядати

скоріше як результат певної наукової дискусії, ніж як привід для її початку «з чистого аркуша». Саме тому посилання на ст. 81 ЦК України та норми інших законів у дискусії про юридичних осіб публічного права багато в чому лише формальність, яка є легальною підставою для твердження про те, що такий вид юридичних осіб як юридичні особи публічного права в Україні легально існує.

Разом з тим щодо згаданих вище положень ЦК України про поділ юридичних осіб на два види, то існує відома дискусія стосовно доцільності такого поділу.

Так, В. Д. Примак, досліджуючи відносини цивільно-правової відповідальності юридичних осіб, обгрунтовано вказує на неоднозначність легального критерію, що застосовується у ст. 81 ЦК України для виділення юридичних осіб публічного права і, як наслідок, критично оцінює як необхідність використання такого критерію для поділу юридичних осіб, так і сам поділ поняття юридичної особи на зазначені види [10].

Представником іншої позиції, а саме обгрунтованості виділення двох видів юридичних осіб – приватного і публічного права, хоча і за дещо іншим критерієм, можна назвати Р. Б. Сабодаша, який, не заперечуючи необхідності виділення двох видів юридичних осіб – приватних і публічних, вказує на те, що спосіб створення юридичної особи не може бути визнаний достатньою кваліфікуючою ознакою для виокремлення такого різновиду, як юридична особа публічного права [11].

У свою чергу, Н. С. Кузнецова прямо вказує на необхідність збереження, але уточнення і доповнення запропонованого законодавцем критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні [6].

Таким чином, якщо в законодавстві і міститься вказівка лише на одну складову критерію виділення юридичної особи публічного права – його створення в порядку, встановленому Конституцією України та законом на підставі розпорядчого акта Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування (абз. 3 ч. 2 ст. 81 ЦК України), то в науці цивільного права цілком обгрунтовано сформувався і аргументовано доводиться теза про те, що вказаний в ст. 81 ЦК України критерій поділу юридичних осіб на два види недостатній або непридатний для цих цілей, внаслідок чого існує потреба або в його наповненні іншим змістом, або в його заміні.

До того ж, слід визнати, що вагомою підставою для подібних сумнівів у правильності положень ст. 81 ЦК України і як наслідок цього – формулювання пропозицій про доповнення або зміну положень цієї норми, є невизначеність у тлумаченні самого критерію поділу (виділення) юридичної особи публічного права.

Так, нагадаємо, що згідно з ч. 2 ст. 81 ЦК України легальним критерієм розподілу юридичних осіб на приватні та публічні визначено *порядок їх створення*. Проте зміст, етапи та й саме поняття порядку створення юридичної особи в тексті ЦК України прямо не розкривається, а тому він може бути визначений тільки в результаті системного тлумачення ст. 87, 88 ЦК України та інших норм актів цивільного законодавства.

Проте спроба подібного тлумачення положень актів цивільного законодавства з метою з'ясування змісту поняття *порядок створення юридичної особи* можлива лише щодо одного виду юридичних осіб – юридичних осіб приватного права, оскільки в абз. 2 ч. 3 ст. 81 ЦК України вказується на те, що порядок створення юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законом. Разом з тим порядок створення юридичних осіб публічного права, без сумнівів, не може бути ототожнений з прийняттям певного розпорядчого акта компетентного органу, оскільки останній є лише однією зі складових частин такого порядку.

Таким чином, незважаючи на ту обставину, що в ст. 81 ЦК України йдеться про розпорядчий акт певних органів влади, цей акт не тотожний порядку створення юридичних осіб публічного права і його можна розглядати лише як складову частину певного публічно-правового поняття – порядку утворення юридичних осіб публічного права, зміст якого з позицій цивільного права залишається повністю не з'ясованим. Тому поділ юридичних осіб на два види на підставі цього критерію є дуже проблематичним, а відбувається такий поділ на підставі поняття, зміст якого у вітчизняній юридичній науці повноцінно не визначено.

Варто акцентувати увагу на тому, що в дискусії про визначення підстави поділу юридичних осіб на два види – юридичних осіб приватного та публічного права часто відбувається необгрунтоване спрощення і під такою підставою, а іншими словами, критерієм розуміється наявність винятково розпорядчого акта відповідного органу влади.

Однак визнаємо, що посилання в тексті ЦК України на поняття розпорядчого акта є досить проблемним, і зазначимо таке.

По-перше, критерієм поділу юридичних осіб є все-таки не цей акт, а *порядок створення юридичної особи*, а тому мета згадки про цей акт в тексті ч. 2 ст. 81 ЦК України не зрозуміла, тим більше, що порядок утворення цих осіб має бути встановлений в Конституції України і якомусь публічному законі або законах.

По-друге, поняття і термін *розпорядчий акт* не використовується в цивільному праві і законодавстві, для яких більш характерною є згадка про такі поняття і відповідні терміни, як *акти* (ст. 11 ЦК України),

акти цивільного законодавства (ст. 4, 6, 11 ЦК України), правовий акт (ст. 21, 648 ЦК України), рішення (ст. 16 ЦК України) та інші.

По-третє, на підставі відповідних статей гл. 9 ЦК України держава Україна, територіальні громади (громади) і Автономна Республіка можуть створювати не тільки юридичні особи публічного права, а й підприємницькі товариства, тобто юридичні особи приватного права. В порядку створення останніх відповідним органом державної влади чи органом місцевого самоврядування також приймається відповідний правовий акт (розпорядчий акт за термінологією ст. 81 ЦК України), яким може бути Указ Президента України, Постанова КМ України, наказ певного міністерства чи рішення відповідної місцевої ради або іншого органу місцевого самоврядування.

У зв'язку з цим, згадуваний в тексті ст. 81 ЦК розпорядчий акт не є винятковою ознакою порядку створення юридичних осіб публічного права, адже в порядку створення державою або територіальними громадами (громадами) юридичних осіб приватного права, зокрема відомих вітчизняній практиці національних і державних акціонерних або холдингових компаній, також має місце прийняття відповідних розпорядчих актів.

Більш того, оскільки визначення порядку утворення юридичних осіб публічного права знаходиться за межами регулятивного впливу цивільно-правових актів, обґрунтованим є сумнів щодо сенсу використання (для потреб регулювання цивільних відносин) подібного критерію для поділу юридичних осіб на приватні та публічні. До того ж, тлумачення ст. 81 ЦК України дозволяє зробити висновок про існування як мінімум двох самостійних за змістом і джерелами правового регулювання порядків створення юридичних осіб, один з яких представляє собою регламентовану чинним цивільним законодавством процедуру створення юридичних осіб приватного права, а інший – схожу за метою, проте відмінну за змістом і джерелами правового регулювання процедуру створення юридичних осіб публічного права.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що визначений в ст. 81 ЦК України критерій поділу юридичних осіб на юридичні особи приватного та публічного права, щонайменше, виглядає не надто вдалим для його наукового тлумачення, і що не менш важливо, неоднозначним для його практичного застосування.

Підтвердженням проблемності визначеного у ст. 81 ЦК України критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні на практиці є існуюча практика, згідно з якою судові органи інших країн і міжнародних організацій, розглядаючи справи за позовами до держав, в тому числі держави Україна та (або) товариств або підприємств, які створені і організаційно або корпоративно підпорядковані державі, цілком свідомо ставили під сумнів національні критерії поділу юридичних осіб на приватні та публічні (в нашому випадку, з посиланням на ст. 81 ЦК України). Натомість критерієм зарахування певних юридичних осіб до публічних осіб був не стільки порядок їх створення, скільки підпорядкованість державі або відповідним органам влади на момент вчинення певної дії, наприклад, заподіяння шкоди, спосіб фінансування цієї особи (за рахунок державного бюджету чи ні), зміст виконуваних нею функцій і т. д. Одним з результатів такої правозастосовчої практики стало формування поняття урядової організації (*government organization*) [8].

Власне, такий інституційний і функціональний підхід суттєво змінює тлумачення критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні, тому що принципово важливо не те, актом публічної влади або актом приватного волевиявлення ініційовано створення юридичної особи, а то, по-перше, які функції виконує ця особа: приватні або публічні, і, по-друге, для задоволення якого інтересу, знову ж приватного або публічного, ці функції виконуються.

Здається, що з подібних міркувань Н. С. Кузнецова прямо вказує на те, що юридичні особи публічного права є носіями певних суспільних завдань і виконують відповідні публічні функції [6].

Звертає увагу на такі ознаки юридичної особи публічного права, як мета її діяльності і державний інтерес, В. І. Борисова. Так, згідно із запропонованим нею визначенням публічною юридичною особою є публічно-правове утворення (органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні, комунальні підприємства, установи і т. п.), які мають на меті державні інтереси, задоволення яких є неодмінною умовою і гарантією їх існування і розвитку [1].

У свою чергу, Р. Б. Сабодаш до додаткових і необхідних ознак юридичної особи публічного права зараховує не тільки таку мету створення цієї особи як задоволення інтересів держави в цілому або інтересів певної територіальної громади (громади), але додатково також інституційну і організаційну залежність цієї особи від держави, відповідної територіальної громади або їх органів [11].

Погоджуючись з важливістю такої ознаки юридичної особи публічного права, як інтерес, І. В. Спасибо-Фатєєва на додаток вказує на особливий правовий режим майна, що належить такій юридичній особі, оскільки на відміну від юридичної особи-власника, юридична особа публічного права володіє майном на інших правових підставах і не є власником майна, яке належить державі або відповідній територіальній громаді [12].

Підтримують і (або) уточнюють зазначені ознаки юридичних осіб публічного права й інші вітчизняні вчені [3].

Підсумовуючи наведені вище міркування, вважаємо, що закріплений в ст. 81 ЦК України критерій поділу юридичних осіб на приватні та публічні не є достатнім для коректного розмежування цих осіб. Більш того, в правильній відповіді на запитання про зміст критерію для поділу юридичних осіб на два види – юридичних осіб приватного та публічного права – ховається відповідь про суть і зміст поняття юридичної особи публічного права.

Тому, на підставі існуючих у вітчизняній науці цивільного права думок, можна стверджувати про доцільність застосування сукупності ознак поняття юридичної особи публічного права, що, в свою чергу, можуть бути використані як ознаки для розмежування юридичних осіб приватного та публічного права.

Першою відмітною ознакою видів юридичних осіб є інтерес, на задоволення якого виключно або переважно спрямована діяльність юридичної особи.

Зрозуміло, йдеться не просто про врахування категорії *інтерес* як такої, а про наявність приватного або публічного інтересу в діяльності юридичної особи. Для юридичних осіб публічного права характерним є те, що їх діяльність виключно або переважно спрямована на задоволення публічного інтересу.

Другою розпізнавальною ознакою юридичних осіб приватного та публічного права є наявність або, відповідно, відсутність у юридичної особи певних владних функцій, компетенцій, виконання яких має здійснювати (забезпечити здійснення) держава і (або) територіальна громада (громада) як первинний суб'єкт місцевого самоврядування. Зрозуміло, до юридичних осіб публічного права належать ті особи, які наділені певними владними функціями або в силу свого первинного статусу як органу державної влади або органу місцевого самоврядування, або в силу делегування цій юридичній особі таких функцій.

Наступною ознакою розмежування юридичних осіб приватного та публічного права є організаційна і майнова підпорядкованість юридичної особи державі або територіальній громаді (громаді), внаслідок чого вирішальний вплив на діяльність юридичної особи (з огляду на наявність зазначеної підпорядкованості) може надавати держава Україна чи відповідна територіальна громада (громада).

І нарешті, таке явище, яке виконує функцію поділу юридичних осіб на особи приватного та публічного права, згадується в ст. 81 ГК України, – порядок створення юридичної особи. Можна зробити припущення, що згідно з порядком створення юридичної особи публічного права вона створюється з ініціативи компетентного органу влади шляхом прийняття необхідних владних рішень (правових актів, розпорядчих актів тощо) і виконання інших передбачених Конституцією та законами України вимог.

Складність, яка виникає у процесі розмежування юридичних осіб на юридичні особи приватного та юридичні особи публічного права, вимагає визнання необхідності наявності й розуміння не тільки всіх зазначених вище понять і визнання того, що первинним критерієм такого поділу є згаданий вище *публічний* або *приватний інтерес*, на задоволення якого спрямована діяльність юридичної особи. Визнання пріоритетності інтересу в цьому розподілі виглядає справедливим, оскільки категорія інтересу лежить в основі поділу самого права на приватне і публічне, а тому застосування цієї категорії в більш вузькій проблемній точці цивілістики виглядає досить доречним і обґрунтованим.

Зрозуміло, що висловлені вище міркування про поняття юридичної особи публічного права певною мірою впливають на тлумачення і можливу подальшу зміну чинного законодавства України.

Так, в ст. 167–169 ЦК України, присвячених визначенню правових форм участі держави, територіальних громад (громад) і Автономної Республіки Крим у цивільних відносинах, міститься положення про зарахування державних і комунальних підприємств до юридичних осіб публічного права.

З такими положеннями ЦК України можна погодитися лише частково, оскільки, якщо не виникає сумнівів у визнанні юридичною особою публічного права, наприклад, Міністерства освіти і науки України, створеного Указом Президента, то зарахування до юридичних осіб публічного права так званих державних і комунальних підприємств пов'язано не стільки з наявністю в порядку створення цих суб'єктів певного розпорядчого акта компетентного органу, скільки, по-перше, з політико-правовим компромісом, в результаті якого були одночасно прийняті Цивільний і Господарський кодекси і ці підприємства були визнані суб'єктами, а не об'єктами прав, і, по-друге, з тими обставинами, що зазначені учасники правовідносин знаходяться в інституційній, організаційній та майновій залежності (оскільки не є власниками переданого їм майна) від держави Україна або відповідної територіальної громади (громади), що значною мірою суперечить ознакам юридичної особи.

У той же час слід визнати, що ці підприємства за своєю суттю в більшості можуть бути зараховані до юридичних осіб приватного права, бо їх діяльність за рідкісним винятком не пов'язана з функціями державного управління та місцевого самоврядування, а спрямована на більш традиційну для цивільного права мету: отримання прибутку, отже, більша частина державних підприємств прагне до задоволення приватного, а не публічного інтересу. Тому зарахування цих суб'єктів до юридичних осіб публічного права може ґрунтуватися лише на тій підставі, що ці учасники цивільних правовідносин залежать від свого засновника, яким є держава або відповідна територіальна громада

(громада), а майно цих підприємств є державною або комунальною власністю. Тобто ці юридичні особи не є власниками, що суперечить сутності юридичної особи приватного права.

У свою чергу, дискусійними виглядають положення ст. 167–169 ЦК України щодо можливості визнання всіх підприємницьких товариств, створених державою або територіальними громадами (громадами), юридичними особами приватного права. Спірність такого твердження ґрунтується на тій обставині, що хоча для створення цих осіб і може бути використана, наприклад, організаційно-правова форма акціонерного товариства, інституційна, організаційна та майнова залежність цих юридичних осіб від держави або територіальної громади (громади), і, що важливіше, виконуваними ними функції можуть надати аргументи для визнання їх юридичними особами публічного права.

Таким чином, чинне законодавство доволі непослідовно використовує термін *юридична особа публічного права*, тому вирішення питання про те, чи є та чи інша юридична особа юридичною особою публічного права, залишається питанням наукових і практичних дискусій, судових спорів тощо. Крім того, розуміючи, по-перше, дихотомічність поділу юридичних осіб на юридичні особи публічного права та юридичні особи приватного права, а також, по-друге, більш «комфортний» правовий режим для останніх, частина господарських товариств питання про зарахування до одного з видів юридичних осіб вирішують шляхом закріплення певного положення у своєму статуті. Через це частина акціонерних товариств, створених державою і повністю контрольованих нею, є відповідно до їх статутів юридичними особами приватного права: ПАТ «Укртрансгаз» (п. 2.1 Статуту, затвердженого рішенням акціонерів від 21.05.2018 № 186), ПАТ «Укргазвидобування» (п. 2.1 Статуту, затвердженого рішенням акціонерів від 21.05.2018 № 237), ПАТ «Укрпошта» (п. 3.4 Статуту, затвердженого наказом Мінінфраструктури від 16.02.2017 № 56); АТ «Ощадбанк» (п. 6 Статуту, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25.02.2003 № 261 (в редакції постанови КМ України від 27.12.2017 № 1039)). У той же час інші подібні утворення, наприклад ПАТ «Укрзалізниця», рішеннями судів визнані юридичними особами публічного права. Отже, незважаючи на формально існуючу можливість зарахування всіх без винятку господарських товариств до юридичних осіб приватного права, щодо ряду господарських товариств, створених державою або певною територіальною громадою (громадою), на практиці та в теорії виявляються сумніви щодо правильності цієї тези.

**Висновки.** На підставі наведеного вище, у чинне законодавство, зокрема норми ст. 81, 167–169 ЦК, мають бути внесені зміни. Передумою для таких законодавчих змін є те, що до юридичних осіб публічного права повинні бути віднесені лише ті штучні учасники цивільних відносин, які створені відповідно до чинного законодавства і мають на меті свого створення задоволення певного публічного інтересу (державного інтересу, інтересу певної територіальної громади (громади) або іншого подібного публічного інтересу) шляхом виконання однієї або декількох публічних функцій, в першу чергу, функцій держави або територіальної громади як первинного органу місцевого самоврядування.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Борисова В. І. До проблеми участі публічних юридичних осіб у цивільних правовідносинах // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Трансформація відносин власності в Україні: організаційно-правові та економічні проблеми». Одеса, 2003. С. 7–8.
2. Зубар В. М. Юридичні особи публічного права у контексті систематизації цивільного законодавства України // Пан'європейська кодифікація приватного права та її вплив на кодифікацію цивільного законодавства України: збірник наукових праць [за результатами науково-практичного круглого столу (м. Хмельницький, 19 листопада 2010 року)]. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. С. 108–111.
3. Жорнокуй Ю. М. Проблемні питання застосування конструкції «юридична особа публічного права» // Право та інновації. Харків, 2016. № 4.
4. Иванов С. О. До проблеми поділу юридичних осіб на приватні та публічні // Університетські наукові записки. Хмельницький, 2005. № 3. С. 100–106.
5. Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Институт юридического лица в Гражданском кодексе Украины // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 5 / под ред. Р. А. Майданика. К.: Алерта, 2012. С. 169–208.
6. Кузнецова Н. С. Концептуальні засади інституту юридичної особи в новому цивільному законодавстві України // Матеріали VIII регіональної науково-практичної конференції «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні». Секція цивілістичних наук. Львів, 2002. С. 215–216.
7. Кучеренко І. М. Юридичні особи публічного права як суб'єкти цивільних правовідносин // Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики / Кол. монографія; за ред. Я. М. Шевченко. К.: Юридична думка, 2007. С. 168–214.
8. Майданик Р. А. Юридические лица публичного права в украинском и международном праве // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 3 / под ред. Р. А. Майданика. К.: Алерта; К.: Центр учебной литературы, 2010. С. 119–179.



9. Посикалюк О. О. До питання про поняття юридичної особи публічного права // Університетські наукові записки, Хмельницький. Хмельницький університет управління та права. 2015, № 1. С. 46–59.
10. Примак В. Д. До питань про сенс і критерії розмежування юридичних осіб публічного та приватного права // Юридична Україна. 2004. № 2. С. 43–49.
11. Сабодаш Р. Б. Очерк о юридических лицах публичного права: некоторые теоретико-правовые проблемы // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 3 / под ред. Р. А. Майданика. К.: Алерта. К.: Центр учебной литературы, 2010. С. 179–204.
12. Спасибо-Фатеева І. В. Деякі роздуми про юридичні особи та їх організаційно-правові форми // Цивілістика: на шляху формування доктрини. виб. наук. праці. Харків: Золоті сторінки. 2012. С. 250–257.

**Pervomaisky O.,**

*The article analyzes the provisions of the Civil Code of Ukraine, which regulate dividing of legal entities into legal entities of private law and legal entities of public law. The work reveals weaknesses of the provisions of the law and argues the possible way to eliminate these weaknesses.*

**Keywords:** legal entity, legal entity of public law, public interest, the public authority.

## ДУАЛІЗМ ЗВИЧАЮ: НОРМАТИВНІ ПРИПИСИ ТА ЮРИДИЧНІ ФАКТИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.11>

**Пленюк М. Д.,**

*доктор юридичних наук, професор, завідувач сектору проблем договірної права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено аналізу звичаю в приватному праві України як нормативного припису та юридичного факту. Встановлено, що дуалізм звичаю проявляється в тому, що в механізмі правового регулювання цивільних відносин звичай, з одного боку, може виступати регулятором цих відносин, а з іншого – передумовою, інколи підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин.*

**Ключові слова:** звичай, правові умови, звичасві умови, юридичний факт, нормативні приписи, нормативно-правовий акт, цивільні відносини.

Звичай – як правило, стереотип – характеризується сталою, звичною поведінкою соціальної групи людей, спільнот, окремих громадян тощо. Це ті правила, що в результаті багаторазового застосування входять до звичного обігу людей і, таким чином, регулюють поведінку суспільства. Звичай завжди прикріплений вимогою традицій і виражається у формулі: «Роби так-то, тому, що так робили інші до тебе» [1, с. 113].

Сьогодні прикладів звичаїв у праві, в тому числі їх трансформації у право, доктрина знає більш ніж достатньо. Вважається, що умовами послідовності реформування звичаїв у право є релігійно-мораль-звичай-право. Саме на основі такого підходу, узагальнень перетворення звичаю у правову систему в кінці XVIII ст. на початку XIX ст. у Німеччині сформувалася історична школа під впливом навчань Г. Гуго, К. Савіньї, Г. Пухти та інших.

На українських землях, зокрема у Західній та Східній Галіції, у другій половині XVIII ст. діяв нормативно-правовий акт, в основі якого збереглася низка діючих в Галіції звичаїв. Саме вони за стилем викладу і з урахуванням природного права стали базовим актом для подальшого вдосконалення цивільного законодавства.

У свій час Е. Ерліх писав, що право – це сукупність установлених, повсякденних звичаїв і принципів справедливості, яких мають дотримуватися усі члени суспільства. При цьому право не слід розуміти як сукупність наказів і норм, що виходять від суверенної влади, адже головним гарантом права є сила у формі державної влади. Звичай виступає у формі громадської думки, але не завжди гармонує з політикою [2, с. 208]. У свою чергу, Ед. Б. Тайлор звертає увагу на нормативність звичаю і робить висновок, що зароджувані суспільні відносини спочатку регулюються традиціями, звичаями, які еволюціонують залежно від економічних, національних, політичних, релігійних факторів життєдіяльності та трансформуються у законодавчі норми [3, с. 396].

Сучасне розуміння звичаю в правовому просторі, його нормативна ознака не є новим викликом серед наукових дискусій. Право регулює відносини – це аксіома. Відомо й те, що право не може регулювати суспільні відносини, що лише зароджуються. Регулятором таких відносин, починаючи ще від римського права і донині, є соціальний інститут у формі звичаїв, традицій тощо.

Відповідно до ст. 7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. На думку Р. А. Майданика, звичай є первинним або базовим джерелом українського права, від якого пішли всі інші джерела і в якому є критична точка всіх інших джерел права [4, с. 44].

В юридичній літературі, виходячи з наведеного правила ст. 7 ЦК України, виділяють такі ознаки звичаю: 1) він є правилом поведінки, тобто соціальною нормою, яка встановлює необхідну, бажану або можливу поведінку учасників суспільних відносин за певних умов; 2) звичайне правило поведінки має бути прийнятим у певній сфері цивільних відносин, тобто для того, щоб отримати статус звичаю, це правило повинно «працювати» на регулювання цивільних відносин у певній сфері протягом певного, відносно тривалого проміжку часу; 3) це правило не має бути встановлено актами цивільного законодавства [5, с. 98].

На нашу думку, цивільно-правовий звичай як джерело права має підпорядковану щодо закону роль в системі джерел цивільного права України. Адже завдяки звичаю, як форми права, у разі потреби, заповнюються правові прогалини. Однак за чергою вживання форм права звичай знаходиться після нормативно-правових актів і договорів. Так, у сфері спорту прикладом правового звичаю як підстави виникнення приватноправових відносин є «Правила гри у футбол» (1997 р.), що були прийняті Міжнародною радою футбольних асоціацій (IFAB—International Football Association Board) [6]. Існують й інші документи, в яких зафіксовані звичаї, в тому числі й звичаї ділового обороту. Вони давно діють на території України, є й такі, що «очікують» ратифікації.

Щодо міжнародних звичаїв у сфері спорту слід зазначити, що на відміну від міжнародних договорів, з урахуванням усіх змінних факторів, та із моментом запровадження єдиної практичної діяльності вони формуються протягом тривалого періоду та здебільшого мають усний характер. Характерною рисою міжнародних звичаїв є визнання суб'єктами спортивних правовідносин юридичної сили звичаю як джерела права. Такий підхід, а також характеристика поняття міжнародного звичаю як джерела права надані в ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Зокрема йдеться про те, що міжнародний звичай є доказом загальноправової практики, визнаної в якості правової норми [7].

З наведеного можна зазначити, що правовий звичай, в тому числі й міжнародний, для приватноправових відносин у сфері спорту займає своє особливе місце в ієрархії джерел права. Незважаючи на те, що за своєю вагомістю та значущістю правові звичаї поступаються місцем внутрішньодержавному законодавству, міжнародним договорам та іншим джерелам права, вважаємо, що у деяких випадках саме вони виступають підставою виникнення приватноправових відносин у сфері спорту та джерелом для правового регулювання цих відносин. При цьому доводиться констатувати, що застосування звичаїв, в тому числі й міжнародних, у сфері спорту є стриманим. Звідси частково й випливають проблеми щодо невизнання існуючих приватноправових відносин у сфері спорту в Україні.

Щодо звичаїв у підприємницькій діяльності, то слід зазначити, що серед переліку, який наводиться авторами [8, с. 77], вбачаються: найпростіші торговельні звичаї, класичні звичаї торгового обороту, що склалися, звичаї ділового обороту, звичаї ділового обороту, які знайшли своє відображення в корпоративних кодексах поведінки, тощо. Найпоширенішими в Україні є Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів (Правила ІНКОТЕРМС), які застосовуються як при укладанні зовнішньоекономічних договорів (контрактів), так і у внутрішньому цивільному обороті.

Таким чином, важливість звичаїв як форми права та соціальних регуляторів в цілому є очевидною. Однак звертаємо увагу на те, що можливість їх застосування в щоденній підприємницькій діяльності на сьогодні є стриманою, скоріш за все, у зв'язку з відсутністю відповідного досвіду.

Щодо питання співвідношення права та звичаїв нам імпує китайський приклад. За приписами китайської юриспруденції важливим вважається те, щоб звичай «лі» не суперечить нормам позитивного права «фа». Дисгармонія між цими категоріями вважається хворобою суспільства і держави [9, с. 250].

Варто зазначити, що в Україні, для прикладу у корпоративних відносинах, для їх дієвості регулювання беруться до уваги не лише принципи корпоративного управління, а й дієвість соціальних регуляторів, зокрема звичаїв (звичаїв ділового обороту) тощо. Під корпоративним звичаєм, як правило, розуміється звичай, застосування якого забезпечується заходами впливу з боку корпорації, заходами заохочення або санкціями. При цьому слід відрізнити корпоративний звичай від звичаїв, що являють собою моральну норму, оскільки під корпоративним звичаєм розуміється правило, що склалося на основі постійного однакового повторення фактичних відносин. Наприклад, звичай дочекатися протягом 20 хвилин усіх членів загальних зборів, а у разі неявки більшості учасників вчиняти відповідно до статутних документів певні дії. Натомість звичаєва норма, або правовий звичай в системі джерел права, характеризується низкою особливостей, які відрізняють її від інших цивільно-правових регуляторів.

На думку Т. В. Кашаніної, теоретичне розуміння корпоративного звичаю слід тлумачити з огляду на застосування правил, які забезпечуються заходами впливу з боку корпорації (заохочення, санкцій

тощо). Відтак корпоративний звичай – це правило, що склалося на основі постійного й однакового повторення будь-яких фактичних відносин. Для нього характерні такі риси: 1) зв'язок з тривалим і одноманітним дотриманням відомих правил, що стали звичкою; 2) масовість виконання; 3) вимоги цього правила людина поширює не тільки на інших, а й на себе; 4) майже ніколи не суперечить нормам моралі і державному правопорядку [10, с. 90].

На сьогодні беззаперечним є той факт, що звичаї, зокрема звичаї ділового обороту, є поширеними, однак переважна його частина стосується міжнародного приватного права. Звичаю притаманний локальний характер, оскільки завжди стосується лише певної сфери цивільних відносин (суб'єктів, місцевості, виду діяльності тощо), наприклад, звичай ділового обороту – сфери підприємницької діяльності, звичаї порту – діяльності порту, морські звичаї тощо.

На жаль, доводиться констатувати, що кодекси корпоративного управління (про які згадується у ст. 33 Закону України «Про акціонерні товариства» [11], які розуміються як сукупність принципів, стандартів або правил поведінки, що стосуються питань управління товариствами та здійснення контролю) майже не застосовуються в Україні. Натомість практика їх запровадження, яка започаткована Великою Британією ще на початку 1990 року, активно підтримується іншими країнами протягом багатьох десятиліть [12, с. 366].

В Інформаційному листі від 07 квітня 2008 р. № 01-8/211 Вищим господарським судом України надано роз'яснення щодо звичаю (звичаю ділового обороту). Зазначається, що у випадку, якщо звичай визнаний господарським судом загальновідомим на підставі ч. 1 ст. 35 ГПК України, він не потребує доказування. В іншому випадку наявність звичаю, його застосування у певній сфері цивільних відносин, на певній території тощо згідно зі ст. 33 ГПК України має довести сторона, яка посилається на звичай як на підставу своїх вимог і заперечень. Як приклад наводиться усталена практика сторін при виконанні договору облігаторного перестрахування щодо надсилання повідомлень про настання страхової події засобами електронної пошти [13]. Не вдаючись до дискусії щодо розмежування правових звичаїв, ділових узвичаєнь та практики усталених відносин зазначимо, що ділові звичаї чи/або узвичаєння, які відіграють роль додаткових регуляторів корпоративних відносин, запроваджуються у межах певної професійної групи або певного виду професійної діяльності. При цьому, у разі формування звичаю ділового обороту, учасники намагаються закріпити їх у відповідних документах, запроваджуючи їх обов'язковість у практичну діяльність організації. Наприклад, Принципи корпоративного управління, затверджені Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку від 22 липня 2014 р. № 955 [14], які не мають сили нормативного акта, а містять рекомендаційний характер управління акціонерним товариством відповідно до міжнародних стандартів. У змісті зазначених Принципів розкривається сутність порядку здійснення органами управління акціонерних товариств своїх повноважень системи контролю за їх фінансово-господарською діяльністю, розкриттям інформації, додержанням прав акціонерів, реалізацією прав у відносинах з відповідними органами акціонерних товариств тощо.

Однак при позитивному ставленні до звичаїв в доктрині приватного права доводиться констатувати неоднозначний підхід законодавця. Так, у попередній редакції ч. 4 ст. 265 ГК України зазначалось, що умови договорів поставки *повинні* викладатися сторонами відповідно до вимог Міжнародних правил тлумачення термінів «Інкотермс». Очевидно, що такий імперативний припис не витримав перевірки часом, а тому у 2012 році були внесені зміни, відповідно до яких сторони для визначення умов договорів поставки мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі Кодексом чи законами України. На нашу думку, саме такий підхід законодавця є правильним, адже немає підстав визнавати договір недійсним чи укладеним лише у разі відсутності вказівки на правила Інкотермс (п. 3 Інформаційного листа ВГСУ від 07.04.2008 р. № 01/8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»).

Отже, можна підсумувати, що сама собою фіксація певних правил поведінки в корпоративних відносинах не є доказом того, що ті чи інші правила є звичаєм (звичаєм ділового обороту) тощо. Адже відповідно до ст. 630 ЦК України типові умови договорів певного виду, оприлюднені у встановленому порядку, можуть застосовуватися як звичаї ділового обороту лише у разі, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК України. У корпоративних правовідносинах звичаю, в тому числі звичаю ділового обороту тощо, надається роль додаткового регулятора. Адже більшість положень ЦК України, зокрема ст. 526, 527, 531, 532, 538, 539, 613, 627, 652 та інших, не визначають імперативно відповідних правил поведінки, а лише вказують на їх існування серед звичаєвих норм. У більшості випадків сторонам надається можливість самостійно врегулювати свої відносини. І лише у випадку не використання такої можливості самостійно, а також у разі відсутності врегулювання нормами законодавства договору тощо застосовуються звичаєві норми.

Наведений підхід застосування звичаєвих правил зберігається й у зарубіжному законодавстві. Так, в корпоративному законодавстві Польщі наводиться теза, що джерелами права товариств також слід вважати так зване м'яке право (soft law), тобто положення, які не мають загальнообов'язкової сили (звичаї, правила корпоративного управління, судова практика, правова доктрина, а також право, що міститься у договорах, положеннях договорів про застосування товариств, статuti, акти органів тощо) [15, с. 125].

Розглядаючи звичай як форму (джерело) права і як юридичний факт, доходимо висновку, що звичай формується на підставі своєї повторюваності, масовості виконання в межах норм моралі, а не «за велінням». Натомість звичаєві умови, наприклад у корпоративному управлінні, вважаються загальноприйнятими правилами, які сприяють накопиченню колективного досвіду, досвіду проведення співбесід, домовленостей про співпрацю тощо. Такі звичаєві правила не можуть вважатися юридичними фактами та слугувати підставою виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин.

З огляду на наведене доходимо висновку, що дуалізм звичаю в приватному праві проявляється насамперед в тому, що в механізмі правового регулювання цивільних відносин звичай, з одного боку, може виступати регулятором цих відносин, а з іншого – передумовою, інколи підставою їх виникнення, зміни чи припинення. Недотримання звичаїв, тобто будь-яка дія (бездіяльність) чи подія, що відображає суспільно-індивідуальні, конкретні і реально існуючі обставини дійсності, вважатиметься юридичним фактом, настання якого призводитиме до юридичних наслідків для суб'єктів.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Общая теория права и государства. Учебник. Под ред. В. В. Лазарева. Москва: Юристь, 1996. С. 113.
2. Поздняков Э. А. Философия государства и права. Москва, 1995. С. 207–210.
3. Тайлор Эд. Б. Антропология (Введение к изучению человека и цивилизации). Пер. с англ, док. И. С. Ивина с предисл. П. Л. Лаврова. Изд. 3-е, сверенное с последним английским изданием. С.-Петербург, 1908. С. 396–397.
4. Майданик Р. А. Система источников гражданского права Украины. Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у 2-х томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 37–46.
5. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія. К.: Правова єдність, 2009. С. 98–99.
6. Правила гри у футбол. URL: <http://www.rules.com.ua> (дата звернення: 03.10.2018).
7. Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного суда. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010) (дата звернення: 02.10.2018).
8. Методологія дослідження проблем цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна (26 травня 2012 р.). Харків: Харківський національний університет внутрішніх справ, 2012. 465 с.
9. Кычанов В. И. Основы средневекового китайского права. Москва, 1976. С. 249–253.
10. Кашанина Т. В. Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ): учеб. для вузов. Москва: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М. КОДЕКС, 1999. С. 89–90.
11. Про акціонерні товариства. Закон України від 17.09.2008 р. (в редакції від 11.06.2017 р.). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 15.09.2017).
12. Корпоративне право України: підручник. Київ. Юрінком Інтер, 2010. С. 366.
13. Постанова ВГСУ від 04.08.2009 р. № 37/111. URL: [www.arbitr.gov.ua](http://www.arbitr.gov.ua) (дата звернення: 14.10.2018 р.).
14. Про затвердження Принципів корпоративного управління від 22.07.2014 р. № 955. URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/KL140337.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KL140337.html) (дата звернення: 16.12.2018).
15. Корпоративне право Польщі та України: монографія / Васильєва В. А., Гербет Анджей, Ковалишин О. Р. [та ін.]; за ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. 377 с.

#### **Pleniuk M. Dualism confirmed: normative prescriptions and legal facts**

The article is devoted to the analysis of the custom in the private Law of Ukraine as a normative prescription and legal fact. It has been established that the practice of dualism manifests itself in the fact that in the mechanism of legal regulation of civil relations, the custom, on the one hand, can act as a regulator of these relations, and on the other – a prerequisite, sometimes the basis for the emergence, change or termination of civil legal relations.

**Keywords:** custom, legal conditions, customary conditions, legal fact, normative prescriptions, normative-legal act, civil relations.

## ПЕРЕКЛАД НА УКРАЇНСЬКУ МОВУ ACQUIS COMMUNAUTAIRE В ПРОЦЕСІ РЕАЛІЗАЦІЇ ІНТЕГРАЦІЙНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ УКРАЇНИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.12>

**Янчук І. А.,**

*кандидат філологічних наук, старший науковий співробітник відділу методології приватноправових досліджень НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України*

*Розглядається переклад на українську мову актів Європейського Союзу *acquis communautaire*. Розрізняються підходи до застосування перекладу в галузі права. Висвітлюється законодавче забезпечення та порядок здійснення офіційного перекладу.*

**Ключові слова:** *офіційний переклад, *acquis communautaire*, законодавство про порядок здійснення перекладу на українську мову.*

На шляху вирішення приватноправових проблем реалізації Євроінтеграційної стратегії України варто зосередитися на деяких аспектах, які пов'язані з опрацюванням і засвоєнням іншомовного законодавства, з особливостями вживання мовних засобів у галузі права, а також приділити увагу мовним закономірностям, правилам, тенденціям і механізмам, які формують юридичну термінологічну систему в процесі створення правових дефініцій, зумовлюють їх функціонування, забезпечують втілення фахового юридичного перекладу, що зрештою повною мірою спрямовується на з'ясування і осмислення суті правових документів, досягнення справедливого правового рішення, виконання Україною взятих на себе зобов'язань адаптувати своє законодавство у визначених сферах до відповідного законодавства Європейського Союзу. «Сторони визнають, що важливою умовою для зміцнення економічних зв'язків між Україною та Співтовариством є зближення існуючого і майбутнього законодавства України з законодавством Співтовариства. Україна вживе заходів забезпечення того, щоб її законодавство поступово було приведене у відповідність до законодавства Співтовариства», – так зафіксовано ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами (далі – Угода) [1]. До того ж, Співтовариство надає Україні належну технічну допомогу з метою здійснення цих заходів, яка може включати, зокрема: обмін експертами; завчасне надання інформації, особливо стосовно відповідного законодавства; організацію семінарів; професійну підготовку; допомогу у здійсненні перекладу законодавства Співтовариства у відповідних секторах (п. 3 ст. 51 Угоди).

Інтеграція (від лат. *integration* – поповнення, відновлення) як об'єднання в ціле будь-яких окремих частин (Словник іншомовних слів. Київ. Головна редакція української радянської енциклопедії АН УРСР, 1974. С. 286) передбачає зближення, об'єднання, розвиток, формування систем, глибокі й стійкі зв'язки, розширення і зміцнення діяльності, а також вдосконалення відносин в основних галузях соціально-економічного та суспільно-політичного життя, науки та сучасних технологій багатьох держав і народів.

Євроінтеграційні процеси незалежної правової держави Україна спрямовуються на засвоєння, застосування та адаптацію (від лат. *adaptation*, від *adapto* – пристосовую) її внутрішнього законодавства до законодавства Європейського Союзу.

Вивчення сфери діяльності Європейського Союзу, бажання і намір вступити до цього Союзу, увага та звернення до законодавства ЄС суттєво уточнює поняття адаптації правової системи загалом і законодавчої системи зокрема. Адаптацію розглядають як послідовне втілення комплексу односторонніх заходів, що застосовуються державами, які висловили своє бажання вступити до ЄС, країнами-замовниками, які мають намір вступити до ЄС, з метою приведення свого законодавства відповідно до законодавчої системи Європейського Союзу, яка включає акти законодавства Європейського Союзу (хоча й не обмежується ними), прийняті і в рамках Європейського Співтовариства, спільної зовнішньої політики та політики безпеки, співпраці у сфері юстиції і внутрішніх справ.

Законодавство ЄС звертається передусім до держав – членів Європейського Союзу. Проте чимало держав Європи, які на сьогодні не є членами ЄС, висловлюють своє бажання вступити до ЄС. Серед них і Україна, яка перш ніж вступити до ЄС має виконати одну з основних умов прийняття до ЄС – привести свою законодавчу систему відповідно до обов'язкового мінімуму законодавства Європейського Союзу. Такий обов'язковий мінімум отримав назву *acquis communautaire*, що в перекладі з французької означає *добробок співдружності, добробок спільноти*.

Інтеграційні процеси, які охоплюють прийняття, усвідомлення, засвоєння і застосування *acquis communautaire*, виявляють лінгвістичну діяльність і заходи практичного спрямування, в яких задіяні мовні ресурси, норма й правила, знання рідної української мови й мови європейського юридичного документа, висока фахова підготовка перекладача й спеціальні знання в галузі права. Така мовна

складова має прагматичне призначення і передбачає правильне тлумачення і усвідомлення *acquis communautaire*, який постійно змінюється, узагальнюється і охоплює зміст, принципи та політичні цілі угод; закони, ухвалені на виконання угод, та рішення Суду ЄС; декларації та резолюції Союзу; заходи в галузі спільної зовнішньої та безпекової політики; заходи у сфері правосуддя та внутрішніх справ; міжнародні угоди, укладені Спільнотою, а також державами-членами між собою у сфері діяльності Союзу. Такі спільні права та зобов'язання є обов'язковими для виконання в усіх країнах – членах Європейського Союзу.

Держава Україна, яка визначила вступ до Європейського Союзу як пріоритетний, має сприйняти доробок Союзу, залучаючи до цього мовний ресурс та обираючи ефективні засоби донесення юридичного змісту документів ЄС українською мовою, серед яких адекватний професійний переклад фаховою українською мовою набуває першочергового значення.

За визначенням Енциклопедії української мови, перекладознавство є наукою про переклад як процес і як результат відтворення інформації (тексту, усного повідомлення тощо), вираженої однією мовою за допомогою засобів іншої мови (Енциклопедія української мови. К.: Видавництво «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 2000. С. 430). Енциклопедія української мови дає широке визначення перекладу, приділяючи увагу, в першу чергу, особливостям художнього перекладу світової класики, збереженню у перекладі індивідуального авторського стилю тощо. Метою ж перекладу юридичного документа є наразі дотримання максимально правильного й зрозумілого відтворення змісту самого тексту документа *acquis communautaire*, тобто суто практичні й прагматичні завдання. Тому разом із загальними вимогами до перекладу, якість виконання яких залежить, насамперед, від компетенції і фаховості перекладача, обов'язковими також є такі, як дотримання затверджених процедур і порядку перекладу українською мовою юридичних документів у вигляді угод, актів, законів тощо. Зважаючи на те, що для такого виду перекладу необхідно здійснювати юридичні процедури й враховувати мовні особливості юридичного документа, мовознавець О. А. Шаблій, яка досліджує проблеми, методи й перспективи перекладів юридичних текстів, виокремлює такі переклади в окремий вид фахового перекладу експертного типу [2, с. 238–250] і обґрунтовує це тим, що, по-перше, метою офіційного юридичного перекладу є відтворення правової дії тексту перекладу у правовій системі-реципієнті; завдяки відповідним юридичним процедурам офіційний юридичний переклад стає джерелом права або правовою підставою, тому для того, щоб адекватно передати волю інституційного автора (законодавця, державного органу тощо), необхідно використовувати спеціальні методи юридичного тлумачення та методи порівняльного правознавства; по-друге, результат юридичного перекладу виконує ще й вторинні функції – слугує матеріалом для наукових досліджень та джерелом нормативних міжкультурних термінологічних еквівалентів; неофіційний юридичний переклад (переклад наукової правничої літератури тощо) виконується не лише з метою інформування адресата перекладу про юридичну теорію і практику іноземної правової культури, він стає складовою національної правничої думки (міжкультурного правничого дискурсу); по-третє, правові системи залежні від систем відповідних національних (державних) мов (правові поняття та норми побудовані за законами конкретної мови та з урахуванням національних традицій правничої терміносистеми) та є частиною національних культур (мораль, традиції, звичаї, політично-ідеологічні чинники, сучасні тенденції відображаються у чинному праві та правовій культурі; правові поняття та норми сформульовані за правилами національної нормотворчої техніки тощо), тому кожна перекладна комбінація (напр., французько-український чи німецько-український юридичний переклад) потребує окремих теоретичних та методичних розробок [3, с. 110–112].

На розвиток всебічно обґрунтованої думки О. А. Шаблій, звернемося до українського законодавства, яке стосується таких важливих питань, як здійснення і реалізація офіційного перекладу на українську мову стосовно міжнародних документів. Постановою Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 512 затверджено Порядок здійснення перекладу на українську мову актів Європейського Союзу *acquis communautaire*, пов'язаних з виконанням зобов'язань України у сфері європейської інтеграції (далі – Порядок) [4]. Цей Порядок визначає процедуру здійснення перекладу на українську мову актів Європейського Союзу *acquis communautaire* (далі – акти *acquis* ЄС), пов'язаних з імплементацією Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергетики і їхніми державами-членами, з іншої сторони, виконанням інших міжнародно-правових зобов'язань України у сфері європейської інтеграції. У цьому Порядку визначаються терміни, які набувають такого значення (п. 2–12 Порядку).

Орієнтовний план перекладу актів *acquis* ЄС – план перекладу актів *acquis* ЄС на українську мову в наступному календарному році, підготовка якого здійснюється відповідно до Регламенту Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18 липня 2007 р. № 950 (Офіційний вісник України. 2007. № 54. Ст. 2180; 2011. № 88. Ст. 3199).

Переклад акта *acquis* ЄС – адекватний та еквівалентний виклад українською мовою тексту акта *acquis* ЄС.



Термінологічна перевірка – встановлення відповідності, доречності вживання термінів у перекладі актів *acquis* ЄС на основі дво- або тримовних глосаріїв термінів ЄС, що вживаються в актах *acquis* ЄС та законодавстві України у відповідних сферах.

Затверджений переклад акта *acquis* ЄС – переклад акта *acquis* ЄС, стосовно якого проведено термінологічну перевірку, до якого внесено редакційні зміни та який затверджено відповідно до цього Порядку (п. 2 Порядку).

Перекладу на українську мову підлягає версія акта *acquis* ЄС, яка завантажується з офіційного веб-порталу Європейського Союзу (<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>) та є повним текстом акта з урахуванням усіх змін, доповнень і виправлень, які набрали чинності до початку здійснення такого перекладу (оригінальна або консолідована версія) (п. 3 Порядку).

Для забезпечення достовірності перекладу акта *acquis* ЄС з англійської мови враховується текст, складений іншою офіційною мовою ЄС (п. 4 Порядку).

Переклад акта *acquis* ЄС надсилається Урядовим офісом з питань європейської та євроатлантичної інтеграції Секретаріату Кабінету Міністрів України (далі – Урядовий офіс) до ініціатора, який подав запит на здійснення такого перекладу та є відповідальним за виконання зобов'язань України, зокрема наближення законодавства України до законодавства ЄС (далі – ініціатор), для проведення у розумний строк термінологічної перевірки перекладу акта *acquis* ЄС та у разі потреби подання відповідних пропозицій щодо внесення редакційних змін з урахуванням особливостей фахової термінології (п. 6 Порядку).

За результатами термінологічної перевірки перекладу акта *acquis* ЄС ініціатор надає Урядовому офісу у разі потреби пропозиції щодо внесення редакційних змін стосовно вживання термінів у перекладі акта *acquis* ЄС, що підлягають розгляду Урядовим офісом щодо їх адекватності, обґрунтованості та відповідності (п. 7 Порядку).

Після завершення розгляду пропозицій щодо внесення редакційних змін за результатами термінологічної перевірки та редагування перекладу акта *acquis* ЄС Урядовим офісом забезпечується шокварталу включення інформації про перекладені акти *acquis* ЄС до порядку денного засідання урядового комітету, до компетенції якого належать питання європейської, євроатлантичної інтеграції, після затвердження їх перекладу Урядовим офісом (п. 8 Порядку).

Переклад акта *acquis* ЄС, підготовлений відповідно до цього Порядку, протягом 15 робочих днів з дати затвердження публікується на Єдиному веб-порталі органів виконавчої влади та надсилається ініціатору. Затверджений переклад акта *acquis* ЄС в електронному вигляді у форматі PDF зберігається в Урядовому офісі на електронних носіях (п. 11 Порядку).

Змінений, доповнений чи виправлений згідно з п. 8 цього Порядку переклад акта *acquis* ЄС, підготовлений відповідно до цього Порядку, протягом 15 робочих днів з дати затвердження публікується на Єдиному веб-порталі органів виконавчої влади та надсилається ініціатору, який подав запит на внесення змін, доповнень чи виправлень до такого перекладу (п. 12 Порядку).

У тексті Постанови Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 512 не вживається термін *офіційний переклад*. Проте, виходячи з того, яка увага приділяється юридичним процедурам, послідовності виконання дій щодо здійснення перекладу, термінологічним поясненням, максимальній регламентації процесу перекладу актів ЄС, визначенню єдиного спеціально створеного органу, відповідального за здійснення перекладу та проведення термінологічної експертизи, забезпеченню досягнення об'єктивності та якості перекладу, то без сумніву йдеться саме про офіційний переклад, тим більше, що розуміння і визначення поняття *офіційний переклад* міститься у Порядку здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову, який був затверджений Постановою Кабінету Міністрів України раніше, а саме, 17 березня 2006 р. (далі – Порядок здійснення офіційного перекладу) [5]. Ця Постанова Кабінету Міністрів України від 17 березня 2006 р. № 353 визначає поняття таким чином: поняття *офіційний переклад* означає автентичний виклад українською мовою тексту багатостороннього міжнародного договору України, складеного мовою, іншою, ніж українська (п. 1 Порядку здійснення офіційного перекладу).

Введення до законодавчо визначеного лексикону такого поняття, як *офіційний переклад* надає можливість розуміти його однозначно, сприймати порядок здійснення офіційного перекладу як обов'язкову ознаку, застосовувати його, враховуючи відповідні юридичні процедурні моменти та мовні особливості й загалом вживати його як усталений термін. Така властивість *офіційного перекладу* надає змогу навіть застосовувати його коротко, а саме – *переклад*, маючи на увазі визначення саме *офіційного перекладу*. Проте варто нагадати, що переклад (навіть нормативного акта) може бути імпліцитним або експліцитним.

Імпліцитний підхід до перекладу пояснюється тим, що особа, яка працює з іншомовними юридичними текстами і перекладає законодавчі акти, наукову літературу, інші джерела права, досконало володіє як мовою оригіналу, так і українською мовою, тобто такий свідомий переклад особи має суто прагматичне значення, інформаційне спрямування і, як правило, особистісну мотивацію,



що дозволяє особі не звертатися до обов'язкових юридичних процедур, а здійснювати переклад для себе – усно, спонтанно, уривками, не всього тексту тощо. Переваги такого перекладу очевидні – глибоке, всебічне розуміння з можливістю співставляти, порівнювати, аналізувати, виокремлювати головне. Але такий *імпліцитний переклад* передбачає високий рівень володіння мовами ( у перекладі можуть бути задіяні більше ніж дві мови), що трапляється, на жаль, не часто, здійснюється однією особою, тому має характерні ознаки суб'єктивного сприйняття (хоча й професійного) і не може гарантувати очевидного, розгорнутого, доступного зовнішньому спостереженню розуміння юридичного документа. Стосовно законодавчих актів такий переклад є неофіційним, тому так важливо дотримуватися вимог і правил *експліцитного перекладу*, де всі учасники, дослідники, вчені й учні послуговуються єдиним варіантом перекладу. Правда, виникає питання, як досягти максимальної об'єктивності, яка є необхідною в експліцитному перекладі, і як її гарантувати.

Досягнення максимальної об'єктивності в процесі створення україномовного варіанта джерел *acquis communautaire* здійснюється шляхом максимальної регламентації процесу перекладу актів *acquis*, створення системи методологічного забезпечення перекладачів та відповідного експертного контролю якості та об'єктивності перекладу. Відлік формуванню цього механізму покладено з ухваленням на 12-му засіданні Рішення Міжвідомчої координаційної ради з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу 17 листопада 2003 р. щодо Єдиного підходу до формування щорічних орієнтовних планів перекладів актів європейського права на українську мову [6].

Таким чином, правильне розуміння іноземного юридичного документа зумовлюється відтворенням інформації у вигляді перекладу, в якому застосовуються засоби другої мови, фахові знання, відбивається загальний рівень культури мови і досвід перекладача, рівень його підготовки й освіти. Залежно від мети й обставин використання таке явище, як переклад, може набувати ознак імпліцитного перекладу або експліцитного перекладу. В обох випадках використовуються найбільш вдалі еквіваленти, відповідники й варіанти рідної мови. Будь-який різновид перекладу має практичне спрямування задля пізнання і вивчення процесу адаптації *acquis communautaire*. Як імпліцитний, так і експліцитний підходи щодо перекладу мають свої переваги й недоліки. Проте тільки *офіційний переклад* забезпечує об'єктивне розуміння міжнародного юридичного документа шляхом створення адекватних «запобіжників» у вигляді максимальної регламентації процесу перекладу актів *acquis*, створення системи методологічного забезпечення перекладачів та відповідного експертного контролю якості та об'єктивності перекладу. Максимальна регламентація процесу перекладу актів Європейського Союзу, наявність єдиного спеціально створеного органу, відповідального за здійснення перекладу та проведення термінологічної експертизи, забезпечують досягнення ознак об'єктивності й якості *офіційного перекладу*.

Імпліцитний переклад виконує важливу функцію донесення відповідної інформації до слухача або читача, сприяє обміну думками, висвітлює позицію самого автора перекладу, допускає індивідуальний підхід перекладача до юридичних явищ і процесів, не обмежує перекладача у виборі необхідної кількості нормативного матеріалу, допускає суб'єктивне бачення і тлумачення іншомовних юридичних джерел. Оскільки такі переклади досить часто мають ознаки оціночних суджень і суб'єктивності, то як в усному, так і в друкованому вигляді варто супроводжувати їх відповідними роз'ясненнями або посиланнями із зазначенням автора перекладу.

За умов, коли переклад є офіційним, обов'язковим є посилання на джерело опублікування перекладу (відповідно до п. 11 та 12 Порядку). Зазначимо також, що за непорозуміння і недоречності, які виникають у зв'язку із неоднозначним розумінням і тлумаченням через застосування неофіційного перекладу, несе відповідальність сам перекладач, обґрунтовуючи це своєю особистою компетенцією, знаннями, вміннями тощо. У випадку офіційного перекладу міжнародних угод, договорів, законів, декларацій держава Україна розробила ряд заходів щодо порядку здійснення офіційного перекладу міжнародних договорів на українську мову, якого треба неухильно дотримуватися з метою правильного й однозначного розуміння і тлумачення міжнародних угод, договорів, законів, декларацій і резолюцій – всього обсягу *acquis communautaire*, який є обов'язковим щодо виконань Україною своїх зобов'язань у сфері європейської інтеграції.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Угода про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998\\_012](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_012) (дата звернення: 12.02. 2019).
2. Шаблій О. А. Німецько-український юридичний переклад: методи, проблеми, перспективи. Монографія. Ніжин: ПП Лисенко М. М., 2012. С. 238–250.
3. Шаблій О. А. Юридичний переклад як складова юридичної діяльності // Українська мова в юриспруденції: стан, проблеми, перспективи: тези доп. VIII Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 30 листопада 2012р.); ред. кол.: В. В. Коваленко, О. М. Джу́жа, М. В. Костицький та ін. К.: Нац. акад. внутр. справ, 2012. С. 110–112.

4. Порядок здійснення перекладу на українську мову актів Європейського Союзу *acquis communautaire*, пов'язаних з виконанням зобов'язань України у сфері європейської інтеграції: затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 512. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/512-2017-p?lang=en> (дата звернення: 15.02.2019).

5. Порядок здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову: затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 17 березня 2006 р. № 353. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/353-2006-%D0%BF> (дата звернення: 07.02.2019).

6. Рішення Міжвідомчої координаційної ради з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу 17 листопада 2003 р. URL: <http://search.liga.zakon.ua>. (дата звернення: 10.02.2019).

**Yanchuk I. Translation into the Ukrainian language of the *acquis communautaire* in the process of implementing the integration obligations of Ukraine**

*The translation into the Ukrainian language of the acts of the European Union *acquis communautaire* is considered. Different approaches to the application of translation in the field of law. It covers the legislative framework and the procedure for the official translation.*

**Key words:** official translation, *acquis communautaire*, legislation on the procedure for translating into Ukrainian.

ПЕРСПЕКТИВИ ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВІДНОСИН  
ОБІГУ КРИПТОВАЛЮТ В УКРАЇНІ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.13>

**Бернацький М. В.,**

*кандидат юридичних наук, науковий співробітник відділу методології приватноправових досліджень  
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті розглядаються підходи до розуміння криптовалюти, можливості правової класифікації цього феномена та перспективи правового врегулювання правовідносин щодо криптовалюти в Україні. Досліджується іноземний досвід регулювання правовідносин щодо криптовалют, вітчизняні наукові позиції та перспективне законодавство.*

**Ключові слова:** криптовалюта, гроші, цінні папери, безготівкові розрахунки.

Регулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з обігом криптовалют, на сьогодні є вкрай актуальним. Світ познайомився із явищем, яке має поки що хоч і не вирішальний вплив на економіку країн, однак □ лавиноподібний характер. Окрема проблема виникає також у зв'язку із використанням криптовалют у злочинній діяльності. Суть проблеми полягає у тому, що криптовалюти використовують як засіб платежу, який неможливо зафіксувати, відслідкувати, оподатковувати, контролювати тощо. Тобто на сьогодні в більшості країн світу криптовалюти знаходяться поза межами правового регулювання або заборонені взагалі. Однак такі методи зовсім не зупиняють їх обіг. Не помічати або оголошувати криптовалюти поза законом – це не вирішення, а прямий шлях до переходу цих відносин у тінь та, як наслідок, – повна втрата контролю за рухом та накопиченням цього сучасного блага.

Також відсутність адекватного регулювання правовідносин, у яких застосовується криптовалюта, створює підґрунтя для приховування джерел прибутку.

**Аналіз останніх досліджень.** На сьогодні досліджують питання криптовалют такі вчені, як: В. В. Посполітак, В. М. Махінчук, С. Є. Чаплян. Також тему грошей як об'єкта правовідносин досліджували О. П. Подцерковний та А. М. Ісаєв.

**Метою статті** є визначення правової природи криптовалюти на базі досвіду країн, які вже надали певну класифікацію цьому феномену, та перспектив врегулювання правовідносин щодо криптовалют в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Від моменту виникнення найпопулярнішої криптовалюти – Біткойну пройшло десять років, було створено велику кількість криптовалют, що використовуються у всьому світі, де є доступ до мережі Інтернет, однак єдності щодо правової характеристики цього феномена немає і донині.

Як зазначав автор Біткойну Сатосі Накамото, особа якого донині залишається нерозкритою, основною метою створення самого Біткойну було створення системи електронних грошей, яка б надавала можливість здійснювати електронні транзакції, оминаючи будь-які фінансові інститути [17]. «Екосистема» Біткойну створювалась з метою розроблення такого виду розрахунку між особами, який повністю буде відбуватися на приватному рівні, без будь-якого втручання з боку держави або приватних фінансових інститутів чи посередників. Вона буде вільною від контролю, блокування, втручання іншого характеру. З іншого боку, саме завдяки залученню великої кількості приватних суб'єктів та використанню спеціального алгоритму розподілених обчислень було забезпечено захист системи від стороннього втручання з метою спотворення даних.

Перш за все, варто визначитися з термінологією. Враховуючи мету цієї статті англійський термін *cryptocurrency* (або *crypto currency*) перекладаємо українською як криптовалюта. Такий переклад є загальноживаним, однак використання цього терміна не означає, що автор поділяє думку про те, що криптовалюта є виключно грошима (різновидом валюти).

Основною ідеєю створення першої криптовалюти – Біткойну було все ж виведення розрахунків між приватними особами з-під контролю органів влади та великих комерційних структур.

У будь-якому випадку криптовалюти розглядаються як цінність. Більше того, вони на сьогодні мають реальну вартість, оскільки їх можна продати за реальну валюту, що визнана законним засобом платежу, або обміняти на реальні цінності, такі як об'єкти нерухомості або послуги [2, 7].

На початку розглянемо можливість використання криптовалют в Україні в якості грошей. Для того щоб це зробити, необхідно дослідити напрацьовані в літературі підходи до грошей та спробувати, за можливості, поширити такі висновки щодо криптовалюти.

У науковій літературі виділяють такі функції грошей:

– міра вартості – гроші вимірюють вартість товарів;

– засоби обігу – гроші виконують функцію оплати за товари та послуги, тим самим опосередковуючи їх обіг;

- засіб платежу □ на відміну від засобу обігу, гроші можуть виступати як засіб платежу без зустрічної передачі товару у той самий час (кредит) або взагалі (сплата податків і зборів);
- тезаврація – вилучення з обігу частини власних коштів з метою накопичення;
- світові гроші – поширення єдиного фінансового процесу на об'єднання та співтовариства держав;
- офіційний платіжний засіб – закріплений в законодавстві платіжний засіб [15, с. 284–286].

Розглядаючи зазначені функції грошей, варто проаналізувати, чи можливе їх виконання криптовалютами.

На сьогодні виступати мірою вартості криптовалюти поки що не можуть, оскільки сама вартість криптовалюти встановлюється через її прив'язку до однієї з резервних валют, таких як долар або євро. Криптовалюти можуть виступати як засіб обігу за умови згоди обох сторін на визнання оплати за товар або послугу криптовалютою належним виконанням сторони свого зобов'язання з оплати. Як засіб платежу криптовалюта може застосовуватись з певними застереженнями. Так, отримання та сплата кредиту у криптовалюті можлива, однак фактично це не буде кредит, а скоріше позика, оскільки вона здійснюватиметься приватною особою для іншої приватної особи на умовах, що визначені сторонами в конкретному випадку. Відповідно до ст. 1054 ЦК України кредит може бути наданий виключно банком або іншою фінансовою установою. Тому надання криптовалюти приватною особою, яка не є банком або фінансовою установою, відповідно до українського законодавства не є кредитом. Практика надання позик у криптовалюті існує і здійснюється на р2р (peer-to-peer) біржах криптовалют [5]. Сплата податків у криптовалюті можлива, наприклад, в американському штаті Огайо [3] та канадському місті Іннісфіл [4]. Така практика існує, однак вона є непопулярною, а радше застосовується місцевими органами влади для створення сприятливого економічного клімату для розвитку інноваційних технологій у конкретному регіоні, оскільки на сьогодні велика кількість стартапів застосовує як розрахунки загалом так і метод залучення інвестицій зокрема криптовалюти. Функція тезаврації (накопичення) для криптовалюти є дуже популярною, оскільки вона має певний побічний ефект. За рахунок коливання курсу криптовалюти до фіатних або резервних валют просте накопичення криптовалюти може приносити прибуток за умови, якщо її було придбано за ціною нижчою, ніж буде продано в майбутньому. Тому вилучення з обігу та збереження певної кількості власної криптовалюти можливе та часто є доцільним, а для більшості – суттєвим способом збільшення власного капіталу у національній валюті або одній із резервних (долар США, євро, японська йена, британський фунт та ін.). Функцію світових грошей криптовалюти виконувати не можуть, оскільки з тих чи інших причин уряди країн поки що не застосовують в розрахунках між собою криптовалюту та не поспішають впроваджувати систему розрахунку криптовалютою не те що транскордонно, а й в середині окремих країн. Застосування як офіційного платіжного засобу можливе також із великими застереженнями. Фактично офіційний платіжний засіб виконує дві функції: нормативне закріплення можливості сплати національних податків у зазначеній валюті та визнання як законного засобу платежу. Кредитор втрачає право на одержання відсотків за період відмови від прийняття платежу законним платіжним засобом, а також зобов'язаний компенсувати боржникові збитки, що виникають в останнього у зв'язку з неприйняттям грошей кредитором [8, с. 91]. Як експеримент криптовалюта Petromoneda як законний платіжний засіб було створено та введено у Венесуелі. Однак фактично такий експеримент зазнав краху, оскільки парламент Венесуели констатував порушення Конституції під час створення зазначеної криптовалюти, а сама вона у незалежному публічному каталозі первинних розміщень токенів (ICOindex) отримала статус Scam (афера, фінансова махінація). Більше того, Petromoneda загалом спеціалістами не відноситься до криптовалют, хоча президент Венесуели позиціонує Petromoneda як криптовалюту [1].

З наведеного вище можна зробити висновки, що криптовалюти здатні виконувати певні функції грошей, однак на сьогодні відсутні прецеденти повного визнання криптовалют як одного з виду валюти та таким чином надання їй можливості безперешкодно виконувати всі функції грошей.

Окремо О. П. Подцерковним визначаються юридичні ознаки грошей. Основною юридичною ознакою грошей є наявність закону, як правило конституційного, що встановлює вид і номінал грошової одиниці. І якщо інші об'єкти майнових прав можуть так чи інакше існувати поза прямим державним регулюванням, то гроші, за відсутності державного санкціонування, є ні чим іншим, як одним із предметів, певних родових ознак, які не наділяються юридичними властивостями грошей. Це означає, що несанкціоновані законом предмети, що навіть володіють більшістю економічних властивостей грошей (як, наприклад, злитки золота), все ж ніколи не набудуть юридичних властивостей грошей, про які піде мова далі. Другою юридичною ознакою грошей є грошова одиниця, виражена в певному номіналі, що дозволяє враховувати гроші при погашенні майнових боргів. Третьою юридичною ознакою грошей може бути названа натурально-речовинна визначеність грошового знака, що полягає в наявності формалізованих вичерпних зовнішніх і внутрішніх характеристик, що ідентифікують даний предмет. Четвертою ознакою виступає наявність організованої державою грошової системи, правил емісії та форм обігу грошей. П'ятою юридичною ознакою є наявність мір юридичного

забезпечення легальної платіжної сили грошей, які полягають у тому, щоб забезпечити використання грошей як засобів погашення боргів [8, с. 90].

Основоположною юридичною властивістю грошей □ нормативним закріпленням виду та номіналу грошей □ криптовалюти не володіють. Натомість вони можуть набувати різних видів, створюватись всіма бажаними, і єдині правила, які встановлюються щодо них, є правила роботи алгоритмів, на яких базується функціонування тої чи іншої криптовалюти.

У 2017 р. Національний банк України, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку і Національна комісія, що здійснює регулювання у сфері ринків фінансових послуг випустили спільний прес-реліз під назвою «Спільна заява фінансових регуляторів щодо статусу криптовалют в Україні» [13], в якому зазначалось, що з огляду на чинні норми законодавства України поняття «криптовалюта» та регулювання операцій з нею не підпадають під режим регулювання:

– обігу грошових коштів. Оскільки криптовалюта не існує у формі банкнот, монет, записів на рахунках у банках, вона не може бути визнана грошима (грошовими коштами, коштами, грошовими знаками) у трактуванні українського законодавства;

– валютного законодавства. Оскільки криптовалюта не має прив'язки до грошової одиниці жодної з держави, вона не може бути визнана валютою або законним платіжним засобом іноземної держави, та не є валютною цінністю в трактуванні валютного законодавства;

– обігу електронних грошей та використання платіжних засобів. Оскільки криптовалюта не випускається банком і не є грошовим зобов'язанням певної особи, вона не може бути визнана електронними грошима;

– цивільних правовідносин щодо регулювання діяльності із цінними паперами. У криптовалюти відсутні ознаки документа та емітента, а саме: немає установленної форми документа з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право, немає визначення взаємовідносин емітента цінного папера (особи, яка видала цінний папір) і особи, яка має права на цінний папір, та не передбачає виконання зобов'язань за таким цінним папером, а також можливості передачі прав на цінний папір та прав за цінним папером іншим особам. А отже, криптовалюта не може бути цінним папером.

Крім того, у криптовалюти відсутні ознаки документа у вигляді грошових знаків, відсутній емітент, а також відсутня мета виготовлення. Таким чином, криптовалюта не може бути визнана грошовим сурогатом (згідно з його визначенням у Законі України «Про Національний банк України»).

Зазначені висновки, з одного боку, ілюструють неможливість віднесення криптовалют до існуючих об'єктів, визначення яких міститься в законодавстві, а з іншого – може вказувати на те, що сучасне законодавство України не таке вже й сучасне, оскільки існування певного феномена в цифровому просторі, що одночасно опосередковує товарообіг, може виступати платіжним засобом, засобом накопичення, не знайшло адекватного відображення в законодавстві, а відносини щодо цього феномена жодним чином не врегульовані.

Криптовалюти є різновидом так званих блокчейн-токенів. Слід зробити застереження, що повністю ототожнювати криптовалюту та блокчейн-токени є помилкою, оскільки криптовалюта, фактично, є саме різновидом блокчейн-токену. Однак використання одних і тих самих технологій накладає обов'язок розглянути інший різновид блокчейн-токену, який може бути розцінено як цінні папери.

Блокчейн-токен – це створений на технології блокчейн цифровий актив, який має певну цінність (найчастіше економічну, у виняткових випадках репутаційну або іншу нематеріальну цінність) і який можна отримати в обмін на фіатні гроші або криптовалюту, за певну активність або безоплатно – в залежності від призначення токена і умов його поширення. Токен може використовуватися для обміну на послугу або товар компанії, яка його випустила. Це так званий продуктивний (utility) токен. Існують також токени-криптовалюта (coin token), які виконують функцію платіжного засобу, і токени, що володіють ознаками цінних паперів (токени-акції і токени-облігації). Останні дають власникові право на частину прибутку компанії, яка їх випустила, рідше – право голосу в компанії. У процесі розгляду у Верховному суді США справи Комісії з цінних паперів та бірж США (The United States Securities and Exchange Commission – SEC) проти Howey (компаній W. J. Howey Co. та Howey-in-the-Hills Service, Inc.) було розроблено метод визначення наявності в угоді інвестиційного договору. Інвестиційний договір розглядається як різновид цінного паперу. В контексті блокчейн-токенів тест Howey може бути сформульований як поєднання трьох незалежних елементів (третій елемент еквівалентний третьому й четвертому пунктам традиційного тесту Howey). Токен буде вважатися цінним папером за умови виконання всіх трьох пунктів, перерахованих далі:

1. Підтверджено факт інвестування грошей...
2. ...в загальне підприємство...
3. ...з очікуванням отримання прибутку переважно в результаті діяльності інших осіб [14, 18,19].

Розміщення токенів можна порівняти з оголошенням проспекту емісії акцій. Аналогія не досить вдала, оскільки проспект емісії є етапом розміщення саме цінних паперів у вигляді акцій, тоді як розміщення токенів може й не бути розцінене як розміщення цінних паперів, однак в українському

законодавстві відсутні адекватні аналогії для ілюстрації. Отже, розміщення токенів відповідно до критеріїв тесту *Howey* розцінюється у США як розміщення цінних паперів і підлягає регулюванню Комісією з цінних паперів та бірж США (The United States Securities and Exchange Commission – SEC).

Цікавим є положення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки, яка затверджена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р, щодо напрямів цифрового розвитку у сфері безготівкових розрахунків. Так, в Концепції зазначається, що лібералізація законодавчої, нормативної, регуляторної політики держави у сфері використання безготівкових розрахунків, а також лібералізація валютного регулювання з метою максимального усунення нормативних бар'єрів у сфері використання міжнародних систем і технологій безготівкових розрахунків дасть потужний поштовх для розвитку цифрової економіки [10]. Фактично технологію криптовалют можна розглядати виключно як технологію безготівкового розрахунку. Звичайно, в цій технології існує окремий об'єкт – коін, тобто одиниця виміру самої валюти, однак його може бути використано саме для здійснення безготівкових розрахунків, після чого його можна буде конвертувати в будь-яку валюту за бажанням власника. До переваг такого підходу крім загальних переваг технології криптовалют можна також віднести вартість таких трансакцій, оскільки вона, порівняно зі звичайними банківськими операціями всередині країни або, наприклад, SWIFT платежами, є вкрай низькою.

В. В. Посполітак зазначає, що за своєю технологічною природою «криптовалюта» є сукупністю інформації, оскільки в його основі лежить зашифрований масив даних про всі операції, які були проведені в мережі за весь час її існування. Але її цінність полягає не в цій інформації. Ця інформація є лише підтвердженням існування одиниці «криптовалюти». Тому видається, що правильніше говорити про певний нематеріальний актив, правова природа якого має ще досліджуватися, але який може бути об'єктом цивільних прав за ст. 177, 178 ЦК України [9, с. 212–213].

В. М. Махінчук пропонує визнавати криптовалюту засобом міни, як перший крок до врегулювання правовідносин щодо неї [6, с. 42]. Такий підхід можливий та був би доцільним першим кроком до врегулювання правовідносин щодо криптовалют. За таких обставин немає необхідності розробляти концепцію правової природи криптовалют як об'єкта правовідносин. Однак такий підхід можливий виключно на першому етапі правового регулювання відносин щодо криптовалют.

С. Є. Чаплян пропонує для врегулювання правовідносин щодо криптовалют здійснити запровадження інституту бездокументарних електронних грошових сурогатів, який би охоплював в тому числі й криптовалюти [16, с. 160]. У ст. 1 Закону України «Про Національний банк України» зазначається, що грошовий сурогат – будь-які документи у вигляді грошових знаків, що відрізняються від грошової одиниці України, випущені в обіг не Національним банком України і виготовлені з метою здійснення платежів в господарському обороті, крім валютних цінностей. Також у ст. 32 цього Закону зазначається, що випуск та обіг на території України інших грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу забороняються. Пропозиція запровадити інститут бездокументарних електронних грошових сурогатів, який би охоплював в тому числі й криптовалюти, виглядає не досить доцільною, оскільки за таких обставин у разі запровадження цілого інституту слід буде розробляти окремі засоби боротьби з негативними явищами, яких вдалось уникнути через відсутність такого інституту та заборону використання грошових сурогатів як засобу платежу. Криптовалюта є досить надійним об'єктом, що виконує покладені на нього функції, однак відсутні гарантії, що поряд із ним не виникнуть ризикові об'єкти, які будуть відповідати критеріям інституту, але будуть нести в собі невинуваті ризики. З іншого боку, слід зазначити, що сама по собі криптовалюта носить, крім інших, ознаки саме запропонованого С. Є. Чапляном об'єкта – бездокументарного грошового сурогату.

На сьогодні на розгляді Верховної Ради України знаходяться два законопроекти, в яких запропоновано врегулювати правовідносин щодо криптовалют. Це проект Закону України «Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні» № 7183-1 [12] та проект Закону України «Про обіг криптовалют в Україні» № 7183 [13]. Обидва законопроекти визначають криптовалюту як засіб обміну, що є доцільним першим кроком на шляху адекватного врегулювання правовідносин щодо криптовалют в Україні, як уже зазначалось вище.

**Висновки.** Серед перерахованих підходів до природи криптовалют можна зазначити, що її можливо визнати грошима (безготівковими, електронними або грошовим сурогатом тощо), цінними паперами, засобом міни, технологією безготівкового розрахунку або одразу всіма цими об'єктами, оскільки криптовалюта може виконувати всі їх функції. На сьогодні органи, які могли б регулювати криптовалюту, такі як Національний банк України, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку зайняли позицію спостерігачів, хоча ніщо не заважає провести експеримент, визначивши окрему та обмежену економічну зону, де можливо було б в рамках розробленого та затвердженого нормативного акта вступати в правовідносини щодо криптовалют. Для цього вже є певні напрацювання в інших країнах, практика судів інших країн. Беззаперечним є той факт, що відсутність правового регулювання правовідносин щодо криптовалют не є адекватним реагуванням держави та її органів на виклики сучасності.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Боливар не вынесет биткойн: как Венесуэла полюбила криптовалюты и проигнорировала Petro // Интернет-сайт «Новая Газета». URL: <https://www.novayagazeta.ru/articles/2019/03/25/79988-bolivar-ne-vyneset-bitkoyn> (дата звернення: 25.12.2018).
2. В Украине впервые официально продали квартиру за криптовалюту // Интернет-журнал AIN.UA. URL: <https://ain.ua/2017/09/26/kvartiru-za-ethereum/> (дата звернення: 25.12.2018).
3. Жители Огайо смогут оплачивать налоги биткоидами // Сайт RBC.RU. URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/5bfbc3c9a79478274ee02b8> (дата звернення: 25.12.2018).
4. Канадське місто збиратиме податки криптовалютою // Мультимедійна платформа іномовлення України «Укрінформ». URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-technology/2669549-kanadske-misto-zbiratime-podatki-kriptoalutou.html> (дата звернення: 25.12.2018).
5. Кредиты в криптовалюте. Как получить и стоит ли брать // Бесплатный финансовый супермаркет SOVET.UA. URL: <https://sovet.ua/crypto-info/kredityi-v-kriptoalyute-kak-poluchit-i-stoit-li-brat> (дата звернення: 25.12.2018).
6. Махінчук В. М. До питання правового регулювання криптовалюти (аналіз закордонного досвіду). IUS PRIVATUM № 1, 2018. С. 32–45.
7. Перечень компаний, которые принимают bitcoin (биткойн) за свои услуги или товары в Украине // Сайт інформаційно-просвітительського центру «Посольство Bitcoin». URL: <https://www.embassyofbitcoin.com/service-and-items-for-bitcoin-in-ukraine/> (дата звернення: 25.12.2018).
8. Подцерковний О. П. Юридичні властивості грошей. // Вісник Запорізького національного університету. 2005. № 2. С. 89–94.
9. Посполітак В. В. «Криптовалюта»: об'єктивна реальність та її правове регулювання. Збірник тез Другої всеукраїнської науково-практичної конференції «Актуальні проблеми інтелектуального, інформаційного та ІТ права», м. Львів, 27–28 жовтня 2017 р.
10. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018—2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації // Єдиний веб-портал органів виконавчої влади України «Урядовий портал». URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-shvalennya-konceptsiyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizatsiyi> (дата звернення: 25.12.2018).
11. Проект Закону про обіг криптовалюти в Україні // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62684](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684) (дата звернення: 25.12.2018).
12. Проект Закону про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62710](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62710) (дата звернення: 25.12.2018).
13. Спільна заява фінансових регуляторів щодо статусу криптовалют в Україні // Офіційне інтернет-представництво Національного банку України. URL: [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=59735329](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=59735329) (дата звернення: 25.12.2018).
14. Тест Howey: когда токен можно считать ценной бумагой. Принципы разработки и продажи блокчейн-токенов // Интернет-сайт medium.com. URL: <https://medium.com/digital-finance-ru/тест-howey-когда-токен-можно-считать-ценной-бумагой-b3e1a44f4d16> (дата звернення: 25.12.2018).
15. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав: монография / под общей ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2015. 720 с.
16. Чаплян С. Є. Правовий статус криптовалют. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2018. № 2. С. 148–165.
17. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (дата звернення: 25.12.2018).
18. SEC v. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946) // US Supreme Court Center. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/> (дата звернення: 25.12.2018).
19. SEC v. W. J. Howey Co. // The Free Encyclopedia Wikipedia. URL: [https://en.wikipedia.org/wiki/SEC\\_v.\\_W.\\_J.\\_Howey\\_Co.](https://en.wikipedia.org/wiki/SEC_v._W._J._Howey_Co.) (дата звернення: 25.12.2018).

**Bernatskyi M. Perspectives for the regulation of legal relations regarding to cryptocurrency in Ukraine**

*The article deals with the approaches to the understanding of cryptocurrency, the possibility of legal classification of this phenomenon and the prospects of legal regulation of legal relations regarding to cryptocurrency in Ukraine. The foreign experience of regulation of legal relations regarding to cryptocurrency, domestic scientific positions and prospective legislation also researched.*

**Key words:** cryptocurrency, money, securities, cashless payments.



## ПРИВАТНОПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕФОРМУВАННЯ ДОШКІЛЬНОЇ ОСВІТИ УКРАЇНИ В УМОВАХ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.14>

**Бесарабчик В. О.,**

*молодший науковий співробітник відділу методології приватноправових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті визначено основні риси та відмінності організації дошкільної освіти в Україні та країнах ЄС, обґрунтовано позитивний досвід розбудови дошкільної освіти у країнах Європи з проєкцією на модернізацію дошкільної та початкової освіти в Україні, а також висвітлено сутність освітньої політики ЄС у контексті особливостей формування спільної політики ЄС.*

**Ключові слова:** дошкільна освіта, початкова школа, зміст освіти, освітня політика ЄС, європейський освітній простір, децентралізація, інтеграційні процеси.

Інтеграційні процеси в сфері освіти в межах Європейського Союзу відбуваються у напрямі створення єдиного європейського освітнього простору. Важливість дослідження освітньої політики ЄС обумовлюється безпосереднім сусідством України і ЄС та зростанням зацікавленості українського суспільства до можливостей та перспектив реалізації євроінтеграційних прагнень України.

У Європі поширюється нова міжнародна модель освіти, основними принципами якої є демократичність, висока якість освіти, неперервність освіти протягом життя, інтернаціоналізація (дотримання загальноєвропейських освітніх стандартів, взаємне визнання атестатів, дипломів, наукових ступенів), технологізація (широке використання ІТ). Ці принципи, загальновизнані світовим співтовариством, покликані забезпечити впровадження у сферу освіти України підходів до організації та здійснення діяльності на основі використання у навчальному процесі новітніх досягнень світової науки та техніки, ідей, принципів, методологій тощо. Таким чином, основна мета реалізації принципу інтеграції України в європейський і світовий освітній простір полягає у забезпеченні гармонійного об'єднання світових і вітчизняних досягнень у сфері освіти.

Різноманітні аспекти міжнародного співробітництва у сфері освіти дітей регулюють організації ООН: ЮНЕСКО – спеціалізована міжурядова міжнародна організація, створена для багатостороннього регулювання співробітництва держав з питань науки, культури й освіти; Дитячий фонд ООН – ЮНІСЕФ, який здійснює міжнародний захист прав дитини, готуючи декларації, резолюції, конвенції, які визначають міжнародні стандарти щодо прав дитини. До його компетенції належать формування спеціальних контрольних органів із захисту прав дитини, сприяння забезпеченню відповідності національних законодавств міжнародним зобов'язанням, надання міжнародної допомоги через дитячий фонд ООН.

У світі також діють міжнародні організації підтримки та регулювання міжнародного співробітництва з питань освіти дітей.

1. Всесвітня організація з дошкільного виховання (ОМЕР) – ініціатор заходів з розвитку дошкільної освіти та виховання дітей у дусі миру.

2. ІРА – Міжнародна асоціація захисту права дитини на гру – керує проведенням акцій у більш ніж сорока країнах світу. У 1987 р. визнана ООН «посланцем миру».

3. ACEI – Міжнародна асоціація ранньої освіти.

4. IASCL – Міжнародна асоціація з вивчення мови дитини.

Різноманітні міжнародні педагогічні центри вивчають, узагальнюють і координують роботу у сфері виховання і навчання: Інтернаціональне бюро виховання (Швейцарія), Міжнародний інститут педагогічних досліджень (Німеччина), Міжнародний педагогічний центр (Франція), Міжнародний інститут освіти (США), Товариство з порівняльної педагогіки (Англія), Міжнародна Монтессорі-Асоціація (Данія), Педагогічне товариство ім. Я. Корчака (Польща), Міжнародне товариство послідовників В. Сухомлинського (Німеччина), Асоціація В. Сухомлинського (Україна) та інші.

Регулювання дошкільної освіти у країнах ЄС, як і в Україні, покладається, як правило, на відповідні закони про освіту та закони про дошкільну освіту. Законом України «Про освіту» від 28 вересня 2017 р. було внесено суттєві зміни до цілої низки законів, у тому числі до Закону України «Про дошкільну освіту». Дошкільна освіта є обов'язковою первинною складовою частиною системи безперервної освіти в Україні. Держава при цьому визнає пріоритетність дошкільної освіти та забезпечує умови для її здобуття.

Упродовж 2017 р. було ухвалено низку нормативних актів, які розширили права й можливості дошкільних навчальних закладів різних форм власності. На сьогодні Міністерством освіти і науки

Україні винесено для громадського обговорення проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про дошкільну освіту». Проект містить оновлений термінологічний апарат, що узгоджується із Законом України «Про освіту», а також низку концептуальних змін. Крім того, Проектом уточнено вимоги до змісту Базового компонента дошкільної освіти (державного стандарту у сфері дошкільної освіти та освітніх програм для дітей відповідного віку). Модернізація управління освіти в Україні, в тому числі дошкільної освіти, передбачає: оптимізацію державних управлінських структур, децентралізацію управління; перерозподіл функцій і повноважень між центральними та місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та навчальних закладів; перехід до програмно-цільового управління; об'єднання державного і суспільного контролю; впровадження нової етики управлінської діяльності, що ґрунтується на принципах взаємоповаги, позитивної мотивації; прозорість розробки, експертизи, апробації та затвердження нормативно-правових документів; створення систем моніторингу ефективності управлінських рішень, їхнього впливу на якість освітніх послуг на усіх рівнях; організація експериментальної перевірки та експертизи освітніх інновацій; впровадження новітніх інформативно-управлінських і комп'ютерних технологій; демократизація процедури призначення керівників навчальних закладів, їхньої атестації; вдосконалення механізму ліцензування, атестації і акредитації навчальних закладів; підвищення компетентності керівників усіх рівнів.

Питання реформування освітньої галузі в напрямі децентралізації управління в галузі освіти в Україні виникло у зв'язку з проведенням децентралізації владних повноважень і перерозподілу функцій та повноважень між центральними, місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та навчальними закладами. Через децентралізацію управління освітньою галуззю пройшла більшість країн ЄС. Тому вивчення зарубіжного досвіду з цих питань є важливим елементом реформування сфери освіти України. У таких децентралізованих країнах як Німеччина, Англія мають місце дерегуляційні процеси, спрямовані на подолання забюрократизованості в управлінні шкільною освітою, у Швеції місцеві органи управління освітою отримали значні повноваження в управлінні фінансами, педагогічним персоналом. Досягнення польської освіти співіснують з глибокою децентралізацією управління системою освіти. Дошкільна та повна середня освіта знаходяться в компетенції органів місцевого самоврядування, зокрема, початкова та молодша середня школа знаходиться у віданні комун (гмін). Основним джерелом фінансування освіти у Польщі є загальні субвенції з державного бюджету. Органи місцевої влади приймають рішення щодо суми загальних витрат на освіту та її розподілу з урахуванням власних доходів.

Наймасштабніших трансформацій на рівні МСКО (Міжнародна стандартна класифікація освіти 2011) [1] зазнає зміст освіти, відбуваються зміни системного характеру, які охоплюють підходи до його добору, засобів трансляції, оцінювання засвоєння. Ключовою причиною стрімкої трансформації освіти на компетентнісні засади у зарубіжжі стало перевантаження її змісту. Про перевантаження змісту початкової освіти у багатьох країнах йдеться у дослідженні INCA «Міжнародні напрями розвитку початкової освіти» (2003), де відмічається перманентне включення до змісту початкової освіти нових освітніх галузей і тем протягом останніх десятиліть [2, с. 70]. Інструментом подолання проблеми перевантаження, передусім у країнах ЄС, обрано трансформацію змісту на компетентнісні засади. У 2006 р. Рекомендацією Європейського Парламенту та Європейської Ради (2006/962/ЄС) було прийнято Європейську довідкову рамку ключових компетентностей для навчання протягом життя. Рамка містить вісім ключових компетентностей: спілкування рідною мовою; спілкування іноземною мовою; математична компетентність та базові компетентності з науки та технологій; ІКТ-компетентність; вміння вчитися; міжособистісна, міжкультурна і соціальна компетентності та громадянська компетентність; підприємництво; культурна виразність [3].

Посилення наступності між дошкільною і початковою освітою в Україні корелюється із загальноєвропейськими тенденціями акцентації дошкільля та «передшкільля» у країнах ЄС. У початковій освіті України відбувається модернізація змісту та методик навчання у контексті ідеї компетентнісної освіти. У новій редакції Державного стандарту початкової освіти компетентнісний підхід набув подальшого розвитку в аспектах упорядкування термінологічного апарату, окреслення вимог до результативного складника [2].

Характерною особливістю розвитку системи дошкільного виховання у світі в сучасних умовах є різноманіття типів дитячих закладів. Найбільш поширеними з них є: дошкільні (підготовчі) класи при початкових школах; державні, громадські та приватні дитячі садки з режимом повного дня, центри короткострокового нагляду за дітьми (протягом 3–4 годин); дитячі садки на підприємствах для дітей персоналу; дитячі групи при церквах; дитячі садки для дітей з бідних та соціально неблагополучних сімей; дитячі садки (різної форми власності) для дітей з вадами розумового та фізичного розвитку. Ці заклади мають різні цілі, завдання та методичну забезпеченість.

Проаналізувати законодавство про дошкільну освіту усіх країн ЄС досить складно, тому зупинимося на кількох країнах.

Прикладом формування і розвитку дошкільних закладів є Велика Британія. Тривалий час у цій країні функціонували заклади суспільного догляду дітей із небагатих сімей. Нині вони трансформувалися в сучасні типи дошкільних закладів, які забезпечують диференційований підхід до виховання дітей. Формування і розвиток системи дошкільного виховання відбувалися під впливом ідей Ф. Фребеля, М. Монтессорі, Р. Штейнера, Ж. Шаже, Дж. Брунера.

Основними типами дошкільних закладів є муніципальні та приватні денні ясла, ясельні школи, ясельні класи, ігрові групи, клуби матері і дитини, групи «можливостей». За змістом роботи їх можна об'єднати в три групи: денні ясла, які забезпечують догляд за дітьми; ясельні класи і школи, що працюють як заклади інтелектуального розвитку дітей, підготовки їх до школи; ігрові групи, клуби матері та дитини, групи «можливостей».

Перша дошкільна установа, куди можна влаштувати дитину в Англії, за функціями є дитячим садком, але називається школою – Nursery School («ясельна школа»). Ці дошкільні установи можуть бути державними, приватними або ж знаходитися при будь-якій школі. Приватні Nursery School бувають різними – з ясельними групами, куди приймають дітей приблизно з 3-х місяців, і звичайні, до яких дитину беруть з 2-х років. Послуги перших груп дуже дорогі: на одного вихователя доводиться всього троє дітей, а харчування і заняття – індивідуальні.

Коли дитині виповнюється 3–4 роки (залежить від того, в якому графстві малюк проживає), батьки одержують на нього спеціальні ваучери. Ними держава оплачує батькам перебування їх дитини в дитячому садку протягом п'яти змін на тиждень, по 2–3 години кожна. Кожна сім'я має право розпорядитися ними на власний розсуд: використовувати як доплату за повний день у приватному садку або, нічого не доплачувавши, водити малюка в дитсадок на 2,5–3 години щодня, окрім вихідних.

Шкільна освіта в Англії включає два модулі: початкове навчання – для дітей у віці від 4 до 11 років (до 7 років – в школі для малюків Nursery School, а з 7 до 11 років – в молодшій школі); середнє – для дітей від 11 до 16 років. Крім того, у Великій Британії існує система безкоштовної освіти, яку може одержати будь-яка дитина, незалежно від національності, расової приналежності і соціального статусу його батьків.

Поряд з безкоштовними муніципальними школами існують і приватні, платні учбові заклади. Приватні денні ясла створюють різні приватні особи, організації, благодійні товариства, релігійні організації тощо. До них належать: церковно-общинні денні ясла; ясла, які відкривають для дітей своїх працівників фабрики, компанії, корпорації, банку; комерційні ясла; кооперативні ясла; ясла психолого-педагогічного профілю при науково-дослідних центрах, їх метою є надання матерям, які мають малих дітей, кількох годин вільного часу на день. У країні є багато приватних вихователів, які за бажанням батьків працюють із дітьми віком від народження до 5-ти років протягом усього робочого дня.

Найпоширенішим типом дошкільних закладів є ігрові групи, об'єднані в Асоціацію дошкільних ігрових груп. Фінансуються вони частково з державного бюджету, за рахунок благодійних внесків, а найбільше – батьками дітей. У них виховується до 70 відсотків дітей віком 2–3 років.

Лікарняні ігрові групи призначені для виховання дітей, які перебувають на лікуванні. Групи «можливостей» мають на меті виховання дітей з відхиленнями в розвитку. Клуби матері та дитини передбачають обов'язкову присутність матерів протягом усього перебування дітей у групі, робота якої мало чим відрізняється від роботи ігрової групи.

Різноманітність типів дошкільних закладів і програм відображає особливість концепції дошкільного виховання у Великій Британії: дитина є активним суб'єктом пізнання навколишнього середовища, тому виховання має на меті розвиток індивідуальності дитини, її самостійності в оволодінні різними видами діяльності.

Слід також відзначити різноманітність типів дошкільних закладів Німеччини. В країні існують такі типи дошкільних закладів:

- дитячі садки з повним або неповним днем, призначені для дітей 3–6 років;
- одноступеневі дошкільні заклади (переважно для старших дошкільнят);
- пришкільні групи (для п'ятирічних дітей);
- підготовчі класи основної школи, де виховують і навчають п'ятирічних дітей;
- цілодобові інтернати для здорових дітей віком від 3-х до 6-ти років;
- інтернати для дітей із проблемами здоров'я і розвитку;
- материнські центри, де матері разом з дітьми займаються цікавою і корисною діяльністю, спілкуються між собою та фахівцями з педагогіки і психології.

Основні концептуальні засади виховання дітей реалізуються у дитячих садках вільного і відкритого типів. Найпоширеніший тип вільного дитячого садка – штейнерівські дитячі садки і дитячі садки Монтесорі.

Проте слід зазначити, що мережа дошкільних дитячих закладів у Німеччині розвинена слабо. Дитячі садки в основному знаходяться у приватній власності, їх відвідують діти віком від 3 до 5 років. Дошкільна підготовка необов'язкова, але у віці 5 років вона охоплює майже всю вікову групу.

У Франції співіснують приватна і державна системи освіти. У приватних учбових закладах Франції навчається близько 20% дітей. Держава затверджує всі шкільні програми для приватних і державних шкіл, організовує конкурси й іспити. Приватна освіта одержує допомогу від держави: держава оплачує працю викладачів і бере участь у витратах на навчання (8 з 9-ти приватних шкіл користуються цією допомогою).

Основними типами дошкільних закладів, у яких виховують дітей від 2-х до 6-ти років, є материнські школи, класи для малят при початкових школах, дитячі садки. У 1975 р. у Франції було прийнято закон про школу, який передбачав заходи щодо забезпечення наступності між дошкільним вихованням і шкільним навчанням. Діє єдина, обов'язкова для всіх навчальних закладів державна освітня програма. Завдяки цьому в материнських школах і класах для малят при школах навчаються всі дошкільнята 5–6-ти років, молодші ж діти забезпечені дошкільними закладами на 75%.

До системи суспільного дошкільного виховання в Болгарії належать: дитячі садки (повного дня, цілорічні, сезонні, цілодобові), ясла, ясла-садки з денним і напівденним перебуванням дітей (садки при школах). Дошкільні заклади відвідують майже всі діти. Існує державна програма виховання дітей дошкільного віку. Значну увагу в дошкільних закладах зосереджують на фізичному вихованні (спортивні свята, навчання плавання, загартування). Для системи суспільного дошкільного виховання Болгарії характерні:

- широка мережа дошкільних закладів, наявність спеціальних норм їх проектування і будівництва;
- державний характер системи дошкільного виховання і підготовки педагогічних кадрів;
- визнання дошкільного виховання частиною системи народної освіти, її первинною ланкою;
- державна програма виховання дітей в дошкільних закладах.

На сучасному етапі триває реформування суспільного дошкільного виховання, як і всієї системи народної освіти.

Подібна система дошкільного навчання і виховання функціонує і в Словаччині.

Аналіз законодавства про освіту країн – членів ЄС свідчить про неоднотипність правового регулювання дошкільної освіти. Тим часом система дошкільної освіти, у тому числі обов'язкової, існує у країнах ЄС протягом тривалого часу, де створено розгалужену систему навчальних закладів. У найбільш розвинених країнах раннє (1–3 роки) і дошкільне (3–7 років) дитинство розглядається як особливий національний ресурс, що надає можливість вирішувати складні проблеми соціального і економічного розвитку.

Проблеми управління освітньою галуззю в Україні можна групувати в проблеми організаційного характеру, проблеми фінансування та проблеми якості освітніх послуг. Значні теоретичні напрацювання європейських учених та накопичений практичний досвід у цій царині є цінними для подальшого формування законодавства України у сфері освіти в умовах європейської інтеграції.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. UNESCO. International Standard Classification of Education ISCED 2011. URL: [http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/international-standard-classification-of-education-isced-2011-ru\\_0.pdf](http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/international-standard-classification-of-education-isced-2011-ru_0.pdf) (дата звернення: 25.01.2019).
2. Локшина О. І. Європейський вектор трансформації змісту початкової освіти в Україні. URL: [http://ps.stateuniversity.ks.ua/file/issue\\_67/13.pdf](http://ps.stateuniversity.ks.ua/file/issue_67/13.pdf) (дата звернення: 25.01.2019).
3. Рекомендація 2006/962/ЄС Європейського Парламенту та Ради (ЄС) «Про основні компетенції для навчання протягом усього життя» від 18 грудня 2006 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_975](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_975) (дата звернення: 26.01.2019).
4. Сисоєва С. О., Кристопчук Т. Є. Освітні системи країн Європейського Союзу: загальна характеристика: навчальний посібник. Київський університет імені Бориса Грінченка. Рівне: Овід, 2012. 352 с.

#### **Besarabchuk V.**

*The article identifies the main features and differences of the organization of preschool education in Ukraine and the EU countries, positive experience in the development of preschool education in Europe with a projection on the modernization of preschool and primary education in Ukraine, and also elucidate the essence of the EU educational policy in the context of the formation of common EU policy.*

**Keywords:** pre-school education, elementary school, educational content, EU educational policy, European educational space, decentralization, integration processes.

## СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ СУДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.15>

**Бобрик В. І.,**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті розглядаються актуальні питання спеціалізації судової діяльності в інституційному та функціональному аспектах та їх взаємообумовленість. Пridіляється увага спеціалізації судів і суддів. Аналізуються різні підходи до класифікації судової діяльності на зовнішню та внутрішню.*

**Ключові слова:** судоустрій, спеціалізація судової діяльності, диференціація судочинства, спеціалізований суд, види проваджень.

Відповідно до Конституції України (ст. 125) та Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (ст. 18) судоустрій в Україні будується, зокрема, за принципом спеціалізації. Відтак спеціалізація є однією із засад організації судової системи. Відповідно до ч. 1 і ч. 2 ст. 18 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» цей принцип розкривається як спеціалізація судів з розгляду окремих галузевих видів справ і як спеціалізація суддів з розгляду конкретних категорій справ. Отже, вітчизняний законодавець прямо виділяє такі способи спеціалізації судової діяльності: спеціалізацію судів та спеціалізацію суддів [1, с. 7].

З огляду на такі положення законодавства дослідники спеціалізації судової діяльності доволі часто констатують лише її організаційний (інституційний) аспект, що обумовлює вплив на судоустрій (судову систему). Так, О. О. Гаркуша спеціалізацію відносить до організаційних принципів організації судової влади та здійснення правосуддя у сфері цивільної юрисдикції [3, с. 18]. Н. В. Сибільова зазначає, що спеціалізація, як принцип побудови судової системи, означає, що конкретний суд, як елемент цієї системи, наділений повноваженнями розглядати і вирішувати судові справи, що впливають з певного виду правовідносин (зовнішня спеціалізація). Спеціалізація, як принцип організації роботи певної судової установи, означає, що в ній визначаються конкретні судді, які спеціалізуються на розгляді судових справ, що також впливають з певного виду правовідносин (так звана внутрішня спеціалізація) [19]. Е. Є. Сілантьєва вказує, що принцип спеціалізації в судовій системі України характеризується як вихідне положення організації й функціонування судів, що полягає в розподілі праці між органами й посадовими особами судової влади і спрямоване на підвищення компетентності й оперативності вирішення правових спорів, віднесених до компетенції судів [20, с. 6].

З такою позицією слід погодитись тільки частково, оскільки інституційна спеціалізація є лише одним аспектом спеціалізації судової діяльності. Однак не можна оминати такий інший її аспект як «процесуальна спеціалізація». Такий погляд на спеціалізацію судової діяльності наразі поділяє більшість дослідників даної проблематики. Однак одностайності розуміння цього поняття серед науковців немає. Так, Н. О. Рассахатська, розкриваючи сутність спеціалізації цивільно-процесуальної діяльності, виділяє два її рівні: зовнішню та внутрішню. Вона зазначає, що зовнішня спеціалізація розглядається в аспекті диференціації системи права і видів процесуальної діяльності та спрямована на виявлення і формування нових процесуальних галузей права. Внутрішня ж спеціалізація стосується системи цивільного процесуального права та системи цивільного судочинства, а також стосується виділення окремих видів процесуальних проваджень: позовного, окремого тощо [16, с. 212–213]. Її послідовниця Ю. В. Єфімова, розглядаючи спеціалізацію з правових позицій, вказує, що в юридичній науці спеціалізація, з одного боку, означає диференціацію законодавства, а з іншого – диференціацію права. Це більш глибока категорія, яка не повинна стосуватися тільки діяльності судових органів. Зовнішню спеціалізацію цивільно-процесуальної діяльності Ю. В. Єфімова не зводить тільки до диференціації процесуального права на галузі, а й до поділу судової системи, в рамках якої формуються спеціалізовані суди. Водночас як внутрішню спеціалізацію вона пов'язує не тільки з виділенням видів проваджень у цивільному судочинстві, а й виокремленням стадій цивільного процесу [6, с. 16, 19, 34, 39–40]. І Н. О. Рассахатська, і Ю. В. Єфімова вважають, що внутрішня спеціалізація цивільно-процесуальної діяльності також стосується диференціації окремого виду провадження в рамках розгляду певних категорій цивільних справ. Такий прояв внутрішньої спеціалізації Н. О. Рассахатська називає «детальна (дробна) спеціалізація», яка надає специфічних рис процесуальній формі розгляду окремих категорій цивільних справ [16, с. 213].

Н. М. Кострова під спеціалізацією судочинства розуміє доповнення комплексу загальних процесуальних норм спеціальними правилами для розгляду та вирішення конкретних категорій юридичних справ з урахуванням специфіки матеріальних правовідносин, які слід захистити, а також

соціального значення справи, що вирішується судом [9, с. 97]. Наочним прикладом втілення такої позиції в чинному процесуальному законі є положення гл. 12 розд. III ЦПК України, що регламентують особливості позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування.

О. С. Ткачук зазначає, що загалом спеціалізація судової діяльності може відбуватися у двох сферах: інституційній та процесуальній. В інституційній сфері вона проявляється на різних системних рівнях: «макрорівні» та «мікрорівні». Спеціалізація на «макрорівні», тобто на рівні усієї судової системи, пов'язана зі створенням підсистем спеціалізованих судів. На «мікрорівні» спеціалізація відбувається у межах конкретної судової установи шляхом розподілу повноважень щодо розгляду окремих категорій справ між суддями. У процесуальній сфері спеціалізація пов'язана з диференціацією форм судочинства (конституційне, кримінальне, цивільне, господарське, адміністративне тощо) і диференціацією судових процедур у межах єдиної цивільної процесуальної форми (наказне, окреме провадження, пришвидшені процедури тощо) [23, с. 57–58]. Крім того, продовжує згаданий автор, обидві сфери (інституційна та процесуальна) можуть схрещуватися, тобто коли інституційна спеціалізація одночасно супроводжується процесуальною (синхронна модель спеціалізації) або існує паралельно одна одній, тобто відбувається або інституційна (асинхронна інституційна модель), або процесуальна (асинхронна процесуальна модель) спеціалізація [23, с. 58].

Загалом з позицією О. С. Ткачука слід погодитися, але з певними застереженнями. Так, спеціалізація на «макрорівні» не завжди приводить до утворення підсистеми спеціалізованих судів, оскільки навіть у межах однієї юрисдикції можуть створюватися спеціалізовані суди, представлені тільки одним судовим органом (наприклад, Вищий суд з питань інтелектуальної власності в системі господарських судів). Спеціалізація в процесуальній сфері пов'язана не тільки із диференціацією видів (галузей) судочинства та диференціацією судових процедур у межах одного виду (галузі) судочинства, а й з поділом проваджень на певні види. Про це свідчить, наприклад, виокремлення в цивільному процесі спрощеного позовного провадження, що є спеціальним у відношенні до загального позовного провадження.

З огляду на зазначені міркування пропонуємо спеціалізацію судової діяльності розглядати у двох аспектах – організаційному (інституційному) та функціональному (процесуальному). Останній передбачає диференціацію судочинства шляхом виділення спеціалізованого виду провадження (процедури) з розгляду судами окремої категорії (категорій) справ, що знаходить своє закріплення в процесуальному законі.

З викладеного вище вбачається, що дослідники спеціалізації судової діяльності, зазвичай, здійснюють її поділ на зовнішню та внутрішню. Але така класифікація є неоднозначною, оскільки науковці по-різному визначають межі кожної форми чи виду спеціалізації. Так, перша група вчених таку класифікацію обмежує виключно засадами судоустрою [8, с. 615–619; 19; 24, с. 411–412; 25, с. 161–162], тобто інституційною площиною, друга – охоплює як інституційну, так і процесуальні складові [4, с. 80], третя – пов'язує зазначені складові зі спеціалізацією процесуального права [6, с. 34, 39–40; 16, с. 212–213]. Поділ спеціалізації на внутрішню та зовнішню, на нашу думку, слід застосовувати лише в інституційному аспекті, тобто до спеціалізації судових органів і суддів, адже функціональний аспект спеціалізації судової діяльності не передбачає наявності внутрішнього і зовнішнього рівнів.

У процесуальній науці не приділяється достатньо уваги питанню про взаємозв'язок організаційної (інституційної) та процесуальної спеціалізації. Тривалий час усталеною вважалась думка про те, що спеціалізація судових органів вимагає закріплення спеціальних правил розгляду ними певної категорії чи категорій справ.

І дійсно, зовнішня спеціалізація в судоустрої переважно супроводжується процесуальною спеціалізацією. Проте у новітній історії судової реформи в Україні є й винятки з цього правила. Так, у сфері господарської юрисдикції в Україні утворено Вищий суд з питань інтелектуальної власності [13], до предметної компетенції якого віднесено вирішення певних категорій господарських справ. Проте цей спеціалізований суд розглядає відповідні справи за загальними правилами позовного провадження в господарському процесі.

Так, слід погодитись з тими вченими, які наголошують на відсутності прямого взаємозв'язку між спеціалізацією суду та спеціальними процедурами судочинства. Наприклад, Н. А. Громошина наголошує, що створення спеціалізованого суду аж ніяк не визначає з необхідністю формування спеціальної процедури судочинства. Подібна процедура потрібна лише в разі, коли наявна процесуальна форма не може бути використана через її невідповідність цілям і завданням спеціалізованого правосуддя, а також предмету судової діяльності [5, с. 148]. В. В. Комаров з цього приводу зазначає, що створення спеціалізованих судів не призводить обов'язково до необхідності існування та прийняття різних процесуальних законів [14, с. 82]. Отже, прямого зв'язку чи взаємообумовленості зовнішньої інституційної та процесуальної спеціалізації судової діяльності немає.

Внутрішня інституційна спеціалізація, що проявляється в утворенні в одному суді окремих палат, колегій для розгляду окремих категорій справ, може обумовлюватись процесуальною спеціалізацією.



Так, в апеляційних судах судовий корпус поділений, зазвичай, на судову палату з розгляду цивільних справ і на судову палату з розгляду кримінальних справ. Кожна палата розглядає окремі категорії справ за правилами різних галузей судочинства – судді палати з розгляду цивільних справ здійснюють цивільне судочинство, тоді як судді палати з розгляду кримінальних справ – кримінальне судочинство та судочинство у справах про адміністративні правопорушення. Проте внутрішня спеціалізація судової діяльності може бути і не пов'язаною з процесуальною спеціалізацією. Свого часу, у Вищому господарському суді України діяло чотири палати, які забезпечували касаційний перегляд різних категорій господарських справ позовного характеру. На кожную таку палату припадало 1–4 категорії господарських справ [22]. Проте касаційне провадження всіма цими палатами здійснювалось за єдиними правилами касаційного провадження в господарському судочинстві, визначеними ГПК України.

Слід погодитися з думкою О. С. Ткачука про те, що інституційна та процесуальна спеціалізації «можуть схрещуватися, тобто коли інституційна спеціалізація одночасно супроводжується процесуальною (синхронна модель спеціалізації), або існувати паралельно одна одній, тобто відбувається або інституційна (асинхронна інституційна модель), або процесуальна (асинхронна процесуальна модель) спеціалізація» [23, с. 58].

Таким чином, можна резюмувати, що інституційна (зовнішня і внутрішня) та процесуальна спеціалізація можуть бути між собою взаємопов'язаними, а в низці випадків ці процеси проходять незалежно один від одного. Відсутність безумовної спеціалізації процесуальної діяльності при інституційній спеціалізації пояснюється тим, що матеріально-правові особливості певної категорії справ не настільки є істотними, щоб викликати необхідність розробки певного процесуального порядку розгляду такої категорії справ.

Інституційна спеціалізація передбачає створення «спеціалізованих судів», сутність яких є предметом наукових дискусій. Так, А. А. Бутирський спеціалізованим судом називає орган судової влади, що має власну підсистему і розглядає визначені законом спори з особливим суб'єктним чи об'єктним складом в особливому процесуальному порядку [2, с. 10]. Н. А. Громошина вказує, що спеціалізований суд – це такий суд, який має особливу спеціальну компетенцію на відміну від суду загальної компетенції [5, с. 143]. В. В. Сердюк зазначає, що спеціалізований суд – це «створена в системі судів загальної юрисдикції самостійна судова структура (самостійний вид судів), повноваження якої визначаються законом за принципом спеціалізованої компетенції з розгляду певної категорії справ, виокремлених за галузевою чи суб'єктною ознакою, а правосуддя здійснюється за нормами відповідних галузей процесуального законодавства» [18, с. 5–6]. Н. О. Рассахатська називає такі ознаки, за якими можна визначити, чи є суд спеціалізованим, чи ні. По-перше, це орган, який передбачений для вирішення певної категорії справ, тобто сфера його діяльності чітко визначена законом, іншими словами, виявлена його спеціалізація. Розглянуті справи мають володіти чітко вираженою специфікою, наявність якої визначає їх розгляд в цьому органі (суді). Коло цих справ повинно бути або чітко визначеним в законі, або ознаки цих справ мають бути нормативно відображені. По-друге, згаданий орган діє на основі кодифікованого акта, тобто він має бути відокремлений у своїй регламентації від груп норм, що регулюють інші відносини. По-третє, відокремлення не тільки і не стільки групи норм, скільки певної, однорідної групи відносин, що вимагають самостійного регулювання, оскільки характер норм права визначається відповідним характером відносин. По-четверте, даний орган повинен мати власну процесуальну форму, що надає можливість в той же час включити його діяльність до єдиної, як і сукупність норм, системи [16, с. 213]. О. С. Ткачук ознаками спеціалізованого суду називає структурну відокремленість у самостійну підсистему, віднесення до предметної юрисдикції таких судів деяких категорій справ і наявність специфічного процесуального порядку їх розгляду [23, с. 59–60].

Частково з вказаним твердженням можна погодитися, особливо стосовно того, що спеціалізований суд повинен розглядати певну категорію судових справ. Ця важлива ознака свідчить, що не будь-яка спеціальна норма в цивільному процесуальному праві є результатом дії зовнішньої спеціалізації, а тільки та, яка націлена на регламентування порядку розгляду певної категорії цивільних справ. Проте з останнім критерієм, виділеним Н. О. Рассахатською та О. С. Ткачуком, погодитися важко, оскільки окремий спеціалізований суд може діяти у підсистемі тих судів, де він створений, без окремого порядку форми розгляду справ, віднесених до його предметної юрисдикції. Також не можна погодитися з такою ознакою, що називає О. С. Ткачук, як відокремленість спеціалізованого суду у самостійну підсистему, оскільки у системі судів загальної юрисдикції може існувати один спеціалізований суд, без спеціалізації на рівні апеляції чи касації.

Предмет спірних правовідносин і властива для його розгляду процедура, яка є неоднаковою щодо різних правовідносин, визнані головними критеріями судової спеціалізації Конституційним Судом України при вирішенні справи за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами» від 9 вересня 2010 року № 19-рп/2010 [17].



Зважаючи на єдність судової системи, спеціалізовані суди в Україні утворюють певну підсистему. Так, наразі підсистеми адміністративних та господарських судів в Україні діють в складі спеціалізованих судів першої та апеляційної інстанцій. На рівні ж касаційного суду законодавцем запроваджена внутрішня спеціалізація шляхом виділення відповідних касаційних судів як складових Верховного Суду. Проте слід пам'ятати, що до утворення Верховного Суду адміністративні та господарські суди мали зовнішню спеціалізацію й на рівні касаційної інстанції, оскільки діяли Вищий господарський суд України та Вищий адміністративний суд України як окремі судові органи. Отже, спеціалізована підсистема може бути повною і охоплювати всі ланки судової системи, неповною – охоплюючи лише першу і, можливо, апеляційну.

У цьому контексті варто звернути увагу на проблематику спеціалізованих судів в Україні. З цього приводу Е. Є. Сілантьєва зазначає, що у Конституції України закладено принцип спеціалізації всієї судової системи, але вона дотримується не повною мірою, оскільки Закон України «Про судоустрій і статус суддів» не інституціалізував спеціальні провадження загального суду, який продовжує розглядати цивільні, кримінальні, адміністративні справи та справи про адміністративні правопорушення [21, с. 234]. В указі Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» від 10 травня 2006 р. вказано, що «на початковому етапі реформи загальні суди доцільно визнати спеціалізованими з розгляду цивільних, кримінальних, а також адміністративних справ, підсудних місцевим загальним судам. На наступному етапі реформи необхідно запровадити спеціалізацію судів із поділом на цивільні, кримінальні та адміністративні...» [12]. В 2010 р. законодавцем була прийнята концепція того, що всі суди загальної юрисдикції є спеціалізованими. Ця концепція, як зазначає С. В. Ківалов, була закладена в Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (*Закон 2010 року* – курсив наш – В. Б.). І це відповідає дійсності, адже юрисдикція судів різних видів, визначена в законі, збігається [7, с. 117]. Оскільки Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 2016 р. також не диференціював на інституційному рівні юрисдикцію окружних судів, питання про спеціалізацію судів залишається актуальним й нині.

Разом з тим слід наголосити й на тому, що в літературі заперечувалась можливість називати господарські та адміністративні суди спеціалізованими, зважаючи на те, що такий поділ судів не відповідає загальноприйнятим уявленням категорій «загальне» і «спеціальне». Зокрема, Р. О. Куйбіда вказує, що «...предмет юрисдикції, і правила судочинства у загальних судах не можна назвати загальними, а в адміністративних – спеціальними. Адже ці три види юрисдикції, так само як і відповідні галузі права, є рівнозначними і самостійними» [10, с. 34]. Проте юрисдикція господарських та адміністративних судів є залишковою (спеціальною) щодо цивільної юрисдикції. Саме це визначає спеціальний характер адміністративних і господарських судів.

Також заперечувалась концепція спеціалізованих судів Верховним Судом України, який наголошував на тому, що даний підхід не ґрунтується на конституційних приписах. Системний аналіз положень Конституції України засвідчує, що спеціалізація судів є одним із принципів побудови системи судів загальної юрисдикції, однак при цьому не поширюється на всі види судочинства. Це означає, що спеціалізовані суди входять до єдиної системи судів загальної юрисдикції, проте не означає і не може означати, що ця система складається виключно зі спеціалізованих судів, тобто є системою спеціалізованих судів [11]. Квінтесенція позиції Верховного Суду України з цього питання знайшла своє втілення в пункті 4 Пропозицій Верховного Суду України Тимчасовій спеціальній комісії Верховної Ради України з питань підготовки законопроекту про внесення змін до Конституції України, що були схвалені постановою Пленуму Верховного Суду України від 11.04.2014 № 1: «...необхідно вилучити з Конституції України положення про вищі спеціалізовані суди (ч. 3 ст. 125, ч. 4 ст. 127) та положення щодо побудови системи судів загальної юрисдикції за принципом спеціалізації (ч. 1 ст. 125)» [15].

Тим не менше, принцип спеціалізації судової діяльності не лише залишився в законодавстві, а й розширилось його застосування. В сучасних умовах спеціалізація судової діяльності є невід'ємною ознакою сучасної судової влади, яка забезпечує якість правосуддя. Це наслідок постійного ускладнення матеріально-правових відносин та диференціації судочинства. І надалі, на нашу думку, вона буде лише поглиблюватись, і в Україні вже в недалекій перспективі можуть бути створені спеціалізовані суди із земельних справ, податкових спорів, сімейні суди, кримінальні суди тощо, що обумовлює перспективи подальшого дослідження.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Бобрик В. І. Спеціалізація судів та диференціація процесуального законодавства: проблеми оптимізації цивілістичного правосуддя. Юридична наука. 2015. № 3.
2. Бутирський А. А. Реалізація принципу спеціалізації в судовій системі України. Вісник господарського судочинства. 2012. № 6.

3. Гаркуша О. О. Організація і діяльність судів цивільної юрисдикції в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2009.
4. Городовенко В. В. Принципи судової влади: монографія. Харків: Право, 2012.
5. Громошина Н. А. Дифференциация и унификация в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... док. юрид. наук. Москва, 2010.
6. Ефимова Ю. В. Специализация гражданско-процессуальной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005.
7. Кивалов С. В. Судебная реформа в Украине: разочарования и надежды. Одесса: Юридическая литература, 2010.
8. Конституція України: науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой та ін. Харків: Видавництво «Право»; Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.
9. Кострова Н. М. Специализация судопроизводства по ГПК РФ и АПК РФ: проблемы правотворчества и правоприменения. АПК и ГПК 2002 г.: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения: материалы Всерос. науч.-практ. конф. (г. Москва, 2–4 апреля 2003 г.). Москва: РАП, 2004.
10. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи: монографія. Київ.: Атіка, 2004.
11. Лист Голови Верховного Суду України В. Онопенка Президентові України В. Ф. Януковичу від 12.07.2010. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/DABE6A16EAC53A91C225775E0044D6AD?opendocument> (дата звернення: 13.12.2017).
12. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/361/2006> (дата звернення: 13.12.2017).
13. Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності: Указ Президента України від 29 вересня 2017 р. № 299/2017. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/299/2017> (дата звернення: 12.12.2017).
14. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / В. В. Комаров, В. І. Тертиштков, В. В. Баранкова та ін.; за заг. ред. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008.
15. Пропозиції Верховного Суду України Тимчасовій спеціальній комісії Верховної Ради України з питань підготовки законопроекту про внесення змін до Конституції України: постанова Пленуму Верховного Суду України від 11.04.2014 № 1. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28print%29/184A16A3C18F026DC2257CBV00394174> (дата звернення: 13.12.2017).
16. Рассахатская Н. А. Проблемы специализации гражданско-процессуальной деятельности. Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском производстве: материалы Всероссийской научно-практической конференции (г. Москва, 31 января – 1 февраля 2001 г.). Москва: Лиджист, 2001.
17. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами» від 9 вересня 2010 року № 19-рп/2010. Офіційний вісник України. 2010. № 72. Ст. 2582.
18. Сердюк В. В. Юрисдикція судів України за спеціалізацією: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2003.
19. Сибільова Н. В. Порядок організації та діяльність судової влади. URL: <http://www.judges.org.ua/seminar2-2.htm> (дата звернення: 09.12.2017).
20. Сілантьєва Е. Є. Організаційно-правові проблеми принципу спеціалізації судів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2014.
21. Сілантьєва Е. Є. Принцип спеціалізації в судовій системі України на новому етапі судово-правової реформи. Проблеми законності. 2011. Вип. 116.
22. Спеціалізація судових палат та суддів Вищого господарського суду України для розгляду конкретних категорій справ: рішення зборів суддів Вищого господарського суду України № 2 від 27 вересня 2016 р. URL: <http://www.arbitr.gov.ua/pages/425> (дата звернення: 12.12.2017).
23. Ткачук О. С. Реалізація судової влади в цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект: дис. ... док. юрид. наук. Харків, 2016.
24. Фрицький О. Ф. Конституційне право України: підруч. 2-е вид. перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2004.
25. Шаповал К. В. Принцип спеціалізації як концептуальна передумова створення земельних судів в Україні. Вісник Академії адвокатури України. 2011. Число 3 (22).

### **Bobrik V. Specialization of judicial activity**

*The article deals with the actual issues of the specialization of judicial activity in the institutional and functional aspects and their interdependence. Attention is paid to the specialization of courts and judges. Different approaches to the classification of court activity on external and internal are analyzed.*

**Keywords:** judicial system, specialization of judicial activity, differentiation of legal proceedings, specialized court, types of proceedings.

## ДІЇ В ЧУЖОМУ ІНТЕРЕСІ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

<https://doi.org/10.32849/24096-9201.2019.19.16>

**Заїка Ю. О.,**

*доктор юридичних наук, професор, 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*

*Розглядаються питання захисту майнових інтересів третіми особами без доручення. Аналізуються умови виникнення зобов'язань по відшкодуванню шкоди особам, що діють в чужому інтересі. Пропонується дії в чужому інтересі розглядати як квазідоговор в розділі договірного права.*

**Ключові слова:** зобов'язання, підстави виникнення зобов'язань, дії в чужому інтересі, компенсація витрат.

У ст. 241 ЦК України передбачені правові наслідки вчинення правочинів з перевищенням повноважень, тобто йдеться про випадки, коли особа вчиняє юридичні дії від імені іншої особи з перевищенням наданих повноважень або такі повноваження є лише уявними.

Особа може вчиняти в інтересах іншої особи не лише юридичні дії взагалі без будь-яких повноважень, а й фактичні. Такі правовідносини регулюються гл. 79 ЦК України «Вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення». Відносини такого характеру були достатньо поширеними у роки Великої Вітчизняної війни, оскільки без догляду залишалося майно осіб, евакуйованих в інші райони, закликаних до лав діючої армії, переведених разом із підприємством в іншу місцевість. У таких випадках сусіди, друзі відсутніх нерідко і без спеціального доручення піклувалися про їх майно (охороняли, доглядали худобу, сплачували грошові платежі тощо) [1, с. 312]. В сучасних умовах – тимчасової окупації Республіки Крим, встановлення особливого статусу Донбасу певна кількість населення змушена покинути місця постійного проживання, залишивши там своє майно, у тому числі і нерухоме. Закони України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р., «Про створення необхідних умов для мирного врегулювання ситуації в окремих районах Донецької та Луганської області» від 6 жовтня 2017 р., «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18 січня 2018 р. становлять політичну складову захисту прав і інтересів громадян, проте важливими є й цивільно-правові засоби захисту їх майнових прав, передбачені у гл. 79 ЦК України.

*Актуальність* розробки проблем цивільно-правового регулювання відносин, що виникають внаслідок дій в чужому інтересі без доручення, зумовлюються низкою факторів нормативно-правового, економічного, морального та правозастосовчого порядку.

Вагомий внесок у розробку цього інституту і в розвиток доктрини внесли такі вітчизняні вчені, як: Д. В. Боброва, В. А. Васильєва, С. Н. Ландкоф, Є. О. Мічурін, Л. О. Отрадна, Є. О. Харитонов, В. В. Цюра, В. М. Зубар, а також науковці ближнього зарубіжжя – І. Б. Новицький, В. О. Рясенцев, Д. О. Алексеєнко, Д. А. Баликін, О. М. Єгорова, К. В. Карпов, Є. О. Мельник, Н. О. Свалова та інші, проте сучасні реалії зумовлюють потребу перегляду окремих сталих положень правового регулювання цього інституту.

Основна *мета* статті – комплексний аналіз та вивчення правовідносин, що виникають у зв'язку з діяльністю в чужому інтересі без доручення, визначення умов виникнення зобов'язань із відшкодуванням витрат особі, яка такі дії вчинила, розробка пропозицій, спрямованих на вдосконалення чинного законодавства.

Інститут вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення був відомий ще римському приватному праву. В Дігестах Юстиніана в титулі У «Про ведення справ» (De negotiis gestis) зазначається, що якщо хтось вів справи відсутньої особи, навіть якщо останній про це не знав, і поніс при цьому витрати з користю для справи або прийняв на себе інші зобов'язання, пов'язані із відсутньою особою, то він має право на позов [2, с. 212].

У першому кодифікаційному акті приватного права у Європі, який діяв на територіях Східної Галичини та Буковини, що перебували у складі Австро-Угорської імперії – Цивільному кодексу Галичини 1797 р., у третій частині, присвяченій зобов'язальному праву, після загальних положень про договори та окремі види договорів (дарування, позички та позики, міни, купівлі-продажу, майнового найму, алеаторних або ризикових договорів) у дванадцятому основному розділі виокремлено – «договори, що презюмуються» (Contractibus pærfumtis) [3, с. 230]. У Загальному цивільному уложенні Австрійської імперії 1811 р., чинному на західноукраїнських землях навіть після їх долучення до складу міжвоєнної Польщі, діяльність без доручення розглядалася в інституті договору

доручення. Так, у гл. 22 «Про уповноваження і інші випадки ведення справ» у ст. 1036 «Ведення чужої справи без доручення у випадку необхідності» зазначено, що тому, хто вів без доручення чужу справу для запобігання очікуваної шкоди, особа зобов'язана відшкодувати необхідні і доцільно здійснені витрати [4, с. 1113].

У ЦК УРСР 1922 р., як і у ЦК УРСР 1963 р., цей інститут не передбачався, хоча потреба регулювання таких відносин була очевидною. У чинному законодавстві зобов'язання, що виникають із дій, які вчиняються однією особою в майнових інтересах іншої без спеціального доручення, розглядаються як спеціальний вид недоговірної зобов'язання. Внаслідок таких дій виникає право вимагати від особи, в інтересах якої вони вчинялися, відшкодування понесених у зв'язку з ними витрат (ст. 1158–1160 ЦК).

До групи зобов'язань, що не мають ознак правової відповідальності, належать правові норми, що передбачають покладання на особу додаткового обов'язку майнового характеру внаслідок заподіяння шкоди або вчинення інших дій, що не містять ознак правопорушення. Це, зокрема, обов'язок компенсувати шкоду, заподіяну у стані крайньої необхідності (ч.1 ст. 1171 ЦК України); обов'язок компенсувати шкоду, заподіяну діями інших осіб (ст. 1172, 1178, 1184 ЦК); обов'язок компенсувати шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки (ст. 1187 ЦК) [5, с.154]. До цієї групи потрібно включити і зобов'язання, які виникають у особи, в інтересах якої були вчинені дії без її доручення. Норми цього інституту потребують особливої уваги. З одного боку, законодавець повинен сприяти розвитку етичних засад існування суспільства, надавати підтримку й охороняти майнові права та інтереси осіб, які за відсутності правових підстав лише завдяки своїй високій свідомості надають допомогу іншим особам. З іншого боку, необхідно встановити чіткі межі втручання в чужі справи, оскільки добрі наміри однієї особи можуть виявитися несприятливими для іншої.

При вчиненні дій у майнових інтересах іншої особи без доручення, по суті, виникають два види правовідносин: квазіконтрактні – з вчинення юридичних і фактичних дій в інтересах іншої особи без наданих нею повноважень і квазіделіктні – з відшкодування витрат, які особа понесла при вчиненні фактичних дій в чужому інтересі з метою запобігання шкоди або зменшення її розміру.

Мета цивільно-правового інституту вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення – урегулювати відносини, що виникають при охороні однією особою інтересів іншої без спеціальних на те повноважень, захистити майнові інтереси особи, яка вчиняє ці дії. Певним перебільшенням нам видається висновок окремих авторів, які серед іншого мету цього інституту вбачають «в стимулюванні особи діяти з метою усунення або зменшення майнових витрат інших осіб» [6, с. 966], оскільки виплату винагороди особі, яка діяла в чужому інтересі без доручення, законодавець не передбачає, а йдеться лише про гарантії захисту майнових інтересів особи, яка вчиняє такі дії.

Невиправдано зміщують акцент і науковці, які вважають, що метою цього інституту є «захист сфери прав приватної особи від необґрунтованого втручання» [7, с. 9].

Суб'єктами зобов'язань, що виникають із вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення, є особа, яка вчиняє ці дії, та особа, в інтересах якої вони вчиняються. І. Б. Новицький слушно зазначає, що помилка відносно особи –власника майна не впливає на суть зобов'язань, які виникають [8, с. 342].

Виникнення зобов'язань і, відповідно, настання правових наслідків можливо лише за наявності відповідності вчинених дій певним умовам, передбаченим законом, а саме:

1) майновим інтересам особи загрожувала реальна небезпека настання невігідних для неї майнових наслідків. Утворюючим елементом у структурі приватного охоронюваного законом інтересу є усвідомлення суб'єктом необхідності в отриманні блага [9, с.162]. В контексті ст. 1158 ЦК України йдеться виключно про «майнові інтереси». Дії, які вчиняються з охорони інтересів майнових, як і немайнових благ, диспозицією даної статті не охоплюються, і відповідні правовідносини не регулюються;

2) між учасниками правовідносин, що виникають, відсутні будь-які договірні відносини. Якщо існує певний договір (оренди, перевезення, доручення, зберігання, охорони тощо), то відносини регулюються нормами відповідного договору, оскільки на контрагента покладається низка обов'язків, в тому числі і щодо збереження та охорони переданого у володіння майна. Не можуть вважатися вчиненням дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення випадки, коли ті чи інші дії, хоча і не передбачені безпосередньо договором, повинні або можуть вчинятися на основі спеціальних норм закону. Так, залізниця вправі реалізувати вантаж, що надійшов, у разі перебування його на станції понад граничні терміни зберігання (п. 48 Статуту залізниць України); підрядник зобов'язаний відмовитися від договору, якщо використання недоброякісного або непридатного матеріалу загрожуватиме життю та здоров'ю людей чи призводить до порушення екологічних, санітарних правил, правил безпеки людей та інших вимог (ч. 2 ст. 848 ЦК України) тощо;

3) вчинення дій з відвернення небезпеки від майна: не входить до кола службових обов'язків особи, яка ці дії вчинила (дії працівників підрозділів служби надзвичайних ситуацій, експедитора, охоронця, сторожа та ін.); не пов'язане із статутною діяльністю певної організації (наприклад, благодійного фонду); не впливає із прямих вимог закону (покладання певних обов'язків на батьків, опікунів малолітніх дітей);

4) юридичні чи фактичні дії вчиняються саме в інтересах іншої особи, тобто особа, яка їх вчиняє, не має свого самостійного інтересу, і такі дії є вигідними лише для іншої особи.

Для виникнення зобов'язань у майнових інтересах іншої особи без її доручення надзвичайно важливою є така суб'єктивна ознака, як усвідомлення однієї особою спрямованості своїх дій в інтересах іншої. Одна особа повинна здійснювати дії в інтересах іншої особи свідомо, не маючи на меті надання їй безоплатних послуг [ 10, с. 890 ].

Якщо особа вважає справу своєю і вчиняє певні дії не тому, що бажає піклуватися про чужий інтерес, а керуючись виключно своїми інтересами, то, відповідно, і положення цього інституту не можуть застосовуватися. Так, якщо співвласник виконує ремонт речі, такі правовідносини будуть регулюватися відповідними нормами інституту права спільної власності;

5) дії, які вчиняються, є правомірними, тобто вони не суперечать чинним законам та підзаконним актам, не ставлять за мету досягнення протиправної мети. Не може виникнути зобов'язання, якщо особа несе витрати, пов'язані із вчиненням протиправних дій (зберігає вилучені із обороту речі; майно, яким незаконно заволоділи тощо) ;

6) дії, які вчиняються в інтересах іншої особи, не повинні суперечити фактичним намірам власника. Наприклад, власник покинув худобу чи іншу тварину, а інша особа почала про них піклуватися;

7) особа, яка вчиняє такі дії, позбавлена можливості повідомити про це зацікавлену особу й отримати від неї певні вказівки. Так, Святошинський районний суд м. Києва відмовив у задоволенні позову про стягнення здійснених витрат на утримання квартири, оскільки «позивач знав, де проживає відповідачка та мав достатньо часу, щоб повідомити її про суми нарахованих до сплати комунальних платежів та не довів, що була відсутня можливість повідомити відповідача про необхідність сплати конкретної суми комунальних послуг». Відповідно, суд не знайшов підстав для застосування положень гл. 79 ЦК України [ 11];

8) дії, які вчиняються, за своїм характером становлять не лише користь для особи, а є єдиною можливістю попередження, усунення або зменшення невігідних наслідків для неї у вигляді знищення чи пошкодження майна, неотримання звичайних доходів чи прибутків тощо. Проста «корисність» дій не може бути підставою для виникнення зобов'язання при несхваленні дій, оскільки зацікавлена особа, наприклад, із матеріальним міркувань не мала можливості їх вчинити самостійно і, відповідно, позбавлена можливості відшкодувати витрати, пов'язані із їх вчиненням іншою особою (наприклад, проведення капітального ремонту даху );

9) особа, яка вчиняє дії, не має за мету набути вигоду для іншої особи, збільшити її майно чи надати йому додаткових якісних ознак, її мета – попередити, усунути або зменшити невігідні майнові наслідки;

10) дії вчинялися з метою захисту дійсних, а не вигаданих інтересів. Так, Печерський суд м. Києва своїм рішенням від 13 червня 2016 р. відмовив у задоволенні позову щодо відшкодування витрат з орендної плати за землю, зазначивши, що у зв'язку із закінченням терміну дії договору оренди у позивача відсутні правові підстави для сплати будь-яких платежів і, відповідно, вимагати відшкодування на підставі ст. 1160 ЦК [ 12 ];

11) понесені особою витрати повинні бути виправданими обставинами, за яких були вчинені дії. Звичайно, якщо, відвертаючи небезпеку від речі, особа витратить коштів значно більше, ніж її вартість, то виникають сумніви у необхідності вчинення таких дій. Тому в цьому випадку розмір відшкодування має обмежуватися реальною вартістю майна, яке було збережене, або розміром відвернутої шкоди.

Доцільність означає, що дії мають бути виправдані в ситуації, яка склалась, що особою, яка веде справу, обрано варіант дій, який враховує інтереси володільця блага, інших заінтересованих осіб, а також інтереси суспільства. Доцільність дій має оцінюватися за об'єктивними критеріями, однак при цьому мають бути враховані й особисті якості особи, яка діє (вік, досвід, навички тощо) [ 13, с. 20 ].

Які правові наслідки настають, якщо, незважаючи на всю доцільність і розважливість дій, позитивного результату не досягнуто? Скажімо, за відсутності власника на тимчасово окупованій території сусіди полагодили виламані двері, але згодом зловмисники знову їх зруйнували, проникли у житлове приміщення і викрали домашнє майно. Незважаючи на відсутність позитивного результату витрати, які понесла особа, вчиняючи дії в інтересах іншої особи без доручення, повинні бути відшкодовані і в цьому випадку;

12) вчинення дій в майнових інтересах іншої особи повинні негайно припинятися, якщо стало відомо, що вони не схвалюються нею.

З початку вчинення дій в інтересах іншої особи виникають двосторонні за своїм характером зобов'язання. Особа, яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, зобов'язана:

1) за першої нагоди повідомити цю особу про свої дії (ч. 2 ст. 1158 ЦК України). Якщо ці дії будуть схвалені іншою особою, в подальшому до відносин сторін застосовуються положення про відповідний договір (доручення, зберігання);

2) вжити всіх залежних від неї заходів щодо попередження, усунення або зменшення невігідних майнових наслідків для іншої особи, якщо немає можливості повідомити про такі дії цю особу (ч. 3 ст. 1158 ЦК);

3) взяти на себе всі обов'язки, пов'язані із вчиненням цих дій, зокрема, обов'язки щодо вчинених правочинів (ч. 3 ст. 1158 ЦК);

4) негайно після закінчення цих дій надати особі, в майнових інтересах якої були вчинені дії, звіт про ці дії і передати їй усе, що при цьому було одержано (ст. 1159 ЦК).

Поняття «перша нагода» та «негайно» за своїм характером є досить оціночними, і їх зміст необхідно з'ясовувати, виходячи із звичаїв ділового обороту, засад розумності та добросовісності. За умови схвалення вчинених дій в інтересах іншої особи без доручення правові наслідки тотожні діям особи, яка їх вчиняла в межах наданих повноважень. Особа, в майнових інтересах якої були вчинені дії без її доручення, зобов'язана відшкодувати особі, яка їх вчинила, фактично зроблені витрати, якщо вони були виправдані обставинами, за яких були вчинені дії (ч. 1 ст. 1160 ЦК).

Вчинення дій в інтересах іншої особи без її доручення не можна розглядати як правочин, навіть односторонній, оскільки воля особи, яка діяла в інтересах іншої, не спрямована безпосередньо на встановлення правовідносин з особою, в чиїх інтересах здійснювалися ці дії [ 14, с. 318 ].

Право на винагороду за вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення особа, яка вчинила ці дії, не набуває. Якщо вчинення таких дій пов'язане із завданням шкоди майновим інтересам іншої особи, відносини, які виникають, регулюються, виходячи із загальних засад недоговорної відповідальності.

В системі цивільно-правових зобов'язань вітчизняний законодавець розглядає дії, які вчиняються в інтересах іншої особи без доручення, як вид недоговорних зобов'язань. Назва гл. 79 «Вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення» викликає критичні зауваження сучасних вчених. Так, О. І. Харитонов і О. І. Харитонova, аналізуючи категорію «інтерес» в контексті цієї статті, вважають, що вдалішою була б назва глави «Вчинення дій відповідно до прагнень (бажань) іншої особи без її доручення» або «Вчинення дій із захисту майнових прагнень іншої особи без її доручення» [15, с. 98].

Оскільки відносини між сторонами у більшості випадків виникають аналогічні відносинам між довірцем і повіреною особою, більш послідовною нам уявляється позиція римських юристів, які такого роду зобов'язання розглядали як квазіконтракти, тобто зобов'язання, які виникають, начебто, із договору. Відповідно, цілком логічною виглядає і структура Цивільного уложення Німеччини, де розділ 13 «Ведення справи без доручення» розміщений після розділу 12 «Доручення і договори про ведення справ» [16].

Цивільне право – складний і динамічний суспільний інструмент, право чуйно реагує на будь-які зміни, які супроводжують наше життя, на підставі чого постійне оновлення і розвиток цивільно-правових норм являє собою об'єктивну реальність. Ефективність правового регулювання багато в чому залежить від того, наскільки адекватно і своєчасно ми реагуємо на ці виклики часу [17, с. 306].

Особа, яка діє в інтересах іншої особи без її доручення, добросовісно вважає, що виконує доручення заінтересованої особи, або впевнена, що такі дії будуть надалі схвалені. Після схвалення таких дій правові наслідки тотожні наслідкам, які мають місце при укладенні договору доручення. Як правило, саме такі наслідки і мають місце на практиці, оскільки ніхто не буде діяти в майнових інтересах зовсім сторонньої особи і нести витрати, не розраховуючи на їх відшкодування ( що є цілком обгрунтовано). За правовою природою цей інститут суттєво відрізняється від інших недоговорних зобов'язань: заподіяння шкоди, безпідставного збагачення, публічної обіцянки винагороди, рятування майна, оскільки вчинення дій в інтересах іншої особи без доручення – це самостійна підстава виникнення зобов'язань. З огляду на сучасні реалії і поширеність такого явища як діяльність в інтересах іншої особи без доручення, яка у більшості випадків ( за наявності певних умов) передбачає настання правових наслідків, передбачених інститутом доручення, його доцільно розмістити після глави 68 «Доручення» в окремій главі 68-1.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Українське цивільне право: навч. посіб. 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. Ю. О. Заїки. К.: ЦУЛ, 2014. 358 с.
2. Памятники римського права: Закони XII таблиц. Институции Гая. Дигести Юстиниана. М.: Зеркало, 1997. 608 с.
3. Цивільний кодекс Галичини: пер. з нім. М. Мартинюка, О. Павлишинець. Івано-Франківськ: Вавілонська бібліотека, 2017. 272 с.



4. Загальне цивільне уложення Австрійського імперії 1811 року // Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т.1 / Уклад.: Ю. В. Білоусов, І. А. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К.: Правова єдність, 2009. С. 1025–1149.
5. Безклубий І., Кочкодан І. Зобов'язання, що не мають ознак правової відповідальності // Відповідальність у приватному праві: монографія / заг. ред. І. Безклубого. К.: Грамота, 2014. С.154–258.
6. Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3 вид., перероб. і допов. К.: Юрінком Інтер, 2010. 1176 с.
7. Зубар В. М. Зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. К., 2001. 18 с.
8. Новицкий И. Б. /Деятельность в интересе второго лица без поручения // Отдельные виды обязательств / Под ред. К. А. Граве и И. Б. Новицкого. М.: Госиздат юрид. лит., 1954. С. 335–351.
9. Венедіктова І. В. Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві: монографія. Х.: Нове Слово, 2011. 260 с.
10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. 5-те вид., перероб. і допов. / за відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К., 2013. Т. 2. С. 890.
11. Рішення Святошинського суду м. Києва від 5 листопада 2014 р. по справі № 2/759/2992/14. URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/41482855](http://reyestr.court.gov.ua/Review/41482855) (дата звернення: 04.01.2019 р.).
12. Рішення Печерського суду м. Києва від 13 червня 2016 р. по справі № 757/17501/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58594548> (дата звернення: 04.01.2019 р.).
13. Харитонов Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Х., 1980. 26 с.
14. Пленюк М. Д. Підстави виникнення зобов'язальних правовідносин в механізмі правового регулювання: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПРН України, 2016. 356 с.
15. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини: навч. посіб. / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. К.: Істина, 2008. 304 с.
16. Гражданское уложение Германии. Пер. с нем.; науч. ред. А. Л. Маковский и др. М.: Волтерс Клувер, 2004. 816 с.
17. Кузнецова Н. С. Вибрані праці. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. 544 с.

#### **Zaika Y. Actions in another's interests as ground for obligation**

*The article considers the issues of protection of property rights of third parties without comission. Author analyzes the conditions of occurence of obligations of compensation damages to persons acting in someone else's interest. It is proposed to consider actions in the interest of other people as a quasi-contract in the section of contract law.*

**Keywords:** obligations, grounds for obligations, actions in another's interest, compensation of expenses.

## **СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ПРИЙОМНОЇ СІМ'Ї У ВІТЧИЗНЯНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.17>

**Козак О. М.,**

*аспірантка відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПРН України*

*Увагу зосереджено на аналізі етапів еволюційного розвитку інституту прийомної сім'ї у вітчизняному законодавстві. Констатовано зародження правових форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, вже у княжу добу, оскільки вже в ті часи допомогу щодо опіки над сиротами надавали не лише монастирі, а й приватні особи. Встановлено перші спроби виокремлення на законодавчому рівні з-поміж інших форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, такої форми, як прийомна сім'я із середини XVIII ст. Акцентовується увага на спробі розробників Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р. розмежувати такі правові форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як опіка та піклування, патронат, прийомна сім'я. Встановлено непоширеність сімейних форм виховання дитини в радянську добу. З середини 90-х років констатовано виокремлення на законодавчому рівні нової правової форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю.*



**Ключові слова:** інститут прийомної сім'ї, діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, прийомні батьки, правова форма влаштування дітей, договір.

Аналіз етапів еволюційного розвитку інституту прийомної сім'ї у вітчизняному законодавстві доцільно розпочати із констатації факту, що на відміну від таких форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як усиновлення, опіка і піклування, інститут прийомної сім'ї є порівняно молодим правовим інститутом, розквіт якого припадає на XIX ст. Водночас говорити, що ментально цей інститут є чужорідним для вітчизняної правової системи, було б неправильно, зважаючи, що ще за період княжої доби турбота про дітей-сиріт була пріоритетом впливових приватних осіб (переважно князів та духівництва). Наприклад, одним з перших князь Ярослав Мудрий започаткував створення сирітських шкіл. У той час поступово розвивалися різні форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, що взаємно доповнювалися та базувалися на особистому благодіянні князів та благодійницькій діяльності церкви [1, с. 32]. Так, «Уставом Святого князя Володимира, крестившаго Руськую землю, о церковных судех» виділялися основні категорії тих, про кого мали піклуватися, було визначено мету піклування, а також вирішувалося найважливіше питання – фінансування закладів для піклування про незаможних, що діяли при церквах.

Найпершими письмовими джерелами, що містили норми сімейного права, можна вважати договори князів Олега й Ігоря з греками 907, 911 і 945 рр. Разом з тим окремих правових форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у найвідомішій і одній з найдавніших правових пам'яток Київської Русі – Руській Правді – не містилось, хоча правові норми, що регулювали відносини подружжя з приводу належного їм майна, там були передбачені.

На зазначеному етапі зародження правових форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, прийомна сім'я не виокремлюється як явище, віддільне від опіки, піклування та усиновлення. Водночас вже в княжу добу після міжусобних війн, татаро-монгольських набігів тощо осиротілих дітей княжої раті приймали в свої сім'ї їх родичі або й чужі люди, особливо у випадку, коли осиротілим дітям могло належати хоч якийсь майно. Інші ж позбавлені батьківського піклування діти жили за рахунок подаяння «мирської милостині».

Із занепадом Київської Русі у зв'язку із постійними міжусобними війнами частина українських земель у першій половині XIV ст. опинилася під владою Великого князівства Литовського, а частина – Королівства Польського. У той період влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, на територіях, що входили до складу цих держав, поступово урегулюється на законодавчому рівні. Так, вже перша редакція Статуту Великого князівства Литовського 1529 р. містила розділ 5 «Про опікунів», положення якого стосувалися виключно опіки над майном дітей. Зі змісту п. 1 розділу 5 Литовських статутів 1529 р. можемо виявити, що опікуном в той час могла бути особа, призначена як з числа родичів, так і зі сторонніх осіб [2, с. 27]. В другій («Волинській») редакції Статуту Великого князівства Литовського 1566 р., як і в третій редакції («Післялюблінській») 1588 р., присвячені опіці положення викладені ширше, однак про інші правові форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, будь-які згадки відсутні.

Вивчаючи такі історичні джерела, можемо стверджувати, що зародження правових форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, відбувалось вже у княжу добу, оскільки вже в ті часи допомогу щодо опіки над сиротами надавали не лише монастирі, а й приватні особи. Так, осиротілих дітей брали і приватні особи, які виховували і навчали таких сиріт, а після досягнення певного віку відпускали в світ без права на спадкування майна таких «благородних батьків». Хоча сучасного розуміння цей договірний інститут як належно оформлений документ, що підтверджує права й обов'язки прийомних батьків, органів влади та дітей, в той час ще не набув.

У період козацької доби та Гетьманщини набули значного розвитку братства, при яких обов'язково влаштовувалися школи, богодільні і будинки для прочан. Церква та братства були не лише основним джерелом самої ідеї громадського піклування, а й інститутом її реалізації. Зокрема, їх значення виходило далеко за рамки звичайної філантропічної діяльності. Вони були втіленням гуманістичних ідей на старість, немічність, убогство, сирітство. Ці явища суспільного життя народ вважав лихом, а не приниженням [3, с. 34]. Випускники таких закладів виходили підготовленими до подальшого життя, мали не лише сільськогосподарські навички, а й володіли ремеслами. Головним принципом організації подібних закладів було самозабезпечення. Однак в юридичній літературі зазначається, що у виховних будинках того часу смертність сягала 75%, тому з 1811 р. сиріт частіше передавали у родини [4].

Більшого поширення після національно-визвольної війни 1648–1657 рр. набули добродійно-меценатські справи гетьманів, козацької старшини та заможних козаків. Щоправда, таку діяльність можна охарактеризувати як приватну добродійність, натомість загальнодержавного чи хоча б місцевого громадського характеру вона ще не набула. Тобто у сфері сімейно-правових відносин провідну роль у часи Гетьманщини відіграють різноманітні особисті вольності. Як зазначається з

цього приводу в юридичній літературі, тільки із посиленням державницьких позицій починаються перші усвідомлені кроки державної влади у боротьбі з жебрацтвом, оскільки безконтрольне роздавання милостині призвело до розквіту і поширення такого соціального феномена, як професійне жебрацтво [5, с. 51].

Значення будь-яких інших правових форм влаштування дітей-сиріт, крім встановлення опіки над ними, не змінилися і впродовж XVI – XVIII ст. Наприклад, у збірнику «Прав, за якими судиться Малоросійський народ» (артикул 4 гл. 11) 1793 р. чітко окреслено перелік осіб, які повинні бути опікунами дітей-сиріт. Крім того, на опікуна перед вступом у такі правовідносини покладался обов'язок у присутності двох поважних осіб з органів влади здійснити опис всього належного осиротілій дитині рухомого та нерухомого майна, а також присягнути «старатися о добром и честном тех же сирот, как бы своих собственных детей, воспитании, дабы праздно, и всеу лег своих не теряя, обучаемы были в книжном чтении, в потребных науках, и в других политических обхождениях, или смотря по породе их в художних каких мастерствах, и не претерпевали б в корме и одеянии нужды, но надлежащее в том бы по пропорции имения их имели довольство» (артикул 7 гл. 11) [2, с. 524–525]. Із такого (залучення двох представників органів влади) можемо дійти висновку про фактичне зародження інституту прийомної сім'ї, де гарантом належного виконання обов'язків прийомних батьків виступає держава в особі своїх органів. Окремо в зазначеному нормативно-правовому акті врегульовувались питання заміни опікуна, обов'язку останнього представляти права та інтереси сироти в різних органах, збереження майна сироти, відповідальності опікуна за неналежне виконання покладених обов'язків тощо.

Особливістю того часу було те, що домовленість про передання дитини-сироти під опіку досягалась в усній формі і фактично до кінця XVII ст. зазначені підходи не змінювались. Однак уже починаючи з XVIII ст., поступово розпочинається процес оформлення таких домовленостей у письмовій формі, особливо якщо сирота володів земельною ділянкою чи іншим нерухомим майном. До того ж, чим більше загострювалася земельна проблема, тим частіше українці надавали перевагу письмовій формі, яка, таким чином, ставала обов'язковою [6, с. 13].

У той час на рівні царських указів встановлювалася нова система адміністративно-територіального устрою, в межах якої створювалися спеціальні місцеві піклувальні органи у вигляді Приказів громадського піклування. Так, царським Указом «Установи для управління губерній Всеросійської імперії» 1775 р. закріплювалось цікаве для нашого дослідження положення, за яким у разі недоцільності створення сирітського будинку з фінансових міркувань, Приказ громадського піклування вправі віддати сиріт на утримання та виховання за окрему плату на виховання приватним особам [7, с. 16–17]. Наприклад, в ті часи опікун малолітньої дитини отримував з доходів малолітньої дитини 5% щорічно, а в Чернігівській та Полтавській губерніях – 10% чистих доходів щорічно [8, с. 438]. Тобто, можемо констатувати перші спроби виокремлення на законодавчому рівні з-поміж інших форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, такої форми, як прийомна сім'я.

Прикладом вищенаведеного можуть бути положення глави 5 частини 1 Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р., що діяв на території Східної Галичини та Буковини, які перебували під гнітом Австро-Угорської імперії. Так, зазначена глава розпочинається із закріпленого законодавчо обов'язку держави забезпечити наявність опікуна над сиротою чи дитиною, позбавленою батьківського піклування, та піклувальника над їх майном (§ 164–165). Крім того, тогочасний законодавець Австро-Угорської імперії, у складі якої знаходились Східна Галичина та Буковина, закріпив чіткий перелік осіб, які не можуть бути опікунами, до яких відніс: жінок, священиків, іноземців, іновірців, військових, осіб, яких батько відсторонив від опіки, заявивши про це, а також осіб, що недружно налаштовані проти дитини чи мають вже під опікою трьох і більше дітей чи більше п'яти власних дітей або внуків.

Цікавим та таким, що свідчить про договірну природу правових форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є положення § 181 Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р., де закріплювалася цивільно-правова відповідальність опікуна, який приховав свою неспроможність до здійснення опіки, або ж судді, що свідомого призначив опікуном таку особу, у формі відшкодування, завданих дитині реальних збитків, а також упущеної вигоди. Більше того, як було передбачено § 247, «навіть члени суду щодо опіки, які недбало виконували свої функції на шкоду неповнолітньому, відповідальні за невиконання своїх обов'язків, і якщо немає жодних інших способів компенсації, то вони зобов'язані компенсувати доведені збитки» [9, с. 67].

Підсумовуючи зазначений період, доцільно підкреслити, що розробники Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р. в той час ще не намагались розмежувати такі правові форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як опіка та піклування, патронат, прийомна сім'я, водночас уже закріплювали їх відмінні ознаки в інституті опіки та піклування. Прикладом зазначеного є положення § 183, де передбачено обов'язкову участь органу державної влади (суду) в отриманні права стати опікуном, обов'язкову перевірку таких осіб, наявність у останніх можливості навчати особу, якою він опікується, порядності, побожності та доброчесності, намагання виховати дитину гідним громадянином, репрезентувати її в суді та поза ним, надійно та старанно управляти її

майном і у всьому поводитися відповідно до приписів закону. Тобто вже в той час виокремлюються спільні для всіх форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, ознаки: забезпечення нормального розвитку, виховання, спілкування таких осіб, підтримки на належному рівні особистісних зв'язків із суспільством, у тому числі і шляхом надання допомоги у здійсненні майнових прав. Позитивним є те, що зазначені обов'язки знайшли своє відображення (хоча й в дещо трансформованому вигляді) й в сучасних законодавчих актах України.

Аналізуючи Загальне цивільне уложення Австрійської імперії 1811 р., слід одразу ж зазначити, що в цьому кодифікованому акті, на відміну від Цивільного кодексу Східної Галичини, законодавчо виокремлено, разом із інститутом опіки та піклування, такі правові форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як усиновлення та прийняття дитини на виховання. Так, § 186 Загального Цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р. передбачалося, що права і обов'язки усиновителів і усиновлених не можуть застосовуватись до дітей, що приймаються тільки на виховання. Приймати в сім'ю на виховання дозволялося кожному. Якщо ж сторони побажають укласти договір про прийняття на виховання, то останній мав бути затверджений судом. Приймаючі на виховання особи не мають права вимагати відшкодування витрат на виховання [2, с. 1025], однак суд міг призначити старанним опікунам з чистого доходу щорічну винагороду в розмірі не більше 5% чистого доходу або чотирьох тисяч гульденів [8, с. 437]. Тенденція щодо передання дітей на виховання у прийомні сім'ї пояснювалась значним ростом кількості безпритульних дітей та погіршенням умов їх життя, що відбилося у зростанні показників смертності. Саме ця обставина, на думку окремих дослідників, стала причиною заборони відкриття нових виховних будинків [10, с. 2].

Наступний період розвитку інституту прийомної сім'ї у вітчизняному законодавстві пов'язаний з буремними подіями революції 1905–1907 рр., Першою світовою війною, революцією 1917 р., що призвели до різкого збільшення чисельності дітей-сиріт, бездоглядних та безпритульних дітей [11, с. 112]. Саме в цей період зростання чисельності дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, спостерігається посилення ролі держави у створенні умов для їх повноцінного фізичного, інтелектуального, духовного, морального і соціального розвитку. І, дійсно, доводиться спостерігати похвалення активних дій у питаннях влаштування соціально незахищених верств населення (особливо дітей, батьки яких віддали своє життя на полях битви за українську державність) з боку Української народної республіки, Західно-Української народної республіки, Гетьманату Скоропадського та Української держави.

Більш серйозні зміни у питанні влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, відбулися після силового захоплення влади в Україні більшовиками і примусовим входженням України до складу Радянського Союзу. В цей час сімейні форми влаштування дітей не отримали державної підтримки. Натомість перевага надавалась створенню дитячих приймально-розподільчих пунктів, дитячих будинків різного типу, дитячих містечок, колоній-комун, в яких діти отримували виховання, освіту тощо. Загалом створювана в той час система соціального забезпечення дітей-сиріт охоплювала дитячі будинки різних категорій (дошкільні, шкільні, з професійним навчанням, лікувальні, для інвалідів тощо), а також трудові колонії і трудові комуни для важковиховуваних дітей.

З цього приводу доцільно нагадати, що саме сімейні форми виховання дитини в радянський період були менш поширеними, проте вперше радянський уряд був змушений вдатися до політики піклування про дітей-сиріт саме через інститут прийомної сім'ї вже на початку 20-х років ХХ ст., коли було встановлено незадовільний рівень їх утримання у таких дитячих будинках (бруд, голод, напівзруйновані приміщення). У 1925 р. Народний комісаріат з охорони здоров'я видав інструкцію «Об отдаче покинутых детей на воспитание из учреждений Охраны материнства и младенчества», в якому наголошувалося на необхідності передання дітей в сім'ї, де є члени комуністичних організацій. На виховання у прийомні сім'ї передавалися здорові діти віком від 3-х місяців та старші. Перевага надавалась сім'ям бездітним або небагатодітним родинам [12, с. 13].

Цікавим стосовно нашого дослідження є документ 1928 р. «Про порядок і умови передачі вихованців дитячих будинків та інших неповнолітніх трудящим в містах і робочим в селах». Зазначений нормативно-правовий акт передбачав можливість передання дітей на виховання громадянам на основі укладеного у письмовій формі договору. Істотними умовами такого договору про передання вихованця дитячого будинку чи іншої неповнолітньої особи належали: обов'язок утримувати дитину нарівні з іншими членами сім'ї; тривалість договірних відносин із зазначенням певного строку, але не менше трьох місяців; форма і розмір допомоги вихованцю після припинення договору; порядок дострокового розірвання договору тощо. Особа, що погоджувалась прийняти таку дитину у свою сім'ю на таких договірних засадах, отримувала серйозну державну підтримку за рахунок місцевих коштів шляхом одноразової виплати для потреб сім'ї. Тобто тогочасний договір про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, на виховання у прийомну сім'ю характеризувався як двосторонній, оплатний, консенсуальний і, що найбільш нехарактерно для того часу, добровільний договір, а наявність різного роду гарантованих державою пільг сприяло широкому його розвитку на практиці, коли найближчі родичі приймали у прийомну сім'ю таких дітей, у тому числі й у зв'язку із перспективою отримання певних різного роду пільг та матеріальної допомоги.

Наступною важкою віхою нашої історії стало масове знищення соціально активного населення України, що пов'язано з голодомором 1932–1933 рр., хвилею сталінських репресій, а також Другою світовою війною. Дітей, що примусово позбавлялись батьківської опіки, розміщували в сумнозвісних «приймачі-розподільники», а звідти відправляли до дитячих будинків і ясел Наркомату охорони здоров'я. Безпрецедентним за своєю жорстокістю був Оперативний наказ № 00486 народного комісара внутрішніх справ СРСР Миколи Єжова від 15 серпня 1937 р. Відповідно до нього каральна система не жаліла ні дітей, ні дружин ворогів Радянського Союзу. Політичних сиріт примусово засиляли до інтернатів системи Наркомату освіти, охорони здоров'я і спеціальних закладів, створених органами НКВС [13]. Як вбачається зі змісту цього нелюдського наказу, основна біда цих дітей полягала навіть не в тому, що вони ставали сиротами при живих батьках, а в тому, що їх заборонялось приймати сім'ям їх родичів. Відповідно, держава імперативно визначала єдиний шлях такій дитині – дитячий будинок-інтернат з усіма можливими наслідками (втрата права на сім'ю, щасливе дитинство, виховання в сім'ї тощо). У свідоцтві про народження такої дитини в графах «відомості про батьків» було пусте місце, а самих дітей (особливо молодшого віку) таким чином примушували забути або (щодо старших) відмовитися від засуджених батьків.

У цей час дедалі більше акценти зміщуються у бік доцільності створення спеціальних диференційованих шкіл і дитячих будинків [14, с. 37], що свідчить на користь висновку про подальше превалювання в системі соціального захисту дітей-сиріт їх влаштування в дитячі заклади інтернатного типу. Так, протягом фактично п'яти років усі дитячі будинки були реформовані на школи-інтернати [15, с. 91].

Разом із тим час підтвердив неможливість заміни сімейного виховання вихованням у будинках-інтернатах, які продемонстрували обмежений порівняно з індивідуальним вихованням спектр можливостей для подальшої соціальної адаптації дітей-сиріт. Помилковість підходу щодо відмови від можливостей виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, в сім'ї було прямо підтверджено політикою СРСР 80-х років ХХ ст., коли пріоритетне місце в цьому процесі знову повертається насамперед до сімейних форм влаштування таких дітей.

Саме тому із здобуттям незалежності України та ратифікацією незалежною Україною Конвенції ООН про права дитини у 1991 р. було закріплено пріоритет виховання дітей саме у сім'ї, адже лише тоді дитина може бути повністю підготовлена до самостійного життя у суспільстві. З цією метою наприкінці 90-х років ХХ ст. було прийнято рішення «реорганізувати» такі будинки-інтернати в прийомні сім'ї шляхом прийняття на рівні Кабінету Міністрів України Постанови «Про проведення експерименту щодо створення прийомних сімей в окремих регіонах України». Як видається, саме з цього моменту можна стверджувати про виокремлення на законодавчому рівні нової правової форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю.

Результатом такого експерименту з утворення прийомних сімей в окремих областях України стало прийняття у квітні 2002 р. єдиного «Положення про прийомну сім'ю», у п. 2 якого передбачено уже зовсім інше бачення поняття прийомної сім'ї, ніж у вищевказаних «експериментальних положеннях». Більше того, зазначені новели Постанови Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 р. № 565 знайшли своє відображення в законах України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» та «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей».

Тобто наведені факти свідчать про намагання держави насамперед відійти від усталених минулих підходів до вирішення проблем влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, шляхом удосконалення механізму врегулювання цих відносин на договірному (індивідуальному) рівні через створення сприятливих умов для розвитку інституту прийомного виховання та його форм – прийомної сім'ї, дитячого будинку сімейного типу, патронату як на рівні закону, так і на рівні його практичної реалізації. Водночас сьогодні доводиться констатувати й той факт, що всупереч стрімкому розвитку сімейних форм виховання, інтернатні заклади й далі продовжують поповнюватися дітьми. Як видається, це є наслідком недостатнього розроблення механізму отримання відповідного статусу прийомними батьками та прийомними дітьми, адже отримання цього статусу є справою непростою та тривалою в часі, оскільки потребує збору документів, пошуку потенційних прийомних батьків, їх перевірку, проходження курсу підготовки і рекомендації відповідного центру соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді, розгляду та прийняття рішення про утворення прийомної сім'ї відповідним органом місцевого самоврядування, розробки та укладання договору про влаштування дітей до прийомної сім'ї на виховання та спільне проживання тощо.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Падун Є. В. Інститут прийомного виховання у сімейному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2017. С. 32.
2. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. Київ: Правова єдність, 2009. С. 27, 524–525, 1025.

3. Особенности развития личности ребенка, лишенного родительского попечительства. Дети с отклоняющимся поведением / под ред. В. С. Мухиной. Москва, 1989. С. 34.
4. Лукашенкин А. Ведомственные учреждения Императрицы Марии: губернское попечительство детских приютов. Доклад на региональной конференции по теории и практике благотворительной деятельности. URL: <http://ngo.pskov.ru/hgo2002/topic/doklad> (дата звернення: 12.09.2018).
5. Романюк У. В. Патронат як форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2018. С. 51.
6. Хобор Р. Б. Шлюбний договір як регулятор майнових відносин подружжя: монографія. Тернопіль: Підручники і посібники, 2017. С. 13.
7. Фетисова О. В. Приемная семья как способ семейного воспитания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Российской Федерации: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва: Российский государственный социальный университет, 2005 С. 16–17.
8. Загоровский А. И. Курс семейного права / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. Москва: Издательство «Зерцало», 2003. С. 438, 437.
9. Цивільний кодекс Галичини: пер. з нім. Мар'яна Мартинюка, Олени Павлишинець. Івано-Франківськ: Вавилонська бібліотека, 2017. С. 67.
10. Шукуров Р. А. Приемная семья по семейному праву Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва. 2004. С. 2.
11. Артюшкіна Л. М., Поляничко А. О. Сирітство в Україні як соціально-педагогічна проблема (соціально-правовий аспект). Монографія. Суми, 2002. С. 112.
12. Шевченко Я. Н. Основы семейного законодательства. Київ: Вища школа. 1982. С. 13.
13. Гуцула В. Доля дітей «ворогів народу» в СРСР // Збруч. 21.05.2015. URL : <http://zbruc.eu/node/44121> (дата звернення: 29.09.2018).
14. Гончаренко В. Д., Рогожин А. Й., Святоцький О. Д. Хрестоматія з історії держави та права України. Т.1: З найдавніших часів до початку ХХ ст.: навч. посіб для юрид. вищих навч. закладів і фак. У 2-х т. / за ред. члена-кореспондента АПН України В. Д. Гончаренка. Київ, 1997. С. 37.
15. Положение детей в СССР. 1990 год. Состояние. Проблемы. Перспектива. Москва, 1990. С. 91.

#### **Kozak O. Of the institute of the accepted family in domestic legislation**

*The article focuses on the analysis of the stages of evolutionary development of the foster family institution in the domestic legislation. The emergence of legal forms of placement of orphans and children deprived of parental care is already at the princely age, since at that time assistance for the care of orphans was provided not only by monasteries but also by private individuals. The first attempts at legislative separation among other forms of placement of orphans and children deprived of parental care in the form of a foster family from the middle of the XVIII century were established. The focus is on the attempt by developers of the Civil Code of Eastern Galicia in 1797 to distinguish between such legal forms of placement of orphans and children deprived of parental care as guardianship and guardianship, patronage, foster family. The prevalence of family forms of child upbringing in the Soviet era was established. Since the mid-1990s, the new legal form of placement of orphans and children deprived of parental care in the foster family has been identified at the legislative level.*

**Keywords:** institute of adoptive family, orphans, children deprived of parental care, foster parents, legal form of child placement, contract.

### **СТРОКИ (ТЕРМІНИ) У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.18>

**Луць В. В.,**

*доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, провідний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті досліджується роль строків і термінів як часових категорій на різних стадіях механізму правового регулювання майнових та особистих немайнових (цивільних) відносин; обґрунтовується авторська позиція про те, що будучи часовою формою розвитку цивільних правовідносин, формою існування та здійснення (виконання) суб'єктивних прав та обов'язків цивільно-правові строки не посідають самотійного місця в загальній системі юридичних фактів і породжують юридичні наслідки лише у зв'язку з діями та подіями.*

**Ключові слова:** механізм правового регулювання, строк, термін, юридичні факти, цивільні права та обов'язки, позовна давність.

Динамічний розвиток економічних процесів та соціальних перетворень у сучасній Україні ґрунтується на активному використанні часу як об'єктивної категорії та пов'язаних з ним понять «строк», «термін», «своєчасно» тощо.

Яке місце займають ці категорії у механізмі правового регулювання цивільних відносин – особистих немайнових та майнових, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників?

В юридичній літературі висловлювались різні думки на сутність та елементи (стадії) механізму правового регулювання суспільних відносин. Не вдаючись до аналізу цих думок, слід зазначити, що більшість дослідників сходиться на тому, що механізм правового регулювання включає такі елементи (стадії): 1) нормативну основу; 2) юридичні факти; 3) правовідносини; 4) акти реалізації прав та обов'язків; 5) захист порушених прав суб'єктів правовідносин.

Загальною передумовою виникнення та існування корпоративних правовідносин є наділення законом їх суб'єктів корпоративною правосуб'єктністю, тобто здатністю мати та здійснювати корпоративні права та обов'язки.

Загальні часові параметри функціонування правовідносин визначаються насамперед правовими нормами. Положення про строки містяться в нормах Цивільного (ЦК), Господарського (ГК), Земельного (ЗК) кодексів України, в численних інших нормативно-правових актах, а також у нормах інших соціальних регуляторів (звичаї ділового обороту, юридична практика тощо), що регулюють цивільні відносини їх учасників. Обмеженими в часі є не лише правовідносини в цілому, а й суб'єктивні права та обов'язки, які становлять зміст цих правовідносин. Установлені у правовідносинах права та обов'язки забезпечують можливість вчинення їх суб'єктами певних дій, спрямованих на досягнення допустимих законом цілей. Тому регулювання дії у часі суб'єктивних прав і обов'язків є важливим засобом юридичного впливу на поведінку учасників цивільних відносин.

Строки упорядковують цивільний оборот, стабілізують цивільні правовідносини, сприяють своєчасному та якісному задоволенню потреб їх учасників, забезпечують своєчасний захист порушених суб'єктивних прав та інтересів учасників цих відносин.

Положення про строки і терміни пронизують майже всі підгалузі та інститути цивільного права. Питання про строки і терміни має важливе методологічне значення не лише для цивільного права, а й для розуміння відповідних часових понять при застосуванні норм сімейного, земельного, екологічного, господарського та інших галузей законодавства.

Різним рівням і формам руху матерії відповідають певні форми прояву часу. У працях філософів переконливо доведена можливість існування у світі різноманітних просторово-часових форм, які відрізняються від інших форм тим, що є необхідними умовами існування численних класів матеріальних об'єктів. До таких форм належать соціальний простір і соціальний час.

Соціальний час є формою існування соціальної матерії, формою суспільного буття. Суспільні процеси і явища, людська діяльність взагалі відбуваються в часі. Вони розвиваються у певній послідовності і мають деяку тривалість. Ці властивості притаманні всяким явищам матеріального світу. Специфіка ж соціального часу як форми руху соціальної матерії полягає в тому, що на нього накладає відбиток існуючий лише у суспільстві діалектичний зв'язок об'єктивного і суб'єктивного, необхідності і свободи. Суспільні зв'язки і відносини, становлячи зміст соціального часу, виникають на базі тієї діяльності, яка здійснюється людьми. І хоч просторово-часові форми, які їх опосередковують, виникають об'єктивно, усвідомлення останніх людьми в умовах суспільства стає одним із важливих чинників у науковому управлінні соціальними процесами.

Питання про роль та місце строків у механізмі правового регулювання можна розглядати в кількох площинах: а) строк як момент виникнення (початку) або припинення правовідносин; б) строк як одна з умов, що визначає їх зміст; в) строк як критерій правомірності (своєчасності) поведінки учасників правовідносин тощо.

У літературі з цивільного права при аналізі строків останні найчастіше з'ясовують з огляду на їх місце у системі юридичних фактів. Під юридичними фактами загальноприйнято розуміти факти реальної дійсності, з якими право пов'язує настання певних юридичних наслідків, зокрема, виникнення, зміну або припинення прав і юридичних обов'язків.

Юридичні факти класифікуються за різними ознаками. Однією з таких ознак є відношення до цих фактів норм права. Відповідно до специфіки предмета і методу правового регулювання, властивих кожній галузі права, її норми та інститути передбачають і певні види юридичних фактів. Така класифікація сприяє глибшому з'ясуванню змісту галузей права і їх розмежуванню. Незалежно від галузевої приналежності юридичні факти за ознакою їх відношення до волі суб'єктів поділяються на дії та події. Якщо дії (бездіяльність) вчиняються по волі людей і являють собою акти усвідомленої поведінки,

то події – це явища, які у своєму розвитку від волі людей не залежать. Крім традиційного поділу юридичних фактів за вольовою ознакою на дії та події, висловлено думку про доцільність відокремлення групи юридичних фактів-станів, і залежно від їх тривалості розрізняти: а) факти однократної дії; б) триваючі юридичні факти-стани.

Слід зазначити, що класифікація юридичних фактів за ознакою їх тривалості цілком прийнятна, оскільки вона сприяє більш глибокому їх пізнанню, зокрема з огляду їх дії у часі. Саме дії та події можуть мати різну тривалість у часі. Питання ж про виділення станів в окремий вид юридичних фактів має в науці свою історію і залишається дискусійним. Приклади фактів-станів, які часто наводяться (перебування у шлюбі, родинні зв'язки тощо), являють собою не що інше як правовідносини, що виникли внаслідок певних юридичних фактів-дій або подій (зокрема укладення шлюбу). З приводу відособлення діяльності та її результатів в окрему групу юридичних фактів можна застерегти, що діяльність складається з окремих дій людей та їх колективів, певній частині яких закон надає юридичної значущості, тобто визнає юридичними фактами.

Перелік юридичних фактів-підстав виникнення цивільних прав та обов'язків (ст. 11 ЦК) у силу дії в цивільному праві принципів аналогії закону та аналогії права (ст. 8 ЦК) не є вичерпним.

Правові строки найчастіше розглядаються як події, маючи на увазі плин часу (строку). Так, О. О. Красавчиков плин часу виділяв у окрему групу абсолютних юридичних подій, виникнення та дія яких не зумовлені вольовою діяльністю людей [1]. Таку саму оцінку правовий строк одержує в українських підручниках з цивільного права [2]. Заперечуючи О. О. Красавчикову, який стверджував, що плинові часу людина не може протиставляти свою діяльність, оскільки вона сама існує у часі, В. П. Грибачов правильно підкреслював, що людина, здійснюючи свою діяльність, активно використовує час.

Враховуючи ту роль, яку відіграють строки у виникненні, зміні, здійсненні і захисті цивільних прав, В. П. Грибанов дійшов висновку, що юридичні строки в системі юридичних фактів цивільного права посідають самостійне місце поряд з юридичними подіями і юридичними діями і за своїм характером являють щось середнє між ними [3].

Зіставляючи різні погляди на юридичну природу строків у праві, важливо насамперед визначити зв'язок строків з волею суб'єктів цивільних правовідносин. Строк як визначений наперед момент або відрізок часу обмежує дію у часі суб'єктивних прав та обов'язків. Оскільки ці права й обов'язки частіше за все виникають за волею їх носіїв, остільки ж вольовий характер мають і строки, що обмежують їх дію у часі. Конкретні строки здійснення і особливо строки захисту цивільних прав передбачаються нормою закону. Проте закон сам має вольовий характер як юридичний вираз державної волі. Механізм дії нормативних приписів найчастіше «включається» (крім настання юридичних подій) завдяки здійсненню усвідомлених і цілеспрямованих вольових дій (правочинів, актів органів державної влади тощо), які позначаються на динаміці цивільних правовідносин.

Строк може бути визначений самими учасниками правовідносин, встановлений за рішенням суду. Вольовий характер цього строку не може викликати сумніву. Якщо зазначеним шляхом строк не встановлено, то сторони керуються тими часовими критеріями, які закріплені в законі. Строки, встановлені законом, стають обов'язковими для суб'єктів правовідносин або внаслідок того, що закон забороняє їх зміну за угодою сторін (наприклад зменшення позовної давності), або тому, що сторони не скористалися наданою їм можливістю визначити строк на власний розсуд (наприклад збільшити гарантійний строк).

Отже, цивільно-правові строки є часовою формою розвитку цивільних правовідносин, формою існування і здійснення (виконання) суб'єктивних прав та обов'язків, які становлять зміст правовідносин. Суб'єктивне право та обов'язок являють собою можливість або необхідність вчинення їх носіями певних дій або утримання від їх вчинення. Зміст строку становлять або дія, або подія (події теж відбуваються у часі, можуть мати певну тривалість). Поза цими фактами встановлення та існування строків втрачають сенс. Ось чому настання або закінчення строку набувають значення не самі по собі, а в поєднанні з подіями або тими діями, для вчинення або утримання від вчинення яких цей строк установлений. З наведеного можна дійти висновку, що строки не посідають самостійного місця в загальній системі юридичних фактів поряд з юридичними діями та юридичними подіями. Як форма час властивий і першим, і другим. Тому, виступаючи часовою формою, в якій відбуваються події і вчинюються дії (бездіяльність), строки породжують юридичні наслідки лише у зв'язку з діями і подіями. З урахуванням цього строк визначається як період або момент часу, з настанням або закінченням якого пов'язані певна подія або дія (бездіяльність), що мають юридичне значення [4].

З чіткою позицією не погоджується М. В. Батянов, вважаючи, що В. В. Луць аналізує строк лише як форму існування явищ реальної дійсності, що мають правове значення, і ніби не розмежовує перебіг строку та його закінчення (настання). Строк може виступати в праві як, наприклад, темпоральна характеристика, яку важко розглядати як форму будь-якого явища. Проте в подальшому викладі М. В. Батянов стверджує, що будь-який правовий строк завжди розглядається у зв'язку із тим чи іншим правовим явищем як своєрідною точкою додатку до нього. Тому перебіг строку не може



розглядатися як юридичний факт, адже в протилежному підході його потрібно було б віднести до юридичних фактів-станів. Однак у такому випадку правові наслідки породжуються не самим перебігом строку, а тим явищем чи процесом, до якого належить перебіг строку. Сам по собі перебіг строку самостійних правових наслідків породжувати не може [5].

Як слушно зауважує М. Д. Пленок, строк є окремим правовим явищем, що тісно пов'язаний з тими чи іншими юридичними фактами (діями або подіями). На відміну від юридичного факту, який є самостійною категорією, строк (термін) не існує сам по собі, а є часовим відображенням існування певних дій або подій (юридичних фактів) [6].

В українській правовій термінології поряд з поняттям «строк» (що відображає певний період у часі (наприклад рік, місяць), часто вживається поняття «термін», з яким пов'язується певний момент у часі, зокрема календарна дата або певна подія, що має неодмінно настати. Тому ЦК України окремо визначає поняття «строк» і «термін». Відповідно до ст. 251 ЦК строком визнається період у часі, із закінченням якого пов'язана певна дія чи подія, що має юридичне значення. У цьому разі строк обчислюється роками, місяцями, тижнями, днями чи годинами. Початок строку чи його закінчення може визначатися також вказівкою на подію, що має неминуче настати. Терміном же визначається момент у часі, із настанням якого пов'язана певна дія або подія, що має юридичне значення. Термін визначається календарною датою або ж вказівкою на подію, яка має неминуче настати.

П. Д. Гуйван, аналізуючи визначення строку, яке надано у ч. 1 ст. 251 ЦК, вважає його недосконалим, бо дає широке поле для його тлумачення. Автор перебуває на тій позиції, що початок або закінчення перебігу строку не може вважатися юридичним фактом у класичному розумінні цієї обставини як такої, котра приводить до виникнення, зміни чи припинення суб'єктивних цивільних прав і обов'язків, і пропонує викласти ч. 1 ст. 251 ЦК у такій редакції: «Строком є певний період у часі, настання або сплив якого визначають межі існування (здійснення) суб'єктивного права особи». Відповідно, коригування також має зазнати і ч. 2 ст. 251 ЦК [7, с. 140–141].

Однак слід зауважити, що, по-перше, зі строком може пов'язуватись не лише суб'єктивне цивільне право, а й суб'єктивний цивільний обов'язок, про який у цьому визначенні строку не згадується, і, по-друге, настання і сплив строку не можна вважати межею існування чи здійснення суб'єктивного права особи, бо, за загальним правилом (за винятком присічних строків), закінчення строку, передбаченого для здійснення права чи виконання обов'язку, не тягне за собою автоматичного припинення цього права чи обов'язку, оскільки зберігається можливість їх здійснення і захисту протягом певних строків в оперативному, претензійному порядку або в порядку судового розгляду спору.

Підкреслюючи необхідність розмежування понять «строк» і «термін», слід водночас відзначити їх взаємодію, поєднання в регулюванні певних цивільних правовідносин. Так, відповідно до ст. 530 ЦК України, якщо в зобов'язанні встановлений строк (термін) його виконання, то воно підлягає виконанню в цей строк (термін). Зобов'язання, строк (термін) виконання якого визначений вказівкою на подію, яка неминуче має настати, підлягає виконанню з настанням цієї події. Якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання в будь-який час. Боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства.

Переважну більшість майнових та особистих немайнових відносин, які регулюються нормами Цивільного кодексу та інших актів цивільного законодавства, складають відносини, завдяки яким забезпечується правомірна поведінка суб'єктів цих відносин, нормальна реалізація ними суб'єктивних цивільних прав та виконання цивільно-правових обов'язків.

*Строки (терміни) в регулятивних правовідносинах – це строки (терміни) здійснення суб'єктивних цивільних прав і виконання обов'язків.*

Щодо деяких цивільних правовідносин у законі передбачено, що нездійснення права або невиконання обов'язку в певний строк чи термін призводять до припинення цього права або обов'язку. Такі строки в літературі називають *присічними*, або *преклюзивними* (від лат. *praecclusio* – припиняти, перешкоджати). У ЦК України та інших актах цивільного законодавства передбачено чимало різних присічних строків. Так, відповідно до ч. 1 ст. 247 і ч. 1 ст. 248 ЦК строк дії довіреності визначається у самій довіреності. Якщо строк її дії не зазначено, довіреність зберігає чинність до її припинення. Представництво за довіреністю припиняється в разі закінчення строку довіреності. Отже, строк дії довіреності є присічним строком, бо з його закінченням припиняється право представника діяти від імені особи, яку він представляє.

Слід зазначити, що особливість присічних строків полягає у тому, що вони, визначаючи межі суб'єктивного права в часі, входять до його змісту як внутрішньо важлива межа їх існування. Закінчення присічного строку зумовлює припинення суб'єктивного права або обов'язку, але це не можна вважати достроковим припиненням суб'єктивного права. Про дострокове припинення права або виконання обов'язку можна говорити в разі, якщо воно настало до закінчення строку. Натомість право чи

обов'язок, обмежені присічним строком, припиняються із закінченням строку. Але присічний характер того чи іншого строку має прямо впливати зі змісту відповідної норми закону або укладеного договору.

Поняття «розумний строк» належить до оціночних понять, які рясніють у багатьох нормах ЦК, однак він не містить загальної норми, в якій розкривався б зміст цього поняття.

У країнах загального права (зокрема США, Англії) розумний строк асоціюється з оцінкою дій та обставин, за яких вони вчиняються. Так, за § 2 ст. 1-204 Єдиного торговельного кодексу США, визначення розумного строку для вчинення тієї чи іншої дії залежить від характеру та мети такої дії та від пов'язаних з нею обставин. В англійському праві виконання протягом розумного строку розглядається як таке, що здійснюється з урахуванням характеру договору та обставин даної справи. Що є розумним строком – це питання факту в кожному конкретному випадку [8].

Заключною, факультативною стадією механізму правового регулювання є захист порушених цивільних прав та обов'язків суб'єктів цивільних правовідносин.

Відповідно до ст. 15 і 16 (ч. 1) ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання, а також свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Проте можливість вимагати від компетентного органу захисту права чи охоронюваного законом інтересу також не є безмежною в часі: за загальним правилом, вона обмежена встановленими у законі строками позовної давності. Призначення останніх полягає не лише в тому, щоб визнати існуючим, відновити суб'єктивне право чи юридичний обов'язок або іншим способом захистити їх, а й забезпечити реалізацію закладених у суб'єктивному праві можливостей і задовольнити інтерес уповноваженого.

Відповідно до ст. 256 ЦК *позовна давність* – це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу. Наведена норма є дещо невдалою, адже дає підстави вважати, що зі впливом позовної давності особа не може звертатися з позовом до суду.

Позовну давність не слід розглядати як строк, протягом якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого порушеного права. Відповідно до ч. 2 ст. 267 ЦК заява про захист цивільного права або інтересу має бути прийнята судом до розгляду незалежно від впливу позовної давності. Йдеться про те, що протягом часу дії позовної давності особа може розраховувати на примусовий захист свого порушеного цивільного права чи інтересу судом. Сплив же позовної давності, про застосування якої заявлено стороною у спорі, є підставою для відмови у позові (ч. 4 ст. 267 ЦК). Словосполучення «позовна давність» відображає зв'язок, з одного боку, з формою захисту порушених прав (позов), а з іншого – з тривалістю захисту права у часі (давність).

Позовна давність – це інститут матеріального, а не процесуального цивільного права. Обмежене строком давності право на позов означає лише можливість одержати примусовий захист порушеного суб'єктивного права від юрисдикційного органу. Оскільки заінтересована особа може у будь-який час звернутися до суду або іншого органу за захистом порушених чи оспорюваних прав та інтересів, які охороняються законом, ч. 2 ст. 267 ЦК передбачає, що вимоги стосовно захисту порушеного права приймаються судом незалежно від закінчення позовної давності. Але якщо при розгляді спору буде встановлено, що позовна давність закінчилася до пред'явлення позову і про її застосування заявлено стороною у спорі, то це є підставою для відмови в його задоволенні.

До Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України звернувся голова Верховного Суду України Я. М. Романюк з проханням надати науковий висновок щодо правильного застосування положень ст. 17 Закону України «Про іпотеку» у взаємозв'язку зі ст. 266, 267, 509, 598 ЦК України у спірних правовідносинах, які виникли за таких обставин.

Між Банком та Н. було укладено кредитний договір, за умовами якого Банк надав Н. грошові кошти в кредит. Із метою забезпечення виконання зобов'язань за цим договором Н. передав у іпотеку Банку об'єкт нерухомості, про це між ними було укладено договір іпотеки.

У листопаді 2013 року Банк звернувся до суду з позовом до боржника (іпотекодавця Н.) про стягнення суми заборгованості за кредитним договором, а також про звернення стягнення на предмет іпотеки. Рішенням суду першої інстанції, яке набрало законної сили, в задоволенні цього позову Банку відмовлено в повному обсязі у зв'язку зі впливом позовної давності. На підставі цього рішення суду Н. вважав, що його іпотечне зобов'язання перед Банком припинилося, і звернувся з відповідним позовом до суду про припинення іпотеки.

Як видно зі змісту правовідносин щодо виданих кредитів по даній справі, позичальник вчасно не повернув одержаний кредит, у зв'язку з чим Банк звернувся до суду з позовом до боржника як іпотекодавця про стягнення суми заборгованості за кредитним договором і про звернення стягнення на предмет іпотеки, який був переданий боржником Банкові в забезпечення виконання зобов'язань за договором. У зв'язку із закінченням строку позовної давності суд правильно відмовив у задоволенні позовних вимог повністю як щодо основної заборгованості за кредитним договором, так і вимог за іпотечним договором.

Системний аналіз ст. 17 Закону України «Про іпотеку» та ст. 266, 267, 509, 598 ЦК України в контексті даної справи дає підстави для таких висновків. Відповідно до ч. 4 ст. 267 ЦК вплив

позовної давності, про застосування якої заявлено стороною в спорі, є підставою для відмови в позові. Але чи залишається дійсним та обов'язковим для сторін саме зобов'язання, що містить матеріально-правові вимоги, чи воно припиняється? В літературі висловлювались різні думки з цього приводу. Головним аргументом є посилання на ч. 1 ст. 267 ЦК про те, що особа, яка виконала зобов'язання після спливу позовної давності, не має права вимагати повернення виконаного, навіть якщо вона в момент виконання не знала про сплив позовної давності. На цій основі появилася так звана теорія натуральних зобов'язань. Натуральними вважаються такі зобов'язання, які не надають кредитору права вимагати їх примусового виконання, а відтак їх судового захисту, але у боржника пропадає можливість повернути все, що було ним добровільно надано або сплачено у зв'язку з їх виконанням після спливу позовної давності [9].

Отже, відмова в позові у зв'язку зі спливом позовної давності не призводить до припинення зобов'язання як щодо основних вимог, так і щодо додаткових вимог, що покликані забезпечувати основне зобов'язання. Тут виявляється певна невідповідність загальної норми ЦК (ч. 1 ст. 267) та спеціального Закону України «Про іпотеку» (ст. 17), який не передбачає такого правила. В цій ситуації слід керуватися нормою ЦК України (ч. 1 ст. 267), за якою зобов'язання, з приводу якого закінчився строк позовної давності, є дійсним, але позбавлене примусового судового захисту (натуральне зобов'язання).

У зв'язку з цим не можна не відзначити непослідовність позиції П. Д. Гуйвана у цьому питанні. Так, порівнюючи позовну давність і присічний строк, автор в одному місці своєї книги стверджує, що позовна давність, так само як і присічний строк, визначає час для реалізації певного матеріально-правового повноваження, а сплив цих строків призводить до погашення суб'єктивного матеріального права [7, с. 200], а в іншому місці [7, с. 213] солідаризується з О. В. Шовковою [10] в тому, що порушене цивільне право не припиняється зі спливом давнісного строку, що підтверджується законодавчим закріпленням можливості виконання обов'язку, що входить до складу зобов'язання, після закінчення позовної давності (ч.1 ст. 267 ЦК), і що погашається лише можливість судового захисту права, тобто припиняється дія охоронно-правового зобов'язання, до змісту якого входить позовне домагання уповноваженого.

Отже, на всіх стадіях механізму правового регулювання цивільних відносин строки і терміни як правові категорії проявляють свій регулятивний вплив на поведінку учасників цих відносин.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: 1958. С. 166–168.
2. Цивільне право України: підручник у 2-х ч. / За заг. ред. Р. Б. Шишки, В. А. Кройтора. Ч. 1. Х.: 2008. С. 330.
3. Грибачов В. П. Сроки в гражданском праве. М.: 1967. С. 8–10.
4. Луць В. В. Сроки в гражданских правоотношениях. Известия вузов. Правоведение. 1989. № 1. С. 20–21.
5. Батянов М. В. Срок действия гражданско-правового договора: дис... канд. юрид. наук. Самара: 2004. С. 15.
6. Пленюк М. Д. Підстави виникнення зобов'язальних правовідносин в механізмі правового регулювання: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. К., 2015. С. 113–114.
7. Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві: монографія. Х.: Право, 2014. С. 140–141.
8. Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве. М.: 1959. С. 294.
9. Майданик Н. Р. Натуральні зобов'язання в цивільному праві України: системність, класифікація, види / Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2015.
10. Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого. Х.: 2008. С. 17.

#### **Luts V. Terms in the mechanism of legal regulation of civil relations**

*The article investigates the role of terms as time categories at different stages of the mechanism of legal regulation of property and personal non-property (civil) relations; the author's statement that as a time form of the development of civil legal relations, the form of existence and implementation (implementation) of subjective rights and obligations of civil law terms is not an independent place in the general system of legal facts and gives rise to legal consequences only in the 'with actions and events.*

**Keywords:** the mechanism of legal regulation, term, legal facts, civil rights and obligations, limitation period.

## ПРИВАТНОПРАВОВІ НОРМИ У ПРАВОВИХ АКТАХ ТА МЕДИКО-ТЕХНОЛОГІЧНИХ ДОКУМЕНТАХ ІЗ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.19>

**Миронова Г. А.,**

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

*У статті здійснено аналіз нормативно-правових актів, якими регламентовано медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги, на предмет виявлення приватноправових та публічно-правових норм. Встановлено, що переважна більшість норм даного правового сегмента має імперативний характер. Втім певну частку становлять приватноправові норми, які ґрунтуються на принципах вільного волевиявлення приватних осіб та диспозитивності у виборі ними форм власної поведінки.*

**Ключові слова:** стандарти медичної допомоги, клінічна настанова, клінічний протокол, приватноправові норми, вибір протоколу лікування.

Чинним законодавством України регулюється система стандартів організації та надання медичної допомоги населенню. Хоча нормативно-правова база з даного предмета знаходиться у стадії активного формування та багато в чому не узгоджена, спробуємо витягнути правовий зміст з даної групи нормативних актів та з'ясувати наявність або відсутність в цьому правовому сегменті приватноправових норм.

Аналіз публікацій з проблематики медико-технологічних документів з надання медичної допомоги свідчить про те, що основну активність у дослідженні інструментів доказової медицини проявляють представники медичної науки. Проте окремі аспекти правових питань впровадження в Україні міжнародних стандартів надання медичної допомоги досліджували вчені-юристи: С. Антонов, С. Булеца, Р. Майданик, І. Сенюта, С. Стеценко. Спеціального дослідження стандарти у сфері охорони здоров'я та їх правовий зміст отримали у працях І. Сенюти, яка розглянула їх правову природу, зокрема, як джерело цивільних правовідносин з надання медичної допомоги. Проте приватноправових норм як складової медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги за новим законодавством України спеціально досліджено не було. Тому предметом даної розвідки обрано приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах зі стандартизації медичної допомоги. А метою дослідження є здійснення аналізу нормативно-правових актів, якими регламентовано медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги, на предмет виявлення приватноправових та публічно-правових норм, надання аргументації та пропозицій щодо посилення приватноправової складової у даному сегменті правового регулювання.

У ст. 14-1 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 № 2801-ХІІ викладено систему стандартів у сфері охорони здоров'я. Зокрема, визначено, що галузевими стандартами у сфері охорони здоров'я є такі елементи: стандарт медичної допомоги (медичний стандарт) – сукупність норм, правил і нормативів, а також показники (індикатори) якості надання медичної допомоги відповідного виду, які розробляються з урахуванням сучасного рівня розвитку медичної науки і практики; клінічний протокол – уніфікований документ, який визначає вимоги до діагностичних, лікувальних, профілактичних і реабілітаційних методів надання медичної допомоги та їх послідовність; таблиць матеріально-технічного оснащення – документ, що визначає мінімальний перелік обладнання, устаткування та засобів, необхідних для оснащення конкретного типу закладу охорони здоров'я; лікарський формуляр – перелік зареєстрованих в Україні лікарських засобів, що включає ліки з доведеною ефективністю.

Додержання стандартів медичної допомоги (медичних стандартів), клінічних протоколів, таблиць матеріально-технічного оснащення є обов'язковим для всіх закладів охорони здоров'я, а також для фізичних осіб – підприємців, що провадять господарську діяльність з медичної практики в Україні.

У наказі Міністерства охорони здоров'я України «Про створення та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в системі Міністерства охорони здоров'я України» від 28.09.2012 р. № 751 (далі – наказ МОЗ України № 751) застосовано узагальнену назву – медичні стандарти медичної допомоги на засадах доказової медицини. Клінічна настанова – документ, що містить систематизовані положення стосовно медичної та медико-соціальної допомоги, розроблені з використанням методології доказової медицини на основі підтвердження їх надійності та доведеності, і має на меті надання допомоги лікарю і пацієнту у прийнятті раціонального рішення в різних клінічних ситуаціях. Клінічний протокол та клінічна настанова за своєю суттю є документами, що містять вимоги та рекомендації до методів надання медичної допомоги.

Враховуючи певні обставини та міркування, наказом МОЗ України № 751 скасовано подальшу розробку локальних клінічних протоколів. Замість них з метою пришвидшеного впровадження принципів доказової медицини в сучасну медичну практику та врахування світового досвіду у сфері охорони здоров'я розробляються та затверджуються нові клінічні протоколи медичної допомоги. Відтепер заклади охорони здоров'я розробляють «клінічний маршрут пацієнта» на основі нових клінічних протоколів.

Основою нових клінічних протоколів будуть клінічні настанови, що базуються на принципах доказової медицини та розроблені за існуючими методиками національними та/чи фаховими медичними асоціаціями країн — членів Європейського Союзу (членство визначається станом на 1 січня 2017 р.), Сполучених Штатів Америки, Канади та Австралійського Союзу. Настанови мають бути викладені англійською та/чи українською мовою. МОЗ України обиратиме клінічні настанови, які зможуть відразу впроваджуватися в лікарську практику в Україні як клінічні протоколи без проходження тривалої (мінімум 34-тижневої) процедури адаптації.

Клінічні настанови для їх подальшого затвердження як нових клінічних протоколів обираються МОЗ України серед настанов, розміщених у джерелах, перелік яких наведено у додатку 4 до Методики розробки та впровадження медичних стандартів медичної допомоги на засадах доказової медицини. Остаточний текст адаптованої клінічної настанови обов'язково включатиме текст версії клінічної настанови для пацієнтів, який розробляється у формі, що є доступною, зрозумілою і зручною для самостійного використання пацієнтами, викладений простою немедичною мовою і пояснює загальні аспекти медичної допомоги і попередження захворювань та/або станів.

Затверджені МОЗ України уніфіковані клінічні протоколи не втрачають своєї чинності. Натомість нові клінічні протоколи обов'язкові до виконання у тому разі, якщо є затверджений МОЗ України переклад протоколу з того захворювання, для якого немає розробленого уніфікованого клінічного протоколу.

Відповідно до п. 3.6 наказу МОЗ України № 751 у випадку, якщо новий клінічний протокол викладено лише англійською мовою, його вибір, переклад, застосування здійснюються відповідно до наказів закладів охорони здоров'я. Нові клінічні протоколи, у разі їхнього перекладу закладом, затверджуються відповідним внутрішнім наказом до використання у цьому окремому закладі та не потребують затвердження в департаменті охорони здоров'я. При виборі нового клінічного протоколу лікар має застосовувати для надання медичної допомоги всі необхідні для лікування пацієнта вимоги та рекомендації, що викладені у протоколі.

У випадку одночасної наявності уніфікованого клінічного протоколу та нового клінічного протоколу медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні передбачено такий алгоритм дій: новий клінічний протокол може бути застосований за рішенням лікаря за наявності попередньої інформованої згоди пацієнта на його застосування (наданої за формою, наведеною у Додатку 9 до Методики) та попереднього роз'яснення лікарем відмінностей між уніфікованим клінічним протоколом та новим клінічним протоколом; застосування нового клінічного протоколу медичної допомоги виключає необхідність застосування уніфікованого клінічного протоколу медичної допомоги.

У випадку одночасної наявності кількох нових клінічних протоколів медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні вибір одного з наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування щодо конкретного пацієнта здійснюється лікарем (лікарями). Про вибір одного з кількох наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування лікар повідомляє пацієнта; таке повідомлення надається в усній формі.

У разі якщо повне дотримання нового клінічного протоколу не є можливим через неможливість використання відповідних лікарських засобів або через відсутність необхідного обладнання/технологій, лікар повинен повідомити пацієнта про інші медичні установи, де медична допомога може бути надана у повній відповідності до нового клінічного протоколу (за наявності такої інформації). У разі, якщо пацієнт хоче продовжувати лікування у вибраному закладі, лікар може вибрати для надання медичної допомоги інший аналогічний лікарський засіб або обладнання/технології, які є доступними та можливими для використання (за попередньою інформованою згодою пацієнта). При цьому лікар письмово повідомляє структурний підрозділ з питань охорони здоров'я місцевої державної адміністрації про неможливість повного дотримання нового клінічного протоколу під час лікування певного захворювання та обрану альтернативу.

Для лікування різних пацієнтів лікар може використовувати різні протоколи, адже кожна людина є унікальною, у тому числі можливі особливості перебігу одного й того самого захворювання у різних пацієнтів. Лікар вибирає до застосування клінічний протокол, виходячи з клінічної необхідності. При цьому обсяг необхідної медичної допомоги не повинен залежати від можливостей закладу. Для цього прописується маршрут пацієнта. Якщо заклад не володіє необхідними засобами і методиками, він повинен направити пацієнта в інший заклад або ж повідомити пацієнта про програму МОЗ України «Лікування громадян України за кордоном».

Наказ МОЗ України № 751 передбачає, що замість локальних клінічних протоколів розробляються клінічні маршрути пацієнта, які містять алгоритм руху пацієнта по підрозділах закладу, пунктах

контактів із лікарями та іншим медичним персоналом у процесі надання медичної допомоги. Клінічний маршрут пацієнта розробляється у довільній формі з урахуванням особливостей відповідних закладів, які можуть самостійно здійснювати переклад нових клінічних протоколів з метою розробки клінічного маршруту пацієнта. Такі переклади не потребують затвердження МОЗ України.

Вибір клінічного протоколу залишається за лікарем, за умови наявності тексту протоколу, перекладеного українською мовою, та інформованої згоди пацієнта.

Аналіз вказаних нормативно-правових актів, якими регламентовано медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги на предмет виявлення приватноправових та публічно-правових норм свідчить про таке.

Переважає більшість норм мають яскраво виражений імперативний характер, що цілком виправдано основною метою сфери надання медичної допомоги – забезпечення якості, доступності та ефективності на основі принципів наступництва та безперервності надання, упорядкування та виключення дублювання медичних втручань та процедур, застосування медичних технологій та лікарських засобів з науково доведеною ефективністю.

Втім певну частку становлять приватноправові норми, які ґрунтуються на принципах вільного волевиявлення приватних осіб та диспозитивності у виборі ними форм власної поведінки.

Вільне волевиявлення лікаря та/або пацієнта як прояв автономії вибору передбачено у таких випадках:

1. У випадку одночасної наявності уніфікованого клінічного протоколу та нового клінічного протоколу медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні передбачено, що новий клінічний протокол може бути застосований за рішенням лікаря за наявності попередньої інформованої згоди пацієнта на його застосування (наданої за формою, наведеною у Додатку 9 до Методики) та попереднього роз'яснення лікарем відмінностей між уніфікованим клінічним протоколом та новим клінічним протоколом.

2. У випадку одночасної наявності кількох нових клінічних протоколів медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні вибір одного з наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування щодо конкретного пацієнта здійснюється лікарем (лікарями). Про вибір одного з кількох наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування лікар повідомляє пацієнта; таке повідомлення надається в усній формі.

3. У разі якщо повне дотримання нового клінічного протоколу не є можливим через неможливість використання відповідних лікарських засобів або через відсутність необхідного обладнання/технологій, лікар повинен повідомити пацієнта про інші медичні установи, де медична допомога може бути надана у повній відповідності до нового клінічного протоколу (за наявності такої інформації). У разі, якщо пацієнт хоче продовжувати лікування у вибраному закладі, лікар може вибрати для надання медичної допомоги інший аналогічний лікарський засіб або обладнання/технології, які є доступними та можливими для використання (за попередньою інформованою згодою пацієнта). При цьому лікар письмово повідомляє структурний підрозділ з питань охорони здоров'я місцевої державної адміністрації про неможливість повного дотримання нового клінічного протоколу під час лікування певного захворювання та обрану альтернативу.

Природно, що більша частка норм цього сегмента права має імперативний характер. Адже медичні стандарти значною мірою містять техніко-юридичні норми – «правила, які ґрунтуються на принципах доказової медицини, що закріплюють методи, методики, прийоми і способи, у тому числі використання медичними працівниками медичної техніки і виробів медичного призначення при наданні медичної допомоги пацієнтові» [1, с. 117].

Виходячи з напрацювань теорії права, «технічні норми – це норми, які регулюють відношення типу суб'єкт – об'єкт, наприклад, «людина – машина», «людина – виробництво», «людина – природа», «людина – знаряддя праці». Соціального значення технічні правила набувають у тому випадку, коли вони перетворюються на загальні правила (норми) поведінки людей і останні починають узгоджувати свої вчинки з технічними вимогами» [2, с. 43–44]. «Правового характеру технічні норми набувають у випадках, коли держава через відповідні уповноважені органи формулює зміст техніко-правових норм, дотримання яких визнається юридично обов'язковим, або коли держава не формулює зміст таких норм, а посилається на них та встановлює відповідальність за порушення їхнього змісту» [2, с. 46].

Отже, медичні стандарти як різновид техніко-юридичних норм напряму пов'язані із об'єктивними, незалежними від волі суб'єкта закономірностями, наприклад, такими як – стадійність патологічного процесу, біологічні властивості збудників хвороб, хімічні реакції в результаті впливу ліків на організм людини тощо, в яких майже не залишається місця для вільного волевиявлення та диспозитивності.

Але, з іншого боку, медичне втручання відбувається в особливу систему – організм людини, яка є моральною і розумною істотою та має гідність. З огляду на це пацієнт ніколи не може вважатися об'єктом медичного втручання, а завжди є суб'єктом. То ж етичний компонент обов'язково має бути включений до регулювання відносин з приводу медичного втручання за допомогою медичних техніко-юридичних норм.

Для аргументації тези щодо необхідності більш широкого застосування приватноправових норм у правових актах зі стандартизації медичної допомоги доцільно проаналізувати також першоджерело та основний елемент медико-технологічних документів – клінічні настанови, які є ядром медичної складової та містять керівні принципи, рекомендації та інші клінічні інструменти, напрацьовані в межах методології доказової медицини для прийняття кращих клінічних рішень. Оскільки клінічні настанови взято з європейських та американських джерел, а Україна проголосила курс на європеїзацію, в тому числі на впровадження європейських правових стандартів та підходів, то саме з огляду на ці дві обставини є практичний сенс дослідити питання щодо суті та правових ознак даних клінічних настанов, їхньої заявленої ролі у прийнятті клінічних рішень та правове регулювання цих питань у європейській юрисдикції. Тобто це питання про наявність приватноправового контенту у клінічних настановах як первинних (рафінованих) медичних стандартів, що містять рекомендації та алгоритми надання медичної допомоги та слугують основою для медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги – клінічних протоколів надання медичної допомоги.

Визначення поняття «клінічна настанова» надане у наказі МОЗ України № 751. Клінічна настанова – документ, що містить систематизовані положення стосовно медичної та медико-соціальної допомоги, розроблені з використанням методології доказової медицини на основі підтвердження їх надійності та доведеності, і має на меті надання допомоги лікарю і пацієнту в прийнятті раціонального рішення в різних клінічних ситуаціях. Як видно, імперативність судження значно пом'якшено, по-перше, тим, що метою клінічної настанови названо надання допомоги у прийнятті клінічного рішення, а допомога ця надається і лікарю і пацієнту.

Методологія доказової медицини становить саму суть та мету будь-яких сучасних клінічних інструментів прийняття медичних рішень. Її роль вбачається в створенні ефективної стратегії поліпшення якості медичної допомоги. Термін «доказова медицина» існує в медичній літературі приблизно із 1992 року і спочатку основним компонентом дефініції цього поняття була «якість доказів», на яких ґрунтується ефективність пропонованих клінічних рішень. Але пізніше початковий підхід було змінено, визначення розширено шляхом включення до дефініції «не тільки якості доказів, а й двох ключових гравців, які застосовують наявні докази, а саме – лікаря та пацієнта. То ж теперішнє робоче визначення є таким: доказова медицина – це інтеграція найкращих доступних доказів із клінічною експертизою та індивідуальними значеннями, перевагами та унікальними обставинами пацієнта» [3, р. 343–344].

Доктор медицини, професор Медичного центру Джорджтаунського університету Джей Сібек у редакційній статті «Доказова медицина: загальні помилки, бар'єри та практичні рішення» вересневого за 2018 рік номера журналу «Американський сімейний лікар» з цього приводу пише: «Доказова медицина не є догматичною «кулінарною» медициною. Замість цього вона спирається на досвід добросовісного клініциста у його співпраці із пацієнтом. Клініцист має орієнтуватися у морі інформації та вирішувати, яким чином її у найкращий спосіб застосувати до конкретного пацієнта. А пацієнт, дедалі більше інформований про усі види доказів, має право, навіть обов'язок, брати участь у спільному прийнятті рішень, особливо відносно рішень з високими ставками, рішень, орієнтованих на цінності, та рішень, в яких присутні декілька аналогічних ефективних варіантів. Іноді пацієнти свідомо визначаються проти того, що вважає кращим лікар і замість цього обирають те, що є кращим для них, ґрунтуючись на тому, як саме вони оцінюють конкретні вигоди та шкоду» [3, р. 343–344]. Стосовно відношення лікаря до різноманітних клінічних інструментів доказової медицини професор дає пораду: «адаптуйте рекомендації до пацієнта та практикуйте спільне прийняття рішень, щоб допомогти пацієнтам обрати розумні та ефективні варіанти».

Суть даного підходу можна проілюструвати на прикладі «Оновлених рекомендацій American Heart Association з серцево-легеневої реанімації при серцево-судинних захворюваннях від 2015 р.»\* Характерно, що у змісті документа відразу після вступу виокремлено спеціальний розділ «Етичні питання», в якому з перших слів постулюється важлива аксіома, що розвиток практики реанімації неможливий без врахування та періодичного перегляду етичних питань. Адже приймати важливі клінічні рішення про цілі надання допомоги та обмеження втручань необхідно з огляду на супутні етичні дилеми та у світлі нових даних про застосовність окремих тестів та досліджень, пов'язаних із реанімацією.

Зокрема, в «Оновлених рекомендацій American Heart Association з серцево-легеневої реанімації при серцево-судинних захворюваннях від 2015 р.» наголошується, що найважливіші етичні питання при вирішенні питання щодо здійснення/нездійснення серцево-легеневої реанімації стосуються дилеми, коли слід починати та закінчувати медичні маніпуляції. Їх вирішення залежить від етико-правових умов проведення втручання, зокрема, популяції (правосуб'єктності) пацієнтів. Так, дедалі більшого поширення набуває розуміння того, що хоча діти та підлітки не можуть приймати юридично правомочних

\* Для довідки: American Heart Association знаходиться у Переліку джерел клінічних настанов у додатку 4 до Методики розробки та впровадження медичних стандартів медичної допомоги на засадах доказової медицини, які рекомендовано у наказі МОЗ № 751 для їх подальшого затвердження як нових клінічних протоколів.



рішень, все ж до них необхідно доносити інформацію, наскільки це можливо, із використанням відповідної мови та враховуючи рівень розвитку пацієнта. Крім того, стала більш доступною та поширеною форма POLST (розпорядження лікаря про штучне підтримання життя), яка є новим законним методом виявлення осіб, які мають конкретні обмеження медичних втручань у кінці життя.

Таким чином, імперативні норми складають основну частину правових актів та медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в Україні. Вільне волевиявлення лікаря за наявності попередньої інформованої згоди пацієнта передбачено тільки у випадках: одночасної наявності уніфікованого клінічного протоколу та нового клінічного протоколу медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні; одночасної наявності кількох нових клінічних протоколів медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні. В даних двох випадках, з огляду на те, що у пацієнтів України є право на вибір методів лікування відповідно до рекомендацій лікаря (п. 2 ст. 284 Цивільного кодексу України), було б доцільно передбачити, що лікар обиратиме клінічний протокол для застосування разом з пацієнтом.

Також вбачається за доцільне, щоб приватноправові норми мали пріоритет у таких ситуаціях прийняття клінічних рішень на основі медико-технологічних документів: 1) з високими ризиками для життя та здоров'я пацієнта, 2) в разі наявності декількох аналогічних ефективних варіантів, 3) відносно рішень, орієнтованих на цінності, в яких етичні виміри для пацієнта превалюють над усіма іншими.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Сенюта І. Стандарти у сфері охорони здоров'я як джерело правовідносин із надання медичної допомоги // Медичне право. 2017. № 3.
2. Довженко Є. В. Теоретико-правова характеристика технічних норм // Юридичний вісник. 2016. № 4 (41).
3. Siwek Jay. Evidence-Based Medicine: Common Misconceptions, Barriers, And Practical Solutions // Am Fam Physician. 2018, Sep 15; 98(6).

**Myronova G.**

#### **Privately legal norms in the legal acts of the standardization of medicare**

*This article is dedicated to the analysis of legal acts of the standardization of medicare. It has been established that greater parts of norms are imperative, at the same time parts of norms are privately legal. These privately legal norms regulate relations on the choice of methods of treatment.*

**Key words:** standards of medicare, clinical guideline, clinical protocol, privately legal norms, choice of protocol of treatment.

## ЗАХИСТ ПРАВА НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ СПОЖИВАЧА ПОСЛУГ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.20>

**Походжук Р. В.,**

*кандидат юридичних наук, науковий співробітник сектору проблем договірної права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено питанням захисту прав споживачів у контексті порушення їх права на недоторканність приватного життя у процесі використання мережі Інтернет. У цілому характеризуються значення та можливе порушення права на недоторканність приватного життя споживача під час використання онлайн мережі.*

**Ключові слова:** право на приватність, право на недоторканність приватного життя, захист прав споживачів в мережі Інтернет.

Стрімкий розвиток електронної комерції та повсюдна діджиталізація є безумовно прогресивним моментом еволюції людства. Водночас це спричиняє не тільки позитивні зміни в глобальній економіці, а й створює окремі загрози та виклики, які потребують оперативного реагування та вирішення. На сьогодні значний обсяг торгівлі здійснюється через мережу Інтернет, а тому одним із найбільш вразливих суб'єктів такої торгівлі, закономірно, є споживач.

У сучасному цифровому суспільстві споживачі можуть бути більш схильні до ризику під час здійснення покупок в Інтернеті. Використання кредитних та дебетових карток під час покупок,

здійснених через Інтернет, призвело до збільшення кількості випадків, коли здійснюються збирання та обмін особистих даних споживачів постачальниками та посередниками. Особисті дані є цінними для онлайн-ових компаній, оскільки вони сприяють їхній розвідці ринку та полегшують індивідуальне споживче профілювання [1]. Крім того, розвиток у методах виробництва і дистрибуції, а також стосовно різних видів договорів щодо товарів і послуг може призвести до загального браку інформації з боку споживача, що впливає на прийняття ним зважених рішень щодо покупки [2, с. 16].

Наведені міркування визначають, що сучасне інформаційне суспільство у своєму розвитку докорінно змінює взаємодію споживача та постачальника товарів, робіт чи послуг. Споживче право в цілому розглядається як інструмент покращення захисту прав споживачів. Це зумовлює фундаментальне питання, чи інтереси споживача найкраще забезпечуються захисними заходами [3, с. 375] (*тут і далі переклад наш – Р. П.*). Тому, в контексті дослідження захисту прав споживачів у цифрову добу, окремо слід звернути увагу на одне з таких прав – право на приватне життя та захист персональних даних (також іменується – право на недоторканність приватного життя), що є нерозривно пов'язаними із захистом прав споживачів.

Право на недоторканність приватного життя прямо передбачено Конституцією України. Так, відповідно до ч. 1, 2 ст. 32 Конституції України ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Водночас, згідно з п. 1 Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2012 від 20.01.2012 «... положення частин першої, другої статті 32 ... Конституції України слід розуміти так:

– інформацією про особисте та сімейне життя особи є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї ... . Така інформація про особу є конфіденційною;

– збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди державою, органами місцевого самоврядування, юридичними або фізичними особами є втручанням в її особисте та сімейне життя. Таке втручання допускається винятково у випадках, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини» [4].

Отже, як бачимо, інформація про особисте і сімейне життя особи є конфіденційною, а право на недоторканність приватного життя є одним із основоположних прав людини та може бути порушено виключно у чітко визначених законом випадках і за наявності конкретних умов. У будь-яких інших випадках таке право є непорушним, особливо, якщо воно стосується споживачів у процесі використання мережі Інтернет в правомірних цілях і з особистою метою.

У західній правовій доктрині для позначення правового інституту, яким охоплюється захист недоторканності приватного життя, використовується термін «прайвесі» (англ. privacy). Найбільш вдалим його перекладом українською мовою є слово приватність, яке співвідноситься зі словом приватний, що характеризує належність до приватної сфери життя людини. Термін приватність за останні роки здобув визнання і закріпився в лексиконі українських правників, завдячуючи лаконічності відображення сутності цього правового феномену [5]. В межах цього дослідження ми будемо використовувати терміни приватність, приватне життя, недоторканність приватного життя як синоніми.

Право на приватність (як концепція) є дуже цікавим. Можливо, його найбільш вражаючою особливістю є той факт, що ніхто, здається, ще не зміг виявити те, що це насправді є. Право на приватність надихнуло на серйозні дискусії у багатьох сферах мислення, включаючи галузі права, філософії, соціології, політики, а віднедавна, комп'ютерних наук. Ця дискусія є захоплюючою, складною і часом надзвичайно цікавою. Більше того, як це право на недоторканність приватного життя здійснюється, коли застосовується до світу електронної комерції, є ще більш спірним питанням [6].

Девід МакМенемі (David McMenemy) стверджує, що право на недоторканність приватного життя є важливим елементом автономії особистості. Багато чого з того, що робить нас людиною, походить від наших взаємодій з іншими в межах приватної сфери, де ми припускаємо, що ніхто не спостерігає. Таким чином, право на недоторканність приватного життя стосується того, що ми говоримо, що ми робимо, і, можливо, навіть того, що ми відчуваємо. Якщо ми не переконані, що знаходимося в приватному просторі, то ми не можемо бути повністю автономними, ми можемо стримувати вирішальні елементи нас самих [7].

У досліджуваній проблематиці заслуговує на увагу міркування А. В. Пазюка, який доволі влучно зауважив, що глобальна, наднаціональна мережа Інтернет, порівняно з уже звичайними засобами поширення інформації, такими як телебачення й радіомовлення, є новим медіумом з унікальними характеристиками. Унікальність цієї мережі полягає у тому, що вона функціонує не тільки як засіб масової інформації, але до того ж є (масовим) комунікаційним засобом. Зазначені особливості вимагають пристосування існуючих стандартів захисту права на приватність до реалій глобальної комунікаційної мережі [5].

Поява Інтернету змусила поглянути на питання захисту приватності під новим кутом. Фактично онлайнне середовище дозволяє з легкістю відстежити інформаційну активність користувачів. Крім того, доступність даних, розміщених в Інтернеті для практично необмеженого кола осіб, робить їх надзвичайно вразливими, ставлячи під сумнів існування мережевої приватності як такої [8, с. 49]. Дійсно, враховуючи сучасний розвиток електронної комерції, різноманітних сервісів для користувачів, а також компаній, основним видом діяльності яких є збір та продаж особистих даних споживачів з різноманітною метою від подачі реклами до формування певних поглядів для отримання політичних дивідендів, не варто ігнорувати цінність захисту приватності споживачів у мережі Інтернет.

У Глобальній Інтернет Доповіді 2016 р., що підготовлена міжнародним Інтернет Суспільством, робиться висновок такого змісту: «Без довіри ці користувачі в онлайн, найімовірніше, менше довірятимуть свою особисту інформацію в Інтернеті, і ті, хто ще не онлайн, матимуть причину залишатися в режимі офлайн. Інтернет економіка не буде зростати так швидко, як могла б, і Цілі Сталого Розвитку ООН (ЦСР) будуть набагато важче досяжні» [9, с. 30].

Отже, наведене закономірно зумовлює питання про те, яким чином можна і потрібно забезпечити та зміцнити довіру споживачів та як захистити і наділити повноваженнями споживачів у цифровому світі [9, с. 30]. У цьому контексті нагадаємо, що всі ми є споживачами, однак тільки частина з нас є споживачами товарів, робіт і послуг у мережі Інтернет. Водночас та частина споживачів, що використовують Інтернет, на нашу думку, є більш вразливою, оскільки для взаємодії «споживач–бізнес» застосовується певний пристрій та збирається відповідна кількість персональних даних, за допомогою яких така взаємодія відбувається. Однак споживач, як правило, не завжди впевнений у тому, що його дані будуть використані лише для цієї транзакції та не будуть зберігатися і оброблятися по-іншому. Як результат, варто підкреслити, що права будь-якого громадянина, який використовує мережу Інтернет з особистою метою, мають охоронятися законодавством про захист прав споживачів.

Однією із найбільших сфер, де можуть бути порушені права споживачів на недоторканність приватного життя, є електронна комерція. На підтвердження цього можна навести Резолюцію Генеральної Асамблеї ООН № 70/186 від 22 грудня 2015 року, де зазначено, що *електронна комерція як така, до якої в якості її складової частини слід відносити і торгівлю з використанням мобільних пристроїв, стає все більш значущою для споживачів у всьому світі, і вважаючи, що можливостями, які відкриваються завдяки їй, слід скористатися для сприяння забезпеченню економічного розвитку і зростання на основі нових мережевих технологій, які передбачають залучення комп'ютерів, мобільних телефонів і інших мережевих пристроїв і сприяють підвищенню добробуту споживачів* [10]. Відтак стрімке зростання застосування електронної комерції, безумовно, є позитивним кроком у розвитку світової економіки, однак воно жодним чином не має призводити до порушення прав споживачів.

Щодо порушення права на недоторканність приватного життя споживачів варто навести думку Халеда Сада (Khaled Saad), який розділяє два види вторгнення в приватну інформацію. Один із них називається – крадіжка особистих даних, коли злодій отримує доступ до особистої інформації споживача, що дозволяє йому видати себе за інших споживачів і починає придбавати будь-які товари та послуги, що підлягають оплаті споживачем.

Інший тип вторгнення в приватне життя, на відміну від крадіжки особистих даних, – це поведінка законних компаній електронної комерції, які отримують доступ до інформації про купівельні звички споживачів. Наприклад, багато компаній просять своїх клієнтів зареєструватися в компанії через веб-сайти та надавати особисту інформацію. Однак деякі веб-сайти відмовляються надавати свої послуги тим, хто відмовляється від реєстрації, так само, як споживач, що реєструється, може помилково вважати, що інформація буде використовуватися компанією лише для поточної транзакції. Насправді, компанія може продати інформацію третім особам або використовувати її з будь-якою іншою метою. Компанії також можуть збирати інформацію і тоді, коли споживач відвідує веб-сайт за допомогою тегів куки, електронного пристрою, що відстежує активність споживачів в Інтернеті. Орієнтуючись на таку діяльність, компанія може почати продавати цю інформацію третім особам, які можуть бути зацікавлені у розширенні свого ринку, шляхом визначення вподобань користувачів [11, с. 28]. Отже, автор розглядає вторгнення в приватне життя споживачів як: 1) крадіжку даних споживачів та 2) діяльність компаній електронної комерції зі збору та зберігання даних споживачів. Проте в межах нашого дослідження саме другому різновиду приділяється особлива увага. Водночас варто зауважити, що попри «законну» діяльність компаній електронної комерції стосовно збору та обробки персональних даних споживачів порушення права на приватність може відбуватися і без реальної обізнаності споживача про такі порушення.

Окремо слід звернути увагу на дещо інше міркування Мейронга Гуо (Meirong Guo), який зазначає, що порушення недоторканності приватного життя споживача електронної комерції полягає у незаконному зборі й розкритті особистих даних інших осіб та несанкціонованому отриманні чи розголошенні секретів комунікації інших осіб без дозволу. Крім того, онлайн продавці з метою просування товарів або послуг розсилають небажані електронні листи споживачам без їхнього

дозволу, зазіхають на особисте життя споживача і порушують недоторканність приватного життя споживачів електронної комерції [12].

У свою чергу Керолайн Нкюб (Caroline Ncube) ідентифікує кілька проблем, що виникають в результаті спаму, серед яких нас цікавить саме «Вторгнення в приватне життя». Так, автор вказує, що збір електронних листів та персональних даних може призвести до вторгнення в приватне життя. Перевантаження поштової скриньки людини небажаним матеріалом може бути неприємністю і вторгненням у право на недоторканність приватного життя. Таке вторгнення в особисте життя може бути неприйнятним в контексті конституційного та загального права [13, с. 71]. Так, автор фактично виділяє два різновиди вторгнення в приватне життя, що можуть призводити до його порушення та які полягають у активній поведінці сторони бізнесу до споживача, що проявляється у: 1) загалом беззмістовному та, переважно, непотрібному перевантаженні поштової скриньки споживача небажаним матеріалом з метою залучення його як клієнта та 2) у несанкціонованому зборі та зберіганні приватної інформації чи персональних даних споживача.

Крім того, слід зауважити, що компанії, які законно збирають та обробляють персональну інформацію споживачів, можуть надалі або самостійно використовувати цю інформацію з метою «завоювання» споживача чи вивчення його вподобань, поведінки, або передавати таку інформацію третім особам з метою отримання певних вигод не завжди законним шляхом.

У наш час повсюдного електронного зв'язку та збільшення промислового тиску для стандартної електронної автентифікації збереження приватності («право бути залишеним у спокої» (*англ. right to be let alone*)) стає предметом зростаючого занепокоєння. Характерна ознака «прозорої людини» (*англ. transparent human*) виявляється найбільш очевидною в галузі електронної торгівлі частково через велику кількість наявних даних, частково через високу віддачу, що очікувана від використання цих даних з маркетинговою метою [14]. Разом із тим варто вказати, що виклики, пов'язані з приватністю та захистом даних, включають в себе відсутність знань про те, як зібрані дані використовуються в Інтернеті, відповідальність за порушення даних, обмін даними між третіми сторонами і застосовне право та юрисдикція. Занепокоєння щодо приватності послідовно залежать від віку, статі, країни та особистості [1].

У цьому контексті привертає увагу сучасна думка Паоло Больбоні, який виділяє топ п'ять психологічних бар'єрів для споживачів електронної комерції [15]: 1) безпека; 2) приватність (право на недоторканність приватного життя); 3) необізнаність з послугами; 4) відсутність прямої взаємодії між споживачами та продавцями; 5) достовірність інформації [16, с. 61].

Дійсно, в сучасному суспільстві, враховуючи реальні загрози приватності, споживачі час від часу стають менш схильними здійснювати покупки в Інтернеті чи використовувати окремі сервіси, що вимагають надання їх персональних даних.

Для того, щоб приймати обґрунтовані рішення про покупки в транзакціях електронної комерції, споживачі потребують актуальної та достовірної інформації про товари, послуги і продавців, які постачають їх [1]. Водночас однією з найпоширеніших проблем, з якими стикаються споживачі в країнах, що розвиваються, є складність встановлення особи та місцезнаходження постачальника продуктів в Інтернеті [1]. До того ж, безособовість електронної комерції послаблює зв'язок між постачальниками та споживачами, тим самим збільшуючи вразливість споживачів [1]. Наведені проблеми та виокремлені бар'єри є певною закономірністю та захисним механізмом споживача. Однак основною метою світової спільноти має бути вироблення ефективних механізмів захисту прав споживачів у мережі Інтернет, щоб мінімізувати втручання в їх приватне життя та надати впевненість, що їх персональні дані не будуть розголошені, а право на приватність не порушуватиметься.

Разом із тим слід зауважити, що коли користувачі Інтернету знають про масовий збір даних та спостереження, вони можуть самостійно цензурувати свою поведінку через страх перед несподіваними наслідками. Надмірний збір даних пізніше може мати стримуючий вплив на суспільство, звужуючи право людини на свободу слова та свободу вираження поглядів через цю можливу загрозу. Обмеження свободи слова та вираження може поставити під загрозу демократію і значно обмежити участь громадянського суспільства, зробивши нас «передбачуваними» в наших діях і думках [17].

У світлі самоцензури доречно навести Керівні принципи ООН для захисту інтересів споживачів, які передбачають, що критерії добросовісності ділової практики в сфері онлайн- та офлайн-роздрібно-торгівлі визначаються, зокрема, принципом захисту особистої інформації. Так, відповідно до вказаного принципу *комерційним підприємствам слід захищати особисту інформацію споживачів за допомогою комплексного залучення механізмів забезпечення необхідного контролю, захищеності, прозорості та отримання дозволу в контексті збору та використання їх особистих даних* [18]. Відтак, за загальним правилом і цілком закономірно, що не споживач повинен самостійно цензурувати свою поведінку, а саме компанії мають максимально докладати зусиль для збереження його персональних даних задля унеможливлення порушення його права на приватність. Тому порушення цього принципу має суворо каратися.

Стосовно споживчої приватності в літературі висловлювалася доволі цікава думка, відповідно до якої приватність споживачів обмежується контекстом інформації і включає два фактори: контроль та обізнаність. Таким чином, порушення недоторканності приватного життя залежить від: (1) контролю споживачами своєї інформації у маркетинговій взаємодії (тобто, чи можуть споживачі визначати обсяг і глибину інформації, що збирається) і (2) ступеню їх обізнаності про збір та використання їх особистої інформації [19]. Відтак автори пропонують приділяти особливу увагу контролю та обізнаності споживача під час Інтернет-навігації та придбання товарів, робіт і послуг у мережі Інтернет. Тому відповідно до наведеного вище визначальним є питання, чи має споживач необхідний рівень контролю та обізнаності в процесі використання Інтернету з метою серфінгу та придбання товарів, робіт, послуг?

Зазвичай, споживачі не знають, що їх особиста інформація збирається, кому вона продається і як вона використовується. Отже, вторгнення в приватність споживачів відбувається без їхньої згоди, контролю або обізнаності [11, с. 29].

Резюмуючи наші спостереження, слід зазначити, що на сьогодні існує низка документів на міжнародному та національному рівнях, що формують систему захисту права людини на приватне життя та містять відповідні принципи захисту персональної інформації. У цілому таке правове забезпечення має захистити права споживачів, зокрема в мережі Інтернет. Водночас окремі онлайн компанії, як ми бачимо із засобів масової інформації, і надалі здійснюють незаконну обробку, зберігання чи поширення персональних даних споживачів, що свідчить про необхідність посилення їх відповідальності за такі правопорушення та недопущення вказаних порушень у майбутньому.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Consumer protection in electronic commerce. URL: [https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/cicplpd7\\_en.pdf](https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/cicplpd7_en.pdf) (дата звернення: 24.12.2018).
2. Abdulla M. A. Al-Ghafri. The Inadequacy of Consumer Protection in the UAE: The Need for Reform. Thesis submitted to the department of law, Brunel University, UK for the degree of doctor of philosophy in law in 2013, 280 p. URL: <https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/7691/1/FulltexThesis.pdf> (дата звернення: 25.12.2018).
3. Jules Stuyck. European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market? (2000) 37, Common Market Law Review, Issue 2, pp. 367–400. URL: <http://www.asf.com.pt/winlib/cgi/winlibimg.exe?key=&doc=9775&img=1189> (дата звернення: 24.12.2018).
4. Рішення Конституційного Суду України від 20.01.2012 № 2-рп/2012. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12> (дата звернення: 24.12.2018).
5. Пазюк А. В. Право на приватність в інформаційному суспільстві. URL: [http://cyberpeace.org.ua/files/pravo\\_na\\_privatnist\\_v\\_informaciiomomu\\_suspil\\_stvi.pdf](http://cyberpeace.org.ua/files/pravo_na_privatnist_v_informaciiomomu_suspil_stvi.pdf) (дата звернення: 24.12.2018).
6. Rhys Smith, Jianhua Shao. Privacy and e-commerce: a consumer-centric perspective. URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/3807/7d15afd09938892a561f300348551d72c514.pdf> (дата звернення: 24.12.2018).
7. David McMenemy. Rights to privacy and freedom of expression in public libraries: squaring the circle. URL: [https://pure.strath.ac.uk/portal/files/54531639/McMenemy\\_IFLA\\_2016\\_rights\\_to\\_privacy\\_and\\_freedom\\_of\\_expression\\_in\\_public\\_libraries.pdf](https://pure.strath.ac.uk/portal/files/54531639/McMenemy_IFLA_2016_rights_to_privacy_and_freedom_of_expression_in_public_libraries.pdf) (дата звернення: 28.12.2018).
8. Правові засоби захисту та відновлення прав користувачів Інтернету в Україні в контексті застосування Посібника Ради Європи з прав людини для інтернет-користувачів за ред. А. В. Пазюка. К.: ФОП Клименко, 2015. 128 с. URL: <https://rm.coe.int/1680599465> (дата звернення: 28.12.2018).
9. Christian Thorun, Max Vetter, Lucia A. Reisch, Anne K. Zimmer Indicators of Consumer Protection and Empowerment in the Digital World: Results and Recommendations of a Feasibility Study. URL: [http://www.ictliteracy.info/rf.pdf/indicator\\_study\\_2017.pdf](http://www.ictliteracy.info/rf.pdf/indicator_study_2017.pdf) (дата звернення: 24.12.2018).
10. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 70/186 від 22 грудня 2015 року. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/70/186> (дата звернення: 24.12.2018).
11. Khaled Saad. Electronic Contracts and Consumer Protection. Master Thesis. 2011. Indiana University School of Law – Indianapolis. URL: [https://www.academia.edu/3556171/Electronic\\_Contracts\\_and\\_Consumer\\_Protection](https://www.academia.edu/3556171/Electronic_Contracts_and_Consumer_Protection) (дата звернення: 22.12.2018).
12. Meirong Guo. A Comparative Study on Consumer Right to Privacy in E-Commerce. URL: [https://file.scirp.org/pdf/ME20120400006\\_80360240.pdf](https://file.scirp.org/pdf/ME20120400006_80360240.pdf) (дата звернення: 23.12.2018).
13. Buyile Mdluli. Online Consumer Protection: An analysis of the nature and extent of online consumer protection by South African legislation. University of Cape Town. 2014. URL: [https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/12894/thesis\\_law\\_2014\\_mdluli\\_b.pdf?sequence=1](https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/12894/thesis_law_2014_mdluli_b.pdf?sequence=1) (дата звернення: 24.12.2018).
14. B. O. Berendt, Günther and S. Spiekermann. Privacy in E-Commerce: Stated Preferences vs. Actual Behavior, Communications of the ACM, Vol. 48, No. 4, 2005, pp. 101-106. URL: [https://www.researchgate.net/publication/220420666\\_Privacy\\_in\\_Ecommerce\\_Stated\\_Preferences\\_vs\\_Actual\\_Behavior](https://www.researchgate.net/publication/220420666_Privacy_in_Ecommerce_Stated_Preferences_vs_Actual_Behavior) (дата звернення: 28.12.2018).

15. Paolo Balboni. Trustmarks in E-Commerce The Value of Web Seals and the Liability of their Providers (T-MC Asser Press, 2009) p. 17. Цитовано за: Dwi Afriati Nurfajri. The importance of consumer rights protection on e-commerce in Indonesia. Master's Thesis. 2013. Tilburg University. URL: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=132812> (дата звернення: 28.12.2018).

16. Dwi Afriati Nurfajri. The importance of consumer rights protection on e-commerce in Indonesia. Master's Thesis. 2013. Tilburg University. URL: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=132812> (дата звернення: 27.12.2018).

17. The right to privacy in the digital age. IFLA Response to Consultation on the Right to Privacy in the Digital Age. 11.04.2018. URL: [https://www.ifla.org/files/assets/faife/ochr\\_privacy\\_ifla.pdf](https://www.ifla.org/files/assets/faife/ochr_privacy_ifla.pdf) (дата звернення: 20.12.2018).

18. Керівні принципи ООН для захисту інтересів споживачів. URL: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_ru.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_ru.pdf) (дата звернення: 25.12.2018).

19. E. M. Caudill and P. E. Murphy. Consumer Online Privacy: Legal and Ethical Issues, Journal of Public Policy & Marketing, Vol. 19, No. 1, 2000, pp. 7-19. URL: <https://archive.ama.org/archive/ResourceLibrary/JournalofPublicPolicyandMarketing/Pages/2000/19/1/3215139.aspx> (дата звернення: 24.12.2018).

### **Pozhodzhuk R. Protection of the right to privacy of the consumer on the Internet**

*The article is devoted to the issues of consumers protection in the context of violation of their right to privacy by using the Internet. In general, a description is given to the meaning and possible violation of the right to privacy of the consumer when using the online network.*

**Key words:** the right to privacy, consumers protection on the Internet.

## **«COMMUNITY DEBT» У СИСТЕМІ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ПОДРУЖЖЯ ЗА СІМЕЙНИМ ПРАВОМ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.21>

### **Простибоженко О. С.**

*кандидат юридичних наук, науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, голова Центру сімейно-правових досліджень*

*Статтю присвячено дослідженню відповідальності за зобов'язаннями подружжя, яка передбачена законодавством європейських держав. Аналізуються європейські підходи до концепції «community debt», а також визначаються ознаки такого зобов'язання, обсяг відповідальності кожного з подружжя за ним та сфера його застосування.*

**Ключові слова:** зобов'язання подружжя, спільне майно подружжя, майнова спільність подружжя, солідарне зобов'язання, кредитор, боржник.

Правовий режим майна подружжя охоплює дві складові: майно подружжя (актив) та їх зобов'язання (пасив). В силу історичного розвитку економічних відносин в Україні у вітчизняній науці, законодавстві та правозастосовній практиці основна увага приділяється майну подружжя. Натомість європейський підхід характеризується наявністю системи подружніх зобов'язань та чітким розмежуванням їх різновидів. Зокрема, поряд із особистими зобов'язаннями, за які кожен з подружжя відповідає самостійно, і їх солідарними зобов'язаннями, сфера застосування яких зазвичай обмежується доволі вузьким колом підстав їх виникнення [детальніше див.: 1], додатково також існують «community debts». Вказаний термін можна перекласти українською мовою як «зобов'язання подружжя як спільноти».

Мета цієї статті полягає у розкритті змісту, обсягу відповідальності та сфери правовідносин, у яких застосовується community debt як складова системи подружніх зобов'язань.

Насамперед варто обумовити зміст терміна «майнова спільність подружжя». Під вказаним поняттям мається на увазі спільне майно подружжя (у тих державах, де правовий режим майна подружжя регламентується крізь призму спільної власності) (анг. «joint ownership») або ж подружнє майно, охоплене правилами правового режиму обмеженої майнової спільності (у тих державах, де цей інститут регламентується виключними правилами, тобто спеціальними самостійними правилами, а не нормами про спільну власність) (анг. «community property»). Детальніше цьому питанню приділено увагу в окремому дослідженні автора [2], а для цілей цього дослідження зауважимо, що майнова спільність подружжя розглядається в західноєвропейських державах як своєрідний квазі-суб'єкт (на зразок простого товариства за ЦК України), а відтак вживання словосполучень «розрахунки з



майновою спільністю» і подібних до них є цілком прийнятним для законодавства і доктрини європейських держав.

Сутність досліджуваного зобов'язання полягає у обтяженні саме майнової спільності подружжя, тобто задоволення такого зобов'язання відбувається обов'язково за рахунок майнової спільності подружжя. Поряд з цим законодавець також розмежовує подружжя за критерієм того, чи був один з них безпосередньою стороною договору, який є підставою виникнення відповідного зобов'язання (далі також – подружжя-боржник). Такий з подружжя завжди несе відповідальність додатково своїм особистим майном, тоді як відповідальність іншого з подружжя варіюється в різних державах.

Варто зауважити, що серед законодавців європейських держав відсутня єдність підходу щодо природи відповідальності подружжя-боржника. В одних випадках така відповідальність визнається субсидіарною, тобто кредитор може задовольнити свою вимогу за рахунок особистого майна подружжя-боржника лише у разі недостатності майна, охопленого майновою спільністю подружжя (наприклад, ст. 3.112 ЦК Литви [3]). Тоді як у законодавстві інших держав таке положення відсутнє і тоді кредитор може задовольнити свої вимоги незалежно від належності майна до певної категорії (наприклад, ЦК Іспанії [4, с. 17]).

Більш важливим є питання відповідальності за досліджуваним зобов'язанням того з подружжя, хто не є безпосередньою стороною у ньому (далі також – подружжя-неборжник). Наприклад, ЦК Іспанії не передбачає можливість звернення стягнення на особисте майно такого з подружжя (таке майно має «іммунітет») і стягнення можливе лише у разі волевиявлення подружжя-неборжника [4]. Подібний підхід передбачений ЦК Люксембургу (ст. 1411, 1413) [5].

Натомість законодавство більшості держав, яким відоме досліджуване зобов'язання, зазвичай передбачає відповідальність для подружжя-неборжника. Така відповідальність іншого з подружжя завжди має субсидіарний характер та може бути обмежена щодо розміру. Наприклад, згідно зі ст. 190 ЦК Італії відповідальність того з подружжя, хто не є безпосередньою стороною зобов'язання, обмежується половиною відповідного боргу [6]. Тоді як відповідно до ст. 1695 ЦК Португалії кредитор може вимагати повного виконання зобов'язання від будь-якого з подружжя у разі недостатності їх спільного майна [7, с. 13]. Згідно ж зі ст. 352 ЦК Румунії субсидіарна відповідальність подружжя (мається на увазі обоє з подружжя – курсив наш – О. П.) за їх зобов'язаннями як спільноти має солідарний характер [8].

Таким чином, доцільно окреслити такі риси досліджуваного зобов'язання:

1) «community debts» не є самостійним різновидом зобов'язання у класичному розумінні цього поняття, а радше відображає склад майна, на яке кредитором може бути звернене стягнення у випадку невиконання зобов'язання;

2) основна ідея досліджуваного зобов'язання полягає у можливості кредитора звернути стягнення на майно, охоплене майновою спільністю подружжя, без необхідності його поділу між подружжям. При цьому подружжя-неборжник позбавлений можливості заперечувати проти такого звернення стягнення, посилаючись на порушення його прав, оскільки обтяження стосується саме такого майна;

3) спільним для європейських держав, яким відоме досліджуване зобов'язання, є можливість виконання такого зобов'язання як за рахунок майна, охопленого майновою спільністю подружжя, так і майна подружжя-боржника. При цьому відповідальність майном подружжя-боржника може бути субсидіарною або ж ні;

4) відповідальність подружжя-неборжника може бути відсутньою (Іспанія, Люксембург), а в тих державах, де вона існує, вона має субсидіарний характер і відрізняється обсягом (може обмежуватися половиною боргу (Італія) або ж дорівнювати всій сумі боргу (Португалія, Румунія)).

Така різноманітність у підходах європейських держав обумовлена відмінними уявленнями конкретного законодавця до пошуку, з одного боку, балансу між автономією та солідарністю подружжя, а з іншого – балансу між інтересами подружжя та їх кредиторів.

Узагальнюючи зазначене вище, можна стверджувати про існування двох моделей community debt: перша модель не передбачає відповідальності подружжя-неборжника, тоді як друга – закріплює її щонайменше у розмірі половини боргу. Друга модель яскраво демонструє практичне втілення ідеї про подружжя як квазі-суб'єкта правовідносин (на зразок простого товариства за ЦК України), тобто якщо подружжя взяло зобов'язання, яке є боргом спільноти, то кожен з них зобов'язаний задовольнити щонайменше половину боргу або навіть повністю. Бельгійська доктрина сімейного права чітко пояснює такий підхід тим, що майнова спільність подружжя не є юридичною особою та, відповідно, не може самостійно відповідати за зобов'язаннями, а тому обоє з подружжя повинні гарантувати виконання зобов'язання спільноти своїм майном [9, с. 19].

На особливу увагу заслуговує існуюча у європейській науці дискусія щодо відповідності цих моделей сучасним економічним відносинам подружжя. Зокрема, друга модель в європейській правовій літературі розглядається як надмірний захист інтересів кредитора та надмірна солідарність



подружжя. В європейській науковій спільноті дедалі частіше лунають думки про те, що перша модель найбільш повно відповідає сучасним реаліям сімейних правовідносин [10].

Важливе значення має сфера правовідносин за участю подружжя, в яких застосовується community debt. Так, відповідно до ст. 1408 ЦК Бельгії такими є зобов'язання, щодо яких не доведено їх особисту (роздільну) природу. При цьому в статті закріплено окремі з них, а саме: солідарні зобов'язання подружжя, зобов'язання, взяті одним з подружжя для мети спільного майна (наприклад, щодо його утримання), зобов'язання, пов'язане з утриманням родичів першого ступеня спорідненості одного з подружжя, проценти за особистими зобов'язаннями кожного з подружжя тощо [11].

Подібно до Бельгії в ст. 1409 ЦК Франції та ст. 1409 ЦК Люксембургу [5] закріплено презумпцію, що зобов'язання вважається community debt, якщо не доведено, що воно є особистим зобов'язанням одного з подружжя. У французькій доктрині прийнято поділяти такі зобов'язання на дві групи: 1) обумовлені природою зобов'язання, зокрема йдеться про солідарні зобов'язання подружжя, та 2) обумовлені метою зобов'язання. Важливо зауважити, що оскільки ЦК Франції допускає можливість звернення стягнення на спільне майно подружжя за їх особистими боргами і навпаки, то такий поділ має набагато менше практичне значення [12, с. 30–31].

На відміну від вищезазначеного підходу, ЦК Іспанії не закріплює такої презумпції. Натомість законодавець вдається до закріплення переліку community debt. Такими визнаються зобов'язання, взяті одним з подружжя для утримання сім'ї, забезпечення та освіти дітей (ч. 1 ст. 1362), пов'язані з набуттям, управлінням та використанням спільного майна подружжя (ч. 2 ст. 1362), щодо звичайного управління особистим майном кожного з подружжя (ч. 3 ст. 1362), які виникають у зв'язку зі звичайним здійсненням професійної діяльності або веденням бізнесу (ч. 4 ст. 1362), взяті обома з подружжя або одним з подружжя за згодою іншого (ст. 1363, 1367) тощо [13].

В іспанській доктрині сімейного права звертається увага, що брак вищезазначеної презумпції зумовлює покладення на кредитора обов'язку доведення характеру зобов'язання. Тому на практиці кредитори вимагають, щоб правочин вчинявся або спільно обома з подружжя, або ж, принаймні, за згодою того з подружжя, хто не є безпосередньою стороною у взятій зобов'язанні [4, с. 17].

Згідно зі ст. 1691 ЦК Португалії обоє із подружжя несуть відповідальність усім своїм спільним майном за зобов'язання, взяті спільно обома з подружжя або одним з них за згодою іншого, взяті одним з подружжя для покриття звичайних витрат домашнього господарства, які виникли у зв'язку з управлінням спільним майном у межах передбачених законом повноважень, взяті для блага сім'ї будь-яким з подружжя у процесі здійснення підприємницької чи професійної діяльності, які пов'язані з подарунком чи спадщиною, яка становить спільне майно подружжя. Відповідно до ст. 1694 ЦК Португалії такими також визнаються зобов'язання, пов'язані зі спільним майном подружжя, та зобов'язання, які обтяжують особисте майно кожного з подружжя, якщо вони виникли внаслідок отримання доходів від нього [14].

Відповідно до ст. 1327 ЦК Мальти спільне майно може бути обтяжене лише такими зобов'язаннями, які виникли у зв'язку з його набуттям, управлінням (крім того, якщо правочин був вчинений одним з подружжя за умови, що необхідна була згода обох), взяті навіть одним з подружжя для потреб сім'ї, включаючи освіту та утримання дітей, взяті спільно обома з подружжя, щодо звичайного ремонту особистого майна кожного з подружжя за умови, що доходи від такого майна включаються до спільного майна, а також зобов'язання, які виникли у зв'язку із захистом прав та інтересів будь-якого з подружжя [15].

Концепція community debt не була відома соціалістичному сімейному праву, а тому зазвичай відсутня у законодавстві постсоціалістичних держав Центральної та Східної Європи. Яскравим прикладом запозичення західноєвропейського підходу є ЦК Литви, в ст. 3.109 якого закріплено перелік зобов'язань, які підлягають виконанню за рахунок спільної сумісної власності подружжя. Зокрема, такими є солідарні зобов'язання подружжя, зобов'язання, пов'язані з обтяженнями набутого у спільну власність майна та витратами на розпорядження спільною власністю, пов'язані з веденням домашнього господарства, пов'язані з відшкодуванням судових витрат у справах щодо спільної власності подружжя, які виникли з правочинів, вчинених одним з подружжя за згодою іншого або пізніше підтверджених іншим з подружжя, а також з правочинів, для яких не вимагалася згода іншого з подружжя.

Іншим прикладом сприйняття західноєвропейського підходу до системи зобов'язань подружжя є ЦК Румунії. Згідно зі ст. 351 ЦК Румунії подружжя відповідає всім своїм спільним майном за зобов'язаннями, що виникають у зв'язку зі збереженням, управлінням та набуттям спільного майна, взятими разом обома з подружжя, взятими одним з подружжя для покриття звичайних витрат сім'ї, а також щодо компенсації шкоди, заподіяної одним з подружжя майну третьої особи [8].

Відповідно до ст. 4:44 ЦК Угорщини витрати щодо утримання та управління спільним майном подружжя, щодо утримання спільного господарства та стосовно забезпечення спільних дітей подружжя повинні покриватися за рахунок їх спільного майна [16].

Отже, західноєвропейська концепція community debt знаходить своє відображення у цивільному законодавстві низки постсоціалістичних держав. Разом з тим у таких державах презумпція визнання зобов'язання спільноти як подружжя не знаходить свого закріплення, покладаючи таким чином на кредитора тягар доведення правової природи кожного окремого зобов'язання подружжя. Наприклад, згідно зі ст. 787 ЦПК Польщі виконавчому документу стосовно особи, яка перебуває у шлюбі, суд може надати юридичної сили щодо іншого з подружжя, обмеживши його відповідальність спільним майном такого подружжя, якщо кредитор доведе, що заборгованість виникла на підставі правочину, вчиненого за згодою іншого з подружжя [17].

Узагальнення європейських підходів щодо сфери застосування досліджуваного зобов'язання знайшло своє відображення у Принципах європейського сімейного права щодо майнових відносин подружжя. Зокрема, згідно з принципом 4:40 community debt пропонується визнавати зобов'язання, спільно взяті обома з подружжя, взяті одним з подружжя для задоволення звичайних потреб сім'ї, пов'язані з утриманням дітей, взяті одним з подружжя щодо користування чи управління спільним майном або в інтересах спільного майна, пов'язані з професійною діяльністю одного з подружжя, пов'язані з подарунком чи спадщиною, які надійшли у спільне майно подружжя. Насамкінець такими визнаються будь-які зобов'язання подружжя, щодо яких не доведено, що вони є особистими [18].

Отже, community debt зазвичай охоплює такі групи зобов'язань подружжя: 1) щодо утримання сім'ї, 2) пов'язані зі спільним майном подружжя, 3) пов'язані з особистим майном кожного з подружжя. Особливістю першої групи зобов'язань є те, що в законодавстві європейських держав вони визнаються солідарними. Тобто відповідальність за них несуть обоє з подружжя за рахунок всього їх майна як спільного, так і особистого [детальніше див.: 1]. Варто зазначити, що включення до складу community debt третьої групи зобов'язань обумовлене включенням до складу спільного майна подружжя доходів від їх особистого майна (на відміну від національного підходу). За таких умов у подружжя можуть бути відсутні особисті доходи, необхідні для утримання особистого майна.

Національне законодавство не знає концепції community debt. В ч. 2 ст. 73 СК України передбачено, що стягнення може бути накладено на майно, яке є спільною сумісною власністю подружжя, якщо судом встановлено, що договір був укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї і те, що було одержане за договором, використано на її потреби. Однак практична реалізація цього положення відсутня, що обумовлено складнощами виконавчого провадження та браком правового механізму визнання договору укладеним в інтересах сім'ї.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Простибоженко О. Юридична конструкція «договору в інтересах сім'ї» у майнових правовідносинах подружжя: досвід європейських держав і перспективи гармонізації національного законодавства. Часопис Київського університету права. 2016. № 1. С. 190–195.
2. Простибоженко О. Правовий режим майна подружжя за законодавством європейських держав: порівняльно-правовий аналіз і напрямки гармонізації. Вісник Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова. Серія: Правознавство. 2016. Т. 21. Вип. 1 (28). С. 111–129.
3. Civil Code of the Republic of Lithuania adopted 2000-07-18 // Lietuvos Respublikos Seimas. URL: [http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc\\_l?p\\_id=245495](http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=245495) (date of access: 30.01.2019).
4. Beilfuss C. G. Property relationship between spouses. National report: Spain. // Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Property.pdf> (date of access: 30.01.2019).
5. Code Civil en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg a jour au 1er août 2015. URL: [http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code\\_civil/CodeCivil\\_PageAccueil.pdf](http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/CodeCivil_PageAccueil.pdf) (date of access: 30.01.2019).
6. Il Codice Civile Italiano (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262). The Cardozo Electronic Law Bulletin. URL: [http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm) (date of access: 30.01.2019).
7. Oliveira G., Martins R., Vitor P. Property relationship between spouses. National report: Portugal. // Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Property.pdf> (date of access: 30.01.2019).
8. Noul Cod civil (Legea nr. 287/2009) / Noul Cod civil si Noul Cod de procedura. Legislație consolidată și index 10 iunie 2015. Bucuresti: Universul Juridic, 2015.
9. Pintens W., Seyns S. and other. Property relationship between spouses. National report: Belgium. // Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Belgium-Property.pdf> (date of access: 30.01.2019).
10. Sumner I., Forder C. Proposed Revision of Matrimonial Property Law, a New Inheritance Law and the First Translation of the Dutch Civil Code, Book 1 (Family Law) into English. The International Survey of Family Law. 2004. p. 349–352.

11. Code Civil de la Belgique le 21 mars, 1804. *Législation belge*. URL: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1804032133&table\\_name=loi](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1804032133&table_name=loi) (date of access: 30.01.2019).
12. Ferrad F., Braat B. Property relationship between spouses. National report: France // Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Property.pdf> (date of access: 30.01.2019).
13. Spanish Civil Code (approved by Royal Decree of July 24, 1889 with further amendments as on 2009). URL: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=221320](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221320) (date of access: 30.01.2019).
14. Código Civil Português (DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro de 1966). URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=) (date of access: 30.01.2019).
15. Civil Code of Malta adopted 11<sup>th</sup> February, 1870 with further amendments as on 2016. URL: <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8580&l=1> (date of access: 30.01.2019).
16. Act V of 2013 on the Civil Code of Hungary. URL: [https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil\\_code.pdf](https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf) (date of access: 30.01.2019).
17. Ustawa RP z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19640430296> (date of access: 30.01.2019).
18. Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses // Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf> (date of access: 30.01.2019).

**Prostybozhenko O. «Community debt» in the system of spouses' obligations under family law of European states**

*The paper is devoted to studying the responsibilities for spouses' debts that are prescribed by legislations of European countries. European approaches to the concept of community debt is analyzed as well as features of community debt and scope of each spouses' responsibilities are determined.*

**Keywords:** spouses' debt, community debt, community property, community of property, joint and several obligation, creditor, debtor.

## ОСОБЛИВОСТІ ІНСТИТУТУ ПАТРОНАТНОГО ВИХОВАННЯ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.22>

**Резнік Г. О.,**

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

*У статті досліджено інститут патронатного виховання як особлива форма виховання дитини на період подолання нею, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин. Виокремлено особливості виховання дитини в сім'ї патронатного вихователя.*

**Ключові слова:** сім'я, діти, патронат, патронат над дітьми, патронатний вихователь, сім'я патронатного вихователя.

Патронат є однією з особливих форм виховання дітей, які залишились без батьківського піклування. Зазначені правовідносини регулюються главою 20 Сімейного кодексу України [1].

Сімейний кодекс України (ст. 252) визначає патронат над дитиною як тимчасовий догляд, виховання та реабілітацію дитини в сім'ї патронатного вихователя на період подолання дитиною, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин.

Із наведеного вище визначення можна виділити основну умову, за якої можливе влаштування дитини до сім'ї патронатного вихователя, а саме – наявність складних життєвих обставин.

Сімейний кодекс України не дає визначення поняттю «дитина, яка опинилась у складних життєвих обставинах». Про дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, згадується у Порядку ведення службами у справах дітей обліку дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, затвердженому наказом Міністерства соціальної політики України від 20.01.2014 № 27 [2]. Зокрема, відповідно до п. 2 Порядку підставами для взяття дитини на облік дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, є:

– проживання в сім'ї, у якій батьки або особи, які їх замінюють, ухиляються від виконання своїх обов'язків з виховання дитини, а саме: коли вони без поважних причин не піклуються про фізичний і духовний розвиток дитини, її навчання, підготовку до самостійного життя, зокрема, не забезпечують

необхідного харчування, медичного догляду, лікування дитини, що негативно впливає або може вплинути на її фізичний розвиток, не створюють умов для отримання нею освіти;

- скоєння фізичного, психологічного, сексуального, економічного насильства над дитиною, жорстоке поводження з нею або загроза його вчинення;
- залучення дитини до найгірших форм дитячої праці;
- систематичне самовільне залишення дитиною місця постійного проживання;
- переміщення дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування, з тимчасово окупованої території або району проведення антитерористичної операції.

Складні життєві обставини дитини можуть включати одну, декілька або всі перелічені у цьому пункті підстави, які повинні обов'язково враховуватись при здійсненні її соціального захисту та соціальної роботи з нею. При цьому при взятті дитини на облік повинна бути визначена домінуюча підстава (підстава, яка мала найбільший негативний вплив на стан її здоров'я та розвитку).

У науковій літературі звертається увага на те, що патронат (патронаж) – не тільки форма влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, а й форма соціального обслуговування, переважно в домашніх умовах, окремих фізичних осіб певних категорій і форма державного нагляду за особами, які звільнилися після відбування покарання, та надання їм соціальної допомоги, форма державної служби [3].

Сімейний патронат як інновація забезпечення права дитини на сім'ю, нова комплексна послуга вразливим сім'ям з дітьми передбачає: тимчасовий догляд і виховання дитини, яка опинилася у складних життєвих обставинах, у сім'ї патронатних вихователів і водночас надання фахівцями соціальної сфери інтенсивних підтримуючих послуг біологічній сім'ї дитини для відновлення її здорового функціонування. Влаштування дитини в сім'ю патронатних вихователів надає їй можливість уникнути досвіду інституційної опіки (тимчасового влаштування в притулок для дітей/центр соціально-психологічної реабілітації дітей, лікарню), частково відновити особистісний потенціал, компенсувати деприваційні порушення через отримання досвіду позитивних міжособистісних стосунків, ознайомлення й прийняття нових моделей поведінки, сім'ї [4].

Законом чітко передбачено, що сім'я патронатного вихователя – це сім'я, в якій за згоди всіх її членів повнолітня особа, яка пройшла спеціальний курс підготовки, виконує обов'язки патронатного вихователя на професійній основі. При цьому патронатний вихователь – це особа, яка за участю членів сім'ї надає послуги з догляду, виховання та реабілітації дитини у своїй сім'ї.

Вважається, що ключовими завданнями патронатних вихователів є: 1. Формування відчуття безпеки дитини. 2. Забезпечення переживання дитиною якомога більше позитивних емоцій від теплих, дружніх, довірливих стосунків з патронатними вихователями. 3. Розвиток базової довіри до інших людей. 4. Допомога дитині в регуляції власних емоцій, бажань, поведінки. 5. Розвиток самоусвідомлення, формування здорової ідентичності та самооцінки [4].

При цьому патронатним вихователем може бути громадянин України, який має досвід виховання дитини, відповідні житлові умови для надання послуг з догляду, виховання та реабілітації дитини у своєму помешканні.

Визначаючи коло осіб, які не можуть бути патронатними вихователями, СК України відсилає до ст. 212, якою визначені особи, які не можуть бути усиновлювачами, а саме, особи:

- 1) обмежені у дієздатності;
- 2) визнані недієздатними;
- 3) позбавлені батьківських прав, якщо ці права не були поновлені;
- 4) були усиновлювачами (опікунами, піклувальниками, прийомними батьками, батьками-вихователями) іншої дитини, але усиновлення було скасовано або визнано недійсним (було припинено опіку, піклування чи діяльність прийомної сім'ї або дитячого будинку сімейного типу) з їхньої вини;
- 5) перебувають на обліку або на лікуванні у психоневрологічному чи наркологічному диспансері;
- 6) зловживають спиртними напоями або наркотичними засобами;
- 7) не мають постійного місця проживання та постійного заробітку (доходу);
- 8) страждають на хвороби, перелік яких затверджений центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я;
- 9) є іноземцями, які не перебувають у шлюбі, крім випадків, коли іноземець є родичем дитини;
- 10) були засуджені за злочини проти життя і здоров'я, волі, честі та гідності, статевої свободи та статевої недоторканності особи, проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, а також за злочини, передбачені ст. 148, 150, 150-1, 164, 166, 167, 169, 181, 187, 324, 442 КК України, або мають непогашену чи не зняту в установленому законом порядку судимість за вчинення інших злочинів;
- 11) за станом здоров'я потребують постійного стороннього догляду;
- 12) є особами без громадянства;
- 13) перебувають у шлюбі з особою, яка відповідно до пунктів 3–6, 8 і 10 даного переліку не може бути усиновлювачем.

Загалом, не можуть бути патронатними вихователями інші особи, інтереси яких суперечать інтересам дитини.

Термін перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя встановлюється органом опіки та піклування і не може перевищувати трьох місяців. Однак у разі наявності обставин, що обґрунтовують необхідність і доцільність перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя понад зазначений термін, орган опіки та піклування може його продовжити. При цьому загальний термін перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя не може перевищувати шість місяців.

Принагідно зазначимо, що до сім'ї патронатного вихователя можуть бути одночасно влаштовані тільки діти, які є між собою рідними братами та сестрами, або діти, які виховувалися в одній сім'ї.

Ключовим у контексті теми, що розглядається, є розуміння того, що патронат передбачає наявність договору про патронат над дитиною. Так, за договором про патронат над дитиною орган опіки та піклування влаштовує дитину, яка перебуває у складних життєвих обставинах, в сім'ю патронатного вихователя.

Договір про патронат над дитиною укладається в письмовій формі і припиняється у разі прийняття органом опіки та піклування рішення про повернення дитини до її батьків, інших законних представників, її усиновлення, встановлення над нею опіки чи піклування, влаштування її на виховання в сім'ю громадян (прийомну сім'ю чи дитячий будинок сімейного типу) або до дитячого закладу, закладу охорони здоров'я, навчального або іншого закладу, а також у разі досягнення дитиною повноліття, смерті дитини чи патронатного вихователя.

Розірваний договір, що розглядається, може бути за згодою сторін або за рішенням органу опіки та піклування, суду у разі невиконання патронатним вихователем своїх обов'язків за договором.

У контексті теми, що розглядається, слід звернути увагу на такий ключовий момент, а саме, на те, що для влаштування дитини в сім'ю патронатного вихователя потрібна згода дитини, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити, що повністю кореспондується із відповідною статтею СК України, а саме, з ч. 1 ст. 171 СК, яка визначає, що дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї. Також влаштування дитини в сім'ю патронатного вихователя здійснюється за письмовою згодою її батьків, інших законних представників. У разі якщо мати чи батько дитини є неповнолітніми, крім їхньої згоди на влаштування дитини в сім'ю патронатного вихователя потрібна згода їхніх батьків. Влаштування дитини в сім'ю патронатного вихователя здійснюється без згоди батьків, інших законних представників у разі відібрання у них дитини, відсутності відомостей про місце їх перебування, а також за наявності безпосередньої загрози життю чи здоров'ю дитини.

Принагідно зазначимо, що на період перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя за нею зберігається право на аліменти, пенсію, інші соціальні виплати, а також на відшкодування шкоди у зв'язку з втратою годувальника, які вона мала до влаштування в сім'ю патронатного вихователя.

Дитина, влаштована в сім'ю патронатного вихователя, має право підтримувати особисті контакти з батьками та іншими родичами, а також має інші права, визначені законодавством.

Натомість патронатний вихователь зобов'язаний:

- 1) забезпечити дитину житлом, одягом, харчуванням тощо;
- 2) створити дитині умови для навчання, фізичного та духовного розвитку;
- 3) співпрацювати з батьками, іншими законними представниками дитини задля подолання складних життєвих обставин у межах та у спосіб, визначені органом опіки та піклування;
- 4) забезпечити надання чи доступ до послуг, визначених договором про патронат над дитиною;
- 5) сприяти контактам дитини з батьками, іншими законними представниками, родичами, крім випадків, коли батьки позбавлені батьківських прав або в судовому порядку обмежені у праві спілкування з дитиною.

Окремої уваги потребує питання про оплату послуг зі здійснення патронату над дитиною, оскільки патронатні вихователі, на відміну від опікунів та піклувальників, виконують обов'язки, перелічені вище, платно. Відтак оплата послуг патронатного вихователя та виплата соціальної допомоги на утримання дитини в сім'ї патронатного вихователя здійснюються за рахунок коштів місцевих бюджетів у розмірі та порядку, визначених Кабінетом Міністрів України. При цьому при влаштуванні дитини в сім'ю патронатного вихователя її батьки не звільняються від обов'язку щодо утримання дитини.

Отже, викладене вище надає можливість виокремити особливості такої форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як патронат, а саме:

– патронат є особливою оплачуваною, строковою (від 3-х до 6-ти місяців) послугою з виховання дітей на період подолання дитиною, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин, що виражена у формі письмового договору;

– патронат, насамперед, передбачає догляд, виховання та реабілітацію дитини;

– для влаштування дитини в сім'ю патронатного вихователя потрібна згода дитини її батьків, інших законних представників та згода всіх членів сім'ї патронатного вихователя;

- при влаштуванні дитини в сім'ю патронатного вихователя її батьки не звільняються від обов'язку щодо утримання дитини;
- на період перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя за нею зберігається право на аліменти, пенсію, інші соціальні виплати, а також на відшкодування шкоди у зв'язку з втратою годувальника, які вона мала до влаштування в сім'ю патронатного вихователя;
- одночасно до сім'ї патронатного вихователя можуть бути влаштовані лише діти, які є між собою рідними братами та сестрами, або діти, які виховувалися в одній сім'ї.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-ІІ // Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21. Ст. 135.
2. Про Порядок ведення службами у справах дітей обліку дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах: наказ Міністерства соціальної політики України від 20.01.2014 № 27 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0216-14> (дата звернення: 06.12.2018).
3. Зілковська Л. М. Недоліки законодавства про патронат над дітьми та шляхи його вдосконалення // Держава і право. К., 2007. Вип. 38. С. 381–389.
4. Петрочко Ж. В. Теоретичні основи патронату над дітьми // Соціальна педагогіка: теорія та практика. 2014. № 1. С. 88–89.

#### **Reznik H. Features of the institute of patronatic education**

*The article investigates the institution of patronage education as a special form of education of the child for the period of overcoming it, its parents or other legal representatives of difficult life circumstances. The peculiarities of the upbringing of the child in the family of patron educator are singled out.*

**Keywords:** family, children, patronage, patronage over children, patronage teacher, family patron educator.

### ПРАВОВА ПРИРОДА ГРОШЕЙ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.23>

**Чаплян С. Є.,**

*аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Розглянуто основні характеристики грошей як об'єктів цивільних прав та їх співвідношення з іншими об'єктами. Зважаючи на специфічні особливості грошей, запропоновано кваліфікувати їх як особливий об'єкт цивільних прав.*

**Ключові слова:** гроші; об'єкти цивільних прав.

**Постановка проблеми.** Інститут грошей є одним з найдавніших у цивільному праві, але одночасно – одним з найбільш динамічних в умовах сучасної економіки, що спричиняє трансформацію традиційного уявлення про гроші. Такі зміни не лише тягнуть за собою коригування класифікації грошових коштів, а й вимагають уточнення їх правової природи, оскільки усталені категорії і підходи вже не відповідають реаліям грошового обороту.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Чимало науковців, від стародавніх часів і до сьогодні, присвячували свої роботи теоретичним розробкам природи грошей. Серед них виділимо фундаментальні роботи Аристотеля, К. Маркса, Г. Кнаппа, Л. А. Лунца, В. О. Лапача, Ф. Хайека, В. М. Усоскіна, М. Фрідмана [1–8]. Серед сучасних вчених вказана проблематика є предметом досліджень таких вчених, як: Ф. Мішкін, Г. Менк'ю, Н. М. Розанова, О. П. Підцерковний [9–12] та інші.

**Метою** статті є дослідження правової природи грошей та їх місця в системі об'єктів цивільних прав.

**Матеріали та методи.** Методологічну основу дослідження склали, передусім, порівняльно-правовий метод та метод історичного аналізу в поєднанні з іншими методами наукових досліджень (індукції, дедукції, абстракції тощо).

**Результати дослідження.** Дискусія про місце грошей в системі об'єктів цивільних прав має давню історію, проте і до цього часу дане питання розглядається дослідниками абсолютно під різними кутами зору. Історично, протягом тисячоліть, в якості грошей використовувалися предмети матеріального світу, що зумовило традиційне «речове» їх сприйняття. Зазначену традицію успадкувало, зокрема, й українське законодавство, що прямо впливає зі змісту ст. 177, 718 Цивільного кодексу України [13]. Разом з тим поряд з традиційними грошима у матеріальній формі (готівкою) в сучасному

цивільному та господарському обороті використовуються гроші в нематеріальній формі, що, в першу чергу, стосується безготівкових грошей.

В Україні (як і в більшості країн світу) готівкові гроші існують у формі банкнот і монет, які як об'єкти цивільних прав являють собою рухомі та неподільні речі. І якщо рухомість у даному випадку видається властивістю цілком очевидною, то ситуація з неподільністю є складнішою. Відповідно до ст. 183 ЦК України подільною є річ, яку можна поділити без втрати її цільового призначення, натомість неподільна не може бути поділена без втрати її цільового призначення. Гроші можуть обмінюватися на більш дрібні (до мінімального номіналу), але якщо говорити не про обмін, а про фізичний поділ, то як банкноти, так і монети не можуть бути поділені без втрати їх призначення і, як наслідок, вартості. Фізичний поділ грошей у вигляді банкнот і монет матиме наслідком втрату ними своїх властивостей і фактичне вилучення їх з обігу, що, як видається, є прямим спростуванням віднесенню окремими науковцями грошей до речей подільних [14, с. 160]. Але якщо досліджувати питання в історичному контексті, можна побачити, що неподільність є фізичною властивістю саме банкнот і монет, але вона не впливає із внутрішньої природи грошей як таких. Приміром, гривні часів Давньої Русі цілком можливо було розрубати на визначені частини зі збереженням їх вартості у цих частинах. Таким чином, подільність та неподільність пов'язані, в першу чергу, з природою об'єктів, що використовуються в якості грошей, але не є наслідком внутрішньої природи самих грошей.

Споживність речей пов'язана з можливістю їх повторного використання. Враховуючи, що готівкові гроші призначені для багаторазового використання і зберігають свій первісний вигляд протягом тривалого часу, вони відносяться до неспоживних речей.

Правова природа безготівкових грошей є предметом запеклих дискусій. Узагальнюючи різні підходи, Ю. Ф. Дружиніна відмічає, що одна група дослідників вважає безготівкові кошти правами вимоги до банку; друга – що безготівкові грошові кошти є кредитними залишками на рахунках клієнтів у банках; третя розуміє під безготівковими грошима інформацію, на яку виникає право власності у клієнтів банку; четверта – що безготівкові гроші являють собою впорядковані законом і договором результати спеціальних математичних операцій (облікові записи), які дають певним суб'єктам право одержати в обмін на здійснення цих операцій певний об'єкт цивільних прав (річ, роботу, послугу тощо), не сплачуючи за нього готівкових грошей. До того ж більшість цивілістів, все ж таки, розглядає безготівкові гроші як права вимоги клієнтів до банків [15].

У процесі безготівкових розрахунків, зазначає В. В. Вітрянський, як засіб платежу використовується майно у формі права на гроші [16, с. 136]. М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський кваліфікують готівкові гроші як визначені родовими ознаками замінні речі, а безготівкові – як зобов'язально-правові вимоги, наголошуючи при цьому, що навіть у тих випадках, коли йдеться про готівкові гроші, які в якості речей в принципі можуть бути об'єктом права власності, передача їх іншій особі з наділенням останньої правом розпорядження вказаними грошима (нехай із зобов'язанням повернення відповідної грошової суми, як це має місце, наприклад, у відносинах за договором позики) неодмінно означає, що гроші передані у власність цієї особи, оскільки використання грошей можливо лише шляхом їх споживання, тому особа, що використовує гроші, повинна мати право розпоряджатися ними, тобто бути їх власником [17, с. 180].

Дискутуючи із визначеною позицією, К. Т. Трофимов зазначає, що розміщення банком залучених коштів «від свого імені і за свій рахунок» не означає виникнення у банку права власності на залучені кошти. На його думку, банк у таких відносинах виступає не в ролі власника переданих йому грошей, а в ролі агента, якому делеговані функції управління грошима. Участь у господарському обороті «чужими» коштами від свого імені впливає із особливостей економічної природи банків як фінансових посередників. Сама постановка питання про природу безготівкових грошей викликана особливостями форми їх існування, але в якості саме грошей як готівкові, так і безготівкові гроші виконують абсолютно однакові економічні і юридичні функції. Готівкові кошти не мають специфічних економічних властивостей, відмінних від безготівкових. З точки зору права фізичні характеристики грошей (паперові, електронні, металеві) не мають принципового значення, оскільки зміст права власності на гроші (обсяг правомочностей власника) не залежить від їх фізичних характеристик. Безготівкові гроші, з точки зору своїх функцій, є такими самими грошима, як банкноти або монети [16, 139–140].

З К. Т. Трофимовим солідарні М. Олексюк та І. Прокоп'єв, які підкреслюють: гроші клієнта, що обліковуються на поточному рахунку, ні за законом, ні за договором обслуговування банківського рахунку не є власністю банку. Зазначені автори також протиставляють природу коштів за договорами банківського рахунку та вкладу, оскільки останній, на відміну від першого, передбачає надання клієнтом банку позики шляхом передачі права власності на гроші [18, с. 14].

На думку Л. Єфімової, безготівкові гроші є фікцією готівкових грошей, так би мовити, квазіготівкою. Відповідно, правовідносини з приводу обороту безготівкових коштів регулюються тими ж самими нормами, що й готівкові розрахунки, за певними виключеннями, спеціально обумовленими законодавством. Безготівкові кошти можуть бути об'єктами права власності в силу юридичної фікції,



яка як прийом вказує на те, що між досліджуваним явищем і явищем, яке береться за основу, начебто немає різниці [19].

Розуміючи позицію кожного із названих дослідників, хотілося б звернутися до одного досить промовистого прикладу. Гроші – категорія не лише юридична, а й (а може, навіть, передусім) економічна. Якщо поглянути на безготівкові гроші з точки зору мікроекономіки і бухгалтерського обліку, в очі впадають такі особливості. Виходячи зі змісту Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку 1 «Загальні вимоги до фінансової звітності» [20], як готівкові, так і безготівкові кошти належать до оборотних активів і обліковуються в одному рядку активу балансу, код якого 1165. Натомість, якщо вважати безготівкові кошти зобов'язаннями банку перед клієнтом (в даному випадку підприємством), вони мали б обліковуватися як дебіторська заборгованість в рядку 1125, але цього не відбувається. В пасиві балансу грошові кошти відображаються як власний капітал, а не зобов'язання.

Згідно з ст. 1066 ЦК України за договором банківського рахунку банк зобов'язується приймати і зараховувати на рахунок, відкритий клієнтові (володільцеві рахунка), грошові кошти, що йому надходять, виконувати розпорядження клієнта про перерахування і видачу відповідних сум з рахунка та проведення інших операцій за рахунком. Банк має право використовувати грошові кошти на рахунку клієнта, гарантуючи його право безперешкодно розпоряджатися цими коштами. Отже, з одного боку, банк отримує можливість використовувати кошти клієнта у банківських операціях від свого імені як власні грошові кошти, приміром, видавати за рахунок цих коштів кредити, а з іншого – власником грошей на банківському рахунку є не банк, а клієнт банку. Така ситуація найбільш відповідає інституту довірчої власності.

Визначення правової природи безготівкових грошей є наслідком традиційного уявлення про гроші як про речі: передаючи банку певну кількість речей, визначених родовими ознаками, їх власник одержує права вимоги до банку, зміст яких полягає у можливості безперешкодного використання дематеріалізованих грошових коштів, включаючи повернення їх у речову форму (готівку). Проте ця властивість – використовуватися в якості грошей, так би мовити, «грошовість» – не має нерозривного зв'язку з речовою формою вираження і не обумовлена самою природою грошей. По-перше, певні предмети (об'єкти матеріального світу) використовуються в якості грошей не в силу своїх природних властивостей, а в силу відповідного визнання державою чи суспільством. Монети є речами, але далеко не кожна монета визнається грошима (приміром, монети, які вийшли з обігу, залишаються монетами, але втрачають статус грошей). По-друге, не лише об'єкти матеріального світу можуть використовуватися в якості грошей, і це підтверджується окремими історичними прикладами, приміром, відома історія з так званими каменями Раї – величезними кам'яними брилами, які мешканці островів Яп у Тихому океані використовували в якості грошей. Каміні доставлялися на дерев'яних плотах з інших островів. Один з таких каменів начебто затонув, причому свідками цього була лише невелика група людей. І цей камінь за згодою громади було вирішено використовувати в розрахунках на рівні з іншими. Очевидно, що з правової точки зору в описаному випадку говорити про річ безглуздо: якщо річ фізично навіть існувала, вона була в будь-якому разі втрачена. І навіть використання механізму фікції (визнання неіснуючої речі такою, що існує) не спростовує того очевидного факту, що річ фізично відсутня і передати її неможливо. Фактично, під час розрахунків від особи до особи переходила не сама річ, а права на неї, причому за своїм змістом це були речові права на фіктивне майно, а не права вимоги, адже в описаній ситуації немає такого суб'єкта, до якого можна заявити вимогу. Таким чином, в наведеному прикладі роль засобу розрахунку виконували не конкретні предмети, а майнові права речового характеру. Іншим, вже сучасним, прикладом може стати запровадження центральними банками різних країн офіційних валют у формі криптоодиниць. Такі проекти існують у багатьох країнах, в тому числі в Україні [21]. Можна також припустити закріплення окремими країнами у не дуже віддаленому майбутньому статусу грошей за децентралізованими криптовалютами зразка Bitcoin, що також може стати додатковим доказом хибності співвідношення «гроші = речі».

Дану проблему можна також розглядати й під іншим кутом зору. Як вже зазначалося вище, чимало науковців заперечує наявність у власника грошових коштів на банківському рахунку речових прав на вказані кошти, обмежуючи його компетенцію в даному випадку виключно правом вимоги. Але навряд чи хтось заперечуватиме, що у випадку наявності тих самих грошей у готівковій формі власник матиме щодо них саме речові права. Проте так було не завжди. Як зазначає К. Т. Трофімов, такі відомі цивілісти, як Д. Мейєр та Г. Шершеневич розділяли монети і паперові банкноти (кредитні білети), наголошуючи, що паперові гроші набули цінності, не притаманної їм як речам. Тому монети розумілися як об'єкт права власності, а паперові гроші – як зобов'язання [16, с. 134]. Проте з часом паперові гроші втратили цю зобов'язальну складову і на сьогодні є повноцінними об'єктами речових прав. Таким чином, зміст прав на гроші може передбачати й права зобов'язального характеру, які, однак, не впливають з наряду форми існування грошових коштів чи природи об'єктів, що використовуються в якості грошей.

Звертаючи увагу на багатоманітність матеріальних і нематеріальних об'єктів, які на сучасному етапі виконують функції грошей, але при цьому мають «принципово різні модуси існування» і проявляють «лише функціональну подібність», В. О. Лапач заявляв про недоречність визначення правової природи грошей взагалі, а натомість про можливість визначення правової природи і відповідного їй правового режиму конкретного виду майнових благ, що виконує функції грошей. На його думку, поява безготівкових грошей призвела до «розщеплення» грошей на їх змістовну частину і матеріальний носій. Відповідно, оборотоздатність збереглася за обліково-вартісною частиною у вигляді певної інформації, і в цьому особливість функції обороту безготівкових грошей. Речове розуміння грошей, продовжує В. О. Лапач, на сьогодні вже є певним анахронізмом, що вимагає серйозного перегляду теоретичних підходів і, у певній частині, чинного законодавства. Гроші, безумовно, належать до майна, але не як різновид речей, а як цілком самостійні об'єкти цивільних прав, що мають свій власний юридичний статус [5]. Як наголошує К. Т. Трофімов, з точки зору права фізичні характеристики грошей (паперові, електронні, металеві тощо) не мають жодного значення. Зміст права власності на гроші (обсяг правомочностей власника) не залежить від фізичних характеристик, а об'єктом цивільного правовідношення є гроші незалежно від форми їх існування. «Не існує «різних видів» грошей, «самостійних об'єктів», родового поняття «гроші», існують просто гроші у двох формах: готівковій і безготівковій», причому обидві ці форми виконують абсолютно однакові економічні та юридичні функції [16, с. 140–141].

Дійсно, з точки зору правових та економічних наслідків немає принципової різниці, відбувається розрахунок у готівковій, чи безготівковій формі (якщо не брати до уваги адміністративні обмеження на проведення готівкових розрахунків). Немає різниці, в якій формі зберігати кошти – готівковій чи безготівковій (є відмінності у ризиках, але до функцій грошей вони не мають жодного стосунку). І так само безготівкові кошти на рівні з готівковими можуть виступати мірою вартості. Проте з точки зору об'єктної складової неможливо заплющити очі на очевидні відмінності різних об'єктів, що виконують функції грошей. Якщо готівкові кошти відповідають цивільно-правовій категорії речі, то зміст безготівкових грошей становлять майнові права, які не вичерпуються правами вимоги до банку, адже клієнт все ж таки формально не втрачає право власності на свої кошти, а безготівковий розрахунок за своїм змістом не є тотожним передачі права вимоги. В сучасному суспільстві речові права існують не лише у відношенні речей як предметів матеріального світу (наприклад, право власності на електроенергію). У разі передачі готівкових коштів до установи банку і зарахуванні їх на банківський рахунок право власності на них не втрачається. Свого часу Вищий господарський суд України недвозначно висловився з даного питання у постанові від 27 жовтня 2009 р. у справі № 34/6-56/36-09, зазначивши, що не банк, а саме клієнт банку «є власником грошових коштів на рахунку, яким він володіє» [22].

Те, що гроші можуть мати абсолютно різне втілення, є логічним наслідком використання в цій якості різних об'єктів. Проте, якщо відштовхуватися від самого змісту поняття «гроші», не є принциповим визначення того чи іншого об'єкта у статусі грошей, якщо він здатний забезпечити виконання основних функцій грошей. Є універсальна формула: все, що виступає в якості грошей, і є гроші [5]. Історія людства свідчить, що грошима потенційно може бути все, що може виступати засобом обміну, накопичення і збереження вартості, не виключаючи нематеріальні об'єкти. Якщо засіб розрахунку приймається учасниками обороту і має наслідком належне виконання зобов'язання, немає принципової різниці, чим є такий засіб: монетами, мушлями, коровами, майновими правами чи навіть об'єктом-фікцією. Напрошується висновок, що фізична форма не є визначальною для грошей, що гроші – це, в першу чергу, суть, а не форма.

Той факт, що функції грошей на сьогодні можуть виконувати абсолютно різні об'єкти цивільних прав, які мають різну правову природу, є свідченням відмінної правової природи власне грошей від тих об'єктів, що за певних умов наділяються статусом грошей. І так само це є свідченням різних правових режимів, що поширюються на одні й ті самі об'єкти як такі, і коли вони набувають статусу грошових одиниць. В зв'язку з цим, враховуючи зазначені особливості, пропозиція виокремити гроші в особливий клас об'єктів цивільних прав виглядає цілком обґрунтованою.

#### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Аристотель. Политика. М.: Рипол Классик, 2010. 592 с.
2. Маркс К. Капітал. М.: Издательство политической литературы. 1969. 907 с.
3. Дубянский А. Н. Государственная теория денег Г. Кнаппа: история и современные перспективы. URL: <http://institutiones.com/personalities/2579-gosudarstvennaya-teoriya-deneg-knappa.html> (дата звернення: 10.12.2018).
4. Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 2004. 350 с.

5. Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. 2004. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc99p0/instrum2232/item2249.html> (дата звернення: 10.12.2018).
6. Hayek F. A. Denationalisation of Money The Argement Refined. An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies. Institute of Economic Affairs, London, 1990. 144 p.
7. Усоскин В. М. Теория денег. М.: Мысль, 1976. 228 с.
8. Friedman M. Quantity Theory of Money. URL: [https://miltonfriedman.hoover.org/friedman\\_images/Collections/2016c21/Palgrave\\_1987\\_c.pdf](https://miltonfriedman.hoover.org/friedman_images/Collections/2016c21/Palgrave_1987_c.pdf) (дата звернення: 10.12.2018).
9. Мишкин Ф. Экономическая теория денег, банковского дела и финансовых рынков. М.: Аспект Пресс, 1999. 820 с.
10. Mankiw N. Gregory. Principles of Economics. Cengage Learning, Boston, USA. 864 p.
11. Розанова Н. М. Монетарная экономика. Теория денег и кредита: в 2-х т. М.: Юрайт, 2016. 269 с. (Т 1), 308 с. (Т 2).
12. Подцерковний О. П. Грошові зобов'язання учасників господарських відносин. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. Одеса: Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова, 2006.
13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV; зі змінами. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 10.12.2018).
14. Аванесян В. В. и др. Большая юридическая энциклопедия. М.: Эксмо, 2007. 688 с.
15. Дружинина Ю. Ф. О месте денег в системе гражданских прав. URL: [http://sun.tsu.ru/mminfo/000063105/301/image/301\\_111-112.pdf](http://sun.tsu.ru/mminfo/000063105/301/image/301_111-112.pdf) (дата звернення: 10.12.2018).
16. Трофимов К. Т. Правовая природа денег. Очерк сравнительного правоведения // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 2 (8). С. 130– 143.
17. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга пятая. Том 2. Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. М.: Статут. 2011. 623 с.
18. Олексіюк М., Прокоп'єв І. Кому належать гроші на вашому поточному рахунку? // Юридична газета, 21 березня 2017 р. № 13 (563). С. 14–15.
19. Ефимова Л. Правовые проблемы безналичных денег. URL: [http://www.jursites.ru/efimova\\_\\_pravovue\\_problemy\\_bez.html](http://www.jursites.ru/efimova__pravovue_problemy_bez.html) (дата звернення: 10.12.2018).
20. Про затвердження Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку 1 «Загальні вимоги до фінансової звітності»: наказ Міністерства фінансів України від 07.02.2013 р. № 73. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0336-13> (дата звернення: 10.12.2018).
21. Стешенко А. КриптоГривна: миф или деньги будущего? URL: <http://today-news.com/publications/economic/KriptoGrivna-mif-ili-dengi-budushchego-83640.html> (дата звернення: 10.12.2018).
22. Постанова Вишого господарського суду України від 27 жовтня 2009 р. у справі № 34/6-56/36-09. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/6510670> (дата звернення: 10.12.2018).

### **Chaplian S. Legal nature of money.**

**Background.** *Money is one of the oldest institutions in civil law, and at the same time one of the most dynamic in the modern economy. Today we can say that the traditional concept of money is gradually changing. These changes require clarification of the legal nature of money, since the traditional approach no longer corresponds to the realities of modern money turnover.*

**The analysis of recent researches and publications.** *Many scientists devoted their work to the theoretical development of the nature of money. The mentioned problems are the subject of research by such contemporary scholars as Frederic S. Mishkin, Gregory Mankiw, N. Rozanov, O. Podtserkovny, and others. The aim of the article is to study the legal nature of money as objects of civil rights.*

**Materials and methods.** *The methodological basis for the study was, first of all, the comparative legal method and the method of historical analysis, in combination with other methods of scientific research (induction, deduction, abstraction, etc.).*

**Results.** *Proceeding from the features of money, it can be stated that the qualification of money as a very specific object of civil rights is quite reasonable.*

**Conclusion.** *The article raises issues of the legal nature of money and its' place in the system of civil rights objects. Absolutely different objects of civil rights can be used as money, which makes it possible to draw a conclusion about the different legal nature of money and those objects themselves when they are not used as money.*

**Keywords:** money; object of civil rights.

## СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ АВТОРІВ (ТВОРЦІВ)

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.24>

**Шабалін А. В.,**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України*

*У статті досліджено питання, пов'язані із захистом права інтелектуальної власності у господарському судочинстві, зокрема, захисту певних економічних прав (майнових) суб'єктів права інтелектуальної власності. Прیدілено увагу можливості стягнення авторської винагороди (роялті) в порядку наказного провадження. Проаналізовано питання юрисдикції означеної категорії справ, розглянуто питання звільнення від сплати судового збору заявників-авторів (творців). Зазначено про необхідність законодавчого уточнення можливості звернення фізичної особи – автора, який не є фізичною особою – підприємцем в порядку наказного провадження в господарському процесі. На підставі цього запропоновано відповідні законодавчі новації в ГПК України та Закон України «Про судовий збір».*

**Ключові слова:** судовий наказ, наказне провадження, роялті, авторська винагорода, господарське судочинство, судовий збір, захист прав авторів (творців), захист права інтелектуальної власності.

Наразі питання захисту прав творців (авторів), зокрема економічних, є досить актуальним. Безумовно, що саме економічна складова є тим важливим чинником, який сприяє розвитку творчої діяльності, стимулює творців щодо подальшої роботи.

До основних економічних прав авторів належить право на отримання авторської винагороди як разової, так й регулярних виплат, пов'язаних з використанням створеного автором продукту (роялті).

Так, відповідно до ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» до майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) належать: а) виключне право на використання твору; б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами. Майнові права автора (чи іншої особи, яка має авторське право) можуть бути передані (відчужені) іншій особі згідно з положеннями ст. 31 цього Закону, після чого ця особа стає суб'єктом авторського права. Виключне право на використання твору автором (чи іншою особою, яка має авторське право) надає йому можливість використовувати твір у будь-якій формі і будь-яким способом. Виключне право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти: 1) відтворення творів; 2) публічне виконання і публічне сповіщення творів; 3) публічну демонстрацію і публічний показ; 4) будь-яке повторне оприлюднення творів, якщо воно здійснюється іншою організацією, ніж та, що здійснила перше оприлюднення; 5) переклади творів; 6) переробки, адаптації, аранжування та інші подібні зміни творів; 7) включення творів як складових частин до збірників, антологій, енциклопедій тощо; 8) розповсюдження творів шляхом першого продажу, відчуження іншим способом або шляхом здавання в майновий найм чи у прокат та шляхом іншої передачі до першого продажу примірників твору; 9) подання своїх творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором; 10) здавання в майновий найм і (або) комерційний прокат після першого продажу, відчуження іншим способом оригіналу або примірників аудіовізуальних творів, комп'ютерних програм, баз даних, музичних творів у нотній формі, а також творів, зафіксованих у фонограмі чи відеограмі або у формі, яку зчитує комп'ютер; 11) імпорт примірників творів. Цей перелік не є вичерпним. Виключні права авторів на використання творів архітектури, містобудування, садово-паркового мистецтва передбачають і право їх участі у реалізації проектів цих творів. За винятком випадків, передбачених ст. 21–25 цього Закону, автор (чи інша особа, яка має авторське право) має право вимагати виплати винагороди за будь-яке використання твору. Винагорода може здійснюватися у формі одноразового (паушального) платежу або відрахувань за кожний проданий примірник чи кожне використання твору (роялті), або комбінованих платежів. Розмір і порядок виплати авторської винагороди за створення і використання твору встановлюються в авторському договорі або у договорах, що укладаються за дорученням суб'єктів авторського права організаціями колективного управління з особами, які використовують твори. Кабінетом Міністрів України можуть встановлюватися мінімальні ставки авторської винагороди та порядок їх застосування. Обмеження майнових прав, встановлені ст. 21–25 цього Закону, здійснюються за умови, що вони не завдаватимуть шкоди використанню твору і не обмежуватимуть безпідставно законні інтереси автора. Якщо примірники правомірно опублікованого твору законним чином введені до цивільного обігу шляхом їх першого продажу в Україні, то допускається їх повторне введення в обіг шляхом продажу, дарування тощо без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право) і без виплати авторської винагороди, а щодо творів образотворчого мистецтва – з урахуванням положень

ст. 27 цього Закону. Проте у цьому випадку право здавання у майновий найм чи комерційний прокат залишається виключно за особою, яка має авторське право [1].

Отже, як бачимо, чинним законодавством передбачено можливість отримання автором (творцем) винагороди за свою інтелектуальну працю.

Одним із важливих елементів у системі правовідносин є забезпечення можливості ефективного захисту та відновлення порушеного права, у тому числі й економічних прав авторів.

Говорячи про захист порушеного права, варто наголосити, що на сьогодні саме судовий захист є найбільш ефективним та демократичним.

Саме питанням захисту деяких економічних прав творців (авторів) ми хотіли б приділити увагу.

Варто зазначити, що питанням захисту права інтелектуальної власності, у тому числі й економічної складової цього права, приділяли увагу такі науковці, як: Г. В. Бромберг, О. Б. Бутнік-Сіверський, О. М. Мельник, Н. М. Мироненко, Ю. М. Капіца, А. О. Кодинець, О. П. Орлюк, Д. М. Притика, О. О. Штефан та інші.

Натомість останні зміни, внесені до процесуального законодавства, вимагають вироблення нових підходів у процедурі захисту прав авторів (творців).

Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [2] було кардинально змінено судову процедуру захисту права інтелектуальної власності.

Так, зокрема, законодавцем була визначена виключна (предметна) підсудність господарських судів у справах про захист права інтелектуальної власності.

Відповідно до ч. 2 ст. 20 ГПК України Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядає справи щодо прав інтелектуальної власності, зокрема:

1) справи у спорах щодо прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку (знак для товарів і послуг), комерційне найменування та інших прав інтелектуальної власності, в тому числі щодо права попереднього користування; 2) справи у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують або на підставі яких виникають такі права, або які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси; 3) справи про визнання торговельної марки добре відомою; 4) справи у спорах щодо прав автора та суміжних прав, в тому числі спорах щодо колективного управління майновими правами автора та суміжними правами; 5) справи у спорах щодо укладання, зміни, розірвання і виконання договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, комерційної концесії; 6) справи у спорах, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, щодо: неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці; оскарження рішень Антимонопольного комітету України із визначених цим пунктом питань [3].

Згідно з ч. 3 ст. 24 ГПК України Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядає як суд першої інстанції справи у спорах, визначених ч. 2 ст. 20 ГПК України [3].

Отже, як бачимо, законодавець, по суті, встановив імперативну предметну юрисдикцію щодо справ про захист права інтелектуальної власності.

Натомість відповідно до п. 16 ч. ст. 1 розділу XI ГПК України до початку роботи Вищого суду з питань інтелектуальної власності справи щодо прав інтелектуальної власності розглядаються за правилами, що діють після набрання чинності цією редакцією Кодексу, судами відповідно до правил юрисдикції (підвідомчості, підсудності), які діяли до набрання чинності цією редакцією Кодексу [3]. В контексті сказаного слід зазначити, що на даний час (на момент написання цієї статті) Вищий суд з питань інтелектуальної власності тільки формується. Проте, на нашу думку, викладені у цій науковій статті пропозиції матимуть значення для підвищення ефективності захисту саме новим судом.

Чинною редакцією ГПК України визначені основні форми господарського судочинства. Так, згідно зі ст. 12 ГПК України господарське судочинство здійснюється за правилами, передбаченими цим Кодексом, у порядку: 1) наказного провадження; 2) позовного провадження (загального або спрощеного). Наказне провадження призначене для розгляду справ за заявами про стягнення грошових сум незначного розміру, щодо яких відсутній спір або про його наявність заявнику невідомо. Спрощене позовне провадження призначене для розгляду малозначних справ, справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи. Загальне позовне провадження призначене для розгляду справ, які через складність або інші обставини недоцільно розглядати у спрощеному позовному провадженні. Умови, за яких суд має право розглядати вимоги про стягнення грошових сум у наказному провадженні, а справи – у загальному або спрощеному позовному провадженні, визначаються цим Кодексом.

Отже, як бачимо, законодавцем відповідними законодавчими змінами були запроваджені основні дві форми судочинства: наказного провадження, позовного провадження (загального або спрощеного).

Серед означених форм господарського судочинства однією з нових форм, яка не була відома раніше господарському процесу, – це наказне провадження (варто зазначити, що й спрощене провадження також не застосовувалось у господарському процесі).

В юридичній науковій літературі вже раніше висловлювалась думка про доцільність впровадження наказного провадження в господарський процес з метою оптимізації судової процедури, зокрема, автор цієї статті свого часу пропонував втілити на рівні закону судовий наказ в практику господарських судів [4, с. 153–156].

Порядок видачі судового наказу в господарських справах регламентується розділом II ГПК України. У ст. 147 ГПК України визначено: судовий наказ є особливою формою судового рішення, що видається судом за результатами розгляду вимог, передбачених ст. 148 цього Кодексу. Із заявою про видачу судового наказу може звернутися особа, якій належить право вимоги. Заявником та боржником у наказному провадженні можуть бути юридичні особи та фізичні особи–підприємці. Судовий наказ підлягає виконанню за правилами, встановленими законом для виконання судових рішень [3].

Так, відповідно до ст. 148 ГПК України судовий наказ може бути виданий лише за вимогами про стягнення грошової заборгованості за договорами, укладеними у письмовій формі, включаючи й електронну форму, якщо сума вимоги не перевищує сто розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб [3].

Натомість аналіз положень Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» від 18.01.2003 № 72 [5] надає можливість дійти висновку, що авторська винагорода може бути значно меншою за граничний розмір (суму), визначений у вищезазначеній господарсько-процесуальній нормі для звернення із заявою про видачу судового наказу.

Таке становище фактично призводить до звуження прав творців на захист свого порушеного економічного права в порядку наказного провадження. Наприклад, може бути така правова ситуація, коли сума роялті (авторської винагороди) може бути значно меншою задля звернення до суду за видачею судового наказу, а тому автор змушений буде звернутися до суду в загальному позовному провадженні, якщо він не отримує роялті відповідно до укладеного договору.

Виходячи з того, що наказне провадження є оперативнішою процедурою захисту, ніж інші види судового провадження, то, на нашу думку, доцільно було б у чинному процесуальному законодавстві передбачити спеціальний порядок щодо звернення авторів (творців) до суду із заявою про стягнення нарахованої, але несплаченої авторської винагороди (роялті) в порядку наказного провадження.

Досліджуючи можливість захисту авторів в порядку наказного провадження, ми хотіли б зупинитися ще на одному питанні. Це питання сплати судового збору.

Сплата судового збору за подання заяви про видачу судового наказу (позовної заяви) є обов'язковою умовою додержання цивільно-процесуальної форми звернення до суду за захистом порушеного права.

Так, зокрема, в ГПК України передбачено, що за подання заяви про видачу судового наказу справляється судовий збір (ст. 151 ГПК України). Розмір такого збору визначається законом [3].

У ч. 1, 2 ст. 4 Закону України «Про судовий збір» визначено, що судовий збір справляється у відповідному розмірі від прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленого законом на 1 січня календарного року, в якому відповідна заява або скарга подається до суду, – у відсотковому співвідношенні до ціни позову та у фіксованому розмірі. За подання до господарського суду заяви про видачу судового наказу ставка судового збору – 0,1 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб; за подання до господарського суду заяви про скасування судового наказу – 0,05 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб [6].

Аналіз вищевикладених законодавчих процесуальних положень свідчить, що розмір судового збору не є значно великим для автора (творця). Натомість ми вважаємо, що автор має бути звільнений від сплати судового збору. Саме такий підхід сприяє розвитку системи захисту комплексу прав авторів (творців), що, безумовно, є позитивом на шляху розвитку національної правової системи захисту права інтелектуальної власності.

У контексті вищезазначеного знаходимо певну підтримку у процесуальній науковій доктрині. Так, О. О. Штефан у власному монографічному дослідженні «Цивільно-процесуальний захист суб'єктивного авторського права: теорія, законодавства, судова практика» зазначає про необхідність закріплення на законодавчому рівні можливості звільнення від сплати судового збору позивачів–неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, за подання позовів у справах про захист немайнових прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності [7, с. 246–248].

Отже, як бачимо, серед науковців існує певне бачення щодо звільнення творців від сплати судового збору за звернення до суду. До речі, ми приєднуємось та цілком підтримуємо таку позицію.

У контексті викладеного варто згадати й цікаве спеціалізоване дослідження з питань доступності до правосуддя в країнах–членах ЄС. Так, у дослідженні TNS Opnion for the European Commisison (TNS Євробарометр для Європейської комісії, дослідження від 27.05.2008) вказується, що доступ до

правосуддя в інших країнах—членах ЄС сприймається мешканцями (громадянами) ЄС як складніший (опитано понад 26800 респондентів у країнах—членах ЄС), ніж у власній країні. Одним із факторів є вартість судової процедури, у тому числі й вартість (сплата) державного мита (судового збору) [8]. Також і позиція Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) свідчить, що для звільнення заявника від сплати судового збору (судові витрати, держмити) необхідно судом врахувати низку факторів. Так, у справі від 26.07.2005 «Kniat vs Poland» (п. 63, 64 Рішення) Суд зазначив, що при вирішенні питання щодо звільнення від сплати судового збору (зменшення), надання відстрочки чи розстрочки національні суди повинні встановити у особи наявність реального доходу (розмір заробітної плати, соціальних виплат, стипендії, іншого прибутку), рухомого та нерухомого майна, цінних паперів, можливість розпорядження вказаним без значного погіршення власного фінансового стану [9], у справі «Shishkov vs Russia» (п. 11 рішення ЄСПЛ від 20.02.2014) – для гарантії справедливого балансу між підтримкою нормального функціонування судової системи і захистом інтересів заявника при поданні позову до судового внутрішньодержавні суди звільняють від сплати державного мита (судового збору) заявників, які можуть підтвердити свій неспроможний фінансовий стан [10].

Отже, вказане дослідження свідчить, що питання доступу до правосуддя у контексті його вартості має актуальність й потребує чіткої правової регламентації у національному праві.

У питанні застосування судового наказу з метою захисту економічних прав авторів (творців) є ще одне питання, пов'язане з юрисдикцією, зокрема підвідомчості означеної категорії справ. Зупинимось на цьому.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 147 ГПК України заявником та боржником у наказному провадженні можуть бути юридичні особи та фізичні особи—підприємці [3].

Отже, законодавець визначає імперативність у зверненні до господарського суду із заявою про видачу судового наказу – юридичні особи та фізичні особи—підприємці. Це загальне правило поширюється й на справи, пов'язані із захистом права інтелектуальної власності.

А якщо творець (автор) не має статусу фізичної особи—підприємця? І за якими правилами судочинства автор може звернутися у порядку наказного провадження, якщо, наприклад, автор не отримує авторську винагороду (роялті) відповідно до договору?

У ч. 2 ст. 4 ГПК України визначено, що юридичні особи та фізичні особи—підприємці, фізичні особи, які не є підприємцями, державні органи, органи місцевого самоврядування мають право на звернення до господарського суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав та законних інтересів у справах, віднесених законом до юрисдикції господарського суду, а також для життєв передбачених законом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням [3].

Отже, законодавець передбачає можливість звернення фізичних осіб, які не є підприємцями, до господарського суду, але таке звернення можливе відповідно до положень ГПК України. Згідно з п. 4, 5 ч. 2 ст. 27 ГПК України Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядає справи щодо права інтелектуальної власності, зокрема справи у спорах щодо прав автора та суміжних прав, в тому числі спорах щодо колективного управління майновими правами автора та суміжними правами; справи у спорах щодо укладання, зміни, розірвання і виконання договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, комерційної концесії [3].

Відповідно до ч. 1 ст. 1107 ЦК України розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів: 1) ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) ліцензійний договір; 3) договір про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності; 4) договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; 5) інший договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укласться у письмовій формі. У разі недодержання письмової форми договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності такий договір є нікчемним. Законом можуть бути встановлені випадки, в яких договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності може укладатись усно [11].

Можливість стягнення заборгованості за укладеним договором передбачена у п. 7 ч. 1 ст. 161 ЦПК України. Відповідно до вказаної цивільно-процесуальної норми судовий наказ може бути видано, якщо заявлено вимогу до юридичної особи або фізичної особи—підприємця про стягнення заборгованості за договором (іншим, ніж про надання житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення), укладеним у письмовій (в тому числі електронній) формі, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб [12].

Виходить, що законодавець надає можливість звернутися за судовим наказом автору, який не є фізичною особою—підприємцем, за правилами цивільного судочинства (ст. 1, 3, 4 ЦПК України) [12].

Таким чином, аналіз вищезазначених законодавчих положень надає можливість дійти висновку про існування правової невизначеності щодо звернення до суду автора (творця) за судовим наказом у разі невиконання контрагентом договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, наприклад, коли не сплачується роялті.



На нашу думку, виходячи зі змісту ч. 2 ст. 4 та ч. 2 ст. 20 ГПК України, судовий наказ у справах, пов'язаних зі стягненням заборгованості зі сплати авторської винагороди, варто вирішувати за правилами господарського судочинства.

Викладену позицію підтверджує й чинна редакція ч. 1 ст. 19 ЦПК України, у якій зазначається, що суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи, що виникають з цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства [12].

Натомість ми вважаємо, що доцільно на законодавчому рівні уточнити порядок звернення авторів, які не є фізичними особами–підприємцями за правилами наказного провадження у справах, пов'язаних зі стягненням заборгованості зі сплати авторської винагороди (роялті).

На підставі вищевикладеного пропонуємо внести зміни та доповнення до ГПК України.

Так, ч. 3 ст. 147 ГПК України викласти у такій редакції:

*«Заявником та боржником в наказному провадженні можуть бути юридичні особи та фізичні особи–підприємці, а також фізичні особи, які не є підприємцями у справах щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності»;*

– ч. 1 ст. 151 ГПК України викласти у такій редакції:

*«За подання заяви про видачу судового наказу справляється судовий збір у розмірі, встановленому законом. Заявник звільняється від сплати судового збору за подання заяви про видачу судового наказу у справах щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності».*

Також положеннями щодо звільнення від сплати судового збору заявника за подання заяви про видачу судового наказу у справах щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності варто доповнити й Закон України «Про судовий збір», зокрема ст. 4, 5.

Наостанок хотілось би наголосити, що вдосконалення системи правового захисту прав авторів (творців), у тому числі й судових процедур, повною мірою корелюється із принципами базової Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (далі – Угода) – з іншої [13], яка стала відправною точкою для запровадження європейських стандартів у національне право.

Так, відповідно до ст. 157 ч. 1 гл. 9 Угоди цілями цієї глави є: а) спрощення створення і комерційного використання інноваційних продуктів та продуктів творчої діяльності на території Сторін; б) досягнення належного та ефективного рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності [11]. Базові принципи щодо забезпечення верховенства права та удосконалення судового захисту знайшли своє закріплення у ст. 14 Угоди [13].

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Закон України «Про авторське право і суміжні права». Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 28.11.2018).
2. Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 28.11.2018).
3. Господарський процесуальний кодекс України. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (дата звернення: 28.11.2018).
4. Шабалін А. В. Ще раз про запровадження наказного провадження в господарське судочинство // Актуальні питання господарського права та процесу: збірник матеріалів круглого столу / За заг. ред. О. А. Беянович. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 168 с.
5. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» від 18.01.2003 № 72. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/72-2003-%D0%BF/print> (дата звернення: 28.11.2018).
6. Закон України «Про судовий збір». Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17/print> (дата звернення: 28.11.2018).
7. Штефан О. Цивільно-процесуальний захист суб'єктивного авторського права: теорія, законодавство, судова практика. Монографія. Тернопіль: підручники і посібники. 2017. 544 с.
8. TNS Opnion for the European Commisison. Eurobarometr 68.2. URL: [www.icpsr.umich.edu](http://www.icpsr.umich.edu) (дата звернення: 28.11.2018);
9. Шабалін А. В. Деякі правові позиції ЄСПЛ. Фінансовий та правовий портал Prolex. URL: <http://prolex.com.ua/articles/pravo/deyaki-pravovi-pozitsiyi-yespl-pitannya-splati-sudovogo-zboru/> (дата звернення: 28.11.2018).
10. Судова практика. Правова позиція Верховного Суду щодо сплати судового збору // Вісник національної асоціації адвокатів України. 2018. № 7–8. С. 81.

11. Цивільний кодекс України. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 28.11.2018).

12. Цивільний процесуальний кодекс України. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print> (дата звернення: 28.11.2018).

13. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011) (дата звернення: 28.11.2018).

#### **Shabalin A. On protecting the rights of authors in the economic judicial procession**

*In this article explores with issues related to the protection of intellectual property rights in economic legal proceedings, in particular the protection of certain economic rights (property) of subjects of intellectual property rights. Attention is paid to the possibility of collecting royalties (royalties) in the order of ordering proceedings. The issues of jurisdiction of this category of cases have been analyzed, issues of exemption from payment of judicial collection of applicants-authors (creators) have been considered. It is specified about the necessity of the legislative clarification of the possibility of addressing the physical person of the author who is not an individual entrepreneur in the order of ordering proceedings in the economic process. Based on this, the relevant legislative innovations in the Economic Procedural Cod of the Ukraine and the Law of Ukraine «On Court Fee» are proposed.*

**Keywords.** court order, decree production, royalties, copyright royalties, royalty, economic justice, payment of the author's reward.

### **ПІДСТАВИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕННЯ СУДУ ОСОБАМИ, ЯКІ НЕ БРАЛИ УЧАСТІ У СПРАВІ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.25>

**Штефан О. О.,**

*доктор юридичних наук, доцент, 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 розкриваються характерні особливості та проблеми апеляційного оскарження судових рішень суду першої інстанції особами, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки через призму порівняльно-правового аналізу практики Європейського суду з прав людини та положень цивільного процесуального законодавства України.*

**Ключові слова:** цивільне судочинство, апеляційне оскарження, особи, які не брали участі у справі, процесуальні строки, судова помилка.

У судовій практиці є випадки коли ухвалене судом рішення стосується не лише прав, свобод, інтересів чи обов'язків учасників справи, а й осіб, які не брали участі у справі, але суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки.

Згідно зі ст. 13 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. У ст. 129 Конституції України закріплено основні засади судочинства. Ці засади є конституційними гарантіями права на судовий захист. Згідно з п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України однією з основних засад судочинства в Україні є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. Конституційний Суд України у своєму рішенні від 27 січня 2010 р. № 3-рп/2010 визнав право на апеляційне оскарження судових рішень у контексті положень ч. 1, 2 ст. 55, п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України як складову права кожного на звернення до суду й зазначив, що апеляційне оскарження судового рішення можливе в усіх випадках, крім тих, коли закон містить заборону на таке оскарження [4]. Своєю чергою, ч. 1 ст. 4 ЦПК України визначає, що кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів.

Питання апеляційного оскарження судових рішень було предметом досліджень у науці цивільного процесуального права таких учених, як: М. М. Бородін, П. О. Гвоздик, Л. Є. Гузь, К. В. Гусаров, Ю. В. Даниляк, О. В. Дем'янова, В. В. Комаров, В. А. Кройтор, Д. Д. Луспенник, Р. М. Мінченко, О. М. Трач, Є. А. Чернушенко, П. І. Шевчук та інші. Водночас поза увагою дослідників залишилися питання

підстав апеляційного оскарження рішень суду першої інстанції та порядку поновлення процесуальних строків у разі подання скарг особами, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки через призму порівняльно-правового аналізу практики Європейського суду з прав людини та положень цивільного процесуального законодавства України.

Згідно із ч. 12 ст. 272 ЦПК України особа, яка не брала участі у справі, але щодо якої суд вирішив питання про її права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, може отримати в суді, який розглядав справу як суд першої інстанції, копію рішення, що є в матеріалах цієї справи, ухваленого судом будь-якої інстанції. Своєю чергою, відповідно до ч. 1 ст. 17 ЦПК України особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, мають право на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. Це положення закону кореспондується із ч. 1 ст. 352 ЦПК України – особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції повністю або частково.

Наведене надає можливість зробити висновок, що надане право особам, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, є гарантією щодо реалізації принципу доступності до суду у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.

У цивільній процесуальній доктрині неодноразово висловлювалась думка про відсутність нормативних підстав для відмови в прийнятті апеляційної скарги [1, с. 97]. Водночас, звертаючись до судової практики, можна констатувати, що вона є неоднозначною у питанні прийняття чи відмови у прийнятті апеляційної скарги осіб, які не брали участі у справі.

Наприклад, у справі № 2/164-35/246 Верховний Суд України висловив свою позицію стосовно того, в яких випадках рішення суду стосується прав та обов'язків особи, не залученої до участі у справі: судове рішення, оскаржуване незалученою особою, стосується її прав та обов'язків, якщо судом розглянуто й вирішено спір про право у правовідносинах, учасником яких на момент розгляду справи та прийняття рішення господарським судом першої інстанції є скаржник, або містить судження про права та обов'язки цієї особи у відповідних правовідносинах. Крім того, в мотивувальній частині рішення мають міститись висновки суду про права та обов'язки цієї особи або у резолютивній частині рішення повинно бути вказано про права та обов'язки таких осіб. У такому випадку рішення порушує не лише матеріальні права осіб, не залучених до участі у справі, а і їх процесуальні права, що впливають з положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, зокрема, – права на справедливий судовий розгляд при визначенні її цивільних прав і обов'язків. Будь-який інший правовий зв'язок між скаржником і сторонами спору не може братись до уваги [2].

У наведеній постанові чітко встановлюються підстави апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції особами, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки.

Натомість у справі № 18/63-07 Верховний Суд України у своїй постанові від 15.01.2008 р. зазначив, що, повертаючи апеляційну скаргу особи, яка не брала участі у справі, суд обмежив суб'єкта оскарження у здійсненні права, передбаченого п. 8 ч. 129 Конституції України [3]. Таким чином, у даному випадку позиція Верховного Суду України збігається з підходом процесуальної доктрини щодо апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції особами, які не брали участі у справі.

Для того, щоб визначитись із правильністю тієї чи іншої позиції, слід звернутися до нормативних положень ЦПК України та практики Європейського суду з прав людини.

Згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477-IV, в якій зазначено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях, здійснюючи тлумачення положень Конвенції, неодноразово вказував, що право на доступ до правосуддя не має абсолютного характеру та може бути обмежене: держави мають право установлювати обмеження на потенційних учасників судових розглядів, але ці обмеження повинні переслідувати законну мету, бути співрозмірними й не настільки великими, щоб спотворити саму сутність права (*Ashingdane v. the United Kingdom*) [6].

Саме тому окрім наділення осіб, які не брали участі у справі, правом оскаржити рішення суду першої інстанції повністю або частково, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, ЦПК України містить й інші норми. Так, ч. 1 ст. 54 ЦПК України зазначено, що якщо в результаті ухвалення судового рішення сторона може набути право стосовно третьої особи або третя особа може пред'явити вимоги до сторони, така сторона зобов'язана сповістити цю особу про відкриття провадження у справі і подати до суду заяву про залучення її до участі у справі як третю особу, яка не заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. У разі якщо такий обов'язок не виконується, особа, яка не була залучена до участі у справі, може подати скаргу на судові рішення, дія якого, наприклад, закінчилася (вичерпана) або подати клопотання (заяву) для вирішення питання, яке вже вирішене судом. У такому випадку суд може визнати такі дії як зловживання процесуальними правами у розумінні ст. 44 ЦПК України. Процесуально-правовими наслідками визнання судом дій як

зловживання процесуальним правом є залишення судом без розгляду або повернення скарги, заяви, клопотання (ч. 3 ст. 44 ЦПК України).

Реалізація права осіб, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки оскаржувати рішення суду першої інстанції повністю або частково, певною мірою обмежується принципом остаточності судового рішення.

Звертаючись до практики Європейського суду з прав людини, можна дійти висновку, що у своїх рішеннях Суд неодноразово вказував, що одним з основоположних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який передбачає дотримання принципу *res judicata*, тобто принципу остаточності рішення, згідно з яким жодна зі сторін не має права домагатися перегляду остаточного і обов'язкового рішення лише з метою повторного слухання справи і постановлення нового рішення. Відхід від цього принципу можливий лише тоді, коли він зумовлений особливими і непереборними обставинами. Під такими обставинами, виходячи з п. 46 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Устименко проти України» від 29.10.2015 р. за заявою № 32053/13 [7], п. 51, 52 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Рябих проти Росії» від 03.12.2003 р. за заявою № 52854/99 [8], п. 31 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Марушин проти Росії» від 13.09.2016 р. за заявою № 71453/16, п. 61 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Brumăreanu v. Romania» від 28.10.1999 р. за заявою № 28342/95 [10], слід розуміти порушення фундаментальних прав людини і громадянина.

Водночас відповідно до п. 38 Рішення Європейський суд з прав людини по справі «Сутяжник против России» від 23.07.2009 р. [15] потребою апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції особою, яка не брала участі у справі, може бути й необхідність виправлення значної судової помилки, яка має фундаментальне значення для судової системи.

Наведене викликає потребу з'ясувати, що слід розуміти під «значною судовою помилкою», що має «фундаментальне значення для судової системи». Ця правова конструкція не має нормативного визначення, проте тлумачаться у правовій доктрині.

Згідно зі ст. 2 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Своєю чергою, судові рішення має ґрунтуватись на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим (ч. 1 ст. 263 ЦПК України). Рішення суду повинно відповідати вимогам, які закріплені у ст. 263 – 265 ЦПК України.

У цивільній процесуальній доктрині сталим є розуміння судової помилки як неправильність у діях і висновках суду, що призводить до неправильного застосування норм матеріального і процесуального права. Водночас судова помилка за своєю суттю відрізняється та не ототожнюється із опісками та арифметичними помилками, які є механічними та підлягають виправленню в порядку, передбаченому ст. 269 ЦПК України.

Постановою Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку» від 14 червня 2012 року № 10 надається узагальнене розуміння вказаним категоріям. Так, неправильне застосування норм матеріального права означає, що застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, який підлягає застосуванню, або суд неправильно витлумачив закон.

Судова помилка підриває основні засади (принципи) судочинства (ч. 3 ст. 2 ЦПК України), а судові рішення, що ухвалюється і містить таку помилку, порушує засади верховенства права, є незаконним та необґрунтованим, а відтак має фундаментальне значення для судової системи.

У п. 3 Рішення Конституційного Суду України від 09 липня 1998 року (справа про тлумачення терміна «законодавство») говориться, що термін «законодавство» досить широко використовується у правовій системі в основному в значенні як сукупності законів і інших нормативно-правових актів, які регламентують ту або іншу сферу суспільних відносин і є джерелами певної галузі права [5].

Закон – це нормативно-правовий акт, що приймається в особливому порядку органом законодавчої влади або референдумом, має вищу юридичну чинність і регулює найбільш важливі суспільні відносини.

Своєю чергою, нормативно-правовий акт – це офіційний акт-документ компетентних суб'єктів правотворчості, який містить норми права, що забезпечуються державою. Він є однією з форм існування та вираження норм права.

При вирішенні питання чи належить нормативний документ до нормативно-правових актів також слід керуватися Положенням «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади», затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731, в п. 5 якого наводиться перелік, які нормативні документи не подаються на державну реєстрацію, а відтак й не належать до нормативно-правових актів.

При з'ясуванні порядку та строків апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції особами, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, слід керуватися положеннями ЦПК України.

Так, згідно з ч. 1 ст. 354 ЦПК України апеляційна скарга на рішення суду подається протягом тридцяти днів з дня його проголошення. Якщо в судовому засіданні було оголошено лише вступну та резолютивну частини судового рішення або у разі розгляду справи (вирішення питання) без повідомлення (виклику) учасників справи, зазначений строк обчислюється з дня складення повного судового рішення. Водночас відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 358 ЦПК України незалежно від поважності причин пропуску строку на апеляційне оскарження суд апеляційної інстанції відмовляє у відкритті апеляційного провадження у разі, якщо апеляційна скарга подана після спливу одного року з дня складення повного тексту судового рішення, крім випадку подання апеляційної скарги особою, не повідомленою про розгляд справи або не залученою до участі в ній, якщо суд ухвалив рішення про її права, свободи, інтереси та (або) обов'язки.

Тобто особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, належать до суб'єктів апеляційного оскарження. При цьому осіб, які брали участь у справі, але не були присутні у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, слід відрізняти від осіб, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, а відтак і початок перебігу та підстави щодо оскарження рішення суду першої інстанції такими особами буде різний.

На звернення особи, яка має право на апеляційне оскарження судового рішення, з клопотанням про поновлення строку на апеляційне оскарження певного строку не встановлено. Таке клопотання подається разом з апеляційною скаргою через суд першої інстанції. У ньому мають бути зазначені причини пропуску строку на апеляційне оскарження та докази, що підтверджують наявність поважних причин його пропуску. Наявність ухвали про залишення апеляційної скарги без розгляду з підстав пропуску строку на оскарження за відсутності клопотання про поновлення строку не перешкоджає розгляду згодом поданої заяви про поновлення пропущеного строку (абз. 2 п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» від 24.10.2008 р. № 12).

У ч. 3 ст. 357 ЦПК України передбачено, що заява про апеляційне оскарження чи апеляційна скарга, подані після закінчення строків, встановлених ст. 354 ЦПК України, залишаються без руху, якщо апеляційний суд за заявою особи, яка їх подала, не знайде підстав для поновлення строку, про що постановляється ухвала.

Аналіз процесуального законодавства надає можливість дійти висновку, що максимальний строк поновлення права на подання відповідних заяв не встановлено. Залежно від різних об'єктивних причин він може бути різним. Окрім того, коли особа, яка не брала участі у справі, якщо суд вирішив питання про її права та обов'язки, строк апеляційного оскарження має рахуватися з моменту, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про таке порушення. Такий висновок безпосередньо випливає із положень ЦК України, а саме, ч. 1 ст. 262 ЦК України, відповідно до якої перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила. Таким чином, законодавець запровадив альтернативний принцип для визначення початку перебігу позовної давності, цей перебіг починається: 1) або з дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права, 2) або коли особа довідалася або могла довідатися про особу, яка порушила її право. Відповідно до ст. 256 ЦК України позовна давність — це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу. Отже, початок перебігу позовної давності — це фактично момент виникнення в особи права на судовий позов.

Таким чином, якщо рішення у справі підлягає виконанню протягом трьох років, то можна, априорі, припустити, що відповідна скарга може бути подана навіть протягом трьох років. Проте особа має повідомити причини, через які вона не знала і не могла знати про ухвалене щодо її прав рішення суду. Тоді має застосовуватися звичайний спосіб відліку часу за аналогією зі строком позовної давності, тобто з моменту, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав.

Системний аналіз законодавства надає можливість зробити висновок, що коли йдеться про апеляційне оскарження особою, яка не брала участі у справі, якщо ухвалене у цій справі судове рішення безпосередньо стосується її прав та обов'язків то впродовж трьох років така особа може звернутися до суду для ознайомлення із відповідним рішенням суду. Без ознайомлення із відповідним рішенням особа, яка не брала участі у справі, не може бути впевненою, чи суд вирішив питання про її права та обов'язки, а також скласти апеляційну скаргу.

Згідно зі ст. 9 Закону України «Про доступ до судових рішень» від 22.12.2005 р. № 3262-IV особа, яка не брала участі у справі, якщо ухвалене у цій справі судове рішення безпосередньо стосується її прав, свобод, інтересів чи обов'язків, має право на:

- 1) ознайомлення із судовим рішенням у приміщенні суду;
- 2) виготовлення копії судового рішення за допомогою власних технічних засобів;
- 3) виготовлення копії судового рішення апаратом суду.

Оформлення процесуальних документів та порядок їх видачі особам визначається Інструкцією з діловодства в місцевих загальних судах, апеляційних судах областей, апеляційних судах міст Києва та Севастополя, Апеляційному суді Автономної Республіки Крим та Вищому спеціалізованому суді

України з розгляду цивільних і кримінальних справ, затвердженою наказом Державної судової адміністрації України від 17 грудня 2013 року м. Київ № 173.

Відповідно до п. 13.1. розд. 13 Інструкції «Порядок видачі (надсилання) справ (матеріалів кримінального провадження) для ознайомлення та копій судових документів» справи видаються для ознайомлення учасникам цивільного процесу, а також особам, які не брали участі в справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки. Факт ознайомлення із матеріалами справи фіксується працівником апарату суду в журналі видачі судових справ шляхом вчинення запису про те, хто і коли ознайомлювався зі справою.

Виходячи з аналізу прецедентної практики Європейського суду з прав людини щодо застосування п. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод в аспекті «права на суд», системного тлумачення ст. 256, 261 ЦК України та ст. 175, 185 ЦПК України, можна дійти висновку, що початок перебігу позовної давності слід обчислювати від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про обидві обставини: і про порушення свого права, і про особу, яка його порушила. Ці обставини можуть стати відомі позивачу одночасно. Якщо ж ні, то початок перебігу позовної давності слід обчислювати від дня, коли заінтересована особа довідалася або могла довідатися про особу порушника. Щодо першої обставини, то вона завжди є обов'язковою, адже без порушення права у особи не виникає і права на звернення до суду з метою його судового захисту. Наявність у особи відомостей лише про одну з цих обставин — як правило, це обізнаність про сам факт порушення його права — не призводить до початку перебігу позовної давності.

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово вказував, що строк на оскарження рішення не є безмежним, особливо коли йдеться про значний проміжок часу. Так, Європейський суд з прав людини у рішенні по справі «Пономарьов проти України» від 03.04.2008 р. вказав, що строк на оскарження був продовжений по завершенню значного періоду часу не для усунення серйозних судових помилок, а лише з метою повторного розгляду та ухвалення нового рішення, чим було порушено принцип юридичної визначеності та «право на суд» заявника, гарантоване п. 1 ст. 6 Конвенції (п. 41, 42) [11].

У подальшому у рішенні по справі «Безрукови проти Росії» від 10.05.2012 р. Європейський Суд зазначив, що хоча продовження строку оскарження і проводиться на розсуд національних судів, останні, на думку Суду, повинні визначити, чи виправдовують підстави для подібного продовження втручання у принцип *res judicata*, особливо коли національне законодавство не обмежує межі розсуду суду ні в тривалості, ні в підставах для визначеності нових тимчасових строків (п. 34) [12].

Європейський Суд також неодноразово відзначав, що відступи від принципу правової визначеності виправдані лише у випадках необхідності під час обставин істотного і непереборного характеру (п. 93 Рішення Європейський суд з прав людини по справі «Салов проти України» від 06.09.2005 р., п. 45 Рішення Європейський суд з прав людини по справі «Кравченко проти Російської Федерації» від 02.04.2009 р.) [13; 14]. Зокрема, відступ від принципу правової визначеності допустимий не в інтересах правового пуризму, а з метою виправлення «помилки», що має фундаментальне значення для судової системи (п. 38 Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Сутяжник проти Російської Федерації» від 23.07.2009 р.) [15].

Наведене надає можливість зробити висновок, що підставами для поновлення строку для подання заяви чи апеляційної скарги є причини, які не залежать від волі заінтересованих осіб, а метою виправлення «помилки», що має фундаментальне значення для судової системи. Якщо ж поновлення строків для апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції здійснюється виключно з метою повторного розгляду та ухвалення нового рішення, відбувається порушення принципу юридичної визначеності та «право на суд» у розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р.

Підсумовуючи викладені міркування щодо підстав апеляційного оскарження рішень суду першої інстанції та порядку поновлення процесуальних строків у разі подання скарг особами, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки через призму порівняльно-правового аналізу практики Європейського суду з прав людини та положень цивільного процесуального законодавства України, можна зробити такі висновки:

1. Особа, що не була учасником справи, має право на оскарження судового рішення з підстав порушення фундаментальних прав.

2. Реалізація особами, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, права оскаржити рішення суду першої інстанції повністю або частково (ч. 1 ст. 17, ч. 12 ст. 272, ч. 1 ст. 352 ЦПК України) не повинна мати ознак зловживання процесуальним правом (ст. 44 ЦПК України) та порушувати принцип остаточності судового рішення.

3. Виходячи з аналізу прецедентної практики Європейського суду з прав людини щодо застосування п. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р., підставами для поновлення строку для подання заяви чи апеляційної скарги є причини, які не залежать від волі заінтересованих осіб, а метою виправлення «помилки», що має фундаментальне значення для судової системи. Якщо ж поновлення строків для апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції здійснюється виключно з метою повторного розгляду та ухвалення нового

рішення, відбувається порушення принципу юридичної визначеності та «право на суд» у розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р.

4. Перебіг строку на подачу апеляційної скарги, закріплений ч. 6 ст. 268 ЦПК України для осіб, які не брали участі в справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, починається з наступного дня від дати фіксації в журналі видачі судових справ про ознайомлення особи зі справою та становить десять днів. Виходячи з аналізу прецедентної практики Європейського суду з прав людини щодо застосування п. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р., підставами для поновлення строку для подання заяви чи апеляційної скарги є причини, які не залежать від волі заінтересованих осіб, а метою виправлення «помилки», що має фундаментальне значення для судової системи. Якщо ж поновлення строків для апеляційного оскарження рішення суду першої інстанції здійснюється виключно з метою повторного розгляду та ухвалення нового рішення, відбувається порушення принципу юридичної визначеності та «право на суд» у розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Даниляк Ю. В. Оскарження в апеляційному порядку рішення суду особами, які не брали участі у справі // Порівняльно-аналітичне право. 2015. № 2. С. 96–98.
2. Постанова Верховного Суду України від 24.06.2008 р. у справі №2/164–35/246. URL: <https://taxlink.ua/.../postanova-verhovnogo-sudu-ukraini-vid> (дата звернення: 15.11.2018 р.).
3. Постанова Верховного Суду України від 15.01.2008 р. у справі № 18/63–07. URL: <https://taxlink.ua/.../postanova-verhovnogo-sudu-ukraini-vid> (дата звернення: 10.11.2018 р.).
4. Рішення Конституційного Суду України від 27 січня 2010 р. № 3-рп/2010. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-10> (дата звернення: 15.11.2018 р.).
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміна «законодавство») від 9 липня 1998 року № 12-рп/98 // Офіційний вісник України від 27.08.1998. 1998. № 32. С. 59. Ст. 1209.
6. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Ашінгдейн проти Сполученого Королівства» (Ashingdane v. the United Kingdom) від 28 травня 1985 року, серія А, № 93. URL: <https://swarb.co.uk/ashingdane-v-the-united-kingdom-echr-28-may-1985/> (дата звернення: 11.11.2018 р.).
7. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Устименко проти України» від 29.10.2015 р. за заявою № 32053/13. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_b27](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b27) (дата звернення: 11.11.2018 р.).
8. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Рябих проти Росії» від 03.12.2003 р. за заявою № 52854/99. URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO1056.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1056.html) (дата звернення: 11.11.2018 р.).
9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Марушин проти Росії» від 13.09.2016 р. за заявою № 71453/16. URL: <http://legalacts.ru/sud/apelliationnoe-opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-22122016-n-5-aru16-67/> (дата звернення: 11.11.2018 р.).
10. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Brumărescu v. Romania» від 28.10.1999 р. за заявою № 28342/95. URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/brumaresku-protiv-rumynii-postanovlenie-bolshoj-palaty-evropejskogo-suda/> (дата звернення: 11.11.2018 р.).
11. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пономарьов проти України» від 03.04.2008 р. за заявою № 3236/03. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_434](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_434) (дата звернення: 11.11.2018 р.).
12. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Безруковы против России» від 10.05.2012 р. за заявою № 34616/02. URL: <http://european-court.ru/tag/bezrukovy-protiv-rossii/> (дата звернення: 11.11.2018 р.).
13. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Салов проти України» від 06.09.2005 р. за заявою № 65518/01. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_428](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_428) (дата звернення: 11.11.2018 р.).
14. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Кравченко против Российской Федерации» від 02.04.2009 р. за заявою № 34615/02. URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12075540/> (дата звернення: 11.11.2018 р.).
15. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Сутяжник против России» від 23.07.2009 р. за заявою № 8269/02. URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/sutyazhnik-protiv-rossii-postanovlenie-evropejskogo-suda/> (дата звернення: 11.11.2018 р.).

### **Shtefan O. Reasons for appealing appeals for a court decision by participants who were not participated in the case**

*The article reveals the peculiarities and problems of the appeal of court decisions of the court of first instance by persons who did not participate in the case if the court decided on their rights, freedoms, interests and / or duties through the prism of the comparative legal analysis of the practice of the European Court on human rights and the provisions of the civil procedural legislation of Ukraine.*

**Key words:** civil justice, appeals, persons who did not take part in the case, procedural terms, judicial error.



## ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА НОРМА В МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДРЯДНИХ ВІДНОСИН

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.26>

**Гриняк А. Б.,**

*доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Увагу зосереджено на аналізі такого елемента механізму правового регулювання підрядних відносин, як цивільно-правова норма. Констатовано, що сукупність цивільно-правових норм та групування їх за конкретними видами формує сталість системи цивільного права загалом, саме тому в гл. 61 ЦК України окремим видам підрядних договорів передують норми, що закріплюють загальні положення про ці договори. Класифіковано в межах типу договорів з виконання робіт сукупність цивільно-правових норм, починаючи від відправних норм-принципів, норм-дефініцій і завершуючи конкретними імперативними та диспозитивними нормами. Вказані норми у сукупності доповнюють одна одну, що зумовлює їх функціональний зв'язок та органічне поєднання.*

**Ключові слова:** цивільно-правова норма, правовий інститут, класифікація цивільно-правових норм, механізм правового регулювання, підрядні правовідносини, законодавче регулювання.

Для сучасної юридичної науки характерними є два підходи до визначення елементів механізму правового регулювання: 1) широкий, що характеризується наявністю сукупності елементів, які беруть участь у впорядкуванні суспільних відносин (норми права, нормативно-правовий акт, юридичні факти, правовідносини, тлумачення, реалізація права, законність, правосвідомість, правова культура, правомірна поведінка, протиправна поведінка, юридична відповідальність); 2) вузький, який включає лише елементи, які становлять основу регулятивної функції права (норми права, нормативно-правові акти, правовідносини, реалізація права, законність) [1, с. 307–308].

Виходячи як із широкого, так і з вузького підходів до елементної будови механізму правового регулювання підрядних відносин, кожен з елементів якої виконує специфічну функцію у задоволенні інтересів суб'єктів, та враховуючи запропоновану С. С. Алексєєвим структурну побудову механізму правового регулювання: а) юридичні норми; б) правовідносини (суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників таких відносин); в) акти реалізації прав та обов'язків; г) індивідуальні приписи та акти застосування права [2, с. 364–365], доцільно навести твердження Я. М. Романюка, що саме цивільно-правова норма є первинною клітиною, своєрідним «атомом» цивільного права як галузі і як системи: норма цивільного права є кінцевою граничною системною часткою (елементом) системи, оскільки не поглинає інші підсистеми, а включає лише структурні частини – елементи (гіпотеза, диспозиція, санкція тощо) і одночасно виступає центральним елементом механізму цивільно-правового регулювання [3, с. 16]. Цивільно-правовими нормами одночасно як формуються відносини, що належать до регулювання сфери цивільного права, так і визначаються конкретні правові засоби забезпечення можливої чи належної поведінки суб'єктів цивільно-правових відносин, які вступають у правовідносини на підставі вказаної норми. Акти цивільного законодавства виступають тим елементом механізму цивільно-правового регулювання, яким формуються способи зміни нормативної основи правового регулювання, а отже, форми існування юридичних норм. У зазначеному сенсі вони є актами, які містять норми права, тобто джерелами права [4, с. 21–22].

У сучасному розумінні законодавче регулювання підрядних відносин відображається в сукупності нормативно-правових актів, які визначають вид і характер поведінки учасників цих відносин. Таке регулювання зводиться не тільки до актів цивільного законодавства, які викладені у ст. 4 ЦК України, але охоплює і міжнародно-правові акти, акти господарського законодавства і самі договори. Загалом у ст. 10 ЦК України на законодавчому рівні вирішено питання про співвідношення міжнародного і внутрішнього правового регулювання підрядних відносин на користь пріоритету дії норм міжнародного договору над нормами гл. 61 ЦК, гл. 33 ГК України та спеціальними законодавчими актами, що регулюють відносини у сфері виконання робіт.

В ЦК України правовому регулюванню зобов'язань з виконання робіт, враховуючи різні їх види, в цілому присвячено 56 статей. Особливістю ЦК України є те, що окремим видам договорів підряду передують загальні положення, що налічують 28 статей. Особливостям правового регулювання окремих видів договорів підряду присвячено: а) побутовому підряду – 10 статей; б) будівельному підряду – 12 статей; в) підряду на проектні та пошукові роботи – 5 статей. Тобто у сфері підрядних відносин можемо констатувати той факт, що законодавчі підходи відобразили нові якісні зрушення, притаманні сучасному правовому регулюванню суспільних відносин. Це, як слушно зазначив С. С. Алексєєв, зумовлюється тим, що формалізовані у позитивному праві норми є тим критерієм, на підставі якого в практичному житті

визначається правомірною та неправомірною поведінкою – юридично дозволені або юридично не дозволені дії, інші факти, пов'язані із споконвічним призначенням права – вирішенням конкретних життєвих ситуацій [2, с. 163].

Тому зупинимось на аналізі цього надважливого елемента механізму правового регулювання підрядних відносин детальніше. Насамперед доцільно наголосити, що цивільно-правові норми на відміну від норм публічного права не є притаманною ознакою загальнообов'язковості її дотримання, зважаючи, що приватноправовій сфері загалом та підрядній зокрема притаманне децентралізоване регулювання на диспозитивних засадах. Так, недотримання норм цивільного права, на відміну від публічно-правових норм, навіть імперативних (крім абсолютно імперативних), у більшості випадків не призводить до застосування передбачених законом заходів державного примусу, адже у підрядних відносинах неможливим є застосування притаманного публічно-правовій сфері принципу невідворотності покарання.

Зважаючи на це, регулюванню відносин у сфері виконання робіт присвячено гл. 61 ЦК України (ст. 837–891), норми якої застосовуються комплексно до побутових, будівельних, пошукових, проектних тощо відносин. Разом із тим динамічний розвиток суспільних відносин дозволяє констатувати неможливість повного та належного врегулювання законодавцем нових суспільних відносин у сфері майнового обігу шляхом створення нових правових норм. Відповідно, цивільне право має спонукати до розвитку майнових відносин і в жодному разі не обмежувати виявлення законної ініціативи їх учасників. Саме тому законодавець у ст. 6 ЦК України закріпив положення, яким, за влучним висловом Н. С. Кузнецової, «виводить цивільно-правовий договір, в якому сторони врегулювали свої відносини у спосіб, відмінний від визначеного у нормі права, на новий рівень у правовому регулюванні» [5, с. 405]. Прикладом можуть слугувати законодавчо непомінені відносини інжинірингу, за якими права та обов'язки для контрагентів виникають не з конкретних приписів норм права (оскільки такі на сьогодні відсутні), а безпосередньо з домовленості сторін. У процесі врегулювання таких відносин створюються правові норми індивідуально-визначеного спрямування, тобто такі, що стосуються конкретних і точно визначених суб'єктів і розраховані на них. Для врегулювання такого гатунку відносин у Цивільному кодексі України й наявні норми-принципи (ст. 3, 6) та норми-дефініції (ст. 838, 865, 875, 887 ЦК), що дозволяють у випадку виникнення спору вирішити його шляхом пошуку *схожої норми*. **Крім того, сторони**, керуючись такими відправними нормами цивільного права, можуть врегулювати договірні відносини у сфері інжинірингу також з урахуванням положень господарського, земельного, екологічного законодавства тощо. Тобто субсидіарне застосування норм цивільного права із нормами інших споріднених галузей права може вважатися «комплексною» аналогією закону, за допомогою якої цілком можливим є регулювання інжинірингових відносин. На підтвердження зазначеного вище доцільно навести висловлену в юридичній літературі думку, що правове регулювання інжинірингових відносин в Україні започатковане на загальних положеннях цивільного та господарського законодавства про об'єкти промислової власності та договори про підряд і послуги тощо [6, с. 4].

З цього приводу доцільно зауважити, що застосування цивільно-правових норм вбачається максимально ефективним, якщо існує чітке уявлення про їх місце серед інших норм у системі цивільного права та, зрозуміло, коли і за яких обставин така норма підлягатиме застосуванню. Сукупність цивільно-правових норм та групування їх за конкретними видами формує сталість системи цивільного права загалом. У ЦК України окремим видам підрядних договорів передують так звана загальна частина, функції якої виконує § 1 гл. 61 ЦК «Загальні положення про підряд». Його статті застосовують до окремих видів цього договору, зокрема, договорів побутового підряду, будівельного підряду, підряду на виконання проектних та пошукових робіт, а також до інших підрядних договорів (наприклад, договорів на проведення ремонтних робіт, договорів на проведення аудиту, договорів на проведення агротехнічних, меліоративних робіт, договорів на виконання дизайнерських та ландшафтно-опоряджувальних робіт тощо). Норми «Загальних положень про підряд» діють у випадках, коли йдеться про моделі підряду, які не належать 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 суперечать спеціальним нормам або ж спеціальні норми, присвячені регулюванню таких різновидів підрядних договорів, відсутні.

Важливу особливість нормативної основи регулювання підрядних відносин у ЦК України становить відокремлення від підряду законодавчо визнаного самостійним щодо останнього договору на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі – НДРДКТР) (гл. 62 ЦК). Таке відокремлення правового регулювання підрядних відносин (гл. 61 ЦК) від відносин, що пов'язані з виконанням НДРДКТР (гл. 62 ЦК), в основі якого закладені юридико-технічні ознаки, надав змогу створити для останніх такий спеціальний правовий режим, який відрізняється від підрядних відносин. Це зумовлюється тим, що науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи на відміну від робіт, що виконуються за договорами підряду, мають творчий характер, а це пов'язано з ризиком досягнення саме того результату, на який розраховує замовник.

Тому, якщо вказані роботи будуть виконані з досягненням іншого результату або виконавець стикнеться з неможливістю вирішення того завдання, яке ставить перед ним замовник, ризик виконання лягає не на підрядника, як це передбачено договором підряду, а на замовника [7, с. 357]. Разом з тим навряд чи доцільно наголошувати на абсолютній самостійності цих відносин, оскільки із аналізу змісту гл. 62 ЦК України вбачається можливість, якщо в договорі не передбачено іншого, застосування норм гл. 61 ЦК за аналогією закону, наприклад, у випадку залучення субвиконавців до виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо.

Разом із тим така сукупність цивільно-правових норм та групування їх за конкретними видами зумовлює потребу їх класифікації в межах типу договорів з виконання робіт, адже закладені в гл. 61 ЦК України цивільно-правові норми є змістовно неоднорідними. З метою класифікації цивільно-правових норм, за допомогою яких відбувається регулювання підрядних відносин, вважаємо за доцільне використати запропоновані Я. М. Романюком критерії класифікації цивільно-правових норм та виокремити:

1) норми-принципи (застосовуються у випадку врегулювання непойменованих підрядних правовідносин);

2) норми-дефініції (містять визначення підрядних договорів, способів забезпечення їх належного виконання тощо);

3) норми-правила поведінки (безпосередньо регулюють відносини замовника та підрядника, а також третіх осіб);

4) норми-імперативи: а) абсолютно імперативні (прикладом може слугувати ч. 2 ст. 865 ЦК України, положення якої про публічний характер договору побутового підряду поширюється на всіх учасників підрядного правовідношення та є «істиною в останній інстанції», тобто спрямовані на закріплення загальнообов'язкового для всіх правила поведінки); б) імперативні норми, що встановлюють заборони та обмеження суб'єктивних цивільних прав порушника (прикладом може слугувати ч. 2 ст. 848 ЦК України, положення якої зобов'язують підрядника відмовитись від виконання умов договору підряду, якщо дотримання вказівок замовника або ж використання наданого ним неякісного матеріалу може призвести до завдання шкоди життю та здоров'ю людей чи екологічного лиха, тобто виконують превентивну функцію, обмежуючи контрагентів у можливості здійснення належних їм суб'єктивних цивільних прав); в) норми-імперативи, що спрямовані на захист прав та інтересів слабшої сторони (прикладом може стати ст. 868 ЦК України, положення якої зобов'язують підрядника до моменту вступу у договірні відносини надати необхідну та достовірну інформацію замовнику про вид робіт, особливості результату, ціну, строки тощо, тобто спрямовані на забезпечення захисту прав та інтересів слабшої сторони у зобов'язанні, якою, безперечно, є споживач);

5) диспозитивні норми (закріплюють право сторін договору врегулювати відносини самостійно (ст. 843, 848, ч. 1 ст. 873 ЦК тощо) або ж відступити від закріпленого у цивільно-правовій нормі правила (ч. 5 ст. 853, ч. 2 ст. 879 ЦК тощо));

6) спеціалізовані цивільно-правові норми (прикладом може слугувати ст. 838 ЦК, положення якої виконують допоміжну функцію з метою спрощення правового регулювання підрядних відносин шляхом поширення її дії на всі без винятку підрядні правовідношення);

7) заохочувальні цивільно-правові норми (як приклад – ст. 845 ЦК, положення якої закріплюють варіанти заохочення підрядника до ощадливого ведення робіт);

8) регулятивні цивільно-правові норми, що носять дозвільний, зобов'язуючий або заборонний характер (визначають моделі правомірної поведінки сторін, їх права та обов'язки);

9) охоронні цивільно-правові норми (передбачають можливість застосування правових наслідків за допущені порушення учасниками взятих зобов'язань);

10) абсолютно визначені цивільно-правові норми (містять чітко сформульоване тлумачення правила поведінки);

11) відносно визначені цивільно-правові норми (містять можливість різних варіантів поведінки (ч. 1 ст. 852, ч. 4 ст. 853, ст. 879 ЦК тощо) або відсилання до інших норм (загалом у гл. 61 ЦК міститься 20 відсилок до інших норм ЦК України чи актів цивільного законодавства);

12) оціночні цивільно-правові норми (містять невизначеність в оцінці конкретних суспільних відносин (виконання робіт своєчасно, у розумні строки, належним чином тощо)).

Тобто відносини з виконання робіт регулюються низкою цивільно-правових норм, починаючи від відправних норм-принципів, норм-дефініцій тощо, завершуючи конкретними імперативними та диспозитивними нормами, якими закріплюється конкретна поведінка суб'єкта договірної правовідношення під час формування порядку укладання, особливостей виконання, зміни та розірвання правовідношення тощо. Вказані норми у сукупності доповнюють одна одну, що зумовлює їх функціональний зв'язок та органічне поєднання.

З цього приводу доцільно зазначити, що як цивільне законодавство загалом, так і правовий інститут, що присвячений регулюванню відносин з виконання робіт, складається у своїй більшості

саме із диспозитивних норм. Зазначений підхід критикувався у радянський період як такий, що притаманний буржуазному праву. Переважною на той час була теза, що *імперативними нормами регулювались цивільні відносини між суб'єктами господарювання, а диспозитивними – відносини між фізичними особами* [8, с. 42]. В сучасних умовах превалювання диспозитивних норм у цивільному законодавстві ніким не ставиться під сумнів, адже, як слушно зазначається в юридичній літературі, *конструкція диспозитивної норми містить гарантійний механізм недопущення повного ігнорування диспозитивної правової норми, у зв'язку з чим вона підлягає обов'язковому застосуванню або в тому вигляді, який запропонований законодавцем, або у вигляді, зміненому сторонами цивільних правовідносин, але в межах, допустимих основними засадами актів цивільного законодавства* [9, с. 64]. Тобто у диспозитивних нормах дотримання закладених у них меж зміни закріпленого правила поведінки є *«імперативним контуром диспозитивної норми», що стимулює учасників цивільних правовідносин до належної поведінки* [3, с. 290].

Водночас доволі проблемним на практиці є питання визначення таких меж відступу від закріпленого в нормі правила поведінки. Прикладом може слугувати положення ч. 2 ст. 846 ЦК України, за якою у випадку непогодження сторонами строків виконання робіт підрядник зобов'язаний її виконати у розумні строки *відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи*. Наведене законодавче положення закріплює право сторін відкоригувати власні відносини на свій розсуд у частині встановлення іншого порядку виконання зобов'язання, виходячи із суті зобов'язання, характеру та обсягів виконуваних робіт. Водночас закріплення таких норм нерідко призводить до виникнення спірних ситуацій на практиці, адже сторони можуть по-різному трактувати зміст зобов'язання, строки його виконання, характер робіт, що мають бути виконані тощо. Відповідно, закріплення таких норм припускає у разі виникнення спору між контрагентами обов'язок суду сформулювати висновок про конкретну норму, що частково охоплює згадані відносини. Продовженням вищенаведеного є ситуації із судової практики, коли сторони договору *застосовують до спірних відносин різні норми права, що пов'язано із різним розумінням сторонами змісту договору*.

Крім диспозитивних у підрядній сфері важливу роль відіграють й імперативні норми, основним завданням яких є *забезпечення стабільності цивільного обігу, адже в аналізованій нами сфері приватноправових відносин (з притаманними ризиками завдання шкоди життю, здоров'ю людей, екологічній безпеці держави тощо) їх врегулювання виключно за допомогою диспозитивних норм є неможливим*. Зважаючи на це, в гл. 61 ЦК України, як і в інших законодавчих актах, присвячених регулюванню підрядних відносин, міститься значна кількість імперативних норм, спрямованих на чітке визначення правил поведінки суб'єктів підрядних правовідносин та правових наслідків за їх порушення. З цього приводу слушною є висловлена в юридичній літературі теза, що саме зв'язок диспозитивних, імперативних та спеціалізованих цивільно-правових норм являє собою галузеву систему «стримувань і противаг», спрямовану на забезпечення стабільності цивільного обігу та правової впевненості учасників цивільних правовідносин [3, с. 363–364].

Підсумовуючи, доцільно зазначити, що підрядні правовідносини упорядковуються як на нормативному, так і на індивідуальному рівнях. Специфіка упорядкування підрядних відносин полягає у закріпленні державою шляхом видання правових норм загальнообов'язкових правил поведінки. Чим ширше коло інтересів (індивідуальних, групових), на які впливає прямо або опосередковано договір, тим більшим має бути ступінь нормативного регулювання, однак і зайва «зарегульованість», особливо на нормативному рівні, теж не сприятиме розвитку приватноправових відносин. Саме тому переважна більшість норм гл. 61 ЦК України має диспозитивний характер, що у підсумку сприяє збільшенню питомої ваги індивідуального (договірного) регулювання. Відповідно, підрядні правовідносини регулюються низкою цивільно-правових норм, які у сукупності доповнюють одна одну, що зумовлює їх функціональний зв'язок, зважаючи на можливість сторін взагалі відступити від закріплених правил та врегулювати зазначені відносини на власний розсуд.

Отже, цивільно-правова норма в механізмі правового регулювання підрядних відносин, займаючи основне місце, є вираженим у тексті нормативно-правового акта правилом, що, будучи наділеною ознакою обов'язковості (дієвість якої формує її як припис), допускає альтернативну поведінку їх учасників та слугує засобом регулювання підрядних відносин.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 307–308.
2. Алексеев С. С. Право: азбука – теорія – філософія: опыт комплексного исследования. Москва: «Статут», 1999. С. 364–365, 163.
3. Романюк Я. М. Застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України (питання теорії і практики): монографія. Київ: Ін Юре, 2016. С. 16, 290, 363–364.

4. Войтович Е. П. Судебная практика в механизме гражданско-правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Новосибирск : РГБ, 2006. С. 21.
5. Кузнецова Н. С. Вибрані праці. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 405.
6. Насурлаєва К. Е. Цивільно-правове регулювання договору інжинірингу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. С. 4.
7. Цивільне право: підручник: у 2-х т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. Т. 2. С. 357.
8. Красавчиков О. А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. 1970. № 1. С. 42.
9. Маньковский И. А. Нормы и источники гражданского права: теоретические основы формирования и применения: моногр. Минск: Междунар. ун-т «МИТСО», 2013. С. 64.

#### **Hryniak A. Civil legal norm in the legal regulation mechanism of contracting relations**

*Attention is focused on the analysis of such an element of the mechanism of legal regulation of subordinate relations, as a civil law norm. It is stated that the totality of civil norms and their grouping by specific types forms the constancy of the system of civil law in general, precisely in Ch. 61 of the Civil Code of Ukraine certain types of subcontractors are preceded by the norms, which establish the general provisions of these agreements. It is classified within the scope of the type of work contract for a set of civil law, ranging from initial rules-principles, norms-definitions, and completing specific imperative and dispositive norms. The specified norms in the aggregate complement each other, which determines their functional connection and organic combination.*

**Keywords:** civil law, legal institute, classification of civil norms, mechanism of legal regulation, subordinate legal relations, legislative regulation.

## **ЕЛЕМЕНТИ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З НАДАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ПОСЛУГ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.27>

**Лукашевич-Крутник І. С.,**

*кандидат юридичних наук, доцент, докторант відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено дослідженню питань, пов'язаних із визначенням елементів виконання зобов'язань з надання транспортних послуг. Виокремлено такі елементи виконання зобов'язань з надання транспортних послуг, як: суб'єкти виконання; предмет виконання; спосіб виконання; строк виконання; місце виконання. Акцентовано увагу на випадках зупинення виконання зобов'язань з надання транспортних послуг за довгостроковими договорами.*

**Ключові слова:** елементи виконання договірних зобов'язань, суб'єкт виконання, предмет виконання, спосіб виконання, строк виконання, місце виконання, довгострокові договори, зупинення виконання.

З набранням чинності Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом однією із пріоритетних сфер гармонізації національного законодавства визначено транспорт. Сфера транспорту охоплює різні за своєю правовою природою відносини, в тому числі договірні відносини з надання транспортних послуг. У зв'язку з цим виникає потреба належного теоретичного осмислення проблем укладення та виконання договірних зобов'язань з надання транспортних послуг, що може стати ґрунтовною основою для адаптації національного законодавства до європейських стандартів.

Окремі аспекти проблематики договірних зобов'язань з надання транспортних послуг неодноразово ставали предметом дослідження в працях багатьох українських та зарубіжних науковців, серед яких І. О. Безлюдько, І. В. Булгакова, М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, Т. В. Гриняк, С. Д. Гринько (Русу), Е. М. Деркач, І. А. Діковська, Я. О. Добідовська, О. В. Клепікова, Т. О. Колянковська, В. В. Луць, С. Ю. Морозов, О. М. Нечипуренко, Н. С. Нечипоренко, Г. В. Самойленко, Л. Я. Свистун, Є. Д. Стрельцова, Р. І. Таш'ян, М. Л. Шелухін та багато інших. Проте поза увагою вчених залишилось висвітлення питання про умови виконання договірних зобов'язань з надання транспортних послуг.

**Метою даної статті** є визначення елементів виконання зобов'язань з надання транспортних послуг з урахуванням надбань сучасної цивілістичної доктрини та норм чинного законодавства України.

Аналізуючи елементи виконання зобов'язань з надання транспортних послуг, доцільно зазначити, що в доктрині приватного права усталеним є підхід, за яким до останніх відносять: 1) суб'єктів виконання зобов'язання; 2) предмет виконання зобов'язання; 3) спосіб виконання; 4) місце виконання

зобов'язання; 5) строк (термін) виконання зобов'язання [1, с. 108–109]. Крім того, в юридичній літературі зазначається, що елементи виконання можна вивести із самої суті виконання зобов'язання [2, с. 487]. Наведена теза підтверджується позицією Н. В. Федорченко, на думку якої суть надання (вид) за зобов'язанням також обумовлює те, як воно реалізується (здійснюється). Виконання – це наслідок, а причина цього викликана існуванням надання за зобов'язанням. Відповідно, стосовно виконання певного виду договору про надання послуг існують власні особливості складу елементів виконання [3, с. 231].

Такі вимоги в юридичній літературі пропонується іменувати «модусом виконання зобов'язань», що складається із таких елементів їх виконання, які притаманні йому в певних його видах, що визначені характером зобов'язання та його умовами (порядок часткового виконання, послідовність виконання, вирішення альтернативності та правила диспозиції) [4, с. 10]. Вказаний термін, як зазначається в Юридичній енциклопедії, здебільшого використовується у дипломатичній практиці для позначення того, яким чином та в якому порядку мають бути виконані ті чи інші зобов'язання або дії [5, с. 748]. При екстраполяції цих положень на договірні зобов'язання з надання транспортних послуг модус виконання договорів перевезення спрямований на забезпечення загального порядку в цій сфері.

Отже, важливим елементом належного виконання договорів з надання транспортних послуг є виконання їх умов належними сторонами. Відповідність поведінки боржника умовам договору, в якому зафіксовані такі елементи виконання зобов'язання як предмет, місце, строк, вид транспорту тощо, дає підстави оцінювати її як виконання зобов'язання належним чином. І навпаки, невідповідність поведінки боржника одному з положень, встановлених умовами договору, є доказом неналежного виконання.

Звертаючи увагу на «належний» суб'єктний склад в підрядних договорах, А. Б. Гриняк зазначає, що відповідно до загальних правил суб'єктами договірних зобов'язань загалом можуть бути будь-які учасники цивільних правовідносин [6, с. 112–113]. Проте до перевізника на законодавчому рівні висуваються вимоги, яким останній повинен відповідати. Так, відповідно до п. 24 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів **річковим, морським, автомобільним, залізничним та повітряним транспортом, міжнародні перевезення пасажирів та вантажів автомобільним транспортом** підлягають ліцензуванню. Тобто надавачами транспортних послуг можуть бути суб'єкти підприємництва, що відповідають затвердженим Кабінетом Міністрів України Ліцензійним умовам, в яких закріплено вичерпний перелік документів, що додаються до заяви на отримання ліцензії на право провадження діяльності з надання транспортних послуг, а також встановлюються організаційні, кадрові та технологічні вимоги до матеріально-технічної бази перевізника тощо. Належне виконання такими суб'єктами договірних умов насамперед відображається у виконанні ними умов щодо якісного надання транспортної послуги, сутність виконання якої відображається в оцінці двох аспектів: чи доставив перевізник пасажира, вантаж тощо у визначене місце, чи розрахувався замовник за надані послуги в повному обсязі тощо (тобто чи реально виконано зобов'язання). З цими двома аспектами уже пов'язані моменти вчасної доставки пасажира, його багажу у пункт призначення, пошкодження вантажу при транспортуванні тощо (чи дотримались сторони умов належного виконання). Звідси впливає й специфіка виконання досліджуваних договірних зобов'язань.

Зважаючи на наведене, можемо зробити висновок про обов'язковість особистого виконання зобов'язань перевізником. Щоправда, на практиці винятки із цього загального правила щодо особистого виконання зобов'язання і особистого його прийняття сторонами мають місце у разі передоручення виконання і переадресування виконання, коли замість перевізника послугу надає інший ліцензований суб'єкт підприємництва (теорія складних зобов'язань). Так, у договорі перевезення може бути закріплене право перевізника покласти виконання договірних умов на іншу особу з обов'язковою відповідальністю перевізника за дії таких осіб. У зазначеній ситуації, хоча договір укладений з конкретним перевізником, зобов'язання або його частина виконуються іншою особою, що має право на надання таких послуг, але за основним договором вважається, що транспортна послуга надана безпосередньо перевізником, з яким укладено договір. Те ж саме стосується й випадків надання транспортної послуги третім особам. У цьому випадку виконання зобов'язання визначеній замовником третій особі вважається належним виконанням. Наприклад, у практиці перевезень вантажів непоодинокими є випадки зміни вантажоодержувача, про що в обов'язковому порядку інформується перевізник, що ще раз свідчить про важливість інформаційної функції при наданні таких послуг.

Водночас зазначимо, що таке виконання третій особі слід відрізнити від договору на користь третіх осіб, оскільки юридична конструкція *договорів про виконання третім особам, як і договорів на користь третіх осіб, також визначається через поведінку зобов'язаної сторони, однак із тією відмінністю, що за договором про виконання третій особі остання не володіє правом вимоги. Якщо за договором, укладеним на користь третьої особи, до вираження наміру третьою особою скористатися наданим їй правом існує період невизначеності з огляду на те, що його виконання, за загальним правилом, повинно здійснюватися з волі третьої особи, то, відповідно, виконання*



договору з умовою про виконання третій особі здійснюється уже з волі сторони, яка його уклала, оскільки у третьої особи в силу специфіки цього договору не виникає права вимоги [7, с. 36, 38]. Тобто щодо кожного конкретного випадку, коли в зобов'язанні прослідковується участь третіх осіб, слід ретельно проаналізувати структуру правовідношення і характер його змісту, на основі чого можна дійти висновку, чи є так звана третя особа сторонньою для зобов'язання або ж його учасником.

Наведене підтверджується закріпленими в законодавстві підходами щодо можливості участі третіх осіб у виконанні зобов'язання (ст. 511 ЦК України), відповідно до яких зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. Стороною в зобов'язанні залишається боржник, який, за загальним правилом, відповідає за порушення зобов'язання іншою особою (ст. 618 ЦК України). Т. В. Боднар з цього приводу цілком слушно зазначає, що суб'єктами виконання зобов'язання є сторони зобов'язання, а також інші особи, участь яких у зобов'язанні (шляхом його виконання і прийняття виконання) обумовлена договором, законом або впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту, з метою забезпечення адекватного правового закріплення їх ролі у виконанні зобов'язання [8, с. 28].

Таким чином, виконавцями за договорами про надання транспортних послуг є: а) сторони договору (перевізник та замовник в особі пасажира, відправника тощо); б) інші особи, які можуть виконувати договірні умови на боці перевізника, за умови володіння відповідними дозволами; в) інші особи у зобов'язанні, які можуть виконувати договірні умови на боці замовника (вантажоодержувач, гарант, поручитель тощо). Останні (категорія «б» та «в»), будучи виконавцями умов договору перевезення, не є його сторонами. Зважаючи на це, актуальним є висновок Т. В. Боднар, що поняття «суб'єкти зобов'язання» і «суб'єкти виконання» не завжди збігаються [8, с. 28].

Щодо такого елемента належного виконання, як виконання зобов'язання шляхом передання належного предмета, доцільно наголосити, що в договорах перевезення предметом зобов'язання є транспортна послуга, а предметом виконання – дії перевізника, пасажира, вантажовідправника та вантажоодержувача. Тобто виконання зобов'язання шляхом надання послуги, що відображається у вчиненні відповідних дій перевізником, пасажиром, вантажовідправником, є надзвичайно важливим етапом виконання, адже в протилежному випадку не буде і виконання договору. Від належного виконання умов зобов'язання щодо предмета його виконання залежить досягнення мети зобов'язання, визначеної при його установах [9, с. 193]. Належне виконання умов зобов'язань з надання транспортних послуг щодо предмета відображається у наданні послуги з використанням погодженого виду транспорту з дотриманням відповідних правил перевезення пасажирів, упакування чи маркування вантажів тощо. Тобто надання транспортних послуг пов'язане із дотриманням як технічних вимог, так і обов'язків, що передбачені умовами виконання зобов'язань (договірні, законодавчі, звичаєві тощо).

Спосіб виконання як наступний елемент належного виконання зобов'язань з надання транспортних послуг знаходиться у прямій залежності від предмета виконання. Як і предмет виконання, спосіб виконання має бути належним, тобто відповідати умовам договору, вимогам ЦК України та інших актів транспортного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – звичаям ділового обороту або іншим вимогам, що зазвичай ставляться [10, с. 242]. Як зазначає з цього приводу І. Б. Утехін, спосіб виконання є логічним завершенням процесу реалізації договірної правовідношення, бо надає відповідь на питання, як виконуються дії, що впливають з обов'язків сторін [11, с. 98]. Загалом під способом виконання зобов'язань в юридичній літературі пропонується розуміти характер дій, що повинні бути вчинені для виконання зобов'язання, порядку вчинення боржником дій з виконання зобов'язання. Саме через характер дій (порядок, процедуру, послідовність їх вчинення) розкривається спосіб виконання зобов'язання [12, с. 588].

У досліджуваних нами правовідносинах спосіб виконання договірних умов щодо надання транспортних послуг зумовлюється не лише характером послуги, умовами договору і законодавства, а й специфікою їх надання, що пов'язана із експлуатацією джерел підвищеної небезпеки, можливістю укладення публічних договорів тощо. Так, спосіб виконання зобов'язань щодо надання транспортної послуги зумовлює і решту елементів виконання. Це логічно, бо, якщо сторони визначають, в який час, в якому місці має бути надана така послуга, то вони обирають і відповідний спосіб для досягнення цього. Наприклад, при перевезеннях вантажів належність способу виконання проявляється у дотриманні правил упакування за видом вантажів, маркування, навантаження й розвантаження, пломбування, їх спеціальної охорони та супроводу тощо. Таким чином, спосіб виконання зобов'язань з перевезення зумовлюється не лише видом транспорту, характером вантажу, умовами договору і законодавства, а й певним видом відносин.

Водночас і замовник повинен виконати взяті за договором зобов'язання в належний спосіб шляхом прийняття послуги та її оплати. Так, замовник, по-перше, повинен у пасажирських перевезеннях з'явитись в обумовленому сторонами місці відправки, чи доставити туди багаж. У разі, якщо для здійснення перевезення вантажу потрібні спеціальні документи (посвідчення), які підтверджують якість та інші властивості вантажу, що перевозиться, вантажовідправник зобов'язаний передати такі документи перевізнику разом з вантажем. Перевізник має право відмовитися від прийняття вантажу,



що поданий у тарі та (або) упаковці, які не відповідають встановленим вимогам, а також у разі відсутності або неналежного маркування вантажу (ч. 3 ст. 917 ЦК України).

По-друге, прийняти вантаж в місці доставки (відповідно до статуту визначеного виду транспорту) чи у випадку вручення коносаменту або іншого документа на майно – через прийняття цих документів. При прийомі вантажу велике значення має перевірка якості і технічного стану тари. На практиці можливо перевезення вантажу у несправній тарі з відповідним включенням у коносамент застереження про звільнення перевізника від відповідальності за пошкодження або втрату вантажу внаслідок недоліків тари. У цьому випадку застереження вказує на визнання відправником встановлених недоліків тари. Правове значення такого застереження полягає в тому, що воно створює презумпцію невинності перевізника у разі несхоронного перевезення внаслідок недоліків тари і покладає наведення доказів його вини на відправника [13, с. 131–132]. Момент видачі вантажу має важливе юридичне значення, оскільки з цього часу припиняється відповідальність перевізника за збереження прийнятого до перевезення вантажу, нараховуються строки для пред'явлення претензій щодо несхоронного перевезення або прострочення доставки вантажу. Це останній етап належного виконання договору, на якому досягається мета його укладення. Таким чином, видача вантажу є тим юридичним фактом, за наявності якого завершується процес надання транспортної послуги.

По-третє, оплатити надану транспортну послугу. Ціна договору перевезення визначається як плата за транспортну послугу. Перевізник може не видавати вантаж до оплати наданих послуг або надання забезпечення. Право притримання вантажу перевізник зберігає у випадку здавання його на склад, що не належить одержувачу, за умови повідомлення власника складу про таке право.

Правовому регулюванню місця виконання зобов'язання присвячена ст. 532 ЦК України, де визначення цього елемента виконання віднесено на розсуд сторін у договорі. Хоча якщо місце виконання зобов'язання не встановлено у договорі, виконання за зобов'язаннями про передачу майна, що виникає на підставі договору перевезення, провадиться за місцем здавання майна перевізникові.

Місцем виконання зобов'язання вважається місце, в якому мають бути вчинені дії боржника, яких має право вимагати від нього кредитор, а також обов'язково дії кредитора щодо прийняття належного виконання. Пункт призначення і є місцем виконання договору перевезення, що зазначається у перевізних документах. Місце призначення обирає відправник, він вказує його в документах. Виходячи з цього, можемо зробити висновок, що місце виконання договору перевезення має важливе значення для вирішення спорів про належне виконання перевізником свого обов'язку. Специфіка перевезень пов'язана із видом транспорту, яким вчиняється перевезення. Наприклад, специфіка повітряних перевезень полягає в тому, що повітряні перевезення здійснюються повітряними лініями на території як однієї країни, так й інших країн, початковою і кінцевою точками яких є аеропорти, місце розташування яких може мати істотне значення для відправника вантажу. Тому місце виконання договору перевезення вантажу повітряним транспортом визначається відправником і узгоджується з перевізником, який має право визначити його самостійно через те, що повітряні перевезення здійснюються виключно певними повітряними лініями з аеропорту відправлення до аеропорту призначення [14, с. 64]. Те ж саме стосується місця виконання зобов'язань з надання транспортних послуг ПАТ «Українська залізниця», вокзали якої і є місцем виконання договору, який зазначається у перевізних документах. Вокзал призначення обирає замовник шляхом вказівки його в документах. Перевізник зобов'язаний видати вантаж особі, яку вказано в транспортній накладній.

Щодо строку виконання обов'язків за договорами перевезення, то слід зазначити, що, як правило, він встановлюється за домовленістю сторін або ж може закріплюватись в спеціальних нормативно-правових актах (транспортних кодексах, статутах або правилах перевезень). Тут маються на увазі випадки законодавчо встановленого строку договору у нормативно-правовому акті, який врегульовує відносини з перевезення конкретним видом транспорту. Наприклад, п. 71 Статуту автомобільного транспорту УРСР передбачено граничний строк зберігання вантажів на складах автотранспортних підприємств і організацій, що становить 30 діб. Також законодавством встановлено «якнайкоротший» строк доставки швидкопсувних вантажів перевізником. Загалом же особливістю виконання договорів перевезення є наявність спеціальних вимог про строки (терміни) надання транспортних послуг у різномірних нормативно-правових актах. Відступ від таких положень різномірних нормативно-правових актів в досліджуваній сфері правовідносин забороняється, якщо: а) існує пряма законодавча заборона довільного визначення строків надання транспортної послуги у договорах перевезення; б) обов'язковість для сторін положень транспортних кодексів, статутів або правил перевезень впливає з їх змісту; в) обов'язковість для сторін положень транспортних кодексів, статутів або правил перевезень впливає із суті відносин між сторонами. З цього приводу заслуговує на увагу пропозиція редагування положень ст. 905 ЦК України шляхом її викладу таким чином: «Строк договору про надання послуг встановлюється за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено різномірними нормативно-правовими актами». Необхідність такого редагування ст. 905 ЦК України Н. В. Федорченко пояснює незрозумілим виокремленням в диспозиції статті і закону та іншого

нормативно-правового акта, оскільки фактично йдеться про різнорівневі нормативно-правові акти [3, с. 282]. Зазначене повністю відповідає вимогам ст. 530 ЦК України, якщо у зобов'язанні встановлено строк (термін) його виконання, то воно підлягає виконанню у цей строк (термін). Так, перевізник зобов'язаний надати транспортні засоби під завантаження у строк, встановлений договором. Відправник повинен пред'явити у встановлений строк вантаж, який підлягає перевезенню (ст. 917 ЦК).

З наведеного слід розуміти й те, що сторони за бажанням погоджують строк виконання зобов'язання при укладенні договору. Значення строку чи/або терміну як елемента належного виконання договірних зобов'язань з надання транспортних послуг слід розглядати через його функції, оскільки дотримання умов щодо погодженого строку надання послуги є підставою визнання виконання зобов'язання у цій частині належним.

Окремо увагу доцільно акцентувати на випадках зупинення виконання зобов'язань з надання транспортних послуг за довгостроковими договорами, порядок укладення яких встановлюється відповідними транспортними кодексами, статутами або правилами перевезень (ст. 914 ЦК). Так, довгострокові договори перевезення укладаються з метою закріплення тих умов договору, щодо яких відсутня необхідність їх постійного узгодження, однак на практиці непоодинокими є випадки, коли перевізник не може виконати своїх зобов'язань з підстав, за які жодна зі сторін не відповідає. Така неможливість може бути наслідком дії непереборної сили, що призвело до аварій та знищення вантажу тощо. З цього приводу законодавець передбачив положення, згідно з яким зобов'язання припиняється у зв'язку з *неможливістю його виконання (ст. 607 ЦК)*. Для відновлення зобов'язань потрібно укласти новий договір. Однак у довгострокових договорах перевезення припинення зобов'язань не відбувається. Після усунення перешкод виконання поновлюється. Тобто настання таких обставин, що створюють неможливість надання транспортної послуги за довгостроковими договорами протягом певного часу, зупиняє виконання на час дії зазначених обставин або усунення їх наслідків, якщо це не суперечить суті зобов'язання.

Якщо ж неможливість виконання виникла внаслідок порушення перевізником зобов'язань, то воно не припиняється, а трансформується в додаткові обов'язки (відшкодувати заподіяні збитки, сплатити штраф тощо). Наприклад, належне оформлення товарно-транспортної накладної, зокрема, наявність відміток у ній про час прибуття автомобіля під навантаження і час вибуття з-під навантаження у відправника вантажу, а також про час прибуття вантажу під розвантаження в одержувача, можуть бути підставою (доказом) для накладення на вантажовідправника або вантажоодержувача штрафу за затримку понад встановлені строки (простій) автомобілів, поданих під завантаження або розвантаження (ч. 1 ст. 142 САТ) [15, с. 17].

Отже, елементами виконання зобов'язань з надання транспортних послуг є: а) суб'єкти виконання – замовник і перевізник (на боці останнього можуть бути треті особи, що надає можливість відійти від презумпції особистого виконання таких договорів); б) предмет виконання (під ним слід розуміти дії з надання транспортних послуг); в) спосіб виконання (зумовлений специфікою самої послуги та особливостями її надання, що пов'язано з експлуатацією джерел підвищеної небезпеки, можливістю укладення публічних договорів тощо); г) строк виконання (зумовлений характером самого замовлення – вид транспорту, об'єкт перевезення, особливості перевезення тощо); ґ) місце виконання (це місце, пов'язане із доставкою пасажирів, багажу, вантажу у пункт призначення, у більшості випадків напряму пов'язане з видом транспорту, яким здійснюється перевезення (залізниця, аеропорти, морські чи річкові порти тощо)).

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві (загальні положення): навч. посібник. Київ: Юстініан, 2007. 280 с.
2. Гарсія Гарридо М. Х. Римское частное право: казусы, иски, институты = Manuel Jesus Garsia Garrido Drecho privado romano: casos, acciones, instituciones / Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова, юрид. факультет [и др.]. пер. с исп., отв. ред. Л. Л. Кофанов. Москва: Статут, 2005. 810 с.
3. Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. 328 с.
4. Сарбаш С. В. Общее учение об исполнении обязательств: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2005. 382 с.
5. Нипорко Ю. І. Модус проседенді / Юридична енциклопедія. 3-й том. К–М. Київ: Українська енциклопедія імені М. П. Бажана, 2001. 792 с.
6. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики: монографія / За заг. ред. А. Б. Гриняка. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 402 с.

7. Кузьмич О. Я. Договори на користь третіх осіб у цивільному праві України: монографія. Івано-Франківськ: вид-во Прикарпат. нац. ун-ту ім. В. Стефаника, 2014. 333 с.
8. Боднар Т. В. Суб'єкти виконання договірних зобов'язань. Підприємництво, господарство і право. 2004. № 6. С. 28–33.
9. Токарева В. І. Цивільне право України. Практикум: навч. посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2007. 408 с.
10. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
11. Утехін І. Б. Виконання договорів з передачі майна у власність: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2009. 218 с.
12. Гражданское право: учебник для вузов. Академический курс / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алма-Аты: КазГЮА, 2000. Т. 1. 702 с.
13. Клепікова О. В. Правове регулювання перевезень вантажів морським транспортом: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2003. 228 с.
14. Безлюдько І. О. Договір перевезення вантажу повітряним транспортом за цивільним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ: Національна академія внутрішніх справ України, 2005. 197 с.
15. Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 320 с.

#### **Lukasevych-Krutnyk I. Elements of carriage of transport services liability**

*The article is devoted to the study of issues related to the definition of elements of the implementation of obligations for the provision of transport services. The following elements of fulfillment of obligations on the provision of transport services are specified: actors of execution; subject of execution; mode of execution; term of execution; place of execution. The attention is focused on cases of suspension of fulfillment of obligations on the provision of transport services under long-term contracts.*

**Keywords:** elements of performance of contractual obligations, subject of performance, subject of execution, manner of execution, term of execution, place of execution, long-term contracts, suspension of execution.

### **НЕУСТОЙКА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРОМ СТРАХУВАННЯ**

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.28>

**Міловська Н. В.,**

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

*У науковій статті визначено характерні ознаки неустойки як особливого виду забезпечення виконання страхових зобов'язань. З'ясовано особливості застосування законної і договірної неустойки. Встановлено, що неустойка в договірних зобов'язаннях зі страхування, з одного боку, спрямована на стимулювання належного виконання відповідного зобов'язання боржником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення інтересів контрагента за договором страхування, а з іншого – спрямована на встановлення додаткового обов'язку – сплатити чи передати неустойку.*

**Ключові слова:** договір страхування, неустойка, забезпечення виконання зобов'язань, належне виконання, способи забезпечення.

Належне виконання зобов'язань передбачає, що сторони, які беруть участь у зобов'язальних правовідносинах, виконують покладені на них обов'язки відповідно до закону, договору, а за відсутності таких зазначень – відповідно до звичаїв ділового обороту або ж до вимог, які, зазвичай, висуваються до сторін виконання. Кожна зі сторін у рамках цивільно-правових відносин зацікавлена в належному виконанні зобов'язань своїм контрагентом. Так, на думку Є. О. Суханова, основою виникнення всіх зобов'язань є переконання сторін щодо перспективи виконання контрагентом тих дій, які необхідні для задоволення потреб зацікавленої сторони [1, с. 107].

Сторони договору страхування, за яким здійснюється надання страхової послуги страховиком страхувальникові, дотримуючись принципу добросовісності, мають враховувати інтереси один одного, піклуватися не тільки про свою персональну вигоду, а й про те, щоб інша сторона отримала те, на що вона розраховувала, укладаючи договір [2, с. 12]. Належне виконання страхових зобов'язань стимулює зміцнення майнового становища учасників цих відносин, формування у них впевненості в реалізації визначених завдань.

Для забезпечення максимально належного виконання сторонами своїх зобов'язань законодавцем передбачені спеціальні «інструменти» впливу на кожну зі сторін. І тут доцільно погодитись із тезою, що саме меті належного виконання зобов'язання підпорядковані різні способи забезпечення [3, с. 58].

Проблематика зобов'язань, їх виконання та способи їх забезпечення і зараз є предметом жвавих дискусій серед вчених-цивілістів. Так, на думку І. Й. Пучковської, відсутність у законі поняття забезпечення виконання зобов'язання, віднесення до їх складу мір відповідальності, поповнення забезпечень притриманням та відкритий перелік породжують у науці цивільного права різні точки зору щодо природи даних мір [4, с. 26].

Забезпечувальне зобов'язання – це правовідношення, що виникло на підставі правової норми (договору чи закону) внаслідок порушення основного забезпечувального зобов'язання його стороною, виконання якого (залежно від виду забезпечення) спрямоване на стимулювання боржника до належного виконання обов'язків та/або на захист інтересів кредитора [5, с. 187].

Законодавець у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) окрему гл. 49 присвятив особливостям правового регулювання забезпечення виконання зобов'язань та відповідним їх видам. На доктринальному рівні види забезпечення виконання зобов'язання класифікуються за різними критеріями (залежно від суб'єктного складу, від джерела закріплення, за обсягом відповідальності, за можливістю розміщення в основному зобов'язанні тощо).

Відповідно до положень ст. 546 ЦК України виконання зобов'язань може бути забезпечено неустойкою, заставою, притриманням, порукою, гарантією, завдатком та іншими способами, передбаченими законом або договором. Тобто в ЦК України відображено підхід, за яким виконання зобов'язання може забезпечуватися не тільки тими способами, які прямо передбачені у ЦК України, а й тими, що встановлені у спеціальних нормативно-правових актах (наприклад, у Законі України «Про страхування») або ж визначені сторонами в самому договорі. На це звертає увагу і Н. С. Кузнєцова, підкреслюючи, що сучасні тенденції розвитку законодавства щодо способів забезпечення виконання зобов'язання передбачають значне розширення кола таких правових засобів, якими може скористатися кредитор з метою встановити додаткові гарантії, спрямовані на забезпечення виконання зобов'язання [6, с. 59].

Забезпечувальні засоби перебувають в пасивній формі, і в такій формі вони виконують роль охоронного характеру, оскільки їх зміст спрямований лише на спонукання до: а) обов'язкового виконання договірних зобов'язань; б) дотримання строків виконання договорів; в) вчасної оплати об'єктів договірних зобов'язань; г) якості товарів, робіт чи послуг. Активної форми такі засоби набувають лише на основі сукупності двох фактів: а) невиконання чи неналежного виконання договірних зобов'язань; б) волевиявлення кредитора [7, с. 77].

На нашу думку, основне завдання способів забезпечення виконання зобов'язань в цілому та страхових зокрема полягає, по-перше, в стимулюванні боржника до належного виконання зобов'язання через настання в іншому випадку негативних наслідків, по-друге, гарантуванні належного виконання взятих перед кредитором зобов'язань, що виступає додатковим стимулом до вступу останнього в зобов'язання і, нарешті, стимулювання грошового обороту.

Одним із способів забезпечення належного виконання страховиком взятих на себе зобов'язань є неустойка. У ст. 549 ЦК України неустойка (штраф, пеня) визначається як грошова сума або інше майно, яке боржник повинен передати кредиторі у разі порушення боржником зобов'язання. У більшості випадків вона співвідноситься з розміром заподіяних кредитором невиконанням зобов'язання збитків. Крім того, жодних додаткових майнових гарантій кредитор не набуває: боржник або відшкодовує збитки (залікова неустойка), або сплачує лише їх частину (виключна неустойка). У штрафній же неустойці виявляється її забезпечувальний характер – кредитор отримує грошову суму незалежно від наявності чи відсутності збитків.

Крім ЦК України, норми про неустойку знайшли своє відображення також і в Господарському кодексі України, в ст. 230 якого під штрафними санкціями розуміються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання.

Згідно зі ст. 992 ЦК України у разі несплати страховиком страхувальникові або іншій особі страхової виплати страховик зобов'язаний сплатити неустойку в розмірі, встановленому договором або законом. У свою чергу, відповідно до п. 36.5 ст. 36 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» [8] за кожен день прострочення виплати страхового відшкодування (регламентної виплати) з вини страховика (МТСБУ) особі, яка має право на отримання такого відшкодування, сплачується пеня з розрахунку подвійної облікової ставки Національного банку України, яка діє протягом періоду, за який нараховується пеня. Однак, як зазначає Т. З. Джамалов, у разі якщо судом буде встановлено, що вигодонабувач зловживав

своїм правом на отримання страхової виплати, йому може бути відмовлено в частині стягнення суми неустойки [9, с. 35].

Аналізуючи неустойку як спосіб забезпечення виконання страхових зобов'язань, слід підтримати позиції тих вчених, які вказують на подвійну природу неустойки, що виявляє себе як гарантія виконання зобов'язання і міра відповідальності (як штрафна санкція) [10, с. 49]. Так, І. Й. Пучковська під кутом зору визнання видів забезпечення виконання зобов'язання способами захисту прав кредитора у договорі розглядає питання щодо подвійної природи неустойки [4, с. 29]. Цю саму думку поділяє і О. О. Отрадна, підкреслюючи, що правова природа неустойки залежить від «етапу існування неустойки в зобов'язальних правовідносинах» [11, с. 9]. Саме небажання нести додаткові майнові витрати, несприятливість, невідповідність негативних наслідків і спонукає особу до належної поведінки. У зв'язку з цим неустойка виконує стимулюючу (превентивну) функцію. У разі порушення основного зобов'язання боржником кредитор має право на стягнення неустойки, але якщо боржник не виконує свій обов'язок сплатити неустойку, то кредитор лише має право вимагати від нього, крім виконання основного зобов'язання, ще й сплати неустойки. Тобто, крім збитків, заподіяних невиконанням зобов'язання, боржник має сплатити ще й неустойку, якщо вона була встановлена сторонами в договорі або передбачена законом за порушення зобов'язання.

Як зазначає Д. В. Кушерець, неустойка, якою є штраф, що обраховується у відсотках від суми невиконаних або неналежно виконаних зобов'язань, чи пеня, що нараховується у відсотках на суму несвочасно виконаних грошових зобов'язань за кожний день прострочення зобов'язань (ст. 549 ЦК України), відіграє роль майнової відповідальності кредитора за неналежне виконання своїх договірних зобов'язань чи невжиття заходів щодо зменшення своїх же матеріальних збитків [7, с. 77].

Поділяючи в цілому думку щодо подвійної природи неустойки, О. І. Гелевей вважає, що за певних обставин неустойка продовжує виконувати свою забезпечувальну функцію і в разі порушення строків виконання зобов'язання, оскільки остаточний розмір відповідальності боржника перебуває в пропорційній залежності від тривалості невиконання зобов'язання [12, с. 11]. Такий підхід, на нашу думку, надає змогу більш детально з'ясувати правову природу неустойки, яка, з одного боку, спрямована на стимулювання належного виконання зобов'язання боржником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення інтересів контрагента за договором страхування, а з іншого – спрямована на встановлення додаткового обов'язку – сплатити чи передати неустойку.

Слід звернути увагу на законодавче розширення кола предметів, що можуть передаватися боржником як неустойка у випадку невиконання або неналежного виконання договорів, що видається, зважаючи на розширення договірної свободи, цілком виправданим підходом. Так, законодавець у загальній нормі ст. 551 ЦК України визначає, що предметом неустойки може бути грошова сума, а також рухоме і нерухоме майно.

Однак в юридичній літературі існують й інші міркування, а саме пропозиції щодо необхідності звуження предмета неустойки шляхом визначення її виключно у грошовій формі [13, с. 9]. Так, зокрема, у ст. 330 ЦК РФ зазначено, що неустойкою визнається визначена законом чи договором грошова сума, яка сплачується у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання, а саме, у випадку прострочення виконання [14]. Схожий підхід відображено і в ст. 296 ЦК Республіки Казахстан [15]. Виключно з грошовою сумою пов'язує зміст неустойки ст. 417 ЦК Республіки Грузія [16]. Неустойка в грошовій сумі встановлена і в ЦК Республіки Узбекистан [17]. Такий підхід видається необґрунтованим та таким, що важко сприйматиметься в сучасних умовах розвитку договірних відносин, зважаючи хоча б на те, що широке розуміння неустойки сформувалось у нас доволі давно.

За підставами формування розрізняють законну і договірну неустойку. Застосування положень імперативних норм щодо включення до змісту договорів страхування умов, які стосуються забезпечення виконання зобов'язання, свідчить, перш за все, про турботу законодавця щодо економічно слабшої сторони в договірних відносинах – страхувальника, а з іншої сторони – про певні гарантії, які надаються страховику, який виконує зобов'язання щодо надання страхової послуги.

На принципово інших засадах формується договірна неустойка, оскільки самим сторонам, а не законодавцю, надано право визначати для себе умови застосування договірної неустойки та її безпосередній розмір за неналежне виконання або невиконання договорів страхування. Як виняток, у разі виникнення переддоговірного спору за згодою сторін це питання може бути передано на вирішення суду.

У свій час Д. І. Мейер вважав, що договірна неустойка найчастіше встановлюється в тих випадках, коли порушення прав однієї зі сторін невиконанням договору не тягне за собою значної шкоди для кредитора. Кредитор втрачає юридичний інтерес до виконання. На його думку, встановлення договірної неустойки також зумовлено тією обставиною, що не завжди є можливість однозначно визначити шкоду [18, с. 185].

Варто зазначити, що за рішенням суду розмір неустойки може бути зменшений за наявності однієї з таких умов: а) якщо розмір неустойки значно перевищує розмір завданих збитків; б) за наявності інших обставин, які мають істотне значення (ч. 3 ст. 551 ЦК України). Істотне значення для зменшення розміру неустойки можуть мати обставини, які стосуються ступеня виконання зобов'язання,

причин невиконання або неналежного виконання, незначного прострочення у виконанні зобов'язання, негайного добровільного усунення винною стороною порушення та його наслідків тощо [19, с. 109].

**Висновки.** Отже, для неустойки як особливого виду забезпечення виконання страхових зобов'язань характерні такі ознаки: а) вона спрямована на попередження невиконання чи неналежного виконання умов договорів страхування; б) її застосуванню передують невиконання чи неналежне виконання боржником передбачених договором страхування зобов'язань, що є підставою для покладення на останнього негативних наслідків майнового характеру; в) стягненням неустойки компенсуються ті втрати, які зазнав кредитор у зв'язку з невиконанням умов договору страхування; г) стягнення неустойки одночасно виконує попереджувальну і виховну функцію, оскільки сигналізує боржнику про негативні наслідки, які настануть у разі невиконання ним страхових зобов'язань; д) неустойка як вид забезпечення виконання страхових зобов'язань впливає на боржника з моменту укладання договору, а її безпосереднє застосування пов'язано з невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язання; е) у неустойки в страхових зобов'язаннях відсутня ознака, характерна для інших видів забезпечення виконання зобов'язання – наявність додаткової гарантії виконання зобов'язання.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Суханов Е. А. Гражданское право в 3-х томах. М.: Издательство «Юристъ», 2001. 356 с.
2. Kotz H., Flessner A. European Contract Law. Oxford, 1997. Vol. 1: Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties / transl. by T. Weir. Oxford, 1997. P. 12.
3. Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць та інші; за ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 1998. С. 58.
4. Пучковська І. Й. Види забезпечення виконання зобов'язання як способи захисту // Юридична Україна. 2011. № 11. С. 26.
5. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: заг. положення: навч. посіб. К.: Юстиніан, 2007. С. 187.
6. Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посібник для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / За ред. О. В. Дзери. Стереотип. вид. К.: Юрінком Інтер, 2000. С. 59.
7. Кушерець Д. В. Забезпечення виконання договірних зобов'язань як гарантія охорони та захисту майнових прав // Часопис цивілістики. 2014. Випуск 17. С. 76–79.
8. Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів: Закон України від 1 липня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. 2005. № 1. Ст. 1.
9. Джамалов Т. З. Неустойка как один из способов обеспечения надлежащего исполнения обязательств сторонами по договору ОСАГО // Научно-практический электронный журнал Аллея Науки». 2017. № 10.
10. Браніцький О., Шароватова А. Інститут неустойки в господарських правовідносинах: теоретичний і практичний аспекти // Підприємництво, господарство і право. 2011. № 4. С. 49.
11. Отраднова О. О. Неустойка в цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2002. С. 9.
12. Гелевей О. І. Неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2003. С. 11.
13. Проценко І. О. Види забезпечення належного виконання зобов'язань у цивільному праві України: єдність та диференціація: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Х., 2007. С. 9.
14. Гражданский кодекс Российской Федерации. Электронный ресурс. URL: <https://base.garant.ru/10164072/> (дата звернення: 28.12.2018).
15. Гражданский кодекс Республики Казахстан. Электронный ресурс. URL: [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=1006061](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061) (дата звернення: 28.12.2018).
16. Гражданский кодекс Республики Грузия. URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/ru/pdf> (дата звернення: 28.12.2018).
17. Гражданский кодекс Республики Узбекистан. URL: [http://fmc.uz/legisl.php?id=k\\_grajd](http://fmc.uz/legisl.php?id=k_grajd) (дата звернення: 28.12.2018).
18. Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2-х ч. М.: Статут, 1997. Ч. 2. С. 185.
19. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. 2-е вид., перероб. і допов. К.: Юрінком Інтер, 2008. С. 109.

#### **Milovska N. Forfeit as a way to provision of execution of obligations under the insurance contract**

*In the scientific article the characteristic features of a forfeit, as a special type of provision of execution of insurance obligations are defined, the peculiarities of the application of legal and contractual forfeits are clarified. It was established that the forfeit in contractual insurance obligations, on the one hand, is aimed at stimulating the debtor to execution the relevant obligation by establishing additional guarantees for satisfying the interests of the counterparty under the insurance contract, and on the other, it is aimed at establishing an additional obligation to pay or transfer forfeit.*

**Key words:** insurance contract, forfeit, enforcement of obligations, proper execution, methods of providing.



## ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЛЕЖНОГО ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ В УМОВАХ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.29>

**Примак В. Д.,**

*доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті обґрунтовується положення про те, що в умовах збройного конфлікту регулятивні договірні відносини, за загальним правилом, продовжують регулюватися відповідно до принципів належного і реального виконання зобов'язання, а договірні охоронні відносини – на засадах принципу повного відшкодування шкоди (збитків) і принципу вини, однак з передбаченими законом обмеженнями (зокрема, щодо відповідальності професійного зберігача до меж непереборної сили).*

**Ключові слова:** належне виконання зобов'язання; відшкодування збитків; умови цивільно-правової відповідальності; вина; непереборна сила.

Питання втілення у механізм правового регулювання зобов'язальних відносин принципу належного виконання зобов'язання, засад справедливості, розумності й добросовісності [1, с. 59–122], а так само й проблематика застосування ефективних способів захисту прав та інтересів учасників відповідного кола цивільних правовідносин [2; 3, с. 292–415; 4, с. 269–317] традиційно перебувають у центрі уваги вітчизняних науковців. Разом з тим в ситуації збройної агресії Російської Федерації проти України існує нагальна необхідність висвітлення особливостей вияву згаданих елементів правового регулювання в умовах збройного конфлікту.

Адже надзвичайні обставини, до яких належать і збройні конфлікти, повсякчас потребують звернення суб'єктів правозастосування до загальних засад правового регулювання цивільних відносин та принципів, притаманних певним підгалузям та інститутам об'єктивного цивільного права. Без їх належної інтерпретації у тому чи іншому буттєвому контексті неможливо визначити й адекватні підходи до застосування певного способу захисту цивільних прав та інтересів у конкретній життєвій ситуації.

Серед іншого, маємо на увазі ймовірний вплив збройного конфлікту на функціонування різноманітних засобів забезпечення дії принципу належного виконання зобов'язання, що є основоположним для зобов'язального права. У зв'язку з цим, зважаючи на забезпечувальний потенціал інституту цивільно-правової відповідальності, на перший план виходить і питання про форми втілення й допустимі обмеження принципів повного відшкодування шкоди і вини, а також пов'язана з їх реалізацією проблема визначення підстав звільнення від обов'язку відшкодувати завдану кредиторів шкоду.

Крім того, в нинішніх умовах актуалізується питання про застосування окремих способів цивільно-правового захисту у випадках, коли примусове виконання відповідних судових рішень є нездійсненним з огляду на знаходження тих або інших об'єктів на непідконтрольній органам влади України (тимчасово окупованих) територіях. Натомість, на нашу думку, за таких обставин об'єктивна неможливість забезпечення реалізації принципу реального виконання зобов'язання з необхідністю започатковує дію принципу повного відшкодування шкоди.

Водночас слід виходити з необхідності забезпечення відповідності судових рішень засадам справедливості, розумності й добросовісності, а також реалізації закріпленого ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. права на ефективний спосіб правового захисту. Проте виконання цього завдання подекуди унеможлиблюється через суперечливість вітчизняної судової практики.

Ілюстрацією цьому твердженню може слугувати постановою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду (далі – КГСВС) [5] від 03.04.2018 у справі № 910/2991/17 за позовом Державного публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Укравролізінг» до Товариства з обмеженою відповідальністю «Укравтозапчастина» про стягнення 479999,00 грн збитків та повернення майна вартістю 1439 997, 00 грн.

У цій справі, погоджуючись з попередніми судовими рішеннями, якими було відмовлено в задоволенні вищезазначеного позову, касаційний суд керувався тим, що за договором відповідального зберігання від 25.12.2013 №10-13-114з/718 зберігач був зобов'язаний вживати всіх необхідних заходів для забезпечення схоронності майна протягом строку зберігання; зберігачу категорично заборонялося змінювати місце знаходження майна, прийнятого на зберігання, без письмової згоди поклададача; судами попередніх інстанцій не було встановлено наявності у діях ТОВ «Укравтозапчастина» наявності всіх елементів складу господарського правопорушення.



Крім того, КГСВС відхилив доводи ДПАТ «НАК «Украгролізинг» щодо відсутності сертифіката Торгово-промислової палати України про засвідчення обставин непереборної сили (форс-мажору), оскільки в даному випадку, на думку суду касаційної інстанції, йдеться про відсутність складу господарського правопорушення в діях зберігача, а не про звільнення його від відповідальності за порушення зобов'язання у зв'язку з непереборною силою.

Щодо вимоги ДПАТ «НАК «Украгролізинг» про зобов'язання відповідача повернути позивачу в населених пунктах, на території яких органи державної влади України здійснюють свої повноваження, три нові трактори загальною вартістю 1439997,00 грн (місцем їх зберігання за договором є міста Донецьк і Луганськ), то КГСВС надав вирішального значення тому, що господарськими судами у даній справі не було встановлено обставин переміщення переданого на зберігання майна на підставі договору відповідального зберігання від 25.12.2013 №10-13-114з/718. «Таким чином, у випадку якщо у ДПАТ «НАК «Украгролізинг» є підстави вважати, що належне йому майно без належної правової підстави знаходиться в населених пунктах, на території яких органи державної влади України здійснюють свої повноваження, то воно може скористатися речовими способами захисту права власності», – резюмував касаційний суд.

Отже, з розглянутої постанови КГСВС від 03.04.2018 у справі № 910/2991/17 впливає принаймні два незаперечних висновки – щодо збереження в умовах надзвичайної ситуації: дії принципів належного й реального виконання зобов'язань; юридичного значення умов цивільно-правової відповідальності як критеріїв, що уможливають застосування того чи іншого з її заходів.

Водночас з окремими аргументами й загальними підходами, продемонстрованими КГСВС у цій справі, важко погодитися.

По-перше, положення ч. 1 ст. 942 ЦК України, згідно з яким зберігач зобов'язаний вживати усіх заходів, встановлених договором, законом, іншими актами цивільного законодавства, для забезпечення схоронності речі, не було витлумачене касаційним судом у системному зв'язку з принципами справедливості, розумності й добросовісності (п. 6 ст. 3, ч. 3 ст. 509 ЦК України). Адже відповідно до ч. 1 ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно висуваються. Проте звичайним для виконання договору зберігання слід вважати саме забезпечення повернення зберігачем речі (яка перебуває у належному стані) покладаюдавцеві, а не просто забезпечення її схоронності як таке.

Такий висновок узгоджується і зі змістом ст. 945 ЦК України, згідно з якою зберігач зобов'язаний негайно повідомити покладаюдавця про необхідність зміни умов зберігання речі і отримати його відповідь. У разі небезпеки втрати, нестачі або пошкодження речі зберігач зобов'язаний змінити спосіб, місце та інші умови її зберігання, не чекаючи відповіді покладаюдавця. Якщо річ пошкоджена або виникли реальна загроза її пошкодження чи інші обставини, що не дають змоги забезпечити її схоронність, а вжиття заходів з боку покладаюдавця очікувати неможливо, зберігач має право продати річ або її частину. Якщо зазначені обставини виникли з причин, за які зберігач не відповідає, він має право відшкодувати свої витрати з суми виторгу, одержаної від продажу речі. Наявність зазначених обставин доводиться зберігачем.

Тож невжиття зберігачем розумно очікуваних й доступних для нього заходів, без яких покладаюдавець виявився не в змозі реалізувати свої право на повернення йому речі, є порушенням і наведених приписів ст. 945 ЦК України, і принципу добросовісності.

До речі, подібну ситуацію легко передбачити й у відносинах купівлі-продажу. Йдеться про застосування положення ч. 1 ст. 664 ЦК України про те, що обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент надання товару в розпорядження покупця, якщо товар має бути переданий покупцеві за місцезнаходженням товару. У свою чергу, товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо у строк, встановлений договором, він готовий до передання покупцеві у належному місці і покупець поінформований про це.

Тож невже формально відповідне умовам договору повідомлення про готовність продавця надати товар у розпорядження покупця на тимчасово окупованій території має зумовлювати відповідальність останнього за прострочення у прийнятті товару?

По-друге, КГСВС не зазначив, наявності яких саме умов цивільно-правової відповідальності не довів зберігач. Так само суди в зазначеній справі проігнорували питання про обмеження дії принципу вини у даних правовідносинах і необхідність виключення цієї – суб'єктивної – умови зі складу умов відповідальності зберігача. Тобто не було взято до уваги відповідне принципу справедливості законодавче закріплення спеціального правового статусу професійного зберігача як суб'єкта підприємницької діяльності (згідно з ч. 2 ст. 950 ЦК України професійний зберігач відповідає за втрату (нестачу) або пошкодження речі, якщо не доведе, що це сталося внаслідок непереборної сили,

або через такі властивості речі, про які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої необережності поклажодавця).

По-третє, акцентоване розмежування касаційним судом умов цивільно-правової відповідальності та обставин непереборної сили як підстави для звільнення від відповідальності в контексті вирішення розглянутої справи не можна визнати достатньо обґрунтованим з огляду на законодавчо закріплений розподіл тягара доказування. Адже і наявність суб'єктивного випадку та зумовленої ним відсутності вини, і вплив непереборної сили, що виключає існування юридично значимого причинно-наслідкового зв'язку між поведінкою зобов'язаної особи та порушенням договору, є обставинами, які доводяться боржником.

По-четверте, з огляду на принципи справедливості, розумності й добросовісності очевидна нездійсненність виконавчого провадження за рішенням суду про ввіддикацію речі, що знаходиться на території, непідконтрольній органам державної влади України, зумовлює можливість ефективного захисту цивільних прав та інтересів кредитора винятково за допомогою такого способу захисту, як відшкодування збитків.

На підставі викладеного можна дійти таких **висновків**.

1. В умовах збройного конфлікту регулятивні договірні відносини, за загальним правилом, продовжують регулюватися відповідно до принципів належного і реального виконання зобов'язання, а договірні охоронні відносини – на засадах принципу повного відшкодування завданої шкоди (збитків) і принципу вини (з передбаченими законом обмеженнями – зокрема, щодо відповідальності професійного зберігача).

2. Невиконання зберігачем свого обов'язку з повернення речі, яка на момент подання позову або постановлення судового рішення знаходилася на території, де є неможливим примусове відібрання майна у порядку виконавчого провадження, має розглядатися як підстава для відшкодування завданих поклажодавцеві збитків.

3. Збройний конфлікт у контексті його впливу на формування сукупності умов, необхідних для застосування того чи іншого способу захисту цивільних прав та інтересів, здатен (але не обов'язково буде) поставати як обставина, наділена: а) всіма ознаками суб'єктивного випадку; б) окремими властивостями суб'єктивної або об'єктивної непередбачуваності чи невідворотності; в) цілісним комплексом характеристик непереборної сили.

4. Вищезазначені характеристики впливу збройного конфлікту набувають того чи іншого правового значення винятково у разі доведення заінтересованою стороною факту їх наявності саме на момент порушення зобов'язання. Зокрема, професійний зберігач у відповідному випадку має довести належними і допустимими доказами, що неповернення ним належного поклажодавцеві майна сталося внаслідок непереборної сили.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2005. 272 с.
2. Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія. К.: Алерта, 2017. 494 с.
3. Калаур І. Р. Договірні зобов'язання з передання майна в користування: проблеми теорії та практики: монографія. Тернопіль: Підручники і посібники, 2015. 480 с.
4. Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. 328 с.
5. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 03.04.2018 у справі № 910/2991/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73160736> (дата звернення: 12.11.2018).

#### **Primak V. Ensuring the proper fulfillment of obligations in conditions of armed conflict.**

*The article substantiates the provision that in the conditions of an armed conflict, regulatory contractual relations, as a general rule, continue to be regulated in accordance with the principles of proper and real fulfillment of the obligation, and contractual security relations – on the basis of the principle of full compensation for damage and the guilty principle, however, with the restrictions stipulated by law (in particular, regarding the responsibility of the professional custodian to the limits of force majeure).*

**Key words:** proper fulfillment of the obligation; damages; conditions of civil liability; fault; irresistible force.

## НЕУСТОЙКА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З НАДАННЯ ПОСЛУГ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.30>

**Федорченко Н. В.,**

*доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права та правового забезпечення туризму Київського університету туризму, економіки і права*

*Статтю присвячено поняттю та правовій природі неустойки як способу забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг. Акцентується увага на основних функціях, властивостях та особливостях неустойки. Розглянуто класифікацію неустойки за критерієм джерел виникнення, обґрунтовано, що саме неустойка є найпоширенішим, універсальним способом забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг.*

**Ключові слова:** неустойка, спосіб забезпечення виконання зобов'язань, договірні зобов'язання з надання послуг, розмір неустойки, договірна неустойка.

Стан економіки будь-якої держави, стабільність і ефективність цивільного обороту безпосередньо залежать від сумлінності й старанності учасників цивільного обороту, від належного виконання договірних зобов'язань. Характерною особливістю сучасного цивільного обороту стали низький рівень договірної дисципліни, значне збільшення кількості невиконаних чи неналежно виконаних зобов'язань. Це, у свою чергу, зумовило нагальну потребу в підвищенні ступеня захисту інтересів учасників цивільного обороту та загострило проблему забезпечення належного виконання зобов'язань [1, с. 242].

З метою захисту інтересів кредитора і попередження або зменшення розміру негативних правових наслідків від можливого невиконання або неналежного виконання зобов'язання боржником використовується інститут забезпечення виконання зобов'язань. Цей спеціальний правовий інститут посідає своє місце і в цивільному законодавстві (гл. 49 ЦК), що передбачає спеціальні способи забезпечення виконання зобов'язань, – неустойку, заставу, притримання, поруку, гарантію, завдаток, а також інші непойменовані способи, визначені законом або договором.

Серед способів забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг необхідно виділяти ті способи, у встановленні та реалізації яких беруть участь особи, які не є сторонами забезпечуваного зобов'язання. Специфіка цієї групи способів полягає у тому, що треті особи стають сторонами не тільки забезпечувальних правовідносин, що складаються між кредитором і третьою особою, а й правовідносин, що формуються між боржником і третьою особою, які здатні ускладнювати зміст і впливати на динаміку забезпечувальних правовідносин [2, с. 6].

Способам забезпечення належного виконання зобов'язань з надання послуг притаманні такі ознаки: а) передбаченість законодавчими чи/або договірними нормами; 2) залежність від механізму та природи зобов'язань з надання послуг; 3) спрямованість на гарантування виконання існуючого зобов'язання з надання послуг; 4) обумовленість реаліями економічного та соціального характеру, значною вірогідністю невиконання чи неналежного виконання договірних умов з надання послуг боржником; 5) спонукають боржника до належного виконання зобов'язання через можливість застосування додаткових негативних наслідків у вигляді обтяження майна та неможливості його використання за своєю волею чи володіння ним, суттєвого зростання витрат за зобов'язанням чи можливими втратами у майбутньому; 6) синхронізовані з особливостями окремих видів договорів про надання послуг чи навіть безпосередньо вмонтовані у їхній механізм.

З метою запобігання виникнення негативних наслідків у випадках порушення договірних зобов'язань з надання послуг законодавець передбачив різні захисні заходи, спеціальні інститути, що забезпечують виконання договірних зобов'язань, а також компенсують постраждалих в результаті неналежного виконання зобов'язання стороні понесені витрати. Так, крім загальних норм захисту порушених прав, забезпечення виконання зобов'язання може здійснюватись і такими спеціальними способами, як: неустойка, застава, притримання, порука, гарантія і завдаток.

Загалом в юридичній літературі засоби забезпечення залежно від часу і способу встановлення (виникнення) пропонується поділяти на універсальні та спеціальні. Універсальним засобом забезпечення зобов'язань є відшкодування боржником збитків, котрих зазнав кредитор внаслідок невиконання зобов'язання (ст. 623 ЦК). Особливістю його є те, що він застосовується незалежно від спеціальної домовленості сторін про це. Крім того, розмір збитків може бути визначений тільки після невиконання зобов'язань. Спеціальні ж засоби забезпечення виконання зобов'язань встановлюються в момент виникнення зобов'язань. У результаті кредитор і боржник заздалегідь уявляють конкретні наслідки невиконання зобов'язання [3, с. 92]. До таких засобів належать: неустойка, завдаток, застава, порука, гарантія і притримання.

Незважаючи на значущість і застосовність способів забезпечення виконання зобов'язань, вони недостатньо повно врегульовані законодавством, що викликає суперечки на практиці і породжує

неоднозначність їх тлумачення. Зважаючи на те, що способи забезпечення стимулюють належне виконання договірних зобов'язань відповідно до норм чинного законодавства, чітке усвідомлення сутності і принципів застосування конкретних заходів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі щодо надання послуг, набуває сьогодні особливої актуальності.

У ЦК України на відміну від ЦК УРСР 1963 р. визначено принципово новий підхід до способів забезпечення виконання зобов'язань, який полягає в тому, що як законом, так і договором можуть передбачатися й інші, крім встановлених у ч. 1 ст. 546 ЦК України, способи забезпечення виконання зобов'язань.

Зазначимо, що в сучасній юридичній літературі трапляються схожі думки щодо недоцільності закріплення загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань на законодавчому рівні. Більше того, В. Ф. Попандопуло піддав критиці доцільність об'єднання відповідних правових інститутів в одній главі на тій підставі, що забезпечення виконання зобов'язання як окремого інституту не існує [4, с. 120]. Інші ж вчені стверджують, що цілісного вчення про забезпечення у вітчизняній цивілістиці поки що не створено, хоча є велика потреба в такому вченні [5, с. 124–128].

З аналізу юридичної літератури вбачається, що забезпечення виконання зобов'язань розглядається в широкому та вузькому розумінні. В широкому – розглядаються усі ті правові, економічні, організаційні та інші умови й механізми, які спонукають боржника до належного виконання зобов'язання. У вузькому розумінні забезпеченням виконання зобов'язань є система правових норм, яка регулює вищезазначені додаткові правовідносини (зобов'язання) [3, с. 89]. А це, в свою чергу, свідчить про те, що в цивільному праві під забезпеченням виконання зобов'язань з надання послуг маються на увазі додаткові правовідносини, спрямовані на стимулювання боржника до точного і неухильного виконання договірних умов і попередження та зменшення негативних наслідків від можливого порушення.

У праві Великої Британії і США під забезпеченням виконання договорів розуміється будь-яка юридична операція, що робить вірогіднішим виконання основного зобов'язання. Особливість поняття «забезпечення виконання договорів» обумовлено тим, що в цих країнах окремими підгалузями права є договірне право (Law of Contract) і зобов'язання, що виникають з правопорушення (Law of Torts). До того ж поняття договору конструюється настільки широко, що охоплює і односторонні правочини. А основні положення договірного права значною мірою є загальними положеннями зобов'язального права [6, с. 134–148].

У нашій правовій системі основне завдання щодо забезпечення виконання договорів про надання послуг убачається у створенні шляхів стимулювання боржника до особистого виконання договору і лише у випадку неможливості особистого виконання – в створенні для кредитора додаткових гарантій відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання договору. Крім того, слід зазначити, що сучасне цивільне законодавство не обмежує сторони досліджуваного договору у виборі способу забезпечення виконання зобов'язання, а також у можливості одночасного застосування всіх або кількох способів забезпечення.

Таким чином, незважаючи на вищенаведену критику недоцільності закріплення загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань на законодавчому рівні, слушним видається підхід законодавця, який в межах гл. 49 ЦК України об'єднав і загальні положення про забезпечення виконання зобов'язання, і спеціальні положення про застосування кожного із закріплених у цій главі способів. У результаті чого і кредитор, і боржник заздалегідь уявляють конкретні наслідки невиконання зобов'язання.

Говорячи про правову природу неустойки, слід зазначити, що в доктрині до сьогодні не вщухають дискусії щодо того, чи визнавати неустойку лише способом забезпечення виконання зобов'язання або лише мірою відповідальності, чи визнати подвійну правову природу неустойки. Приєднуюсь до найбільш поширеної та прийнятної точки зору про подвійну природу неустойки в цивільному праві: неустойка одночасно є способом забезпечення виконання зобов'язань та формою (мірою) цивільно-правової відповідальності [7, с. 384]. Цей підхід цілком прийнятний для розуміння правової природи неустойки як способу забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг, оскільки, з одного боку, неустойка входить до складу передбачених законом мір, спрямованих на стимулювання належного виконання взятих на себе зобов'язань боржником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення інтересів кредитора, а з іншого – в разі порушення умов договору про надання послуг у боржника виникає додатковий обов'язок сплатити неустойку. Так, на думку І. Й. Пучковської, види забезпечення виконання зобов'язання, безумовно, стимулюють боржника до виконання зобов'язання, але їх основне призначення захищати кредитора у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання [8, с. 172–176].

Однією з основних функцій, властивих неустойці як способу забезпечення виконання договірних зобов'язань загалом та з надання послуг зокрема, є стимулююча (забезпечувальна) функція. Стимулюючий характер неустойки може бути спрямований на різні сфери інтересу кредитора залежно від виду зобов'язання та безпосередніх обов'язків боржника [9, с. 74]. Так, неустойкою може забезпечуватися виконання боржником зобов'язання в натурі. Це відбувається, наприклад, шляхом встановлення

штрафів та пені на випадок прострочення надання послуг; у разі пошкодження вантажу під час перевезення тощо. Тобто можемо констатувати, що у договірних зобов'язаннях з надання послуг мета неустойки полягає у матеріальному стимулюванні боржника до належного виконання свого основного обов'язку: здійснення діяльності, пов'язаної з наданням послуг. Водночас слід зазначити, що такий стимулюючий ефект переважно властивий неустойці, що встановлюється у тривалих правовідносинах (зберігання, банківські послуги в сфері кредитування тощо).

Говорячи про особливості неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг, доцільно виділити такі її ознаки: а) неустойка характеризується акцесорністю (додатковістю) до основного зобов'язання, тобто є додатком до вже існуючого договірної зобов'язання з надання послуг; б) неустойка спрямована на попередження невиконання чи неналежного виконання умов договорів про надання послуг; в) застосуванню неустойки передують невиконання чи неналежне виконання боржником передбачених договором про надання послуг зобов'язань, тобто підставою для покладення на останнього негативних наслідків є факт порушення договірної зобов'язання; г) виходячи з дії принципу свободи договору сторони на власний розсуд формулюють (де це можливо) умови про неустойку; г) стягненням неустойки компенсуються ті втрати, яких зазнав кредитор у зв'язку з невиконанням умов договору про надання послуг; д) у неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг відсутня ознака, притаманна для інших видів забезпечення виконання зобов'язання, – наявність додаткової гарантії виконання зобов'язання.

У доктрині цивільного права класифікацію неустойки запропоновано здійснювати також за критерієм джерел виникнення: а) неустойка, яка виникає безпосередньо із закону (законна неустойка); б) неустойка, яка виникає виключно з договору (договірна неустойка); в) неустойка, яка виникає із поєднання двох юридичних підстав: із припису закону і договору, в якому здійснюється цей припис (законно-договірна неустойка) [10, с. 121–122].

Варто зазначити, що неустойка вважається законною, якщо в законі визначена не лише можливість її стягнення, а й безпосередні підстави застосування та розмір. До договірної неустойки В. С. Якушев відносить і неустойку, розмір якої законодавець встановлює, але сторони, скориставшись наданим їм правом, змінили (збільшили) розмір неустойки [11, с. 402]. М. С. Артеменко вважає, що поняття «договірна неустойка» охоплює і випадки, коли обов'язковість стягнення неустойки передбачена законом, а її розмір визначили юрисдикційні органи в тому випадку, коли між сторонами виникли розбіжності [12, с. 10]. Тобто у випадку, якщо законодавець, наприклад, вкаже на те, що боржник несе відповідальність шляхом сплати кредитору неустойки, розмір якої визначається умовами договору, то така неустойка не може вважатися законною, адже сторони в договорі про надання послуг можуть передбачити інше. В цьому випадку, якщо сторони в договорі не передбачили забезпечення свого зобов'язання неустойкою, вона стягуватися не буде.

Застосування положень імперативних норм щодо включення в зміст договору про надання послуг умов, які стосуються видів забезпечення виконання зобов'язання, свідчить про турботу законодавця щодо економічно слабшої сторони в договірних відносинах – споживача, замовника, а з іншого боку – про відповідні гарантії, що надаються стороні договору, яка змушена укласти договір з природним монополістом (наприклад Укрзалізницею).

Розглядаючи сукупність нормативних актів, що діють в Україні, О. О. Отрадна доходить висновку, що на сьогодні законною неустойкою забезпечуються такі основні комплекси правовідносин: а) правовідносини, одним із суб'єктів яких виступає держава або державне підприємство, установа, організація (правовідносини, що складаються у зв'язку з забезпеченням потреб держави у тих чи інших ресурсах, та правовідносини, в яких державне підприємство виступає стороною, що надає ті чи інші послуги, передає майно, фінансує відповідні роботи тощо); б) цивільні правовідносини, до участі в яких хоча і допускаються юридичні особи приватного права недержавних форм власності, але у тих сферах, що підлягають чіткому та детальному державному регулюванню, забезпеченню та контролю (транспортні відносини, відносини, що складаються у зв'язку із захистом прав споживачів, кредитно-розрахункові відносини, відносини зв'язку тощо); в) деякі інші цивільні правовідносини, не пов'язані з інтересами держави, забезпечення виконання зобов'язань за якими законною неустойкою залишилося у спадщину від радянської системи народного господарства (відносини поставки) [13, с. 84–86].

Видається, що, пропонуючи вищезазначені групи правовідносин, дослідниця виходила з намагання законодавця захистити інтереси держави та державних підприємств від недобросовісних контрагентів. Більше того, забезпечення законною неустойкою окремих правовідносин з надання послуг спрямоване на нормальне існування та розвиток тих сфер, які знаходяться під державним регулюванням та контролем, оскільки, наприклад, порушення в сфері надання послуг із перевезення пасажирів у м. Києві спричинять шкоду не лише контрагентам, а й місту в цілому.

Зазначимо, що хоча й в чинному законодавстві існує обмеження стосовно стягнення договірної неустойки (пені) за грошовими зобов'язаннями подвійною обліковою ставкою НБУ, однак розмір законної неустойки у багатьох випадках є доволі значним. Особливо це стосується неустойки, яка

встановлюється у цивільно-правових відносинах за участю держави та покладається на контрагента державного органу. Водночас заслугове на увагу запропонована в юридичній літературі теза про закріплення на законодавчому рівні можливості забезпечення неустойкою в тому числі і виконання зобов'язань з надання послуг з боку держави для дотримання загального принципу цивільного права – принципу рівності сторін [13, с. 86].

Загальновідомо, що розмір законної неустойки визначається безпосередньо в законі, яким така неустойка встановлюється. Розмір законної неустойки не може бути довільним. У певних випадках у нормативному акті встановлювалася і межа, понад яку відповідальність у вигляді неустойки не наставала. Водночас законодавець не забороняє в договірному порядку (в нашому випадку – в договорах про надання послуг) змінювати розмір законної неустойки. Тобто сторони договору про надання послуг вправі збільшити або ж зменшити розмір неустойки, встановлений законом [14, с. 11].

Розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду за наявності однієї з таких умов: а) якщо розмір неустойки значно перевищує розмір завданих збитків; б) за наявності інших обставин, які мають істотне значення (ч. 3 ст. 551 ЦК). Прикладом може слугувати судова справа про стягнення штрафу за прострочення виконання зобов'язання, в якій колегія суддів Верховного Суду України в постанові від 19 жовтня 2006 р. вказала на можливість зменшення розміру неустойки за прострочення виконання зобов'язання [15, с. 16–18].

На принципово інших засадах формується договірна неустойка. Питання щодо включення її до договору вирішують самі сторони. Саме сторони, а не законодавець, визначають умови застосування договірної неустойки і її безпосередній розмір за неналежне виконання зобов'язання, підстави і випадки застосування. Як виняток, у разі виникнення переддоговірного спору за згодою сторін це питання може бути передано для вирішення суду [16, с. 67].

Серед різновидів договірної неустойки О. С. Іоффе виділяв: а) договірно-добровільну, яка формується за ініціативою учасників зобов'язання, та б) договірно-обов'язкову, яка з'являється в договорі як наслідок виконання сторонами імперативних вимог правової норми [17, с. 479].

Розмір договірної неустойки має визначатися, виходячи з розміру неустойок, які існують у чинному законодавстві за аналогічні чи схожі правопорушення. Так, скажімо, не може вважатися обґрунтованим, коли розмір неустойки за ненадання послуги за договором сторони визначають більшим, ніж за неналежне надання послуги виконавцем, оскільки невиконання договірного зобов'язання є важчим порушенням договору про надання послуг, ніж неналежне його виконання.

Виходячи з вищенаведеного, видається доцільним підкреслити, що сьогодні має місце розширення сфери застосування договірної неустойки, оскільки можливість її застосування надає контрагентам більш широкі гарантії для забезпечення належного виконання договору про надання послуг. Так, у договорах про надання послуг сторони вправі конкретизувати можливість диференціювати застосування неустойки за невиконання зобов'язання. Передбачаючи застосування неустойки за порушення договірних зобов'язань з надання послуг, сторони мають можливість враховувати специфіку конкретного виду договорів про надання послуг, а також і особливості договірних відносин з контрагентами.

Ще одним різновидом договірної неустойки, що набула значного поширення в часи планової економіки, виявляється договірно-обов'язкова неустойка, яка з'являється в договорі як наслідок виконання сторонами імперативних вимог правової норми. Слід зазначити, що підходи тогочасних дослідників до розуміння правової природи цього виду неустойки значно відрізнялися. Так, якщо одні вчені відносили її до різновиду договірної неустойки [18, с. 10; 19, с. 71], то інші ж, навпаки, наголошували на необхідності поділу неустойки на законну, договірну та законно-договірну [19, с. 122; 20, с. 78].

Отже, як убачається із наведеного, конструкція договірно-обов'язкової неустойки є специфічною конструкцією радянського права, що зумовлювалося плановою системою управління економікою. В цьому випадку договірно-обов'язкова неустойка фактично перетворювалася на неустойку законну завдяки існуванню централізованого планування народного господарства. В разі якщо сторони відмовлялися укласти договір, суд визнавав за ними існування певних прав та обов'язків на підставі планового акта. На нашу думку, в сучасних умовах розвитку ринкової економіки втрачаються будь-які підстави для виділення такої неустойки в договорах про надання послуг, оскільки вона є непридатною для сучасного вітчизняного права.

Отже, можна зробити висновок про те, що у разі укладення договорів про надання послуг сторонам надається можливість наперед визначити спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що і буде стимулювати належне виконання умов договору. На нашу думку, саме неустойка є найпоширенішим універсальним способом забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг, і в цьому вбачається перевага перед іншими способами забезпечення виконання зобов'язань.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2015. 328 с.
2. Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки. СПб., 1877. Т. 1. 447 с.
3. Наріжний С. Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013. 214 с.
4. Попандопуло В. Ф. Обязательство и ответственность в гражданском праве. // Вестник Ленинградского университета. № 17. Вып. 3. 1980. С. 92–96.
5. Пучковська І. Й. Щодо розмежування видів забезпечення виконання зобов'язання та мір цивільно-правової відповідальності (на прикладі неустойки). // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 10 листопада 2011 року. Київ: Алерта, 2012. С. 124–128.
6. Грибанов А. Ответственность за неисполнение договорных обязательств в праве Англии и США. // Хозяйство и право. 1996. № 7. С. 134–148.
7. Брагинский М. И. Договорное право. Общие положения. Москва: Статут, 1997. 681 с.
8. Пучковська І. Й. Про проблему визнання видів забезпечення виконання зобов'язання способами захисту / Актуальні проблеми науки і практики цивільного, житлового та сімейного права: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 91-річчю з дня народження В. П. Маслова, Харків, 15 лютого 2013 року. Харків: Право, 2013. С. 172–176.
9. Константинова В. С., Максименко С. Т. Правовые вопросы материального стимулирования деятельности предприятий. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1981. 104 с.
10. Райхер В. К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1958. 267 с.
11. Советское гражданское право: в 2-х т. Изд. 2-е. / под ред. О. А. Красавчикова. Москва: Высш. Школа, 1972. Т. 1. 448 с.
12. Артеменко М. С. Роль неустойки в обеспечении исполнения плановых договорных обязательств в новых условиях хозяйствования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва: МИНХ им. Г. Плеханова, 1986. 18 с.
13. Отраднова О. О. Неустойка в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2002. 192 с.
14. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2001. 18 с.
15. Бондаренко М. Свобода договора в его разумности. // Юридическая практика. 2007. № 4 (474). С. 16–18.
16. Гелевей О. І. Неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2003. 197 с.
17. Иоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. 512 с.
18. Граве К. А. Договорная неустойка в советском праве. Москва: Юргиз, 1950. 136 с.
19. Сорокина С. Я. Способы обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств между социалистическими организациями. Учебное пособие. Красноярск, 1989. 98 с.
20. Райхер В. К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1958. 267 с.
21. Слесарев В. П. Экономические санкции в советском гражданском праве. Красноярск: Издательство Красноярского университета, 1989. 192 с.

**Fedorchenko N. Insufficiency as a Way for Provision of Contract Contract Contracts for the Provision of Services**

*The article is devoted to the concept and legal nature of the penalty as a way to ensure the fulfillment of contractual obligations to provide services, the focus is on the main functions, properties and features of the penalty. The classification of the penalty according to the criterion of sources of occurrence is considered, it is substantiated that the penalty is the most widespread, universal way of ensuring the fulfillment of obligations to provide services.*

**Keywords:** forfeit, way of ensuring fulfillment of obligations, contractual obligations to provide services, amount of a penalty, contractual penalty.



## ПРОБЛЕМИ КОДИФІКАЦІЇ ЖИТЛОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.31>

**Галянтич М. К.,**

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

**Пижова О. В.,**

*молодший науковий співробітник відділу методології приватноправових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Для житлового законодавства в Україні характерна повна правова невизначеність, що виявляється у фрагментарності правового регулювання, великій кількості відсилочних норм та норм, які втратили регулюючий вплив. Система діючих в Україні нормативно-правових актів є досить розгалуженою і складною внаслідок змін та доповнень, які вносяться до чинних нормативно-правових актів приватноправового і публічно-правового спрямування. Неузгодженості між нормами цивільного, сімейного законодавства в частині правового регулювання прав користування житлом суб'єктами житлових відносин можуть бути усунені шляхом прийняття нового ЖК України, який має систематизувати нормативні акти шляхом перероблення та зведення правових норм, що містяться в різних актах, у логічно узгоджений нормативно-правовий акт, який системно регулює житлову сферу.*

**Ключові слова:** житло, житлове законодавство, Житловий кодекс України, користування житлом.

Житлове законодавство України відповідно до Конституції України спрямоване на забезпечення права кожного громадянина на житло, тому розвиток житлового законодавства передбачає перехід від попередньої системи розподілу державного житлового фонду до системи, що ґрунтується на створенні умов щодо особистого забезпечення житлових потреб. Чинне житлове законодавство України будується на Основах житлового законодавства СРСР та союзних республік. У свій час прийняття Основ житлового законодавства СРСР пояснювалось такими причинами: соціальним значенням житлової проблеми, розширенням житлового законодавства, необхідністю співвідношення житлового законодавства СРСР та радянських республік. У зв'язку з цим постає питання щодо тлумачення та розуміння сутності житлового права в сучасних реаліях суспільного життя. На жаль, чинне житлове законодавство представлено ЖК УРСР (далі – ЖК), який діє майже в незмінній редакції з 1983 року, хоча в ЖК вносяться «косметичні» зміни та доповнення. Так, останні зміни були внесені 22 травня 2018 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо соціального захисту постраждалих учасників Революції Гідності та деяких інших осіб». Чинні донині підзаконні нормативні документи, які були прийняті у розвиток ЖК, зокрема: Постанова Ради Міністрів УРСР від 11 грудня 1984 р. «Правила обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов, і надання їм жилих приміщень»; Постанова Ради Міністрів Української РСР і Української республіканської ради професійних спілок від 5 червня 1985 р. «Про затвердження Правил обліку громадян, які бажають вступити до житлово-будівельного кооперативу»; постанова Ради Міністрів Української РСР від 30 квітня 1985 р. «Про затвердження примірного статуту Житлово-будівельного кооперативу»; Постанова Ради Міністрів УРСР від 4 лютого 1988 р. «Про службові жилі приміщення», постанова Ради Міністрів Української РСР від 3 червня 1986 р. «Про затвердження Примірного положення про гуртожитки».

На жаль, чинний ЖК і донині визначає структуру та спрямованість житлового законодавства, встановлює порядок і умови обліку громадян, що потребують поліпшення житлових умов, надання житла у будинках державного і комунального житлового фонду, встановлює права і обов'язки сторін у житловій сфері, порядок надання і користування житлом спеціального призначення тощо. Проте за умов існування Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» в частині забезпечення безоплатним житлом соціально-незахищених громадян ЖК мав би припинити свою дію.

Можна констатувати, що система нормативних актів, особливо тих, що прийнята до 1990 р., є застарілою, не відповідає змінам, що відбулися в соціально-економічному розвитку країни, і потребує нагального приведення її у відповідність до нормативних актів, прийнятих після завершення масової приватизації житла.

Питанням розвитку житлового законодавства в різні часи приділялося багато уваги, зокрема, такими вченими, як І. А. Бірюков, В. С. Гопанчук, О. В. Дзера, Ю. О. Заїка, І. М. Кучеренко, але в більшості вони спиралися на існуючу нормативну базу радянської доби. Сучасному напрямку розвитку цивільно-правового регулювання житлових відносин присвячені роботи Є. О. Мічуріна, М. І. Сібільова, С. О. Сліпченко, О. В. Соболева, Ю. С. Червоного. Порівняно з радянським періодом роль держави в реалізації громадянами права на житло змінилося і воно зводиться не до безоплатного

отримання особою житла, а до особистого задоволення громадянами своїх житлових потреб на приватноправових засадах. За формами власності, як зазначають Ю. М. Сазонов та В. Г. Євсєєва, житловий фонд розподіляється так: приватної власності – 80%, комунальної власності – 11%, колективної власності – 6%, державної власності – 3%. Тобто нормативна база, яку узагальнює ЖК, поширюється тільки на 3% об'єктів житлового фонду [2].

В той же час сучасне цивільне законодавство визначає вільний вибір особою способу задоволення житлових потреб, порядок володіння, користування та розпорядження житлом. Однак з моменту завершення приватизації державного та комунального житлового фонду держава виявилася неспроможною створити повноцінну нову правову систему, що спрямована на регулювання відносин у житловій сфері. Вирішення житлової потреби громадян є однією з найгостріших соціально-економічних проблем в Україні [1]. Як зазначають Ю. М. Сазонов та В. Г. Євсєєва, у середньому забезпеченість житлом в Україні становить 21 м<sup>2</sup> загальної площі на одного жителя. У той же час порівняння даного показника з іншими країнами свідчить, що, незважаючи на його зростання, в Україні залишається все ще низька забезпеченість житлом. Слід зазначити, що середня забезпеченість житлом у Росії становить близько 22 м<sup>2</sup> на людину, у Німеччині на кожного жителя припадає не менше 35 м<sup>2</sup>, у Швеції – 40, в Іспанії – 45, а у США – 68 м<sup>2</sup>, у КНР середня житлова площа на 1 людину становить 22,77 м<sup>2</sup>. Середній розмір житла в Україні налічує 52 м<sup>2</sup>, в інших країнах колишніх республік СРСР коливається в межах від 46 у Білорусі до 110 м<sup>2</sup> в Естонії. У Східній Європі цей показник дорівнює 62 (Болгарія) – 118 м<sup>2</sup> (Словенія). Виходячи із зазначеного, автори доходять висновку, що рівень забезпеченості житлом в Україні досягне нинішнього рівня економічно розвинених країн (35 м<sup>2</sup>) не раніше ніж за 20 років за умови збереження сучасних тенденцій [2].

Згідно зі ст. 47 Конституції України держава не гарантує отримання житла громадянами, а тільки окремим категоріям громадян, які потребують соціального захисту, житло може надаватися безоплатно або за доступну для них плату. Але ж до цього часу не прийнято комплекс нормативних актів, які б визначали порядок забезпечення житлом громадян різних категорій, платно, безоплатно або за доступну плату в різних житлових фондах. Крім того, не розмежовано відповідальність держави чи органів місцевого самоврядування, стан забезпечення населення житлом, диференціацію умов та стандартів, яким має відповідати житло. Спрямованість державної житлової політики має виявлятися у виробленні єдиного правового механізму.

З моменту прийняття Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» у 1992 р. відбувся перехід на приватноправові засади регулювання ринку житла. З прийняттям ЦК України у 2003 р. закріплено право власності та інші речові права фізичних на юридичних осіб на житло, умови користування житлом на умовах найму, вільний вибір способів реалізації житлових прав громадян на нормах цивільного законодавства та договору, його комерційного використання та інші пов'язані з ним зобов'язальні відносини, предметом регулювання яких є житло. З моменту прийняття 12 січня 2006 р. Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» дискусія щодо самостійності існування житлового законодавства не припиняється, відповідно до якої ЖК має бути чи ні. Висловлюється думка, що ЖК вичерпав свою дію, оскільки більше 90% житлових відносин регулюється ЦК, а тому замість ЖК питання соціального забезпечення житлом має визначатися спеціальним законом. З прихильниками такої концепції не можна погодитися, оскільки саме новий ЖК дасть змогу комплексно врегулювати всі відносини у житловій сфері. Формування сучасного житлового законодавства потребує визначення особливостей, що ґрунтуються на поєднанні приватноправових і публічно-правових засобів правового регулювання у житловій сфері.

Проекти ЖК розроблялися Кабінетом Міністрів України і навіть опубліковувалися для широкого обговорення ще у 2001 р. [3]. Формування ринкових відносин у житловій сфері, перш за все, вимагає оновлення житлового законодавства шляхом прийняття нового ЖК України [4]. На подолання неузгодженостей у житловому законодавстві був створений новий ЖК України, прийнятий Верховною Радою України 7 липня 2005 р., ветоаний Президентом України, який запропонував розроблення законопроекту, який би повною мірою відповідав сучасним потребам суспільства. Новий проект ЖК 05.11.2010 р. був прийнятий у першому читанні [5].

Автори радянської доби розглядали житлове право у вузькому розумінні як частину, підгалузь цивільного права [6] та як самостійну галузь права. На комплексний характер житлового права в юридичній літературі вказує існування у житловому праві публічно-правових і приватноправових норм, які формували житлове право під впливом норм інших галузей законодавства [7]. Тому на сучасному етапі необхідно створити соціально спрямовану градовану систему забезпечення житлом всіх категорій громадян, в тому числі і найменш соціально незахищених. Відповідно постає питання щодо тлумачення та розуміння сутності права на житло відповідно до стандартів та норм суспільного житла багатьох країн світу в цілому та в Україні зокрема.

На нашу думку, новий ЖК України дозволить не тільки зменшити кількість законів та підзаконних нормативних актів, а й упорядкувати нормативні акти, прийняті за останні 25 років незалежності

України, і розробити якісні нові підходи, які регулюватимуть відносини, що виходять за межі цивільно-правового регулювання.

Дослідження цивільно-правового регулювання житлових прав людини має спиратися на систему нормативних актів, судові рішення з урахуванням досвіду розвинутих європейських країн, і зокрема, практики Європейського суду з прав людини, що свідчить про необхідність розробки відповідної нормативної бази.

Спрямованість державної житлової політики має виявлятися у: створенні реальних механізмів, що передбачають можливість отримання житла малозабезпеченими громадянами України, які не мають житла чи мають недостатню кількість житла; законодавчому гарантуванні житлових прав громадянам України; забезпеченні та доступності житла; створенні умов для житлового будівництва особам, що можуть задовольнити свою житлову потребу самостійно; подальшому обов'язковому формуванні фондів соціального призначення. У багатьох розвинутих країнах з ринковою економікою житловий фонд є муніципальним та приватним.

Виникає питання, чи потрібно в процесі класифікації вказувати наявність державного житлового фонду, оскільки держава не повинна виступати власником житла, а має забезпечувати умови, коли громадяни самі обирають правові шляхи вирішення власних житлових потреб. З метою досягнення визначених завдань ЖК України має врегулювати не тільки майнові, а й особисті немайнові відносини в житловій сфері у визначенні специфіки, яке забезпечує житло в контексті адаптації законодавства України до умов Європейського співтовариства на засадах поєднання приватноправових та публічно-правових методів правового регулювання.

Тенденцією сучасного періоду є зменшення публічного впливу на приватноправову сферу, проте значною частиною сучасного законодавства залишаються норми публічного спрямування, що визначають порядок управління житловим фондом, його утримання, державний контроль за використанням і схоронністю житлового фонду незалежно від його виду і призначення. Тому житлове законодавство – це не механічна сукупність норм, а правові принципи, що лежать в основі розвитку житлового законодавства і зумовлюють не форму існування, а головним чином зміст. Правові принципи визначають межі здійснення права, поза якими воно носить неправовий характер, або набуває форми зловживання правом.

Виокремлення житлового законодавства серед інших галузей законодавства зумовлено особливістю їх об'єкта – житла. Однією із ознак житлового законодавства є окреслене, порівняно з правовідносинами, коло їх учасників, наділених спеціальною правосуб'єктністю. В ЖК України мають поєднуватися норми приватного і публічного характеру, проте можливий їх додатковий спеціальний вплив.

Суспільним відносинам у житловій сфері притаманна специфічність, риси однорідності, які дозволяють згрупувати їх у специфічно відокремлений вид суспільних відносин, які становлять предмет правового регулювання. Отже, можна погодитися з Р. В. Колосовим, який зазначає, що регулює специфічні (житлові) відносини, що існують і розвиваються з приводу особливого матеріального об'єкта (житла), тобто приміщення, спеціально призначеного для проживання фізичних осіб [8].

Нині в Україні цивільне і житлове законодавство віддзеркалює зміни у співвідношенні форм задоволення житлових потреб громадян, перехід до нової ринкової системи, яка базується на конституційних засадах, формування ринку житла, виникнення нових можливостей поліпшення громадянами житлових умов. Держава в особі органів місцевого самоврядування у житловій сфері сприяє залученню приватних інвесторів (юридичних осіб і громадян), правовому регулюванню відносин, пов'язаних із задоволенням житлових потреб громадян. У ЦК України визначені основні поняття, встановлено загальний порядок укладення договорів найму житла, їх види, права і обов'язки наймача. В той же час житлове законодавство має конкретизувати положення ЦК України.

Проте часто виникає потреба в розмежуванні термінів житлове право й законодавство, що досить часто в юридичній літературі вживаються як синоніми. Термін право охоплює організовану певним чином сукупність норм, що отримали чи не отримали свою формальну визначеність. Законодавство являє собою сукупність формально визначених нормативних актів. Право й законодавство мають щільний зв'язок, оскільки в їх основі завжди знаходяться нормативно-правові акти.

Особливістю структури житлового законодавства є те, що вона визначається розгалуженою системою нормативних актів, прийнятих органами різних рівнів у різний час. Найбільш важлива частина визначається Житловим кодексом УРСР, законами України «Про приватизацію державного житлового фонду», «Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитків», «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду», «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва», «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку», «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», «Про іпотеку», «Про житлово-комунальні послуги» тощо.

У чинному ЖК термін законодавство має широкий вжиток й обсяг його чітко не визначений, ним охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, але не структуровані. Тому поняття житлове законодавство використовується у значенні сукупності законів та інших нормативно-правових актів, які регламентують житлову сферу.

Для східноєвропейської моделі житлового законодавства притаманно закріплення права на житло у конституціях і регулювання житлових правовідносин окремим нормативним актом. З усіх країн колишнього Радянського Союзу тільки в Україні діє ЖК УРСР. Натомість в практиці Європейського суду з прав людини вбачаються ширші підходи до вирішення питань, пов'язаних з порушенням права на недоторканність житла і до визначення поняття житло.

Житлове законодавство слід розуміти як систему забезпечувальних державою обов'язкових норм поведінки суб'єктів права, що породжує певні правові наслідки, спрямованих на врегулювання тих чи інших суспільних відносин і має обов'язковий характер для суб'єктів цих відносин [9].

Незважаючи на прийняту значну кількість нормативних актів, в Україні немає єдиної концепції щодо реалізації права громадян на житло.

Система житлового законодавства не становить взаємопов'язану між собою внутрішню структуру норм, що регулюють житлові відносини, що є підставою створити певну систему правових норм, побудовану на принципах ієрархії, яку має забезпечувати новий ЖК України. Сучасну систему житлового законодавства можна представити за юридичною силою, змістом та сферою правового регулювання, що визначатимуть: структуру житлового фонду, повноваження державних органів у житловій сфері, призначення житлових будинків і житлових приміщень, відповідність будинків, споруд до житлових, житлові права і обов'язки власників та користувачів; форми забезпечення людини житловими приміщеннями та користування ними, забезпечення громадян соціальним житлом, користуванням спеціального призначення, правове становище співвласників житла, житлово-будівельних кооперативів та об'єднань співвласників житла, забезпечення спільного утримання житлового фонду, відповідальність за порушення житлового законодавства.

**Висновки.** Таким чином, потребують докорінної зміни чинні законодавчі та інші нормативні акти, прийняті з 1983 р. та за різні роки незалежності України, відповідно до цивільно-правових засад, визначених ЦК України. Житлове законодавство, що застосовується дотепер, є неефективним, і не дозволяє не тільки забезпечити право громадян на житло, а й хоча б передбачати вирішення проблеми існування черг на одержання державного (комунального) житла. Нормативно-правові акти продовжують регулювати відносини, які будуються за умов, коли у державній власності тільки 3% житла. Виникає нагальна потреба в реформуванні житлового законодавства, адаптованого до сучасних умов.

Предметом правового регулювання нового ЖК України мають бути відносини, що виникають у процесі: а) реалізації права на житло; б) надання фізичній особі житла у користування; в) володіння та користування житлом; г) управління житловим фондом; д) експлуатації та охорони житлового фонду; е) виключення з житлового фонду житлових будинків і приміщень, що не придатні для проживання; ж) розгляду житлових спорів та ін. Житлові правовідносини виникають, змінюються і припиняються тільки щодо готового житлового будинку чи іншого приміщення, придатного для постійного проживання фізичної особи.

ЖК України має враховувати всі особливості правового регулювання житлових правовідносин, зняти проблему паралельного застосування норм законодавства. В ньому мають бути визначені загальні цивільно-правові засади з особливостями, які не відзначені у ЦК України, в т.ч. зобов'язання, що виникають під час будівництва житла, підстави переведення придатних для проживання квартир у нежитлові, правовий режим ЖБК та товариств співвласників багатоквартирного житлового будинку, особливості виникнення права власності та інших речових прав на житло; особливості цивільно-правової відповідальності власників і користувачів квартир (будинків), управління житловим фондом, правовий режим житлового фонду соціального призначення тощо.

Так, ЖК України, незалежно від ЦК України, має спеціально визначати: права та обов'язки власника житлового приміщення; право та обов'язки громадян, що проживають спільно з власником у приміщенні, яке належить йому; користування житловим приміщенням, що надається за речовим договором, а також виселення громадян, які порушують правила користування житлом.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Житлове будівництво в Україні: законодавство і судова практика. 448 с. С. 3.
2. Сазонов Ю. М., Євтєєва В. Г. Житлова сфера в Україні: стан та тенденції розвитку/ Електронне наукове фахове видання «Ефективна економіка». № 6, 2013. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=2102> (дата звернення: 12.09.2018).
3. Проект Житлового кодексу України// Голос України. 2001. 7 квітня.

4. Програма реформування і розвитку житлово-комунального господарства на 2002–2005 роки та на період до 2010 року. Схвалено Постановою Кабінету Міністрів України від 14 лютого 2002р. № 139. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/139-2002-п (дата звернення: 12.09.2018).
5. Житловий кодекс України: проект від 05.11.2010 р. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/139-2002-п http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\_1?pf3511=36021 (дата звернення: 12.09.2018).
6. Литовкин В. Н. Жилищное право, жилищное законодательство – соотношение с гражданским правом // Новый гражданский кодекс России и отраслевое законодательство. М., 1995. С. 64–65.
7. Золотарь В. А., Дятлов П. Н. Советское жилищное право. К.: Вища школа, 1986. С. 10.
8. Колосов Р. В. Концептуальні засади житлового права в правовій системі України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2014. Серія ПРАВО. Випуск 27. Том 1. С.145–148.
9. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів: Постанова Вищого арбітражного суду від 26 січня 2000 р. за № 02-5/35. URL: [https:// zakon.rada.gov.ua/goi/v5\\_35800-00](https://zakon.rada.gov.ua/goi/v5_35800-00) (дата звернення: 12.09.2018).

**Galyantich M., Pyzhova O. Problems of codification of housing legislation of Ukraine**

*For the housing legislation in Ukraine is characterized by complete legal uncertainty, which is manifested in the fragmentation of legal regulation, the presence of a large number of reference rules and norms that have lost their regulatory impact. The system of legal acts in Ukraine is quite extensive and complex as a result of changes and additions that are made to existing legal acts of a private and public-law nature. Inconsistencies between the norms of civil, family legislation in terms of legal regulation of housing use rights by subjects of housing relations can be eliminated by adopting a new housing code of Ukraine, which should systematize the regulations, by processing and converting the legal norms contained in various acts into a coherent regulatory -law act that systematically regulates the housing sector.*

**Keywords:** housing, housing legislation, housing code, housing use.

## ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА І ЕКОНОМІЧНА КОНКУРЕНЦІЯ: ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.32>

**Безух О. В.,**

*доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті відображається авторський підхід до інституту державної допомоги як інституту конкурентного права та його вади порівняно з практикою ЄС.*

**Ключові слова:** державна допомога, економічна конкуренція, господарські правовідносини.

Поняття державної допомоги та її правове регулювання є новим явищем у правовій науці України. Правова необхідність регулювання державної допомоги вперше визначена в пп. 2.2 ст. 49 Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами [ 1 ], що ратифіковано Законом України № 237/94-ВР від 10.11.94, де Україна взяла на себе зобов'язання утримуватися від надання будь-якої державної допомоги окремим підприємствам чи виробництву товарів, крім первинних товарів, що визначені ГАТТ, або від надання послуг, які спотворюють або загрожують спотворити конкуренцію і, таким чином, впливають на торгівлю між Співтовариством і Україною.

У 2008 р. Україна набула членство в СОТ, в межах якої приєдналася до Угоди про субсидії і компенсаційні заходи [ 2 ], що передбачає виконання певних вимог щодо надання державної допомоги у формі субсидій та компенсацій. В 2010 р. Протоколом про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного співтовариства, що ратифіковано Законом України від 15.12.2010 р. № 2787-VI Україна приєдналася до Договору про заснування Енергетичного співтовариства. Статтею 18 Договору встановлено, що будь-яка державна допомога на користь певних підприємств або певних енергоресурсів, яка спотворює або загрожує спотворити конкуренцію, не є сумісною з належною дією цього Договору [ 3 ].

Питанням та проблемам державної допомоги присвячено ч. 2 гл. 10 ст. 262–267 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [ 4 ].

На виконання положень Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та ЄС, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, 1 липня 2014 р. відбулось прийняття Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання», що сприяло нормативному закріпленню правового інституту державної допомоги.

Вказаний закон сприйняв норми права ЄС про державну допомогу, хоча і не позбавлений певних недоліків порівняно з узятими на себе Україною зобов'язаннями. В цілому норми права ЄС та Світової організації торгівлі вплинули на регулювання відносин, пов'язаних з використанням державної допомоги, та господарських відносин на засадах, які б не суперечили основам зовнішньої торгівлі та економічній конкуренції в Україні.

Правове регулювання державної допомоги займає важливе місце в розвитку ринкових відносин та створенні ефективного конкурентного середовища. Основною метою конкурентної політики в більшості держав є ефективний розподіл ресурсів і, відповідно, максимізація національного благополуччя [ 5 ]. Держава володіє найбільшим економічним ресурсом, тобто можливістю створювати абсолютну монополію, та є найкрупнішим економічним суб'єктом ринку. В сучасних умовах держава прямо або опосередковано виступає на ринку як конкурент по відношенню до суб'єктів, що займаються приватною підприємницькою діяльністю. Коли чесні приватні суб'єкти, які мають обмежені економічні ресурси, здійснюють власну діяльність всупереч економічним закономірностям, то вони зазнають втрат та банкрутство, що прибирає їх з ринку. Державні та комунальні структури, певні суб'єкти господарювання можуть отримувати додаткові виплати та підтримку з державного бюджету, а також використовувати інші ресурси, які є суспільним надбанням. Це може спотворювати економічну конкуренцію, наносити шкоду іншим суб'єктам господарювання та суспільному господарському порядку, побудованому на принципах вільної конкуренції. Тому державна допомога є небажаною в умовах побудови ринкових відносин, а згадана сфера відносин потребує державного регулювання.

Наприклад, в ЄС ст. 107 Договору про функціонування ЄС [ 6 ] встановлено, якщо не обумовлено в Договорах інакше, допомога, яку в будь-якій формі надає держава-член або яка надається за рахунок державних ресурсів, що спотворює або загрожує спотворити конкуренцію, надаючи переваги певним суб'єктам господарювання або виробництву певних товарів, є несумісною з внутрішнім ринком тією

мірою, якою вона впливає на торгівлю між державами-членами. Таким чином, державна допомога є несумісною із розвитком ринкових відносин.

Згідно зі ст. 108 Договору Комісія Європейського Союзу уповноважена у співпраці з державами-членами постійно наглядати за всіма системами допомоги, що існують в цих державах. Комісія пропонує державам будь-які належні заходи, необхідні для поступового розвитку або для функціонування внутрішнього ринку, контроль за наданням державної допомоги. Зазначена стаття також вимагає від держав-членів ЄС завчасно повідомляти Комісію ЄС щодо своїх планів надання або зміни державної допомоги (так звана нотифікаційна вимога (notification requirement)).

Слід звернути увагу, що згідно зі ст. 269 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, сторони домовились, що вони застосовуватимуть ст. 262, 263(3) або 263(4) цієї Угоди з використанням як джерела тлумачення критеріїв, що впливають із застосування ст. 106, 107 та 93 Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – Договору), зокрема відповідну судову практику Суду ЄС, а також відповідне вторинне законодавство, рамкові положення, керівні принципи та інші чинні адміністративні акти ЄС.

На жаль, визначення термінів у чинному законодавстві України не завжди збігається із вимогами Угоди про асоціацію щодо тлумачення термінів. При цьому, за загальним правилом, пріоритет надається міжнародному договору, згоду на ратифікацію якого надала Верховна Рада України.

Поняття державної допомоги і є ключовим для розуміння характеру правових відносин, що виникають та підлягають державному регулюванню. У законі наведено поняття, сформульоване дуже широко, як підтримка у *будь-якій формі* суб'єктів господарювання *за рахунок ресурсів* держави чи місцевих ресурсів.

Використання ресурсу, з точки зору змісту, передбачає вплив (економічний, адміністративний, організаційний, інформаційний тощо) на економічну діяльність суб'єктів господарювання. З цієї точки зору до відносин, що виникають унаслідок державної допомоги, субсидіарно можуть застосовуватися положення ст. 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції», згідно з якою антиконкурентними діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю є прийняття будь-яких актів (наказів, рішень, розпоряджень, постанов тощо), надання письмових чи усних вказівок, укладення угод або будь-які інші дії чи бездіяльність органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції. Враховуючи, що надання державної допомоги відбувається за рішенням (актом) суб'єкта владної допомоги, у випадку негативного впливу на економічну конкуренцію, таке надання державної допомоги підпадає також під дію ст. 15 наведеного Закону.

Визначення в Законі є не зовсім вдалим, оскільки спотворення конкуренції пов'язане не лише з отриманням неправомірних переваг (переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності), а й з дискримінацією інших суб'єктів господарювання, які таку підтримку не отримали.

У ст. 262 Угоди про асоціацію надано трохи інше визначення, яке не містить цього недоліку, зокрема, державна допомога – будь-яка допомога, надана Україною або країнами-членами ЄС з використанням державних ресурсів, що спотворює або загрожує спотворити конкуренцію шляхом надання переваг окремим підприємствам або виробництву окремих товарів, є несумісною з належним функціонуванням цієї Угоди тією мірою, в якій вона може впливати на торгівлю між Сторонами.

Державна допомога потенційно впливає на економічну конкуренцію та торгівлю на ринку. Практика Суду ЄС щодо концепції державної допомоги є досить широкою. У справі *T-613/97 Ufex and Other v. Commission* [ 7 ] у своєму рішенні від 07.06.2006 р. Суд ЄС наголосив, що постачання товарів і послуг на преференційних умовах являє собою непряму перевагу, яка має такий самий ефект як і субсидія. Більше того, відповідно до виробленої судової практики ст. 107 Договору не проводить різницю між заходами державного втручання залежно від їх причин чи від їх цілей, а визначає їх через наслідки, до яких вони приводять. В законі України викладено інший підхід, коли державна допомога є допустимою або може бути визнана допустимою (ст. 5; 6 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» залежно від причин та цілей державного втручання).

Встановлення недопустимості державної допомоги для конкуренції не створює недопустимості державної допомоги для господарської діяльності. Головним є те, щоб в процесі надання державної допомоги не виникало негативного результату – спотворення економічної конкуренції. Таким чином, як і в законодавстві про захист економічної конкуренції діє принцип «спричинення», коли відповідна дія розглядається з точки зору можливості нанесення шкоди для конкуренції.

Для того, щоб відповідати змісту поняття «державна допомога», яке є недопустимим, заходи підтримки суб'єктів господарювання повинні:

- 1) створювати для їх одержувачів переваги;



- 2) стосуватися лише окремих підприємств або виробництва певних товарів;
- 3) надаватися державою або за рахунок її ресурсів, або ж в інший спосіб, пов'язаний з державою;
- 4) спотворювати конкуренцію та впливати на торгівлю між державами-членами [ 8 ].

У разі встановлення наявності всіх чотирьох критеріїв можна стверджувати про надання державної допомоги, яка недопустима для конкуренції. Наприклад, надання допомоги збитковому суб'єкту господарювання за рахунок державного бюджету не означає автоматичного порушення умов конкуренції і не дає підстав розглядати бюджетну підтримку як шкідливу для конкуренції в принципі.

Згідно з Комплексним порівняльно-правовим дослідженням відповідності законодавства України законодавству ЄС у сфері державної допомоги, що надається на дослідження, розробки та інновації [ 9 ], в праві ЄС встановлені так звані винятки, за яких навіть за наявності вищезазначених критеріїв державної допомоги надання державної допомоги є прийнятним. Це ч. 2 та 3 ст. 107 Договору. Для більшості випадків державної допомоги найбільш відповідними винятками є винятки, передбачені пунктами «а», «с» ч. 3 ст. 107 Договору:

– пункт «а» ч. 3 ст. 107 Договору поширюється на допомогу, спрямовану на підтримку економічного розвитку територій, де стандарти життя є надзвичайно низькими чи де наявне значне безробіття;

– пункт «с» ч. 3 ст. 107 Договору передбачає допомогу, спрямовану на полегшення розвитку певних видів економічної діяльності чи певних секторів економіки, за умови, що така допомога не спричинить негативних наслідків на умови торгівлі, які становлять загальний інтерес.

У процесі здійснення своїх повноважень Комісія ЄС розробила спеціальні підходи залежно від розміру суб'єкта господарювання, місця його розташування, галузі економіки, мети державної допомоги тощо. З метою забезпечення принципу прозорості, передбачуваності та юридичної визначеності Комісія ЄС також оприлюднює критерії, які вона використовує при вирішенні питання: чи підпадають під встановлені винятки нотифіковані державою-членом заходи державної допомоги. Таке оприлюднення здійснюється у формі регламентів, комюніке, повідомлень, програм, настанов, листів. На жаль, в Україні такий порядок не передбачений.

Окремо слід зупинитися на розумінні послуг, що становлять загальний інтерес. Згідно з Законом послуги, що становлять загальний економічний інтерес, – послуги, пов'язані із задоволенням особливо важливих загальних потреб громадян, що не можуть надаватися на комерційній основі без державної підтримки.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» дія цього Закону не поширюється на підтримку господарської діяльності, пов'язаної з наданням послуг, що становлять загальний економічний інтерес, у частині компенсації обґрунтованих витрат на надання таких послуг. Перелік послуг, що становлять загальний економічний інтерес, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Перелік послуг, що становлять загальний економічний інтерес та формулювання даної правової норми, не відповідає поняттю послуг, що становлять загальний економічний інтерес, наданий у ст. 1 цього Закону та вимогам ст. 269 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони.

В контексті даного Закону це послуги, наведені у переліку, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2018 р. № 420 «Про затвердження переліку послуг, що становлять загальний економічний інтерес». Цей перелік зводиться лише до газового ринку та ринку електричної енергії, що є дуже вузьким та недостатнім порівняно із завданнями реалізації конституційних прав громадян, зокрема, у сферах надання медичних, соціальних послуг, забезпеченні різних аспектів безпечного життя громадян. У праві ЄС використовується термін «послуги загального економічного значення», перелік яких встановлюється Єврокомісією, відповідною державою або судом. Необхідно зазначити, що і в Угоді про асоціацію з ЄС також використовується термін «послуги, що мають загальний економічний інтерес» (ст. 263 Угоди).

У праві ЄС «послуги загального економічного інтересу» (далі – ПЗЕІ) – це послуги, які мають особливі характеристики порівняно з іншими видами господарської діяльності. За відсутності конкретних норм Європейського Союзу, що визначають сферу для існування ПЗЕІ, держави-члени мають широку свободу у визначенні послуг як ПЗЕІ, так і в наданні компенсації надавачу послуг. У повідомленні Європейської Комісії щодо застосування норм про державну допомогу до компенсації, наданої для забезпечення ПЗЕІ, міститься інформація, що «ввірення «конкретного завдання громадського обслуговування» передбачає надання послуг, які, якщо враховувалася його власний комерційний інтерес, суб'єкт господарювання не припустив би або не припустив би такою самою мірою або за аналогічних умов. Застосовуючи критерії загального інтересу, держави-члени або Європейський Союз може додати певні зобов'язання до таких послуг». Щоб бути класифікованими як ПЗЕІ, послуги повинні бути адресовані громадянам або бути в інтересах суспільства в цілому. Приклади сфер, в яких можуть бути визначені послуги загального інтересу, включають: громадський транспорт; поштові послуги; енергетичний сектор.

Прикладом визначення послуг, що мають загальний економічний інтерес, є наведений в Рішенні комісії від 20 грудня 2011 р. «Про застосування частини 2 статті 106 Договору про функціонування Європейського Союзу до державної допомоги у вигляді компенсації за обслуговування населення, що надається певним суб'єктам господарювання, які несуть відповідальність за надання послуг загального економічного значення» висновок, що лікарні і суб'єкти господарювання, які несуть відповідальність за надання соціальних послуг та на які покладено завдання загального економічного значення, мають особливі характеристики, які необхідно враховувати. Зокрема, необхідно враховувати той факт, що за існуючих економічних умов та на поточному рівні розвитку внутрішнього ринку соціальні послуги можуть вимагати допомоги, що перевищує граничний рівень, передбачений в цьому Рішенні для компенсації витрат на обслуговування населення. Більша сума компенсації за соціальні послуги не обов'язково становитиме більший ризик викривленню конкуренції. Відповідно, суб'єкти господарювання, які несуть відповідальність за надання соціальних послуг, включаючи забезпечення житлом знедолених громадян, чи надання послуг в соціальному плані більш вразливим групам населення, які з огляду на свою неплатоспроможність не можуть на ринкових умовах забезпечити себе житлом, також повинні користуватись винятком із загального правила повідомлення, передбаченого в цьому Рішенні, навіть якщо сума компенсації, яку вони отримують, перевищує загальний граничний рівень компенсації, передбачений в цьому Рішенні. Такі самі положення повинні застосовуватись до лікарень, які надають медичні послуги, включаючи, якщо застосовуються, послуги невідкладної допомоги та додаткові послуги, що напряму стосуються їх основної діяльності, зокрема в галузі досліджень. Для того, щоб скористатись виключенням із загального зобов'язання повідомлення, соціальними послугами повинні бути точно визначені послуги, які відповідають соціальним потребам, що стосуються здоров'я і довготермінового піклування, догляду за дітьми, доступу та реінтеграції на ринку праці, забезпечення соціальним житлом та соціального залучення вразливих груп населення [10].

Згідно з правом ЄС для того, щоб певні послуги загального економічного значення надавались на основі принципів та на умовах, які надають можливість досягнути їх мети, фінансова підтримка держави може бути необхідною для покриття деяких або усіх спеціальних витрат, які виникають в результаті зобов'язання з обслуговування населення. Відповідно до ст. 345 Договору, згідно з тлумаченням Суду Європейського Союзу немає значення чи такі послуги загального економічного значення надаються державними чи приватними суб'єктами господарювання.

У своєму рішенні у справі C-280/00 *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark* [2003] ECR I-7747 [ 10 ] Суд вирішив, що компенсація за обслуговування населення не вважається державною допомогою в межах розуміння ст. 107 Договору за умови відповідності у сукупності чотирьом критеріям. По-перше, одержувач, суб'єкт господарювання має фактично виконувати зобов'язання з обслуговування населення, і такі зобов'язання чітко зазначаються. По-друге, параметри, на основі яких розраховується компенсація, встановлюються наперед в об'єктивний і відкритий спосіб. По-третє, компенсація не повинна перевищувати необхідного для покриття усіх чи частини витрат, необхідних для виконання зобов'язання з обслуговування населення, враховуючи відповідні грошові надходження і обґрунтований прибуток. Зрештою, якщо суб'єкт господарювання, на якого покладається зобов'язання з обслуговування населення, в окремому випадку обирається не відповідно до процедури здійснення державних закупівель, яка надає можливість обрати заявника, спроможного надавати такі послуги з найменшою вартістю для співтовариства, рівень необхідної компенсації встановлюється на основі аналізу витрат, які поніс би типовий суб'єкт господарювання з відповідною організацією та який володіє усіма необхідними засобами.

Якщо ці критерії не виконуються і дотримано загальних умов застосування ч. 1 ст. 107 Договору, компенсація за обслуговування населення вважається державною допомогою і підлягає ст. 93, 106, 107 і 108 Договору [ 10 ].

Згідно зі ст. 5 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» державна допомога є допустимою, якщо надається з метою забезпечення споживачів соціально важливими товарами, за умови, що така допомога не є дискримінаційною стосовно місця походження товарів.

Перелік соціально значущих товарів і послуг, за яким проводиться постійний моніторинг цін і тарифів на споживчому ринку регіонів, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 13 червня 2002 р. № 803 «Про заходи щодо проведення моніторингу цін і тарифів на споживчому ринку». Цей підхід є сегментарним, оскільки законодавство не визначає загального поняття соціально важливих товарів. У праві ЄС дана проблема вирішується через поняття товарів та послуг, що мають загальний економічний інтерес, але в контексті цього закону відносини щодо товарів та послуг, що мають загальний економічний інтерес, регулюються іншою нормою.

Згідно з Законом України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» просте зазначення походження товару – будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару. Ним може бути і назва географічного місця, яка вживається для позначення товару або як складова частина такого позначення. Наведений

Закон визначає правові засади охорони прав на зазначення походження товарів в Україні та регулює відносини, що виникають у зв'язку з їх набуттям, використанням та захистом, в тому числі від випадків дискримінації стосовно місця походження товарів. Тому навіть до наведеної правової норми додали умову, що така допомога не є дискримінаційною стосовно місця походження товарів, є «загадкою» законодавця.

Перелік соціально значущих товарів і послуг, за яким проводитиметься постійний моніторинг цін і тарифів на споживчому ринку регіонів в цілому, за винятком окремих позицій, не збігається з визначенням та переліком послуг, що становлять загальний економічний інтерес, та метою їх визначення. На нашу думку, в даному випадку виникає конфлікт між радянською ідеологією і побудованому на ній уявленню про соціально значущий товар, наприклад хліб (для бідних), і принципами ринкової економіки, де будь-який продукт є товаром, і можливість його придбати визначається можливістю отримати роботу і кількістю грошей, що сплачують за одиницю часу праці.

Ще однією з умов допустимості держаної допомоги, що визначена у законі, є сприяння окремим видам господарської діяльності або суб'єктам господарювання в окремих економічних зонах, за умови, що це не суперечить міжнародним договорам України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

У даній нормі закладена внутрішня суперечність, оскільки сприяння окремим суб'єктам господарювання спотворює конкуренцію та є забороненим.

Стосовно сприяння окремим видам господарської діяльності, то згідно із законодавством ЄС Європейська комісія вважає галузеву державну допомогу допустимою, коли існує необхідність нейтралізувати істотні відмінності у регіональному розвитку, стимулювати або прискорити певні види діяльності з соціальних причин, усунути спотворення конкуренції внаслідок подій за межами ЄС. У зв'язку з цим Європейська комісія розробила низку критеріїв, за якими вона оцінює пропозиції щодо надання галузевої допомоги, які надходять їй від держав-членів. Основні критерії такі:

– надання державної допомоги має обмежуватися випадками, в яких це обґрунтовано ситуацією у відповідній галузі;

– державна допомога повинна надаватися з метою довгострокового відновлення рентабельності шляхом розв'язання актуальних проблем, а не збереження існуючого положення і відкладання рішень та змін, які є невідворотними; – окрім випадків, коли державна допомога надається протягом відносно короткого періоду, її розмір має поступово зменшуватися з урахуванням результатів реструктуризації відповідної галузі;

– обсяг державної допомоги має бути пропорційним до проблеми, на вирішення якої така допомога спрямовується, з метою мінімізації спотворення конкуренції;

– проблеми виробничого характеру та безробіття не повинні поширюватися серед країн-членів.

Окрім цього, за загальним правилом, для чутливих галузей державна допомога не повинна надаватися у рамках інвестиційних проектів, спрямованих на підвищення продуктивності. При цьому загалом недопустимою вважається підтримка, яка надається для покриття поточних витрат (операційна державна допомога) суб'єктів господарювання в чутливих галузях, оскільки така допомога лише на короткий строк вирішує проблеми суб'єкта, який має діяти на ринку на засадах конкуренції [ 11 ].

Таким чином, Інститут державної допомоги є інститутом конкурентного права, оскільки безпосередньо пов'язаний із економічною конкуренцією.

Визначення термінів у чинному законодавстві України щодо державної допомоги не завжди відповідає критеріям, що випливають із застосування ст. 106, 107 та 93 Договору про функціонування Європейського Союзу, відповідної судової практики Суду Європейського Союзу, а також відповідному вторинному законодавству, рамковим положенням, керівним принципам та іншим чинним адміністративним актам Союзу, як це передбачено ст. 269 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими співтовариствами та їх державами-членами. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998\\_012](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_012) (дата звернення: 12.02.2019).

2. Угода про субсидії і компенсаційні заходи. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981\\_015](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_015) (дата звернення: 12.02.2019).

3. Договір про заснування Енергетичного Співтовариства. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_926](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_926) (дата звернення: 12.02.2019).

4. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011) (дата звернення: 12.02.2019).

5. Hoekman B., Mavroidis P. Dumping, Antidumping and Antitrust Journal of World Trade. 1996. Vol. 30. No. 1. P. 28 (дата звернення: 12.02.2019).
6. Договір про функціонування Європейського Союзу. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b06](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06) (дата звернення: 12.02.2019).
7. Ufex and Other v. Commission Official Journal C 200/4, 23.08.2003. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_2003.200.01.0003.01.ENG&toc=OJ:C:2003:200:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2003.200.01.0003.01.ENG&toc=OJ:C:2003:200:TOC) (дата звернення: 12.02.2019).
8. The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade. – Cameron May, 2006. P. 29.
9. Комплексне порівняльно-правове дослідження відповідності законодавства України законодавству ЄС у сфері державної допомоги, що надається на дослідження, розробки та інновації. URL: [http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?showHidden=1&art\\_id=217567&cat\\_id=45722&ctime=1340791197960](http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?showHidden=1&art_id=217567&cat_id=45722&ctime=1340791197960) (дата звернення: 12.02.2019).
10. Рішення Європейської комісії від 20 грудня 2011 року «Про застосування частини 2 статті 106 Договору про функціонування Європейського Союзу до державної допомоги у вигляді компенсації за обслуговування населення, що надається певним суб'єктам господарювання, які несуть відповідальність за надання послуг загального економічного значення». URL: [https://minjust.gov.ua/m/str\\_45873](https://minjust.gov.ua/m/str_45873) (дата звернення: 12.02.2019).
11. Державна допомога в окремих «чутливих» галузях економіки України. URL: <http://eupublicprocurement.org.ua/state-support-in-certain-sensitive-sectors-of-ukraines-economy.html> (дата звернення: 12.02.2019).

**Bezuh O. State aid and economic competition: aspects of interaction**

*The author's approach to the state aid institute as an institution of competition law and its defects in comparison with the EU practice is reflected in the article.*

**Keywords:** state aid, economic competition, economic relations.

## САМОРЕГУЛІВНІ ОРГАНІЗАЦІЇ: ПРОБЛЕМАТИКА ДЕЛЕГУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ, НАГЛЯДУ ТА КОНТРОЛЮ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.33>

**Гончаренко О. М.,**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті висвітлено актуальні питання нагляду та контролю за саморегульованими організаціями в Україні. Зроблено висновок, що у разі отримання СРО делегованих повноважень до предмета нагляду та контролю за СРО включаються повноваження органів публічної влади щодо належного здійснення СРО делегованих повноважень. Стверджено, що рівень державного нагляду та контролю залежить від моделі саморегулювання, прийнятого на ринку: чим більше передано повноважень до СРО (делеговане саморегулювання), тим вищий рівень нагляду та контролю за організацією буде здійснено.*

**Ключові слова:** саморегульовані організації, саморегулювання, делеговані повноваження, нагляд та контроль за саморегульованою організацією, моделі саморегулювання, делеговане саморегулювання, органи публічної влади.

Невідворотний процес побудови системи інституційного саморегулювання в Україні є відповіддю на глобалізаційні процеси, які відбуваються в європейському регіоні. Швидкі технологічні зміни, нові альтернативи постають як виклики, що потребують таких самих адекватних реакцій з боку суспільства задля забезпечення сталості його розвитку. Лібералізація та конвергенція є підставами для посилення ролі саморегульованих інституцій, для розвитку внутрішніх його структур, для зміни парадигми взаємодії та співпраці з державою та загалом до трансформації державності. Трансформації, перш за все, набувають регуляторна та контрольна функції держави. Важливо дослідити у зв'язку з посиленням ролі саморегулювання та співрегулювання, трансформацію та модернізацію контрольної функції держави щодо СРО.

Державний нагляд та контроль за діяльністю саморегульованих організацій здійснюються за загальним правилом органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізацію державної політики, а також моніторинг та контроль у відповідній сфері господарської та/або професійної діяльності.



Метою статті є визначення проблемних питань здійснення органами державної влади нагляду та контролю за функціонуванням саморегульвних організацій в Україні та у зв'язку з цим виокремлення особливості нагляду та контролю за саморегульвними організаціями, яким делегуються повноваження.

Розглядаючи питання нагляду та контролю за діяльністю саморегульвних організацій, перш за усе, слід виходити з таких засад.

Саморегульвні організації є незалежними у своїй діяльності, тому не допускається втручання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб у роботу цих організацій. Стаття 19 Основного закону України чітко та однозначно вказує на межі діяльності публічних органів влади «лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». Тому повноваження публічних органів влади та їх посадових осіб щодо нагляду та контролю за СРО мають бути чітко визначені на рівні закону, а не підзаконного акта. На основі аналізу чинних законів та підзаконних нормативно-правових актів щодо нагляду та контролю за СРО доходимо висновку, що саме низкою підзаконних нормативно-правових актів визначено такі повноваження, а не на рівні закону, що є грубим порушенням норм Конституції України.

Водночас саморегульвні організації не мають втручатися у діяльність органів публічної влади та їх посадових осіб. Взаємодія публічних органів державної влади та саморегульвних організацій має відбуватися на основі, у формах та спосіб, передбачених Конституцією та законами України. Зокрема, саморегульвні організації запрошуються, а в більшості випадків обов'язково залучаються до процесу формування державної політики на певному ринку, у сфері, галузі, виді господарської діяльності шляхом розроблення проектів нормативно-правових актів. Органи публічної влади проводять консультації з питань здійснення господарської або професійної діяльності, утворюють консультативні, дорадчі та інші допоміжні органи, у роботі яких беруть участь представники саморегульвних організацій. Саморегульвні організації залучаються до вирішення питань місцевого значення на рівні органів місцевого самоврядування. Отже, співпраця, здійснення нагляду та контролю зі сторони органів публічної влади щодо саморегульвних організацій має бути відкритою та прозорою.

Оскільки саморегульвні організації є певним майданчиком для формування, усвідомлення та реалізації інтересів усіх зацікавлених осіб у регулюванні певного ринку, сфери, галузі, виду господарської або професійної діяльності, то залучення цих організацій до розробки законопроектів, проведення консультацій з ними з питання створення, компетенції СРО, нагляду та контролю за їх діяльністю, розподілу функцій з нагляду та контролю між органами публічної влади та СРО є обов'язковим. Отже, взаємодія та співпраця із саморегульвними організаціями на основі визначених законом норм є запорукою продуктивного та ефективного регулювання з дотриманням принципів відкритості та прозорості.

Важливим моментом з питання здійснення нагляду та контролю за СРО є проблематика надання інформації СРО щодо її функціонування та діяльності її членів. Адже, перш за все, органи державної влади здійснюють перевірку інформації, яка надається СРО. Тому визначення питань щодо інформації, яка має бути надана СРО, включаючи проблематику комерційної таємниці та дотримання законодавства з питань запобігання корупційним діям, усунення конфлікту інтересів, фінансування протиправних діянь (тероризму), залишається актуальним.

Ще одним концептуальним зауваженням буде таке. У науці визначено різні моделі саморегулювання у державах: договірне, делегована та змішане. Тому можна дійти висновку, що рівень державного нагляду та контролю буде також залежати від моделі саморегулювання, прийнятого на ринку. Чим більше передано повноважень до СРО (делеговане саморегулювання), тим вищий рівень нагляду та контролю за організацією буде здійснено. Водночас при добровільному саморегулюванні, де СРО створюються за зразком громадських організацій, рівень державного нагляду та контролю за організацією як за СРО буде мінімальним. У разі якщо СРО є неофіційною (безстатусною) [1, с. 108–113], то і нагляд, і контроль буде відповідно здійснено у загальному порядку як до громадського об'єднання або ж господарської асоціації, або у визначеному законом порядку до відповідної організації: палати, торгово-промислової палати, біржі тощо<sup>1</sup>.

Повноваження з контролю діяльності власних членів, які здійснює СРО з делегованими повноваженнями, відрізняються від цих самих функцій, які здійснюються СРО без делегованих повноважень. Адже у першому випадку держава делегує виконання певних публічних функцій органу державної влади до СРО, у другому – СРО моніторить дотримання та виконання власних внутрішніх правил членами СРО.

Ю. Остапенко, проводячи аналіз законодавства щодо делегування повноважень СРО, слушно пропонує дії щодо: «...1) перегляду системи правового регулювання в цілому із чітким розмежуванням регулюючого впливу держави і саморегулювання, функцій і повноважень, які є виключно державними, і

<sup>1</sup> При аналізі законодавства України доходимо висновку про можливість визначення таких видів СРО, які офіційно визнані саморегульвними організаціями (офіційні, статусні) та які здійснюють функції, притаманні СРО, однак не визнані на рівні державних органів (неофіційні, безстатусні).

тих, що хоча б теоретично можуть бути делеговані СРО; 2) встановлення порядку і способів делегування повноважень держави; 3) конкретизація на нормативно-правовому рівні відповідальності самої СРО і її посадових осіб за невиконання або неналежне виконання функцій, делегованих державою; 4) нормативно-правове визначення порядку й способу контролю з боку відповідних державних виконавчих органів за реалізацією повноважень, делегованих державою; 5) удосконалення системи фінансування СРО з урахуванням обсягів делегованих повноважень» [2]. Підтримуємо вказаний підхід щодо визначення переліку делегованих повноважень. Чіткість встановлення порядку делегованих повноважень та тих, які потенційно можуть делегуватися та, відповідно, не підлягають делегуванню, має бути законодавчо визначений. Однак замало тільки визначитися із переліком відповідних повноважень, слід оцінити готовність самих суб'єктів до саморегулювання та, відповідно, створити належне інституційне середовище, яке б відповідало принципам демократичності, прозорості у діяльності та було б здатне ефективно здійснювати самоконтроль. Тільки у такому випадку делегування повноважень буде корисним та ефективним. Отже, потрібно провести аудит функцій, перспективних для делегування СРО. Відсутність такого аудиту та відповідних чітких законодавчих норм щодо делегування залишає СРО можливість функціонувати на рівні створення саморегулювних норм та контролю за їх дотриманням (так званої етичної моделі).

У результаті проведення аудиту виділяються дві групи функцій: 1) функції, що закріплюються за державним органом; 2) функції, які можливо передати в конкурентне середовище або ліквідувати [3]. Друга група функцій має бути оцінена та, відповідно, усвідомлена готовність ринку до їх отримання. З метою виділення функцій, делегування яких можлива СРО, пропонується провести аналіз регуляторного впливу другої групи функцій, тобто повноважень, які потенційно делегуються, на предмет ефективності такої передачі і наслідків для галузі відповідно до Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» 11.09.2003 року № 1160-IV [4].

Цікавий досвід делегування повноважень можна спостерігати на прикладі Казахстану. У межах реформи передбачалася передача доволі широкого спектра державних повноважень (не тільки в рамках системи ліцензування), при цьому сам механізм їх передачі, а також функціонування СРО було опрацьовано доволі детально. Ініціаторами ж впровадження саморегулювання виступили окремі державні органи. У Республіці Казахстан було підготовлено План нації «100 кроків по 5 інституціональних реформах» [5]. Крок 97 цього плану «Розширення можливості громадян брати участь у процесі прийняття рішень через розвиток саморегулювання і місцевого самоврядування. Передача не властивих державі функцій в конкурентне середовище і саморегульованим організаціям» передбачає, що такі дії будуть здійснюватися щорічно за допомогою проведення таких поетапних заходів: 1-й етап – інвентаризація функцій; 2-й етап – опублікування на сайті переліку функцій і громадське обговорення; 3-й етап – аналіз готовності ринку; 4-й етап – розгляд переліку функцій постійнодіючою комісією; 5-й етап – передача функцій до конкурентного середовища [6].

Наступний приклад щодо визначення проблематики делегування повноважень можна навести на досвіді Канади. Так, у провінції Онтаріо прийнято Акт про делеговані адміністративні органи (повноваження) у 2012 році, метою якого є забезпечення ефективного та дієвого делегування урядових програм та послуг незалежним неприбутковим корпораціям, що діють у рамках жорсткої системи підзвітності та управління [7]. У цьому акті детально визначені критерії делегування повноважень, взаємодія органів державної влади із адміністративними органами, яким делеговані повноваження, питання скасування та обмеження делегованих повноважень, вимоги до корпорацій, яким можуть делегуватися повноваження, поняття, порядок та вимоги щодо укладання та припинення адміністративних угод, які укладаються між органами державної влади і некомерційними корпораціями та іншими. Відповідно до цього акта компетентний Міністр може ухвалювати правила та Етичний кодекс. «Адміністративним органом, якому делегуються повноваження» («delegated administrative authority»), є корпорація, яку визначає губернатор-лейтенант в Раді, який шляхом впорядкування може: а) делегувати адміністрування положень закону; б) призначити корпорацію як адміністративний орган з делегованими повноваженнями. Також можливе відкликання делегування, що не призводить до скасування будь-якого положення, прийнятого радою адміністративного органу відповідно до делегованих повноважень до скасування делегування, та залишається чинним [8]. Важливим положенням закону є момент щодо обов'язковості укладення адміністративної угоди з приводу делегованих повноважень («delegated legislation»). Адміністративна угода повинна включати всі питання, які Міністр вважає необхідними для делегування адміністративному органу, включаючи, як мінімум, а) вимоги, що стосуються управління адміністративним органом; б) вимоги, яких повинні дотримуватися адміністративні органи у зв'язку з адмініструванням делегованих повноважень, включаючи вимогу щодо належного страхування відповідальності, та інші.

Ідеологічно саморегулювні організації є незалежними у своїй діяльності, однак нагляд і контроль за ними реалізується органами державної влади, органами суспільного нагляду як публічними

юридичними особами, тому потрібно забезпечити розумний баланс між виконанням державних функцій та незалежністю СРО.

Приклади здійснення державного нагляду (контролю) можна відшукати у роботі Міністерства юстиції України. Відповідно до Порядку здійснення контролю (нагляду) за діяльністю саморегульвних організацій арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 09.01.2013 року № 64/5 [9], Міністерство юстиції України як державний орган з питань банкрутства здійснює процедуру контролю (нагляду) за діяльністю саморегульвних організацій арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів). Предметом контролю (нагляду) державного органу з питань банкрутства є дотримання саморегульвною організацією арбітражних керуючих вимог цього Закону, інших нормативно-правових актів України [10]. У разі неподання саморегульвною організацією арбітражних керуючих щорічної інформації або невідповідності її вимогам, встановлених законом, така саморегульвна організація виключається з переліку саморегульвних організацій арбітражних керуючих, а отже, не може функціонувати як СРО [11]. Однак, виходячи з норм закону, може продовжувати здійснювати свою діяльність як всеукраїнська громадська організація.

Важливим моментом є законодавче встановлення повноважень державного органу з питань банкрутства, серед яких можна виділити такі, які можуть бути потенційно делеговані СРО, однак у цій сфері наразі не існує відповідного механізму. Отже, до таких повноважень, на нашу думку, можна віднести: організацію системи підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів); установлення вимог для отримання свідоцтва на право здійснення діяльності арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора); формування Єдиного реєстру арбітражних керуючих (розпорядників майном, керуючих санацією, ліквідаторів) України [10]. Слід зазначити, що у цій сфері може бути кілька СРО, тому формування Єдиного реєстру на рівні СРО буде не доцільним, однак у формуванні реєстру членів організації СРО є компетентною.

Ще однією проблемою при регулюванні діяльності СРО є відсутність розмежування контрольних функцій СРО та державного органу з питань банкрутства щодо діяльності арбітражних керуючих. Так, контроль можуть здійснювати і орган державної влади і СРО. Зокрема, у вказаному законі зазначено, що саморегульвна організація арбітражних керуючих здійснює такі функції та повноваження щодо громадського регулювання діяльності арбітражних керуючих: контроль за виконанням положень цього Закону та інших нормативно-правових актів у діяльності арбітражних керуючих – її членів.

Отже, фактично виходить подвійний контроль за діяльністю арбітражних керуючих. Наділяючи певними контрольними повноваженнями СРО, орган державної влади не позбавляється у цьому випадку цих повноважень. Тому виникає закономірне питання щодо усунення подвійного контролю за діяльністю членів СРО.

Важливими особливостями характеризується нагляд та контроль за СРО на ринку фінансових послуг. Відповідно до Принципів IOSCO у Блоці В щодо саморегулювання зазначається: «Якщо в регуляторній системі використовуються саморегульвні організації, які здійснюють окремі прямі повноваження з нагляду у їх відповідній сфері компетенції, такі СРО повинні підлягати нагляду регулятора та відповідати стандартам справедливості та конфіденційності при виконанні делегованих ним обов'язків» [12]. У Блоці В (Принцип 9) констатується: «Формально законодавство України передбачає делегування повноважень саморегульвним організаціям. Більш того, НКЦПФР зареєстровані асоціації, названі СРО. Однак фактично СРО з будь-якими регуляторними повноваженнями не існує. Якщо НКЦПФР бажає використовувати СРО, то слід гарантувати, що вони мають здатність розробляти належні правила поведінки та забезпечувати їх дотримання. Водночас Комісія повинна мати повноваження і спроможність забезпечувати незалежність і неупередженість в діяльності СРО, незважаючи на конфлікти їх інтересів» [12]. Отже, при аналізі указаних принципів доходимо висновку, що СРО, які мають делеговані повноваження, підлягають ретельнішому (інтенсивнішому) нагляду та контролю. Діяльність СРО має відповідати принципам справедливості, конфіденційності, незалежності та неупередженості. Водночас наділення делегованими повноваженнями СРО є гарантією з боку держави здатності розробки та дотримання законодавства, внутрішніх правил у діяльності членів цієї СРО. Орган державної влади має бути упевненим у спроможності активної діяльності СРО. Це фактично гарантія дієвості та ефективності СРО.

Перевірка достовірності інформації та у разі невідповідності, на думку державного органу, вимогам до набуття статусу СРО є найбільш поширеною у судовій практиці. Так, Окружний адміністративний суд міста Києва розглянув позов Професійної асоціації реєстраторів і депозитаріїв до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку за участю третьої особи Асоціації «Українські фондові торговці» про визнання дій протиправними, зобов'язання вчинити дії, обґрунтовуючи свої вимоги тим, що рішення, прийняте за наслідками розгляду поданих позивачем документів, яким відмовлено Професійній асоціації реєстраторів та депозитаріїв в наданні статусу та видачі свідоцтва



саморегульованої організації професійних учасників фондового ринку за видом професійної діяльності – діяльність з торгівлі цінними паперами, є протиправним, а окремі норми Положення, на підставі якого було прийняте рішення № 112, незаконні, протиправні та такі, що не відповідають вимогам правового акта. Судом було встановлено відсутність у відповідача – Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку – достовірної інформації щодо кількості професійних учасників фондового ринку за видом професійної діяльності, що, як наслідок, унеможливує визначення відсотка співвідношення між ними для прийняття рішення про реєстрацію ОПУ та видачу свідоцтва про реєстрацію ОПУ або про відмову в реєстрації ОПУ та видачі свідоцтва про реєстрацію ОПУ, тому рішення НКЦПФР було визнано протиправним та скасовано [13]. У даному прикладі НКЦПФР не змогла довести підставність свого висновку про невідповідність вимогам закону поданої інформації СРО.

Аналіз чинного законодавства дає підстави стверджувати про відсутність єдиного механізму щодо припинення діяльності СРО. В одних законодавчих актах встановлюється можливість ліквідації СРО у судовому порядку, в інших – у разі звернення до компетентного органу, ще в інших – виключення з Реєстру СРО або ж анулювання свідоцтва СРО, а також передбачається можливість не продовження дії свідоцтва щодо реєстрації організації у статусі СРО, що не є підставою для припинення юридичної особи. Отже, фактично подвійний правовий статус СРО: як громадського об'єднання або ж господарської асоціації включає подвійний механізм правової охорони такої юридичної особи. З припиненням статусу СРО не припиняється її діяльність у визначених організаційно-правових формах. Тому створення нової організаційно-правової форми як саморегульованої організації може призвести до небажання суб'єктів господарювання об'єднуватися та набувати статусу у такій формі.

Отже, одним із головних обов'язків органів державної влади при здійсненні нагляду та контролю за СРО є визначення відповідності їх діяльності законодавству України.

На відміну від ринку цінних паперів нагляд і контроль у сільськогосподарській дорадчій діяльності не деталізований з огляду на нерозвиненість саморегульованих організацій у цій сфері. Закон України «Про сільськогосподарську дорадчу діяльність» від 09 грудня 2012 року № 5462-VI передбачає лише повноваження центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері сільського господарства, координацію діяльності саморегульованої організації.

Жодних положень щодо здійснення контролю та нагляду у цьому Законі не встановлено. Однак згідно з Порядком надання Всеукраїнській громадській професійній організації статусу саморегульованої організації від 18 листопада 2009 року № 1221 статус саморегульованої організації анулюється Мінагрополітики у разі: невідповідності саморегульованої організації вимогам, визначеним цим Порядком (вимоги щодо кількісного складу, охоплення території та освітньої функції); неподання або несвоєчасного подання документів; припинення або встановлення тимчасової заборони щодо провадження діяльності зазначеною організацією [14]. Також є вказівка щодо врегулювання спорів між Мінагрополітики та СРО щодо статусу саморегульованої організації у судовому порядку. Як бачимо, контроль здійснюється лише щодо вимог набуття статусу СРО, своєчасності подання документів. Незрозумілим для реалізації залишається пункт щодо припинення або встановлення тимчасової заборони щодо провадження діяльності зазначеною організацією (як СРО, як громадською організацією?). Вказане положення потребує ретельного та належного удосконалення з метою ефективної реалізації у практичній діяльності. Залишається відкритим питання нагляду та контролю Мінагрополітики за діяльністю СРО у разі невиконання вимог законодавства у діяльності СРО взятих повноважень тощо.

Певні особливості має нагляд та контроль у сфері оцінки майна, які здійснюються відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» 12 липня 2001 року № 2658-III [15]. Зокрема, відповідно до його положень основними напрямками державного регулювання оціночної діяльності є: визнання статусу саморегульованих організацій оцінювачів та контроль за додержанням ними правил громадського регулювання оцінки майна, забезпечення їх широкого залучення до регулювання оціночної діяльності. Питання нагляду та контролю набули закріплення у таких підзаконних актах: Порядку визнання Фондом державного майна України (ФДМУ) статусу саморегульованої організації оцінювачів від 13 грудня 2001 року № 1668 [16], Порядку перевірки документів громадської організації, що претендує на визнання статусу саморегульованої організації оцінювачів від 19.12.2001 року № 2357 [17], щодо перевірки ФДМУ саморегульованих організацій оцінювачів 29.07.2010 року № 1081 [18] (відповідно до цього наказу утворюється спеціальна Комісія з перевірки саморегульованих організацій з числа фахівців центрального апарату ФДМУ у складі не менше 7 осіб). Зауважимо, що на цьому ринку діє п'ять офіційно зареєстрованих СРО, тому створення спеціальної комісії у апараті ФДМУ є цілком обґрунтованим. Це такі СРО: Всеукраїнська громадська організація «Асоціація фахівців оцінки» [19], «Всеукраїнська спілка експертів оцінювачів» [20], Всеукраїнська громадська організація «Спілка оцінювачів землі» [21], Всеукраїнська громадська організація «Союз оцінювачів України» [22], Всеукраїнська громадська організація «Асоціація спеціалістів банківської оцінки України» [23]. Як бачимо, у цій сфері створено найбільше офіційних саморегульованих організацій в Україні. Отже, відповідно до Порядку визнання ФДМУ статусу саморегульованої організації

оцінювачів від 13 грудня 2001 р. № 1668 Фонд державного майна здійснює контроль за відповідністю саморегульвних організацій оцінювачів вимогам щодо набуття статусу СРО. Крім того, додатковими підставами анулювання статусу СРО у порівнянні з підставами, які визначаються до анулювання статусу саморегульвної організації у сфері сільськогосподарської дорадчої діяльності, є: невиконання саморегульвною організацією оцінювачів повноважень з громадського регулювання професійної оціночної діяльності, визначених ст. 28 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні»; прийняття в порядку, визначеному статутними документами, рішення про припинення її повноважень з громадського регулювання оціночної діяльності. Отже, цим підзаконним нормативним актом закріплено підстави для анулювання статусу СРО як форми здійснення контролю та у розвиток базового Закону.

Відповідно до Закону України «Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність» від 21 грудня 2017 року № 2258-VIII орган суспільного нагляду за аудиторською діяльністю, який є юридичною особою публічного права та не має на меті отримання прибутку, здійснює нагляд за виконанням Аудиторською палатою України делегованих їй повноважень [24]. Аналізуючи далі положення закону, слід резюмувати детальне визначення положень щодо здійснення нагляду та контролю за Аудиторською палатою, яка є, по суті, організацією співрегулювання у цій сфері, а також положень щодо здійснення спільного контролю за аудиторською діяльністю та розподіл контрольних функцій за аудиторською діяльністю членів організації між Органом суспільного нагляду за аудиторською діяльністю (який складається з Ради нагляду за аудиторською діяльністю та Інспекції із забезпечення якості) та Аудиторською палатою України.

На основі наведеного вище щодо нагляду та контролю за діяльністю СРО можна дійти **таких висновків та пропозицій**:

1. Предметом нагляду та контролю є дотримання положень законів та підзаконних нормативно-правових актів у діяльності СРО.

2. На рівні законів України не достатньо нормативно забезпечено здійснення нагляду та контролю за діяльністю СРО. Нечисленні підзаконні нормативно-правові акти, які прийнято у розвиток законів, лише фрагментарно передбачають проведення нагляду та контролю за діяльністю СРО і тільки у разі наявності офіційних СРО на певному ринку, сфері, галузі, виді господарської діяльності.

3. У переважній більшості проаналізованих нормативних положень виконання функції нагляду та контролю за СРО полягає у повноваженнях публічних органів влади здійснювати перевірку щодо відповідності вимог законодавства України щодо набуття та втрати статусу СРО. Перевірці підлягає, перш за все, достовірність наданої інформації та своєчасність її подання. У низці випадків до компетенції органів публічної влади входить контроль виконання повноважень з регулювання СРО господарської діяльності на ринку, сфері, галузі, виді господарської діяльності.

4. У разі реєстрації кількох офіційних СРО на ринку та надання їм делегованих повноважень законодавство досить детально може врегульовувати питання нагляду та контролю, зокрема шляхом втручання у роботу органів управління СРО (порушувати питання перед загальними зборами членів СРО про звільнення з посад керівників СРО), а також врегульовувати питання дисциплінарних стягнень (розглядати скарги членів СРО щодо заходів дисциплінарного впливу, застосованих до них СРО) тощо.

5. Кожна СРО зобов'язана вести свій реєстр членів, тому предметом контролю з боку органів державної влади виступає достовірність відомостей, які торкаються членів СРО.

6. У разі отримання СРО делегованих повноважень до предмета нагляду та контролю за СРО включаються повноваження органів публічної влади щодо належного здійснення СРО делегованих повноважень, відповідність їх здійснення вимогам законодавства України, належного контролю з боку СРО за діяльністю її членів.

7. У результаті здійснення контрольних функцій публічний орган влади може приймати такі негативні для СРО рішення: повідомляти про невідповідність вимогам законодавства; надавати СРО обов'язкові для виконання розпорядження про усунення порушень законодавства; анулювати свідоцтва про реєстрацію СРО, про виключення з переліку чи реєстру СРО. Позитивні наслідки виконання контрольної функції для СРО: повідомлення про відповідність вимогам; видача свідоцтва СРО, включення до реєстру СРО на відповідному ринку.

8. Формальність закріплення на рівні закону положення про можливість інституалізації діяльності на певному ринку, у галузі, виді господарської діяльності без фактичного реального функціонування СРО призводить до відсутності або ж низького розвитку підзаконного регулювання. Тому з метою позитивного вирішення питання щодо створення СРО у майбутньому (у галузях, де вони не створені) та усунення законодавчих бар'єрів пропонуємо розробити Типове положення про надання та позбавлення статусу СРО залежно від галузі господарської діяльності.

9. Уповноважені органи виконавчої влади ведуть реєстр СРО на відповідному ринку, у сфері, галузі, виді діяльності. Вимоги до порядку їх ведення не мають однозначної законодавчої уніфікації,

тому слід прийняти єдиний нормативний акт, який би визначив єдині вимоги та процедури ведення таких реєстрів.

10. Важливою прогалиною законодавства України є відсутність механізмів підтримки діяльності СРО, тому з метою реального впровадження саморегулювання на першому етапі потрібно створити нормативне забезпечення їх діяльності, де передбачити низку таких заходів.

11. Потребою удосконалення законодавства залишається прийняття положень щодо прозорого та відкритого механізму проведення нагляду та контролю органами публічної влади. Загальний механізм нагляду та контролю за діяльністю СРО може бути передбачений в окремому Законі України «Про саморегулівні організації» та, відповідно, врахована його специфіка на рівні відповідних спеціальних законів.

12. На рівні законів України передбачена можливість здійснення нагляду та контролю за СРО лише органами державної влади. Тому слід розробити та узаконити здійснення громадського контролю за діяльністю СРО.

13. Прогалиною у законодавстві України є відсутність розподілу функцій контролю за діяльністю суб'єктів господарювання, які є членами СРО, між органами державної влади та СРО, за поодинокими винятками. Тому негативною ознакою сучасного законодавства є подвійний контроль за діяльністю суб'єктів господарювання. Шляхом вирішення цієї проблеми є встановлення на рівні закону окремих повноважень СРО та органів державної влади щодо контролю за діяльністю суб'єктів господарювання. За органами державної влади залишається повноваження щодо нагляду і контролю за діяльністю СРО з питання здійснення належного контролю за діяльністю членів організації.

14. Відповідно до законодавства України врегулювати спір між СРО та органами державної влади пропонується: в одних нормативно-правових актах – у судовому порядку, у інших – відповідно до законодавства. Маємо прогалину щодо врегулювання спорів між СРО та органами державної влади за допомогою альтернативних методів врегулювання спорів, зокрема посередництва.

15. Рівень державного нагляду та контролю буде також залежати від моделі саморегулювання, прийнятої на ринку. Чим більше передано повноважень до СРО (делеговане саморегулювання), тим вищий рівень нагляду та контролю за організацією буде здійснено. Водночас при добровільному саморегулюванні, де СРО створюються за зразком громадських організацій, рівень державного нагляду та контролю за організацією як за СРО буде мінімальним. У разі якщо СРО є неофіційною, то і нагляд і контроль буде відповідно здійснено у загальному порядку як до громадського об'єднання або ж господарської асоціації, або у визначеному законом порядку до відповідної організації: палати, торгово-промислової палати, біржі тощо.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Гончаренко О. Види саморегулівних організацій у господарської діяльності. Право і суспільство. 2018. № 4. С. 108–113.
2. Остапенко Ю. І. Саморегулювання діяльності суб'єктів господарювання: модернізація законодавства. Науково-практична Інтернет-конференція від 06.12.2018. № 4. URL: [http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1930%3A19112018-15&catid=231%3A4-122018&Itemid=285&lang](http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1930%3A19112018-15&catid=231%3A4-122018&Itemid=285&lang) (дата звернення: 12.12.2018).
3. Беляєв Н. Мордосевич Е. Саморегулирование бизнеса в Беларуси на примере рекламной деятельности: от декларации к реализации. Исследование «Либерального клуба». URL: <http://liberalclub.biz/wp-content/issledovanija/26-10-2017.pdf> (дата звернення: 12.12.2018).
4. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11.09.2003 року № 1160-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15> (дата звернення: 22.12.2018).
5. План нации – 100 шагов по реализации пяти институциональных реформ. URL: <http://www.adilet.gov.kz/ru/pages/plan-nacii-100-konkretnyh-shagov> (дата звернення: 10.12.2018).
6. 97 шаг. Расширение возможности граждан участвовать в процессе принятия решений через развитие саморегулирования и местного самоуправления. Передача не свойственных государству функций в конкурентную среду и саморегулируемым организациям. URL: <http://itogigoda2016.strategy2050.kz/steps> (дата звернення: 05.12.2018).
7. Delegated Administrative Authorities Act, 2012. URL: <https://www.ontario.ca/laws/statute/12d08#BK1> (дата звернення: 12.12.2018 року).
8. Motor Vehicle Dealers Act, 2002, S.O. 2002, с. 30, Sched. B. URL: <https://www.ontario.ca/laws/statute/02m30#BK1> (дата звернення: 12.12.2018 року).
9. Порядок здійснення контролю (нагляду) за діяльністю саморегулівних організацій арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів): затверджений наказом Міністерства юстиції України від 09.01.2013 року № 64/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0105-13> (дата звернення: 12.12.2018 року).

10. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом від 14.05.1992 року № 2343-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12?find=1&text=%F1%E0%EC%EE%F0%E5%E3%F3%EB> (дата звернення: 12.12.2018).

11. Порядок здійснення контролю (нагляду) за діяльністю саморегулювальних організацій арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів): затверджений наказом Міністерства юстиції України від 09.01.2013 року № 64/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0105-13> (дата звернення: 12.12.2018).

12. Оцінка імплементації Принципів IOSCO. Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку. URL: <https://www.nssmc.gov.ua/wp-content/uploads/2018/04/Assessment-Implementation-of-IOSCO-Principles-1.pdf> (дата звернення: 04.12.2018).

13. Окружний адміністративний суд міста Києва від 25 вересня 2014 року, рішення № 826/5761/14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40950616> (дата звернення: 12.12.2018).

14. Порядок надання всеукраїнській громадській професійній організації статусу саморегулювальної організації: постанова Кабінету Міністрів України від 18 листопада 2009 року № 1221. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1221-2009-%D0%BF/conv> (дата звернення: 12.12.2018).

15. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України від 12 липня 2001 року № 2658-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2658-14/find?text=%F1%E0%EC%EE%F0%E5%E3%F3%EB> (дата звернення: 12.12.2018).

16. Порядок визнання Фондом державного майна статусу саморегулювальної організації оцінювачів: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2001 року № 1668. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1668-2001-п/conv> (дата звернення: 12.12.2018).

17. Порядок перевірки документів громадської організації, що претендує на визнання статусу саморегулювальної організації оцінювачів: наказ Фонду державного майна України від 2001 року № 2357. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0025-02> (дата звернення: 16.09.2018).

18. Щодо перевірки ФДМУ саморегулювальних організацій оцінювачів: наказ Фонду державного майна України від 29.07.2010 року № 1081. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1081224-10> (дата звернення: 12.12.2018).

19. Про визнання статусу саморегулювальної організації оцінювачів: наказ Фонду державного майна України від 2006 року № 58. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0058224-06> (дата звернення: 12.12.2018).

20. Про визнання статусу саморегулювальної організації оцінювачів: наказ Фонду державного майна України від 24.07.2006 року № 1154 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1154224-06> (дата звернення: 12.12.2018).

21. Про визнання статусу саморегулювальної організації оцінювачів: наказ Фонду державного майна України від 27.10.2008 року № 1251. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1251224-08> (дата звернення: 12.12.2018).

22. Про визнання статусу саморегулювальної організації оцінювачів: наказ Фонду державного майна України від 15.05.2012 року № 668. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0668224-12>. (дата звернення: 12.12.2018).

23. Про визнання статусу саморегулювальної організації оцінювачів: наказ Фонду державного майна України від 15.05.2012 року № 669. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0669224-12> (дата звернення: 12.12.2018).

24. Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність: Закон України від 21 грудня 2017 року № 2258-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2258-19> (дата звернення: 12.12.2018).

### **Honcharenko O. Self-regulatory organizations: problems of delegation of authorities, supervision and control**

*The article covers topical issues of supervision and control over self-regulatory organizations in Ukraine. It is concluded that in the case of obtaining delegated powers of the SRO to the SRO supervisory and control subject, the authorities of the public authorities shall be included in the proper exercise of the delegated powers of the SRO. It is argued that the level of public oversight and control depends on the self-regulation model adopted in the market: the more power transferred to the SRO (delegated self-regulation), the higher the level of supervision and control over the organization will be implemented.*

**Keywords:** self-regulatory organizations, self-regulation, delegated powers, supervision and control over self-regulatory organization, models of self-regulation, delegated self-regulation, public authorities.

## ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА РЕГІОНАЛЬНА НЕСТАБІЛЬНІСТЬ В УКРАЇНІ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.34>

Попович Т. Г.,

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

*У статті досліджується побудова механізму державної підтримки інноваційної сфери, що здійснюється для реалізації науково-технічної політики та пошуку реального фінансового забезпечення цієї сфери. Окреслюються сучасні інноваційно-інвестиційні умови в Україні. Зазначається про взаємозв'язок між високим рівнем соціально-економічного розвитку України та здатністю протистояти внутрішнім і зовнішнім загрозам.*

**Ключові слова:** сталий розвиток, регіональна нестабільність, інновації, інноваційна діяльність, інноваційно-інвестиційна діяльність, науково-технічний розвиток.

Зарубіжне та національне законодавство з питань інноваційної діяльності свідчить про те, що у сучасному світі наука перетворилася на один із найважливіших факторів забезпечення стабільного та ефективного економічного розвитку держави. Здатність генерувати і впроваджувати досягнення науково-технічного прогресу є одним із найголовніших факторів забезпечення сталого розвитку як національної економіки у глобальному конкурентному середовищі, так і окремих товаровиробників. Наука вже давно перетворилася на специфічну сферу товарного виробництва, що виробляє дуже дорогий товар – об'єкти інтелектуальної власності [1, с. 19–21; 2, с. 8]. Так, ще у кінці ХХ ст. експорт інтелектуальної власності із США перевищив 25% усього обсягу експорту [3, с. 50–51].

Особливістю інноваційної діяльності є те, що вона (як один із різновидів підприємницької діяльності) є діяльністю підвищеного ризику порівняно із звичайним підприємництвом. Цей підвищений ризик обумовлений новизною, творчим характером науково-технічної роботи, можливістю отримання як позитивного, так і негативного результату. Зокрема, завдяки цьому інноваційна діяльність у розвинутих країнах має більш точну назву – венчурний (ризиковий) бізнес.

Починаючи ще з 70–80 років у розвинутих країнах виникли нові тенденції розвитку інноваційної діяльності. Насамперед основним творцем промислової власності, розробником науково-технічної продукції став малий бізнес – венчурні фірми, що нині продукує більше половини усіх винаходів і нововведень [4, с. 74–75; 5, с. 75–76]. Разом із тим кожна держава створює сприятливі умови для інноваційної діяльності, формуючи єдині цивілізовані правила і механізми, що стимулюють розвиток учасників інноваційної сфери. Незважаючи на істотні розбіжності в основі принципу побудови механізму державної підтримки інноваційної сфери, в різних країнах світу знаходиться нормативно-правовий напрям регулювання діяльності підприємств, що здійснюється для реалізації науково-технічної політики та пошуку реального фінансового забезпечення.

Основними формами вираження цих функцій прийнято вважати відповідні закони, рішення, постанови органів влади, а тому важливе значення у вирішенні проблеми нововведень має правильно побудована стабільна законодавча база, яка істотно знижує ділові ризики в процесі здійснення нових проектів [6, с. 51]. Звичайно, закони є правовим фундаментом розвитку бізнесу в будь-якій країні, але досвід інших держав свідчить, що у сфері інновацій, особливо у венчурному бізнесі, одночасно функціонують десятки законів і вже саме держава продукує таку їх кількість, щоб підтримати розвиток венчурного підприємництва і забезпечити інноваційні переваги економіки.

У розвинених країнах світу державна політика сприяння становленню і розвитку венчурного бізнесу будувалася для забезпечення економічної стабільності, незважаючи на які б там не були потрясіння, конфлікти чи інші зовнішні (внутрішні) чинники, що призводять до виникнення внутрішньої чи регіональної нестабільності.

Нині в Україні державна підтримка цієї діяльності не вимагає значних зусиль, але не сприяють цьому акти збройної агресії з боку Російської Федерації та загальна нестабільність у Європі і світі. Одночасно слід зазначити, що правова база України останніми роками була частково або повністю оновлена низкою законів та підзаконних актів у цій сфері:

1) закони України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 26.11.2015 № 848-VIII (оновлена редакція) [7], «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 № 40-IV (зі змінами) [8], «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» 16.07.1999 № 991-XIV (зі змінами) [9], «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» від 08.09.2011 № 3715-VI (зі змінами) [10] та інші;

2) постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок створення та функціонування технопарків та інноваційних структур інших типів» від 22.05.1996 № 549 (зі

змінами) [11], «Про утворення Комісії з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів» від 09.08.2001 № 961 (зі змінами) [12], «Питання Державної інноваційної фінансово-кредитної установи» 15.06.2000 № 979 (оновлена редакція) [13], «Про затвердження Порядку державної реєстрації інноваційних проектів і ведення Державного реєстру інноваційних проектів» від 17.09.2003 № 1474 (зі змінами) [14], «Про затвердження Порядку надання фінансової підтримки суб'єктам інноваційної діяльності за рахунок коштів державного бюджету шляхом здешевлення довгострокових кредитів» від 17.11.2004 № 1563 (зі змінами) [15], «Деякі питання державного фонду регіонального розвитку» від 18.03.2015 № 196 (зі змінами) [16], «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на проведення наукових досліджень, технічний розвиток та інноваційну діяльність» від 07.02.2018 № 118 [17] та інші.

Поруч з інноваціями слід розглядати питання інвестицій. Одним з перших кроків щодо врегулювання відносин у інвестиційній сфері в Україні було прийняття Верховною Радою України Закону України «Про захист іноземних інвестицій на Україні» від 10.09.1991 № 1540а-ХІІ [18]. Цей Закон був і є спрямованим на захист інвестицій, прибутків, законних прав та інтересів іноземних інвесторів на території України. Ним, у тому числі, визначено правовий режим діяльності іноземних інвесторів та гарантії держави щодо здійснення інвестиційної діяльності на території України.

Додатково особливості режиму іноземного інвестування на території України було встановлено у Законі України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 № 93/96-ВР [19]. Ним врегульовуються відносини, що виникають з державних гарантій захисту іноземних інвестицій, державної реєстрації та контролю за здійсненням інвестицій, діяльності підприємств з іноземними інвестиціями, розгляду спорів тощо.

Інновації та інвестиції дуже близькі за сферою на ринку, а, отже, будь-яка інвестиційна тактика, яку застосовує підприємство, буде безпосередньо спрямовувати інноваційну діяльність у ту саму цільову сферу його життєдіяльності. Як ресурсне забезпечення чіткості інвестиційно-інноваційної тактики може виступати лише створення інвестиційно-інноваційного механізму. Це дасть змогу врегулювати та розв'язати проблеми інвестиційно-інноваційної діяльності в Україні. Йдеться про зростання потреби в робітниках вищої кваліфікації при впровадженні нової наукоємної техніки та наукомісткої технології.

Інвестиції й інновації як дві нерозривно пов'язані сфери економічної діяльності найбільше були і залишаються уражені економічною кризою та іншими факторами нестабільності. На ринку нині складається така загальна ситуація, що інновації, які колись здійснювалися за рахунок централізованих джерел, зводяться до нуля, тоді як інвестиції, що володіли внутрішньою структурою, втратили її та стали невпорядкованими й неорганізованими, стимулюючи тільки короткострокові цілі. Вихід з такого становища один — подолати економічну кризу неможливо без інноваційно-інвестиційного прориву, відновлення основного капіталу на принципово новій, конкурентоспроможній основі. Саме тому капітальні вкладення без інновацій не мають сенсу, оскільки безглуздо відтворювати застаріле обладнання, що не користується попитом і якому властиві високі витрати ресурсів. Можемо стверджувати, що інновації без капітальних вкладень є нереальними та не принесуть очікуваного результату.

В умовах збройної агресії, що завдається державі Україна, інвестиції мають бути захищеними, зокрема, Законом України «Про захист іноземних інвестицій на Україні» [18]. Так, у ст. 3 цього Закону закріплено, що держава не може реквізувати іноземні інвестиції за винятком випадків стихійного лиха, аварій, епідемій, епізоотій. І крапка, тобто у цьому Законі інших випадків не передбачено. Можна стверджувати, що військовий стан, період проведення операцій об'єднаних сил, введення режиму антитерористичної операції та інші види прихованої чи явної агресії (її відбиття) не є підставою для створення реквізиції іноземних інвестицій, але ризики іншого характеру все ж залишаються.

Якщо розглянути це питання з іншого боку, коли інвестором виступає держава-агресор, то щодо неї та її суб'єктів можна застосовувати вимоги ст. 2 вказаного Закону: «іноземні інвестори мають дотримуватися законодавства України та не завдавати шкоди її державним, соціальним та економічним інтересам». Тобто на основі рішень про порушення суб'єктами держави-агресора вимог українського законодавства або про ймовірне використання доходів від впровадження інвестицій (інновацій) для проведення подальших агресивних дій не лише щодо України, а й інших держав, можна говорити про цілком виправдану позицію щодо реквізиції іноземних інвестицій та прибутків від такої діяльності. Але такі рішення мають бути чітко обґрунтовані та виважені задля уникнення порушення міжнародних вимог, що передбачають захист таких видів діяльності.

Як уже зазначалося, однією з найважливіших передумов ефективного розвитку інноваційної діяльності є її достатнє і своєчасне фінансово-кредитне забезпечення (від фундаментальних досліджень і до комерціалізації конкретних інновацій). Нині в період постійної регіональної нестабільності ми бачимо, що за відсутності достатніх коштів у бюджеті та інших джерел фінансування інноваційної та науково-технічної діяльності держава надає перевагу макроекономічним факторам, зокрема створенню технопарків. Про це, наприклад, свідчить норма ст. 7 Закону України «Про спеціальний режим

інноваційної діяльності технологічних парків» від 16.07.1999 № 991-XIV (оновлений), у якій для реалізації проектів технологічним паркам, їх учасникам та спільним підприємствам, що виконують проекти технологічних парків, державою надаються цільові субсидії у вигляді сум ввізного мита, що нараховуються згідно з митним законодавством України, при ввезенні в Україну для реалізації проектів технологічних парків нових устаткування, обладнання та комплектуючих, а також матеріалів, які не виробляються в Україні.

Раніше, у первинній редакції цього Закону, ці установи мали набагато кращі умови та гарантії фінансування. Так, у ст. 4 було передбачено, що технологічні парки, їх учасники, дочірні і спільні підприємства при виконанні інвестиційних та інноваційних проектів не відраховують до бюджету суми податку на додану вартість та на прибуток підприємств, нараховані відповідно до законів України «Про податок на додану вартість» та «Про оподаткування прибутку підприємств», а зараховують їх на спеціальні рахунки і використовують виключно на наукову та науково-технічну діяльність, розвиток власних науково-технологічних та дослідно-експериментальних баз. Тоді створювалася певна фінансова основа для створення, розвитку і стабільного функціонування новостворених технопарків, які, не маючи фінансових резервів для прямого фінансування створення і функціонування, хоча б на першому етапі забезпечувалися державою шляхом створення різних податкових, кредитних та інших пільг для створення початкового капіталу та розвитку. У розвиток цієї тези вважаємо за потрібне вчергове наголосити, що доцільно було би на законодавчому рівні встановити можливість створення інноваційних фондів при академіях наук, науково-дослідних установах, підприємствах за рахунок державного бюджету, відрахувань від власного прибутку (зменшення відсотка податку на прибуток та додану вартість), пільгового кредитування, дотування інноваційної діяльності, спонсорських надходжень від юридичних та фізичних осіб, у тому числі й іноземних, тощо.

Нещодавно Уряд України представив новий механізм державного стимулювання інновацій в Україні [21]. Йдеться про реалізацію експериментального проекту з організації діяльності фонду державного стимулювання створення і використання винаходів (корисних моделей) та промислових зразків [22]. Він спрямований на створення вільного доступу винахідників, новаторів, малих та середніх підприємств до спеціалізованих баз даних патентної інформації та навчальних матеріалів, а також зміцнення технологічного та інноваційного потенціалу держави. У вказаній Постанові передбачено організацію та проведення на конкурсних засадах відбору проектів, пов'язаних зі створенням та використанням винаходів, корисних моделей, промислових зразків, ноу-хау та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності, та подальшу державну підтримку їх комерційної реалізації. Хотілося б вірити, що подібне стимулювання на рівні start-up зможе дати поштовх до значної активізації загальної інноваційної діяльності в Україні.

У підсумку слід зазначити, що у законодавстві України створені достатні правові підстави та умови для здійснення інноваційної діяльності. Звичайно, ми розуміємо, що періоди регіональної нестабільності виникають постійно і не лише в нашому регіоні, але формування інноваційно-інвестиційного механізму з урахуванням найважливіших їх елементів дає змогу досягти високого рівня соціально-економічного розвитку України, що надасть можливість стабілізувати та підняти економічну складову держави. Це, в свою чергу, забезпечить внутрішню сталість розвитку, навіть за умов зовнішньої нестійкості.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Андрощук Г. Зарубежный опыт стимулирования инновационной деятельности // Бизнес-информ. 1996. № 1. С. 19–21.
2. Будянский В. Инновационная деятельность и проблемы совершенствования ее правового регулирования // Предпринимательство, хозяйство и право. 2000. № 2. С. 7–9.
3. Фирсов В. А. Американская модель инновационной деятельности в малом бизнесе // США – экономика, политика, идеология. 1994. № 6 (294). С. 44–51.
4. Інноваційна діяльність та венчурний капітал в системній модернізації національної економіки: монографія / Н. М. Краус, О. М. Шевченко. Полтава, 2013. 184 с.
5. Мамутов В. Правовое обеспечение инновационной деятельности // Энергия инноваций. 2004. № 1. С. 75–79.
6. Мамутов В. К. Правовое обеспечение инновационной деятельности // Экономика региона. 2009. № 4 С. 51–56.
7. Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 26.11.2015 № 848-VIII // ППС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
8. Закон України «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 № 40-IV // ППС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).



9. Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» 16.07.1999 № 991-XIV // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
10. Закон України «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» від 08.09.2011 № 3715-VI // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
11. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок створення та функціонування технопарків та інноваційних структур інших типів» від 22.05.1996 № 549 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
12. Постанова Кабінету Міністрів України «Про утворення Комісії з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів» від 09.08.2001 № 961 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
13. Постанова Кабінету Міністрів України «Питання Державної інноваційної фінансово-кредитної установи» 15.06.2000 № 979 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
14. «Про затвердження Порядку державної реєстрації інноваційних проєктів і ведення Державного реєстру інноваційних проєктів» від 17.09.2003 № 1474 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
15. «Про затвердження Порядку надання фінансової підтримки суб'єктам інноваційної діяльності за рахунок коштів державного бюджету шляхом здешевлення довгострокових кредитів» від 17.11.2004 № 1563 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
16. Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання державного фонду регіонального розвитку» від 18.03.2015 № 196 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
17. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на проведення наукових досліджень, технічний розвиток та інноваційну діяльність» від 07.02.2018 № 118 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
18. Закон України «Про захист іноземних інвестицій на Україні» від 10.09.1991 № 1540а-XII // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
19. Закон України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 № 93/96-ВР // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
20. Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» 16.07.1999 № 991-XIV (у первинній редакції) // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).
21. Степан Кубів презентував новий механізм державного стимулювання винахідництва в Україні // Офіційна сторінка Міністерства економічного розвитку і торгівлі України. 2018. 26 липня. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/stepan-kubiv-prezentuvav-novij-mehanizm-derzhavnogo-stimulyuvannya-vinahidnictva-v-ukrayini> (дата звернення: 10.09.2018).
22. Постанова Кабінету Міністрів України «Про реалізацію експериментального проєкту з організації діяльності фонду державного стимулювання створення і використання винаходів (корисних моделей) та промислових зразків» від 20.06.2018 № 500 // ПС «Законодавство». Версія 2.9.1 (дата звернення: 10.09.2018).

### **Popovych T. Legal innovative activity and regional instability in Ukraine**

*The feature of innovation is that it is a high risk activity compared with usual business. This increased risk is due to the novelty, creative nature of scientific and technical work, the possibility of obtaining both a positive and a negative result.*

*A stable legal framework significantly reduces business risks in the implementation of new projects. Of course, laws are the legal foundation for business development in any country, but the experience of other states shows that in the field of innovation, especially in the venture business, dozens of laws are functioning at the same time, and the state itself produces such a number to support the development of venture capital and provide innovative economy benefits.*

*In Ukraine, government support of these activities requires considerable effort, but not contributing acts of military aggression by the Russian Federation and the general instability in Europe and the world. At the same time it should be noted that the legal framework of Ukraine in recent years has been partially or completely renewed a number of laws and regulations in this area.*

*Near innovation should consider the investment. Innovation and investment are very similar in scope to the market and, consequently, any investment tactics, which uses the company, will directly guide the innovation activity in the same landing scope of its activity. As resourced definition of investment and innovative tactics can act only create investment and innovation mechanism.*

*In the context of the armed aggression suffered by the state of Ukraine, investments must be protected, in particular, by the Law of Ukraine "On Protection of Foreign Investments in Ukraine". Thus, Art. 3 of the*

*Act stipulate that the state can not requisition foreign investment except in cases of natural disasters, accidents, epidemics, epizootic. And the point is, that in this law other cases not provided.*

*It can be argued that the military status, the period of operations of the united forces, the introduction of the regime of the anti-terrorist operation and other types of covert or obvious aggression (its reflection) are not grounds for the creation of a requiem of foreign investment, but risks of another nature still remain.*

*Recently, the Government of Ukraine introduced a new mechanism of state incentives for innovation in Ukraine. This is the implementation of an experimental project to organize the activities of the state incentive fund for the creation and use of inventions (utility models) and industrial designs.*

*As a result, it should be noted that under the law of Ukraine created sufficient legal grounds and conditions for innovation. Of course we understand that there are periods of regional instability constantly and not only in our region but the formation of innovation and investment mechanism in view of the major components allows a high level of socio-economic development of Ukraine, which will allow stabilizing and raising the economic component of the state. This, in turn, will ensure the internal sustainability of development, even in conditions of external instability.*

**Keywords:** sustainable development, regional instability, innovation, innovation, innovation and investment, scientific and technological development.

## РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ВИПЛАТУ ДИВІДЕНДІВ В УКРАЇНІ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.35>

**Черненко О. А.,**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено дослідженню питань, пов'язаних з реалізацією права на отримання дивідендів.*

**Ключові слова:** дивіденд, акціонери, акціонерне товариство, акції, чистий прибуток.

Дивідендна політика будь-якого товариства має сприяти реалізації одного з корпоративних прав – права на отримання дивідендів. Прибуток є показником, який найбільш повно відображає ефективність виробництва, обсяг і якість виробленої продукції. Одним із напрямів розподілу прибутку є виплата дивідендів. Дивіденди являють собою грошовий дохід акціонерів або учасників товариства і деякою мірою сигналізують їм про те, що підприємство працює успішно [1].

Порядок виплати дивідендів передбачений низкою нормативних документів, зокрема Цивільним, Податковим та Господарським кодексами України, законами України «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» та «Про управління об'єктами державної власності» тощо.

Поняття дивіденд (від лат. *dividendus*, букв. «те, що треба поділити; те, що підлягає розподілу») у найзагальнішому розумінні в літературі визначається як частина чистого прибутку акціонерних товариств, яку щороку розподіляють між акціонерами у вигляді доходу на придбані акції [2, с. 231].

Відповідно до п.14.1.49. ст. 14 Податкового кодексу України дивіденди – платіж, що здійснюється юридичною особою, у тому числі емітентом корпоративних прав, інвестиційних сертифікатів чи інших цінних паперів на користь власника таких корпоративних прав, інвестиційних сертифікатів та інших цінних паперів, що засвідчують право власності інвестора на частку (пай) у майні (активах) емітента, у зв'язку з розподілом частини його прибутку, розрахованого за правилами бухгалтерського обліку.

Крім того, у ст. 116 ЦК України та ст. 167 ГК України згадується про дивіденди як про частину прибутку, що отримує учасник від господарської діяльності товариства.

Науково-теоретичну основу дослідження складають праці таких вчених, як: О. М. Вінник, Л. В. Винар, І. Б. Саракун, І. В. Спасибо-Фатєєвої та ін.

*Метою статті є дослідження деяких питань, пов'язаних з реалізацією права акціонерів, учасників товариств на отримання дивідендів.*

Закон України «Про акціонерні товариства» передбачає права акціонерів як власників простих та привілейованих акцій, серед яких:

- участь в управлінні акціонерним товариством;
- отримання дивідендів;
- отримання у разі ліквідації товариства частини його майна або вартості частини майна товариства;
- отримання інформації про господарську діяльність акціонерного товариства.

Порядок виплати дивідендів передбачений ст. 30 Закону України «Про акціонерні товариства» – виплата дивідендів власникам акцій одного типу та класу має відбуватися пропорційно до кількості належних їм цінних паперів, а умови виплати дивідендів (зокрема щодо строків, способу та суми дивідендів) мають бути однакові для всіх власників акцій одного типу та класу.

Виплата дивідендів, за загальним правилом, відбувається з чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку минулих років.

У разі відсутності або недостатності чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку минулих років виплата дивідендів за привілейованими акціями здійснюється за рахунок резервного капіталу товариства або спеціального фонду для виплати дивідендів за привілейованими акціями (ч. 2 ст. 30 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Отже, дивіденд – це не завжди частина чистого прибутку, тому прогресивною є думка, що поняття дивіденду має пов'язуватися не з чистим прибутком, а з грошовими коштами товариства. Дивіденд – частина грошових коштів акціонерного товариства, яку виплачують акціонеру з розрахунку на одну належну йому акцію певного типу та/або класу [3].

Необхідно зазначити, що правовими актами деяких європейських країн встановлено положення про обов'язкову виплату дивідендів. Зокрема, у Швеції та Фінляндії акціонери, які володіють не менш як 10% акцій, можуть вимагати від товариства примусової виплати дивідендів. Обов'язок товариства виплачувати дивіденди закріплений законами Греції та Португалії. До того ж, на виплату дивідендів має бути спрямовано не менше визначеної законом частини чистого прибутку товариства: від 35% до 50%. У законодавстві Німеччини встановлено заборону робити відрахування для інших накопичень акціонерного товариства більше половини прибутку за рік. У Великій Британії в разі виплати неадекватних дивідендів, акціонери мають право в судовому порядку вимагати від директорів компанії відшкодування завданих їм збитків недобросовісною поведінкою, пов'язаною із дивідендною політикою, або примусової ліквідації такої компанії [4, с. 224–225].

Розподіл чистого прибутку товариства через виплату дивідендів ще не увійшов у широку практику в Україні. Непрозора й нерегулярна виплата дивідендів негативно впливає на розвиток фондового ринку.

В. М. Коссак зауважує, що необхідно передбачити норму, яка б установлювала обов'язок органів управління акціонерного товариства частину прибутку скеровувати на виплату дивідендів [5, с. 78]. В. О. Гуреев пропонує закріпити право акціонера на отримання дивідендів безвідносно до факту прийняття рішення про їх виплату (оголошення), а умовою його здійснення – наявність прибутку в акціонерному товаристві та встановити можливість оскарження бездіяльності товариства (невиплати дивідендів) у судовому порядку [6, с. 97].

Однакове та справедливе ставлення до всіх акціонерів є одним з найголовніших принципів корпоративного управління, оскільки незалежно від того, хто є власником акцій (фізична, юридична особа або держава в особі уповноважених органів), законом встановлені та гарантовані рівні умови реалізації та захисту прав власності для всіх акціонерів.

Так, Господарський суд Києва визнав наявність дискримінації щодо фізичних осіб – акціонерів ПАТ «Укрнафти», що є власниками пакету акцій менше 1% статутного капіталу, у разі виплати належних їм дивідендів. Господарським судом було винесено на адресу наглядової ради ПАТ «Укрнафта» окрему ухвалу щодо виявлених ознак дискримінації акціонерів ПАТ «Укрнафта», які володіють пакетом акцій менше 1% статутного капіталу, в процесі виплати дивідендів товариства з метою усунення недоліків (дискримінації акціонерів залежно від обсягу пакету акцій під час виплати дивідендів) у діяльності ПАТ.

Суд зазначив, що має місце ситуація, коли з групою осіб (акціонерами ПАТ «Укрнафта», які володіють менше 1% статутного капіталу) поведуться менш прихильно, ніж з іншою групою осіб (акціонерами ПАТ «Укрнафта», які володіють більше 1% статутного капіталу) в аналогічній ситуації виплати дивідендів товариства. Наведене свідчить про існування ознак дискримінації у викладеній судом сфері суспільних відносин. Суд вбачає нерівність між правами та можливостями акціонерів – для акціонерів, які сукупно володіють пакетом акцій близько 90% статутного капіталу, наявні кошти для виплати дивідендів (суд враховує, що з пояснень представників частині виплати припиняється шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог, проте в такому випадку наявний боржник товариства, який має відповідні зобов'язання перед ПАТ «Укрнафта», які могли б бути виконані примусово в судовому порядку), а для акціонерів, які сукупно володіють пакетом акцій менше 10% статутного капіталу, кошти для виплати відсутні. Враховуючи, що розмір дивідендів прямо пропорційний пакету акцій, то нелогічним є те, що емітент знаходить кошти для виплати 90% загальної суми дивідендної виплати та зазначає про відсутність 10% такої суми [7].

Непоодинокі випадки, коли акціонери звертаються про стягнення суми дивідендів та нарахованих на них втрат від інфляції та 3% річних у зв'язку з невиконанням відповідачем взятих на себе зобов'язань із їх своєчасної та повної виплати.

Необхідно звернути увагу, що на законодавчому рівні не закріплюється обов'язок акціонера як звернення до товариства з вимогою про виплату йому дивідендів після прийняття зборами рішення про виплату цих дивідендів. Отже, з моменту прийняття рішення загальними зборами виплата дивідендів акціонеру стає обов'язком цього товариства, належне виконання якого покладається саме на це товариство і не залежить від будь-яких дій акціонера.

Грошове зобов'язання може виникати між сторонами не тільки із договірних відносин, а й з інших підстав, передбачених цивільним законодавством. Будь-яке зобов'язання, яке зводиться до сплати грошей, є грошовим зобов'язанням незалежно від правових підстав його виникнення і в разі його порушення підлягає застосуванню ч. 2 ст. 625 ЦК України.

В окреслених вище ситуаціях позовні вимоги були судом задоволені і вирішено стягнути з товариства заборгованість з виплати дивідендів, інфляційні втрати, 3% річних та судовий збір (наприклад, справи № 910/2142/18, № 910/3173/18).

Необхідно зазначити, що виплата дивідендів в акціонерному товаристві відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону України «Про акціонерні товариства» здійснюється виключно грошовими коштами. В той же час, відповідно до ч. 2 ст. 26 ЗУ «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» товариство виплачує дивіденди грошовими коштами, якщо інше не встановлено одноставним рішенням загальних зборів учасників, у яких взяли участь всі учасники товариства.

Важливим є закріплення у ст. 27 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» випадків, у разі настання яких товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів або виплачувати дивіденди, коли:

1) товариство не здійснило розрахунків з учасниками товариства у зв'язку із припиненням їх участі у товаристві або з правонаступниками учасників товариства відповідно до цього Закону;

2) майна товариства недостатньо для задоволення вимог кредиторів за зобов'язаннями, строк виконання яких настав, або буде недостатньо внаслідок прийняття рішення про виплату дивідендів чи здійснення виплати.

Більш того, зазначено, що статутом товариства можуть додатково передбачатися інші умови, за яких загальні збори учасників не можуть приймати рішення про виплату дивідендів чи за яких дивіденди не можуть виплачуватися.

Законом України «Про акціонерні товариства» в ст. 31 також передбачено випадки, у разі настання яких акціонерне товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів та здійснювати їх виплату.

Нині в Україні низка суб'єктів господарювання вже оголосила про виплату дивідендів за підсумками року. Так, про виплату дивідендів в розмірі 556,7млн грн. за результати багаторічної діяльності з управління корпорацією Roshen повідомив Rothschild Trust (Schweiz) [8]. Рішенням загальних зборів акціонерів ПрАТ «ХК «Київміськбуд» було визначено спрямувати на виплату дивідендів рекордний за останні роки відсоток – 40% від чистого прибутку компанії. У гривневому еквіваленті сума становить майже 28,5 млн. [9].

У той же час у зв'язку з тим, що загальні збори акціонерів ПАТ «Укрнафта» не прийняли рішення про нарахування дивідендів до 01.05.2018 р. частина прибутку відповідно до Закону України «Про управління об'єктами державної власності» має бути перерахована до Державного бюджету до 01.07.2018 р. Дивіденди вирішено не нараховувати у зв'язку із наявністю значної заборгованості ПАТ з податків і зборів. Решту чистого прибутку акціонери вирішили спрямувати на погашення заборгованості товариства з податків і зборів [10].

Враховуючи вищенаведене, можна стверджувати, що на формування дивідендної політики впливають зовнішні та внутрішні фактори. До зовнішніх факторів належать: правові обмеження і податкова система, загальноекономічна та політична ситуація в країні, перспектива привабливих інвестиційних проектів, загроза втрати контролю над управлінням компанії, стан кон'юнктури ринку. Основними внутрішніми факторами, що впливають на пропорції розподілу чистого прибутку, є: вид товариства та внутрішній контроль над його управлінням, склад і структура зареєстрованого капіталу товариства, рівень підприємницького ризику, етап життєвого циклу товариства тощо [11].

Крім того, в Україні виплата дивідендів товариствами залежить не лише від встановленої дивідендної політики, а й від бажання власників виплачувати дивіденди. Більшість з них ухиляється виплачувати дивіденди, аргументуючи це реінвестуванням всього прибутку в подальший розвиток підприємства. Проте вихід на міжнародні ринки, зростання конкуренції між суб'єктами господарювання, удосконалення законодавства вимагають перегляду питання нарахування та виплати дивідендів.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Теоретичні підходи до розуміння поняття «дивідендна політика» як фактор управління власним капіталом. URL: <http://molodyvchenu.in.ua/files/journal/2017/5/124.pdf> (дата звернення: 12.09.2018).

2. Вінник О. М. Науково-практичний коментар до Закону України «Про акціонерні товариства». К., Юрінком Інтер. 2009. 312 с.

3. Цікало В. Здійснення і захист права акціонерів на отримання дивідендів: порівняльно-правовий аспект. URL: <http://publications.lnu.edu.ua/bulletins/index.php/law/article/download/5128/5154> (дата звернення: 12.09.2018).
4. Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України. Серія: «Юридичний радник». Харків: Страйд, 2005. 432 с.
5. Косак В. М. Проблеми захисту майнового права міноритарних акціонерів на отримання дивіденду // Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних правовідносин: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (23–24 вересня 2011 р.). Івано-Франківськ, 2012. С. 78.
6. Гурєєв В. А. Проблеми захисту прав і інтересів акціонерів у Російській Федерації. М.: Волтерс Клувер, 2007. 208 с.
7. Суд визнав порядок виплати дивідендів акціонерам «Укрнафта» незаконним. URL: [https://zib.com.\\_rogyadok\\_viplati\\_dividendiv\\_akcioneram\\_ukrnafta\\_n.html](https://zib.com._rogyadok_viplati_dividendiv_akcioneram_ukrnafta_n.html) (дата звернення: 12.09.2018).
8. Порошенко впервые за 3 года получил дивиденды от Rothschild Trust URL: <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2018/12/27/7202399> (дата звернення: 12.09.2018).
9. «Київміськбуд» розпочинає виплату дивідендів. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1739069-kiyivmiskbud-rozpochinae-viplatu-dividendiv-1> (дата звернення: 12.09.2018).
10. Акціонери Укрнафти провели загальні збори: основні рішення. URL: <http://www.naftogaz.com/www/3/nakweb.nsf/0/> (дата звернення: 12.09.2018).
11. Аналітичне підґрунтя формування дивідендної політики URL: [https://www.econa.org.ua/index.php/econa/article/viewFile/320/pdf\\_170](https://www.econa.org.ua/index.php/econa/article/viewFile/320/pdf_170) (дата звернення: 12.09.2018).

**Chernenko O. Payment of dividends in Ukraine: factors of influence**

*The article is devoted to the study of issues related to the implementation of the right to receive dividends.*

**Keywords:** dividend, shareholders, joint stock company, shares, net income.

## ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУР ОСКАРЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ТА ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ КОДЕКСАХ УКРАЇНИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.36>

**Короленко В. М.,**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, в. о. завідувача 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 розкриваються загальні підходи до процедур оскарження судових рішень у цивільних і господарських справах, визначені у Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод та практиці Європейського суду з прав людини. Новели цивільного процесуального та господарського процесуального законодавства щодо апеляційного та касаційного перегляду рішень досліджуються в контексті імплементації положень Рекомендації № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо запровадження та покращення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних і господарських справах. Робиться висновок, що залишаються неімplementованими деякі положення Рекомендації, імплементація яких може сприяти виконанню завдань цивільного та господарського судочинства в Україні.*

**Ключові слова:** цивільне судочинство, господарське судочинство, апеляційний перегляд справи, касаційне оскарження рішення, рекомендації Ради Європи.

Статтею 6 Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) право на оскарження судових рішень в апеляційному чи касаційному порядку прямо не передбачено [1]. Статтею 2 Протоколу № 7 до Конвенції передбачено право на оскарження у кримінальних справах. У п. 81 Посібника зі статті 6 «Право на справедливий суд» (цивільна частина) вказано [2, с. 22], що ст. 6 не зобов'язує держав-учасників засновувати суди апеляційної та касаційної інстанції, однак держава, у якій існують такі суди, має забезпечити відповідальних перед законом осіб гарантіями у процесі розгляду їх справ відповідно до ст. 6, однак порядок застосування ст. 6 у судах апеляційної та касаційної інстанції залежить від особливостей конкретного провадження. Умови прийнятності заяви, що стосується норм закону, можуть бути суворішими, ніж звичайні заяви. У п. 182 Посібника уточнюються підходи Європейського суду з прав людини до застосування ст. 6 у провадженні в апеляційних судах: ст. 6 § 1 не зобов'язує держав-учасників засновувати суди апеляційної та касаційної інстанцій, однак коли такі суди існують, держава має забезпечувати гарантії сторонам у справі відповідно до ст. 6 § 1 (*Andrejeva v. Latvia* (Андреєва проти Латвії) [ВП], § 97). Однак спосіб застосування ст. 6 § 1 до проваджень у апеляційному суді залежить від специфічних ознак цих проваджень; необхідно враховувати провадження загалом у встановленому національним законодавством порядку, а також роль, яку відіграють у розгляді проваджень апеляційні (*Helmerts v. Sweden* (Гелмерс проти Швеції), § 31) або касаційні суди (*Levages Prestations Services v. France* (Леваж Престасьон Сервіс проти Франції), § 44–45; *K.D.B. v. the Netherlands* (К.Д.Б. проти Нідерландів), § 41) [2, с. 38].

Стосовно підходів ЄСПЛ до застосування ст. 6 у касаційній інстанції, в п. 183 Посібника зазначається: враховуючи особливий характер ролі касаційного суду, який обмежений у розгляді питань щодо коректного застосування права, подальші процедури можуть мати формальний характер (*Levages Prestations Services v. France* (Леваж Престасьон Сервіс проти Франції), § 48). Вимога щодо представництва у касаційному суді не суперечить ст. 6 (*G.L. and S.L. v. France* (Ж. Л. і С. Л. проти Франції) (dec.); *Tabor v. Poland* (Табор проти Польщі), § 42) [2, с. 38].

Висвітлюючи питання права на відкриті слухання справи, п. 251 Посібника вказує, що відсутність слухання у судах другої та третьої інстанції може бути пояснена особливостями проваджень за умови, що слухання було проведено у суді першої інстанції (*Helmerts v. Sweden* (Гелмерс проти Швеції), § 36, навпаки – § 38–39). Однак провадження щодо права на апеляцію і що стосуються лише норм закону, на відміну від фактичних питань, можуть не порушувати ст. 6, навіть якщо заявнику не була надана можливість бути заслуханим судом апеляційної чи касаційної інстанцій (*Miller v. Sweden* (Міллер проти Швеції), § 30) [2, с. 52].

Попри те, що ст. 6 не передбачає права на апеляційне оскарження рішення, у своїй практиці ЄСПЛ опосередковано визнає таке право. У п. 237–238 Посібника вказується, що Гарантії ст. 6 § 1 включають зобов'язання судів надавати достатні підстави для винесення рішень (*H. v. Belgium* (Н. проти Бельгії), § 53). Достатні підстави демонструють сторонам, що їх справа була ретельно розглянута. Хоча національний суд користується певним правом розсуду, обираючи аргументи і приймаючи докази, він зобов'язаний орбґрунтувати свої дії підставами для винесення рішень (*Suominen v. Finland* (Суоминен проти

Фінляндії), § 36). Надані підстави повинні давати змогу сторонам використати право на апеляцію (Hirvisaari v. Finland (Хірвісаарі проти Фінляндії), § 30 [2, с. 51]).

У преамбулі Рекомендації № R (95) 5 Ради Європи державам-членам щодо запровадження та покращення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних і господарських справах [3] вказується, що Комітет Міністрів, відповідно до положень ст. 15b Статуту Ради Європи, відзначаючи, що Протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенції) вимагає, щоб її Сторони дозволяли перегляд засуджень або вироків судом вищої інстанції; погоджуючись, що процедури оскарження можуть бути забезпечені не лише у кримінальних, а й у цивільних і господарських справах; беручи до уваги проблеми, викликані збільшенням кількості апеляцій і тривалість провадження щодо них; враховуючи, що такі проблеми можуть обмежити право кожного на судовий розгляд у розумні терміни відповідно до ст. 6 Конвенції; усвідомлюючи, що неефективні чи неналежні процедури і зловживання сторонами правом на оскарження спричиняють невиправдані затримки і можуть підірвати довіру до системи правосуддя; будучи переконаним, що ефективні процедури оскарження відповідають інтересам усіх сторін у судовому провадженні та інтересам відправлення правосуддя, рекомендує урядам держав-учасниць вжити чи посилити, залежно від обставин, всі заходи, які вони вважають за необхідне, задля покращення функціонування систем і процедур оскарження в цивільних і господарських справах.

Тож розглянемо новели цивільного і господарського процесуального законодавства, які по-новому відображають відповідні європейські стандарти. У цій статті переважно не будуть розглянуті ті норми ЦПК [4] і ГПК [5], які хоч і відповідають рекомендаціям, але містилися і у попередніх редакціях кодексів, а тому не є новими.

Серед загальних принципів Рекомендація визначає право на судовий контроль: у принципі має існувати можливість контролю за будь-яким рішенням суду нижчого рівня («суду першої інстанції») судом вищого рівня («судом другої інстанції»). У ЦПК та ГПК цей принцип закріплено у праві на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення.

Загальними принципами Рекомендації передбачено, що у випадку прийняття рішення про доцільність передбачення винятків з цього принципу будь-які такі винятки мають бути встановлені законом і відповідати загальним принципам правосуддя. За новим процесуальним законодавством не підлягають касаційному оскарженню в цивільних і господарських справах: 1) рішення, ухвали суду першої інстанції та постанови, ухвали суду апеляційної інстанції у справах, рішення у яких підлягають перегляду в апеляційному порядку Верховним Судом; 2) судові рішення у малозначних справах, крім випадків, якщо: а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики; б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскарженим судовим рішенням, під час розгляду іншої справи; в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу; г) суд першої інстанції відніс справу до категорії малозначних помилково.

Стаття друга Рекомендації закріплює заходи, які мають здійснюватися на рівні суду першої інстанції для обмеження процесуальних витрат на інших стадіях. Так, передбачено, що питання судового спору мають визначатися на рівні суду першої інстанції. Всі можливі претензії, факти і докази мають представлятися суду першої інстанції. Державам слід розглянути доцільність прийняття законодавства або інших заходів задля досягнення цієї мети. В чинному процесуальному законодавстві це вирішується шляхом обмеження часу на подання доказів, а також можливості зміни предмета або підстави позову, встановлення меж апеляційного та касаційного розгляду (ст. 83, 365, 367, 400 ЦПК, ст. 80, 267, 269, 300 ГПК).

З цією ж метою також посилено вимоги до змісту судових рішень, серед яких обов'язкове зазначення у мотивувальній частині фактичних обставин, встановлених судом, та змісту спірних правовідносин, з посиланням на докази, на підставі яких встановлено відповідні обставини. Також суд повинен вказати докази, відхилені судом, та мотиви їх відхилення. У рішенні тепер має міститися мотивована оцінка кожного аргументу, наведеного учасниками спірних правовідносин, щодо наявності чи відсутності підстав для задоволення позову, крім випадку, якщо аргументи очевидно не відносяться до предмета спору, є явно необґрунтованими або неприйнятними з огляду на законодавство чи усталену судову практику. Суд повинен вказувати норми права, які застосував, та мотиви їх застосування і норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування (ст. 265 ЦПК, ст. 238 ГПК).

Пунктом б) ст. 3 Рекомендацій передбачено запровадження граничних термінів щодо здійснення права на оскарження. Строки оскарження визначалися і попередніми редакціями процесуальних кодексів, але в чинних встановлено нове обмеження – незалежно від поважності причин пропуску строку на апеляційне оскарження суд апеляційної інстанції відмовляє у відкритті апеляційного провадження у разі, якщо апеляційна скарга подана після спливу одного року з дня складення повного тексту



судового рішення, крім випадків: 1) подання апеляційної скарги особою, не повідомленою про розгляд справи або не залученою до участі в ній, якщо суд ухвалив рішення про її права, свободи, інтереси та (або) обов'язки; 2) пропуску строку на апеляційне оскарження внаслідок виникнення обставин непереборної сили (ст. 358 ЦПК, ст. 261 ГПК).

Статтею четвертою Рекомендацій передбачено: якщо вимушені затримки виникають з вини однієї зі сторін, слід вимагати від цієї сторони покриття додаткових видатків, спричинених такою затримкою. Цю пропозицію імплементовано шляхом закріплення такого правила розподілу судових витрат: вирішуючи питання про розподіл судових витрат, суд враховує, зокрема, поведінку сторони під час розгляду справи, що призвела до затягування розгляду справи, наприклад, подання стороною явно необґрунтованих заяв і клопотань, безпідставне твердження або заперечення стороною певних обставин, які мають значення для справи, безпідставне завищення позивачем позовних вимог тощо.

Статтею п'ятою державам рекомендується для забезпечення розгляду оскаржуваних питань у суді другої інстанції розглянути доцільність, зокрема, таких заходів:

а) дозволити судам або сторонам погоджуватися з усіма чи деякими обставинами справи, встановленими судом першої інстанції (суддя-доповідач у порядку підготовки справи до апеляційного розгляду має з'ясувати, які обставини визнаються чи заперечуються учасниками справи – ст. 365 ЦПК та ст. 267 ГПК);

д) ввести обмеження на надавання нових претензій, фактів чи доказів у суді другої інстанції, якщо не виникають нові обставини і не існують інші передбачені внутрішнім законодавством причини, з яких вони не були надані в суді першої інстанції (докази, які не були подані до суду першої інстанції, приймаються судом лише у виняткових випадках, якщо учасник справи надав докази неможливості їх подання до суду першої інстанції з причин, що об'єктивно не залежали від нього, – ст. 367 ЦПК та ст. 269 ГПК).

Статтею шостою рекомендується для забезпечення швидких і ефективних слухань з апеляцій державам належить розглянути доцільність вжиття, зокрема, таких заходів:

а) залучати не більше суддів, ніж потрібно для розгляду справи (питання про залишення апеляційної скарги без руху суддя-доповідач вирішує протягом п'яти днів з дня надходження апеляційної скарги – ст. 34, 357, 365, 366 ЦПК, ст. 33, 260, 267, 268 ГПК);

с) у державах, де в суді другої інстанції можливе усне провадження, дозволити сторонам домовлятися про постановлення рішення у справі без слухань, якщо суд другої інстанції не вважатиме слухання необхідним (справа розглядається судом апеляційної інстанції за правилами, встановленими для розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження, з особливостями, встановленими відповідною главою процесуального кодексу; апеляційні скарги на рішення суду у справах з ціною позову менше ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім тих, які не підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження, розглядаються судом апеляційної інстанції без повідомлення учасників справи; суд апеляційної інстанції відкладає розгляд справи в разі неявки у судові засідання учасника справи, щодо якого немає відомостей про вручення йому судової повістки, або за його клопотанням, коли повідомлені ним причини неявки буде визнано судом поважними; неявка сторін або інших учасників справи, належним чином повідомлених про дату, час і місце розгляду справи, не перешкоджає розгляду справи – ст. 368, 369, 372 ЦПК, ст. 270, 271 ГПК);

д) скоротити тривалість усного провадження до необхідного мінімуму, наприклад, за рахунок ширшого застосування письмових процедур або використання стисло викладених аргументів чи письмових заяв (на початку судового засідання суд може оголосити про час, який відводиться для судових дебатів – ст. 368 ЦПК, ст. 270 ГПК);

е) в разі усного провадження забезпечити його якнайшвидше проведення («ущільнення порядку усного розгляду»); суду слід розглядати справу в рамках слухання і постановляти рішення одразу на його завершення або в стислі терміни, установлені законом (суддя-доповідач доповідає зміст рішення (ухвали), яке оскаржено, доводи апеляційної скарги, межі, в яких повинні здійснюватися перевірка рішення (ухвали), встановлюватися обставини і досліджуватися докази. Після доповіді судді-доповідача пояснення дає особа, яка подала апеляційну скаргу. Якщо апеляційні скарги подали обидві сторони, першим дає пояснення позивач. Далі дають пояснення інші учасники справи. Закінчивши з'ясування обставин і перевірку їх доказами, суд апеляційної інстанції надає учасникам справи можливість виступити у судових дебатах у такій самій послідовності, в якій вони давали пояснення. Після закінчення дебатів суд виходить до нарадчої кімнати – ст. 368 ЦПК, ст. 270 ГПК);

ф) запровадити вимогу суворого дотримання граничних термінів, наприклад, щодо обміну документами і поданнями, та передбачити санкції за їхнє недотримання, наприклад, у вигляді штрафу, відхилення скарги чи відмови від розгляду питання, стосовно якого діє граничний термін (учасники справи мають право подати до суду апеляційної інстанції відзив на апеляційну скаргу в письмовій формі протягом строку, встановленого судом апеляційної інстанції в ухвалі про відкриття апеляційного провадження. Відсутність відзиву на апеляційну скаргу не перешкоджає перегляду рішення суду першої інстанції – ст. 360 ЦПК, ст. 263 ГПК).

Згідно зі ст. 7 Рекомендації її положення слід, коли це варто, застосовувати до «суду третьої інстанції», якщо такий суд існує, тобто до суду, який здійснює контроль над судом другої інстанції. В цілях цієї Рекомендації зазначена категорія судів не включає конституційні або аналогічні їм суди.

Апеляції до суду третьої інстанції мають передусім подаватися стосовно тих справ, які заслуговують на третій судовий розгляд, наприклад, справ, які розвиватимуть право або сприятимуть однаковому тлумаченню закону. Вони також можуть бути обмежені апеляціями у тих справах, де питання права мають значення для широкого загалу. Від особи, яка подає апеляцію, слід вимагати обґрунтування причин, з яких її справа сприятиме досягненню таких цілей. Відповідно, в новому процесуальному законодавстві запроваджено обмеження на касаційне оскарження судових рішень – не підлягають касаційному оскарженню (ст. 389 ЦПК, ст. 287 ГПК):

1) рішення, ухвали суду першої інстанції та постанови, ухвали суду апеляційної інстанції у справах, рішення у яких підлягають перегляду в апеляційному порядку Верховним Судом;

2) судові рішення у малозначних справах, крім випадків, якщо:

а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики;

б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскарженим судовим рішенням, в процесі розгляду іншої справи;

в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу;

г) суд першої інстанції відніс справу до категорії малозначних помилково.

Рекомендація передбачає, що в суді третьої інстанції не можна представляти нові факти чи нові докази. Згідно з новим процесуальним законодавством під час розгляду справи в касаційному порядку суд перевіряє в межах касаційної скарги правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права і не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими (ст. 400 ЦПК та ст. 300 ГПК).

Отже, слід зауважити, що положення Рекомендації № R (95) 5 значною мірою імплементовано до нового цивільного процесуального та господарського процесуального кодексів. Усі найсуттєвіші новели кодексів у частині регулювання апеляційного та касаційного проваджень мають джерело – європейські стандарти судочинства. Водночас наголосимо, що залишились неімплементованими такі цікаві рекомендації, як запровадження відмови в апеляційному перегляді рішення, яке допущене до негайного виконання, але не виконане апелянтом. Неімплементовано також рекомендацію закріпити можливість часткового оскарження рішення із набранням сили у частині, що не оскаржується. І саме можливість, доцільність, форми імплементации інших положень Рекомендації мають стати напрямом подальших наукових досліджень міжнародних стандартів, що стосуються адміністративного судочинства, результати яких будуть покладені в основу змін до чинного Кодексу адміністративного судочинства України.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Європейська конвенція з прав людини. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_UKR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf) (дата звернення: 18.01.2019).

2. Посібник зі статті 6: право на справедливий суд (цивільна частина). URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_UKR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf) (дата звернення: 18.01.2019).

3. Рекомендація № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо запровадження та покращення функціонування систем і процедур оскарження по цивільних і господарських справах (прийнята Комітетом Міністрів 7 лютого 1995 р. на 528-ому засіданні заступників міністрів) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015. 708 с. С. 332–336.

4. Цивільний процесуальний кодекс України (в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print1509542199175329> (дата звернення: 18.01.2019).

5. Господарський процесуальний кодекс України (в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/print1509542199175329> (дата звернення: 18.01.2019).

### **Korolenko V. Implementation of international standards of regulation of appeal procedures in current Civil Procedure Code and Economic Procedure Code.**

*The article reveals the general approaches to the procedures for appealing judicial decisions in civil and commercial matters, as defined in the European Convention on Human Rights and the practice of the European Court of Human Rights. Novels of civil procedural and economic procedural legislation on appeal*

*and cassation review decisions are explored in the context of the implementation of the provisions of Recommendation No. R (95) 5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States concerning the introduction and improvement of the functioning of appeal systems and procedures in civil and commercial cases.*

**Keywords:** civil legal proceedings, economic legal process, appeal review of the case, cassation appeal, decision of the Council of Europe.

## МОДЕРНІЗАЦІЯ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО «КОНТРОЛЬОВАНИХ ІНОЗЕМНИХ КОМПАНІЙ» В КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПУБЛІЧНИХ СУСПІЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.37>

**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 передумовам та перспективам модернізації податкового законодавства України в частині запровадження новел з оподаткування прибутку контрольованих іноземних компаній. Цей процес здійснюється у контексті ініційованого державами–членами ОЕСР та «Великої двадцятки» удосконалення правового інструментарію, спрямованого на боротьбу з уникненням оподаткування у транскордонній площині.*

*Увагу сфокусовано на таких важливих аспектах, як поняття «іноземна компанія», види контролю, який може здійснюватися резидентами над компанією, яку створено та яка добросовісно здійснює діяльність і сплачує податки відповідно до вимог іноземної держави, а також рівень контролю, який створює підстави для застосування фіскальними органами держави норм щодо оподаткування контрольованих іноземних компаній.*

**Ключові слова:** публічний суспільний інтерес, багатосторонній правовий інструмент, план BEPS, уникнення оподаткування, іноземна компанія, контроль

В умовах посилення регіональної нестабільності на території України питання економічної безпеки держави набувають надактуального значення. У такому контексті суттєво загострюється одна із суспільно значущих проблем щодо забезпечення надходжень до державного бюджету на рівні, достатньому для фінансування пріоритетних потреб, зокрема, збройних сил, соціально вразливих верств населення, у тому числі, сімей загиблих, поранених, внутрішньопереміщених осіб.

Розв'язання зазначеної загальної економіко-правової проблеми ускладнюється з боку тих вітчизняних суб'єктів господарської діяльності, які питання соціальної відповідальності залишають поза увагою, фокусуючи її, зокрема, на застосуванні у транскордонній площині тих правових інструментів, які надають можливість мінімізувати суми податку на прибуток в Україні.

Поряд із застосуванням трансфертних цін у зовнішньоекономічних контрактах одним із таких інструментів є створення резидентами України контрольованих іноземних компаній у державах із суттєво більш сприятливими податковими режимами, у тому числі, звичайно, в офшорних зонах.

Конкретизуючи загальну проблему, варто зазначити, що її невід'ємною складовою є відсутність у вітчизняному податковому законодавстві належного закріплення системи норм інституту «контрольованої іноземної компанії». Це вимагає запровадження законодавчих механізмів, спрямованих на унеможливлення уникнення резидентами України, які є контролюючими особами щодо іноземних суб'єктів економічної діяльності, оподаткування прибутку (доходу), особливо в умовах військових дій.

Необхідність запровадження публічно-правових новел у податковому законодавстві України не передбачає звуження прав та інтересів суб'єктів приватного права України – фізичних або юридичних осіб в частині, зокрема, здійснення інвестування на території іноземних країн з метою створення суб'єктів економічної діяльності, які отримуватимуть прибуток з джерел поза межами України.

Наведене вище зумовлює визначення мети цієї статті, яка полягає у розкритті сутності базових понять, насамперед, «іноземна компанія» та «контроль», які незабаром застосовуватимуться в цілях оподаткування у законодавстві України, беручи до уваги нещодавні результати у сфері правотворчої діяльності щодо його модернізації.

Для досягнення цілей статті доцільним є звернення до офіційних матеріалів Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) щодо оподаткування прибутку контрольованих іноземних компаній,

результатів досліджень науковців-фахівців у сфері податкового права, публічно висловлених позицій юристів-практиків з провідних міжнародних консалтингових компаній, які працюють в Україні.

У червні 2018 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про валюту і валютні операції» від 21.06.2018 № 2473-VIII, який набирає чинності з 7 лютого 2019 р. Відповідно до прикінцевих та перехідних положень цього Закону протягом піврічного строку Кабінет Міністрів України та Національний банк України зобов'язані розробити та внести на розгляд Парламенту України низку законопроектів. Один із таких законопроектів має містити правила щодо оподаткування контрольованих іноземних компаній [1].

Розглядаючи такі результати правотворчої діяльності в Україні у більш широкому міжнародно-правовому контексті, зазначимо, що з 1 січня 2017 року Україна приєдналася до Програми розширеного співробітництва в рамках ОЕСР, а 23 липня Україна підписала Багатосторонню конвенцію щодо виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування (підлягає подальшій ратифікації парламентом України).

На сучасному етапі Україною прийнято на себе зобов'язання з імплементації так званого Мінімального стандарту Плану дій BEPS, який включає обов'язкові чотири заходи із п'ятнадцяти запропонованих: «Шкідливі податкові практики або шкідливі пільгові режими» (захід 5); «Удосконалення чинних угод про уникнення подвійного оподаткування шляхом включення до них запропонованих правил запобігання зловживанню угодою» (захід 6); «Удосконалення чинних національних правових норм стосовно документації з трансфертного ціноутворення та майбутнього обміну інформацією» (захід 13); «Удосконалення чинних угод про уникнення подвійного оподаткування шляхом підвищення ефективності механізмів вирішення спорів» (захід 14) [2].

У контексті проблематики даної статті варто зауважити, що контрольованих іноземних компаній стосується інший захід, а саме, захід 3 – «Розроблення ефективних правил для контрольованих іноземних компаній» (Designing Effective Controlled Foreign Companies Rules – Action 3 BEPS). Цей захід виходить за межі мінімального стандарту, що, водночас, не робить його менш важливим для забезпечення національних економічних інтересів України.

Поки Уряд України та Національний банк України розроблятимуть відповідний законопроект, зазначимо, що 25 травня 2017 року у Верховній Раді України було зареєстровано проект Закону про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо оподаткування прибутку контрольованих іноземних компаній) № 6502 (далі – законопроект щодо КІК) [3].

З методологічної точки зору аналіз норм, запропонованих у цьому законопроекті, доцільно здійснювати через призму співвідношення окремого і загального, де загальним виступатимуть пропозиції та рекомендації ОЕСР та G-20, розроблені на основі узагальнення законодавства і практики його застосування у провідних країнах світу та виявлення сучасних світових тенденцій щодо оподаткування контрольованих іноземних компаній.

Важливим, насамперед, є питання визначення кола тих суб'єктів права, які охоплюватимуться родовим поняттям «компанія» з урахуванням його не буквального, а розширювального тлумачення. Однією із цілей такого підходу є звуження можливостей для юридичного маневрування шляхом використання організаційно-правових форм суб'єктів економічної діяльності – нерезидентів, які формально юридично не мають статусу «компанії» відповідно до законодавчих вимог. Отже, поняттям «компанія» можуть охоплюватись як унітарні або корпоративні підприємства (в термінології Господарського кодексу України) із статусом юридичної особи, так і суб'єкти права, які не набувають статусу юридичної особи та створюються з дотриманням інших законодавчих вимог, відмінних від передбачених для акціонерних компаній (JSC, PLC), компаній з обмеженою відповідальністю (Ltd, LLC) тощо. Внаслідок такого розширювального тлумачення цілком логічним є підхід, який передбачає, що під компанією можуть розумітися також партнерства, трасти, постійні представництва [4].

Законопроект щодо КІК під іноземною компанією пропонує розуміти іноземні компанії, організації, які є нерезидентами – юридичними особами, зазначеними в абзаці «а» підпункту 14.1.122 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України або іноземними структурами без утворення юридичної особи. Погоджуючись із запропонованим підходом в тій частині, що набуття правового статусу юридичної особи суб'єктом економічної діяльності не може бути імперативною вимогою, звертає на себе увагу нечіткість позиції в частині понятійного апарату. Так, має місце застосування як однопорядкових родових понять «організація» та «структура» поряд із видовим поняттям «компанія».

Наступним ключовим аспектом є визначення наявності у резидента України, зокрема материнської компанії, так званого суттєвого впливу або контролю над іноземною компанією для визначення наявності підстав визнання такої компанії саме контрольованою.

Змістовно поняття «контроль» включає два компоненти, де перший компонент – це вид контролю, другий – рівень контролю. За видами контроль може бути: 1) юридичний, 2) економічний, 3) фактичний, 4) базований на консолідації. Наведені види контролю можуть носити відокремлений характер, водночас, більш коректним вважається комбінований підхід. Він передбачає виявлення фіскальними

органами держави поряд, наприклад, з юридичним контролем (за наявності у власності резидента акцій або певної частки у капіталі іноземної компанії та, відповідно, відповідної кількості голосів) субсидіарно економічного контролю над іноземною компанією.

Встановлення факту наявності контролю резидента України над іноземною компанією є недостатнім для застосування норм щодо збільшення суми прибутку такого резидента, який підлягає оподаткуванню. Отже, поряд із застосуванням своєрідної двоїстої номінальної шкали (контроль існує або відсутній) необхідним є застосування також порядкової шкали для визначення того, чи має місце саме контроль за умови досягнення певного законодавчо встановленого рівня впливу.

Цілком очевидним є запровадження у багатьох державах підхід, який передбачає, що достатній рівень контролю досягається у випадку, якщо юридичний або економічний контроль резидента над іноземною компанією сягає понад 50 відсотків. Беручи до уваги те, що резиденти здатні здійснювати контроль й у випадку розміру частки менше 50 відсотків, держави мають право законодавчо закріпити й інші критерії контролю.

Для коректного законодавчого закріплення необхідного рівня контролю важливим є питання кількісного складу контролюючих резидентів, оскільки для ситуацій, коли контролюючою особою є один резидент або певна множинність резидентів, необхідно передбачити різні підходи.

Резиденти, які є міноритарними акціонерами або власниками часток у капіталі іноземної компанії, можуть здійснювати вплив на іноземну компанію незалежно один від одного. Водночас високою ймовірною теоретично та поширеною на практиці є інша модель – коли резиденти, навіть функціонуючи як непов'язані особи, здійснюють узгоджені дії щодо іноземної компанії. Внаслідок цього вплив кожного резидента може трансформуватись у сукупний контроль законодавчо встановленого рівня. У такому контексті ключового значення набуває встановлення наявності такої узгодженості дій резидентів, кожен з яких може володіти певною незначною часткою, водночас їх сума досягатиме законодавчо встановленого рівня.

У рекомендаціях ОЕСР зазначається, що державам варто розв'язувати це питання із застосуванням одного із трьох концептуальних підходів:

1) аналіз та встановлення дій резидентів (а іноді й нерезидентів), які можуть здійснювати діяльність на ринку і як непов'язані особи, що de-facto свідчить про узгоджені дії, це, у свою чергу, передбачає подальше сумування їх часток та можливість донарахування податку на прибуток пропорційно частці кожного резидента;

2) аналіз праввідносин, у яких перебувають контролюючі особи-резиденти між собою або резиденти та нерезиденти для встановлення того, чи набувають ці особи статусу пов'язаних осіб (зокрема, через належність капіталу в розмірі 100% обох контролюючих осіб материнській компанії), частки яких сумарно досягають спільної частки у капіталі іноземної компанії більше ніж 50%.

3) відповідність вимозі концентрованої власності, що передбачає визначення сукупної частки усіх контролюючих осіб – резидентів, які є власниками частки у капіталі, яка досягає певного законодавчо встановленого рівня.

У цьому контексті зазначимо, що у законопроекті щодо КІК пропонується розуміти під контролюючою особою фізичних або юридичних осіб, частка участі яких у контрольованій іноземній компанії відповідає хоча б одній із таких умов:

– становить понад 20 відсотків;

– становить понад 10 відсотків, якщо частка участі всіх резидентів України в контрольованій іноземній компанії становить понад 50 відсотків.

Поки Україна перебуває на етапі «дозрівання» до запровадження у податковому законодавстві інституту КІК, доцільно звернутись до законодавства держави, яка теж протягом тривалого періоду не мала досвіду застосування системи відповідних норм, водночас поставила публічні економічні інтереси держави на перше місце. Так, досягнення стратегічно важливих цілей впровадженій у 2007–2012 роках податкової реформи в Китаї щодо забезпечення більш високого рівня охорони та захисту інтересів держави у сфері оподаткування при здійсненні зовнішньоекономічних операцій між пов'язаними суб'єктами підприємництва здійснено через закріплення вперше на законодавчому рівні низки новел, у тому числі щодо контрольованої іноземної компанії (Controlled Foreign Company).

Фокусуючи увагу на цьому інституті, спрямованому на недопущення неправомірної мінімізації сплати китайськими суб'єктами господарювання податку на прибуток, зазначимо, що він характеризується широким спектром національно-обумовлених особливостей. Як слушно зазначає К. А. Непесов, «критерії контролю, вид діяльності, а також податковий режим за місцем знаходження підприємства (компанії) розрізняються між країнами» [5, с. 46]. На відповідному історичному етапі його було запроваджено у спеціальному законодавстві переважної більшості провідних країн світу як відповідь на загрозливу інтенсифікацію процесів переведення прибутків транснаціональними корпораціями в офшорні зони, у тому числі через застосування трансфертних цін.

Виходячи зі змісту ст. 45 Закону КНР «Про податок на прибуток підприємств», можна виділити такі ключові підстави, наявність кожної з яких є обов'язковою, а їх сукупність достатньою для збільшення оподаткованого прибутку поточного періоду резидентів КНР за рахунок включення відповідної частки прибутку іноземної компанії:

- 1) наявність законодавчо передбачених юридичних або фактичних ознак, які визначають характер відносин між резидентами КНР та контрольованою компанією-нерезидентом;
- 2) суттєво нижчий, у порівнянні зі ставками податку на прибуток, передбаченими у п. 1 ст. 4 цього Закону, податковий тягар для такої компанії в країні реєстрації;
- 3) відсутність здійснення на користь резидентів КНР розподілу прибутку або зменшення його розміру, що не обумовлено обґрунтованими потребами забезпечення діяльності контрольованої іноземної компанії [6].

Виходячи зі змісту ст. 45 Закону КНР, а також ст. 117 Правил імплементації цього Закону, можна виділити ті вимоги, відповідність яким у сукупності обумовлюватиме збільшення прибутку поточного періоду резидентів КНР, який підлягає оподаткуванню.

Насамперед йдеться про характер відносин між резидентами КНР та контрольованою компанією-нерезидентом, які можуть мати як юридичну, так і фактичну складові. Розглядаючи сутність ключової ознаки іноземної компанії – «контрольована», зазначимо, що визнання такого статусу обумовлюється, перш за все, правом власності у окремих резидентів Китаю безпосередньо або опосередковано на десять відсотків або більше голосуючих акцій, при тому, що у сукупності їм має належати не менше п'ятдесяти відсотків їх загальної кількості. Водночас, поруч з юридичними ознаками, пов'язаними з участю в капіталі, які можуть кількісно не досягатись, субсидіарно передбачено необхідність врахування всієї сукупності обставин, оскільки може мати місце фактичний контроль, який виникатиме, зокрема, через визначальний вплив на підприємницьку діяльність такої компанії [7].

Аналізуючи переваги для держави й бізнесу від ведення в дію правил контрольованої іноземної компанії, директор податково-юридичного департаменту КППМГ в Україні акцентував увагу на нівелюванні податкових чинників для створення іноземних структур українськими бізнесменами, що є стимулом для українських власників «податково мотивованих» іноземних структур переводити їх в Україну. У свою чергу, до недоліків віднесено збитки від бізнес-еміграції та змін податкового резидентства українських власників КІК, подвійне та потрійне оподаткування одного і того самого економічного доходу, збільшення витрат податкових органів для належного адміністрування правил КІК, поява ще однієї підстави для проведення податкової перевірки, а також санкції за порушення правил контрольованої іноземної компанії [8].

Підсумовуючи викладене вище, доцільно зазначити, що модернізація вітчизняного податкового законодавства на нинішньому етапі зумовлена зовнішніми чинниками. За їх відсутності інститут «контрольованої іноземної компанії» навряд чи було б запроваджено у вітчизняному законодавстві у короткостроковій перспективі. Це відповідало б інтересам певного кола резидентів України – фізичних та юридичних осіб, які здійснюють контроль над іноземними компаніями, створеними у сприятливих податкових юрисдикціях, що надає змогу зменшувати суми сплачених податків. Водночас наявність такої прогалини у вітчизняному податковому законодавстві зумовлює недоотримання державним бюджетом податкових надходжень, що зменшує можливості для належного забезпечення пріоритетних суспільних інтересів, особливо в умовах військових дій.

Імплементація ініціатив країн держав-членів ОЕСР та G-20, яка отримала підтримку широкого кола країн світу, не дозволила Україні залишитись поза сучасним глобальним процесом удосконалення національно-правових та міжнародно-правових інструментів, спрямованих на боротьбу з уникненням оподаткування у транскордонній площині. У свою чергу, саме широкий міжнародний контекст нівелюватиме ймовірні претензії бізнесу до влади щодо запровадження у законодавстві додаткового податкового тиску.

Незважаючи на окремі недоліки, понятійний апарат та критерії визначення контролю резидентів України над іноземними компаніями, які запропоновано у зареєстрованому в Парламенті України проекті Закону про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо оподаткування прибутку контрольованих іноземних компаній) від 25 травня 2017 р. № 6502, в основних аспектах відповідають рекомендаціям ОЕСР. Внаслідок цього основні положення цього законопроекту, а також положення законодавства інших держав, зокрема Китаю, можуть бути використані при розробці Кабінетом Міністрів України та Національним банком України власного законопроекту щодо оподаткування прибутку контрольованих іноземних компаній.

Виходячи з того, що ця стаття розпочинає цикл публікацій, присвячених проблематиці модернізації законодавства України щодо оподаткування контрольованих іноземних компаній, предметом наступних розробок стануть такі важливі питання, як підстави виключення з-під норм щодо оподаткування прибутку КІК та усунення подвійного оподаткування.



## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про валюту і валютні операції» від 21.06.2018 № 2473-VIII // Відомості Верховної Ради України, 2018. № 30. Ст. 239.
2. Мінфін розробив дорожню карту реалізації Плану дій BEPS. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/249982923> (дата звернення: 05.09.2018).
3. Проект Закону про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо оподаткування прибутку контрольованих іноземних компаній). URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=pf3511=61888](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=pf3511=61888) (дата звернення: 03.09.2018).
4. Designing Effective Controlled Foreign Companies Rules, Action 3 BEPS 2015 – Final Report. URL: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report\\_9789264241152-en#page23](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page23) (дата звернення: 02.10.2018).
5. Непесов К. А. Налоговые аспекты трансфертного ценообразования: сравнительный анализ опыта России и зарубежных стран / К. А. Непесов. М.: Волтерс Клувер. 2007. 304 с.
6. Enterprises Income Tax Law of the People's Republic of China (Adopted by the National People's Congress on 16 March 2007). URL: [www.chinatax.gov.cn](http://www.chinatax.gov.cn) (дата звернення: 03.10.2018).
7. Implementation Rules of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China (Adopted by 197th Session of Executive Meeting of the State Council on December 6, 2007, PRC State Council Decree # 512). URL: [www.fdi.gov.cn/pub/FDI\\_EN/Rules.html](http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Rules.html) (дата звернення: 03.10.2018).
8. Правила BEPS – українські реалії (за результатами круглого столу «Тенденції міжнародного оподаткування: висновки для України» (10.06.2016 р.)). URL: <http://jur-gazeta.com/publications/events/pravila-beps--ukrayinski-realiyi.html> (дата звернення: 14.10.2018).

#### **Korol V. Tax legislation of Ukraine concerning Controlled Foreign Companies modernization in the light of public interests ensuring**

*The article is dedicated to the general aspects as well as some peculiarities concerning fulfillment of the gap in the legislation of Ukraine relating to the issue of Controlled Foreign Companies (CFC) taxation. In spite of the significance of this issue for ensuring public interests especially under the conditions of intensifying of the regional instability within the territory of Ukraine, this may sound strange but Ukrainian legislation still keeps silence concerning Controlled Foreign Companies.*

*In June 2018 Ukrainian Parliament adopted the Law of Ukraine "On currency and currency transactions" containing the special rule within final provisions concerning the necessity of the formation the law on the Controlled Foreign Companies taxation. Consequently, the Government of Ukraine and the National Bank of Ukraine are responsible for submitting the appropriate Draft of the Law of Ukraine to the Parliament of Ukraine during a half a year since February 7, 2019 – the date the Law of Ukraine "On currency and currency transactions" enters into force.*

*This legislative requirement was researched in the wider international law context namely joining of Ukraine to the OECD's Extended Cooperation Program and its obligations to implement the minimum standard of the BEPS action plan. Minimum standard above mentioned includes just 4 of 15 BEPS plan actions as follows: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance (Action 5); Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances (Action 6); Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting (Action 13); Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective (Action 14).*

*On May 25 2017 the Draft of the Law of Ukraine on introduction of amendments to the Tax Code of Ukraine (on Controlled Foreign Companies' profit taxation) # 6502 was registered in the Parliament of Ukraine. From the methodology point of view, the rules offered in this Draft of the Law were considered within this article as particular through the prism of certain general concept and legal approaches. Such approaches are represented with relevant recommendations and explanations of the Organization of the Economic Cooperation and Development are contained in the Final Report 2015 regarding Action 3 BEPS – Designing Effective Controlled Foreign Companies Rules.*

*Attention was focused on the following aspects within the article: in the beginning, rules for CFC defining, subsequently, the type of control of the residents of Ukraine over foreign companies as well as not least importantly the level of such control required.*

*Taking into account that the legal issues researched in this article go beyond the bounds of minimum standard of the BEPS action plan implementing by Ukraine in this day and age, analysis completed and conclusions made are even more prospective for further improvement of the tax legislation of Ukraine in compliance with modern international standards.*

**Keywords:** society's public interest, multilateral legal instrument, BEPS project, tax avoidance, foreign company, control.





## НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

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

# ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

*Збірник наукових праць*

Випуск 19, 2019

Редактори **А. М. Шадріна, І. А. Янчук**

Оригінал-макет **С. В. Максименко**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки **С. В. Максименко**

Підписано до друку 31. 05. 2019 р. Формат 60x84/8  
Обл.-вид. арк. 22,0 Тираж 300 прим. Зам. № 19-003

Видавець Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака  
НАПрН України

вул. Раєвського, 23-а, м. Київ, 01042

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції,  
серія ДК № 2233 від 05.07.2005 р.