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 20

КИЇВ 2020

ISSN 2409-9201

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. 20, 2020 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, 2020. 180 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 № 12 від 18 грудня 2019 р.)

Редакційна колегія:
*О. Д. Крупчан **(головний редактор)**, М. К. Галянтич **(заст. гол. редактора)**, В. А. Васильєва, А. Б. Гриняк, А. С. Довгерт, Жаба Матеуш, І. Р. Калаур, В. І. Король, А. В. Коструба, О. О. Кот, Н. М. Мироненко, М. Д. Пленюк, Т. Г. Попович (**відповідальний секретар**), Д. Х. Постован, Вільям Б. Саймонс, О. О. Штефан, В. С. Щербина*

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

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

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

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020
© Автори статей,2020

Зміст

Крупчан О. Д. Синхронізація розвитку приватноправової сфери і громадянського суспільства як актуальне завдання науки приватного права 5

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

Майданик Р. А. Методика права України в умовах європеїзації: універсальний метод, алгоритм, етапи вирішення юридичного спору (казусу) 8

Миронова Г. А. Моральні засади суспільства як межа приватного розсуду суб'єктів договірних відносин у сфері надання медичної допомоги 19

Полюхович В. І. Проблемні питання правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції в господарській діяльності в Україні..... 27

Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність держави за шкоду, завдану воєнними діями і терористичними актами 32

Янчук І. А. Прагматичне спрямування засобів мовного вжитку юридичної галузі на вирішення завдань реалізації євроінтеграційної стратегії України 39

ІІ. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Водоп'ян Т. В. До питання історії розвитку медіації в Україні 45

Гетманцев М. О. Електронне судочинство: порівняльний аналіз цивільного і господарського процесуального законодавства..... 49

Карнаух В. С. Проблематика визнання правочину джерелом цивільного права..... 52

Кочин В. В. Європеїзація принципів (засад) цивільного законодавства України..... 58

Круковес В. В. Окремі питання усиновлення чоловіком та жінкою, які проживають однією сім'єю без шлюбу 62

Лопащук І. Д. Правова природа та характеристика основних ознак висновку експерта у цивільному процесуальному праві України 66

Майданик Н. Р. Методологія вирішення корпоративного спору судом: праворозуміння, алгоритм вирішення, поняття та елементи 68

Танасієнко В. М. Перспективи реформування третейських судів у контексті судової реформи..... 78

Шабалін А. В. Цивільно-правові аспекти досудового врегулювання спорів (медіація) у сфері інтелектуальної власності..... 82

Штефан О. О. Зміст та умови реалізації принципу естоппель у приватноправових та процесуальних правовідносинах..... 87

ІІІ. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Заіка Ю. О. До питання про правову природу алеаторних договорів..... 95

Міловська Н. В. Забезпечення належного виконання договірних зобов'язань зі страхування..... 100

Пожоджук Р. В. Свобода договору в аспекті споживчих відносин.....106

Ющенко О. В. Правова природа договору банківського вкладу (депозиту) 111

IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Галянтич М. К., Пижова О. В. Припинення подружжям права спільної сумісної власності на житло 116

Погрібна О. В. Визначення поняття, ознак та видів житла..... 121

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Вінник О. М. Господарсько-правова відповідальність та процедури її застосування у сфері цифрової економіки та електронного бізнесу..... 126

Гончаренко О. М. Реалізація концепції корпоративної соціальної відповідальності в Україні..... 137

Єфремова К. В. Правове регулювання штучного інтелекту в епоху цифрової економіки 142

Сіщук Л. В. Відповідальність учасників підприємницьких товариств за порушення корпоративного договору..... 147

Хоменко В. О. Обрання ефективного способу захисту у разі припинення господарського товариства 152

Черненко О. А. Адвокатування конкуренції та сучасні інформаційні технології..... 157

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Зайчук О. В., Король В. І. Новий міжнародно-правовий інструмент модифікації двосторонніх угод про уникнення подвійного оподаткування..... 160

Попович Т. Г. Підтримний розвиток як правова основа екологічності економічних відносин..... 165

Франкова А. В. Історичні витоки правового регулювання публічних закупівель в ЄС 169

Шульгін А. А. Правове регулювання обігу електронних грошей на регіональному рівні за правом ЄС 174

СИНХРОНІЗАЦІЯ РОЗВИТКУ ПРИВАТНОПРАВОВОЇ СФЕРИ І ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ЯК АКТУАЛЬНЕ ЗАВДАННЯ НАУКИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

УДК 340.1
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.1

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

Krupchan O. Synchronization of the development of the private legal sphere and the civil society as an actual task of the private law science

The article is devoted to the tasks facing a science of private law in Ukraine: to develop methodological bases for an implementation of the European private law principles; borrowing and adapting its specific norms; updating the mechanisms of the legal system of Ukraine.

A future improvement of a civil law must be based not only on the rule of law (the fundamental principle of a legal system), but also reflect new trends including an absolute perception of the principles of a free market economy. A new stage in the development of Ukrainian civil law is an implementation of EU law, in particular, the Draft Common Frame of References (DCFR), whose principles are somewhat different from the principles of the Central Committee of Ukraine and are reduced to four principles: freedom, security, justice. (justice) and efficiency. The Study Group on the European Civil Code has developed a common approach to each of these principles, which can be summarized as follows:

– the principle of freedom is considered through the freedom of a contract, restrictions on third parties, contractual harm to third parties and society, interference in contractual relations in case of defects (relations), restriction of freedom of choice of contracting party, restriction of freedom to retain information at the pre-contractual stage, contract, correction of bidding inequality, minimal interference; on non-contractual obligations, in particular on a focus on a commitment rather than freedom, and freedom must be respected insofar as it is consistent with policy objectives, and property relations such as limited purpose of party autonomy, recognition and enhancement of freedom in some respects;

– the principle of safety, in general terms, should ensure normal living conditions and activities including contractual (contractual) security, non-contractual security as well as security regarding property;

– the principle of justice may conflict with other principles, as it is often difficult to define properly, but, in general, it boils down to the following formula: a person has a duty to act in accordance to the rules of good faith and integrity in a performance of obligations, an exercise of the right to perform and an exercise or protection of default means, an exercise of the right to terminate an obligation or a contractual relationship;

– the principle of effectiveness is viewed from the standpoint of contracting parties as well as broadly understood on the purpose of public needs, so this principle is developed through a fairly minimal formality.

Keywords: principles of European private law, justice, integrity, reasonableness, social responsibility, protection of human rights

Анотація. Стаття присвячена завданням, що постають перед наукою приватного права в Україні: розроблення методологічних засад впровадження принципів Європейського приватного права; запозичення й адаптації конкретних його норм; оновлення механізмів правової системи України.

Ключові слова: принципи Європейського приватного права, справедливість, добросовісність, розумність, соціальна відповідальність, захист прав людини.

Сучасний процес демократизації суспільства має базуватися на пріоритетах гуманізму, справедливості, добра і моралі, які повинні впроваджуватися в усі без винятку підвалини суспільного життя.

Україна іде конституційно визначеним шляхом євроінтеграції. Цей її поступ потребує глобальних економічних, політичних, соціальних та інших зрушень. Демократичні перетворення актуалізують потребу розвитку механізмів саморегуляції, коли суб'єкти суспільних відносин можуть самостійно встановлювати правила поведінки і контролювати їх дотримання. Зростання активності і відповідальності громадян надає можливість частину державних повноважень в певних сферах передавати інститутам громадянського суспільства.

Йдучи шляхом євроінтеграції, Уряд України ставить перед собою відомі цілі: країна має відповідати критеріям членства в Європейському Союзі і на цій основі приєднатися до спільного економічного, енергетичного, цифрового, культурного і правового просторів ЄС.

Звідси перед наукою приватного права в Україні постає важливе завдання розроблення методологічних засад впровадження принципів Європейського приватного права, запозичення й адаптації конкретних його норм і механізмів до правової системи України.

Майбутнє удосконалення цивільного законодавства має ґрунтуватися не лише на основі верховенства права (фундаментального принципу правової системи), а й відображати нові тенденції, в тому числі абсолютне сприйняття принципів вільної ринкової економіки. Новим етапом розвитку цивільного права України є імплементація права ЄС, зокрема, Загальної системи підходів DCFR (Draft Common Frame of References), принципи яких дещо різняться від засад ЦК України та зводяться до чотирьох принципів: свобода (freedom), безпека (security), справедливість (justice) та ефективність (efficiency). Група з підготовки Європейського цивільного кодексу (Study Group on a European Civil Code) відносно кожного з названих принципів виробила спільний підхід, який можна у підсумку викласти так:

– принцип свободи розглядається через свободу договору, обмежень стосовно третіх осіб, заподіяння шкоди контрактом третім особам та суспільству, втручання у договірні відносини у разі вад (дефектів) відносин, обмеження свободи вибору договірної сторони, обмеження свободи утримувати інформацію на переддоговірній стадії, інформації щодо умов договору, виправлення нерівності торгів, мінімальне втручання; щодо недоговірних зобов'язань, зокрема, щодо акценту на зобов'язаннях, а не на свободі, а свобода має дотримуватися настільки, наскільки відповідає цілям політики, а також щодо відносин власності, як-от: обмежена мета автономії сторони, визнання та посилення свободи в деяких аспектах;

– принцип безпеки у загальних рисах має забезпечувати нормальні умови для життя та здійснення діяльності, що включає договірну (контрактну) безпеку, недоговірну безпеку, а також безпеку щодо власності;

– принцип справедливості може конфліктувати з іншими принципами, оскільки його часто важко окреслити належним чином, однак в цілому зводиться до такої формули: особа має обов'язок діяти відповідно до правил добросовісної та доброчесної діяльності у виконанні зобов'язання, здійсненні права на виконання, в здійсненні або захисті засобів невиконання, в здійсненні права на розірвання зобов'язання чи договірних відносин;

– принцип ефективності розглядається з позицій договірних сторін, а також щодо широкого розуміння з метою публічних потреб, тому цей принцип розвивається через досить мінімальну формалізованість.

Нині окремі принципи Європейського приватного права мають загальновизнаний цивілізаційний характер (справедливість (правосуддя), добросовісність та розумність, неприпустимість свавільного втручання в особисте життя, неприпустимість позбавлення права власності, солідарність і соціальна відповідальність, захист прав людини). Інші ж – потребують певного наукового переосмислення та нормативного підкріплення належними правовими нормами, особливо враховуючи напрацювання європейського приватного права. Так, принцип безпеки має дещо фрагментарний характер, а ефективність нині оцінюється у сукупності свого механізму правового регулювання.

До речі, ще 9 років тому відомий правознавець член-кореспондент НАПрНУ, а нині перший заступник Голови Верховної Ради України, Р. О. Стефанчук зазначав, що Загальна система підходів (DCFR) є важливою стратегічною законодавчою ініціативою ЄС і правовою політикою, яка має враховуватися, в тому числі, і при розробці власної правової політики в Україні. Адже можливість вивчення вказаних процесів надасть можливість підготувати нову методологічну базу для зміни основних засад формування українського цивільного законодавства, сприятиме його мобільності до потреб сучасності в контексті входження України до європейського простору. Крім цього, вивчення вказаної кодифікаційної роботи надасть можливість глибше зрозуміти як цивільне законодавство європейських країн, так і межі його уніфікації та зближення [1].

Межі європеїзації принципів (засад) цивільного законодавства України пролягають у рамках врахування відповідних положень Draft Common Frame of References у напрямах розвитку договірних, недоговірних та речових відносин із перспективою наступного впровадження норм acquis ЄС для підготовки і повноцінного набуття Україною не лише статусу держави – члена ЄС, а як повноцінного учасника європейського правового і політичного простору. Тому що, як слушно у свій час зазначали вітчизняні відомі науковці О. І. Харитонова та О. Є. Харитонов, говорячи про принципи Draft Common Frame of References, що їхнє завдання полягає у забезпеченні підґрунтя вдосконалення концепту приватного права відповідно до базових цінностей європейської цивілізації і, що, враховуючи завдання гармонізації національного законодавства з правом ЄС, саме таким імперативом має керуватися й наша держава, визначаючи напрями та характер розвитку українського цивільного законодавства [2].

На нашу думку, саме цим має керуватися у своїй роботі створена Урядом України робоча група щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України.

Таким чином, нормативно-правове регулювання та правовий вплив у цій діяльності має забезпечуватися відповідно до таких наукових положень.

Ринкова економіка та громадянське суспільство мають спільні принципи, входять до приватноправової сфери країни, що надає можливість взаємодоповнювати одне одного з метою належного здійснення суб'єктивних приватних прав та виконання обов'язків з перспективою досягнення відповідної економічної і соціальної стабільності як загального публічного інтересу. При цьому публічний інтерес слід розглядати як сукупний суспільний інтерес держави або територіальної громади як організацій громадянського суспільства, оскільки в механістичному аспекті публічні утворення є лише інституційним спектром економіки.

Практичне значення полягатиме у визначенні меж державного, а також адміністративно-правового та приватноправового впливу (узгодження загальних норм ЦК та ГК України, внесення змін до спеціального законодавства), що вимагає проведення реформи з приватизації суспільних відносин, тобто переміщення абсолютної більшості їх правового регулювання з публічно-правової у приватноправову площину.

Громадянське суспільство має необхідні умови для реалізації ринкових економічних принципів, зокрема, у процесі приватизації суспільних відносин (переведення регулювання та реалізації економічних інтересів на «приватних» учасників ринку) шляхом координації та співпраці у економічних секторах (саморегулювання, громадський контроль, обговорення нормативних актів та участь громадськості у планоутворенні), внаслідок розширення неюрисдикційних способів та форм захисту прав та інтересів. Сприйняття економічних відносин відповідно до їх інституційної структури дає можливість виокремити принципи їх правового регулювання.

Як результат, слід інституційно окреслити «третій сектор» громадянського суспільства, закріпити загальні засади у ЦК, узгодити із спеціальним законодавством (закони України «Про громадські об'єднання», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про кооперацію» тощо), що являє собою, по суті, реформу громадянського суспільства.

Інституційні сектори доцільно структурувати відповідно до адміністративно-правового регулювання (сектор державного управління, що виконує політичні функції з регулювання економіки, сектор державних організацій, що надають економічні послуги на неринковій основі, сектор підприємницького регулювання фінансових та нефінансових корпорацій, що створюються з метою здійснення підприємництва, сектор цивільного регулювання – домашні господарства та некомерційні організації, що мають на меті реалізацію особистих немайнових та майнових прав та інтересів без мети розподілу отриманого прибутку).

Це надасть можливість розмежувати владні повноваження держави і громадянського суспільства в управлінні економікою та монопольним становищем публічної влади у господарських відносинах, що, по суті, є реформою ринкового самоврядування та державного управління економікою і тому особливо важливим для правової науки є дослідження процесів синхронізації розвитку приватноправової сфери і громадянського суспільства. Тут слід мати на увазі таке методологічне застереження: є до деякої міри протиріччя між вимогою розвитку (подальшої структуризації) громадянського суспільства і всебічної демократизації і децентралізації держави, збільшення обсягу свобод громадян, інститутів громадянського суспільства і водночас вимогою зміцнення держави у чисто «державницьких» її функціях, удосконалення державної діяльності в усіх напрямках розвитку суспільства, в тому числі громадянського. Тобто є наявний складний діалектичний зв'язок між частинами суспільства: громадянським суспільством і державою.

І розвиток приватноправової сфери, і розвиток громадянського суспільства, і розвиток врешті-решт держави прямо пропорційні інтенсивності взаємодії і взаємних зв'язків між ними, оскільки громадянське суспільство забезпечує в приватноправовій сфері реалізацію життєвих приватних інтересів громадян, а держава сприяє їх реалізації через обмеження її втручання у функціонування громадянського суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Стефанчук Р. О. До питання про європейський вибір розвитку цивільного права в Україні // Приватне право і підприємництво. 2012. Вип. 11. С. 27–29.

2. Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Принципи DCFR: сутність та значення для гармонізації цивільного законодавства України з правом Європейського Союзу // Часопис цивілістики. 2015. Вип. 18. С. 164–170.

МЕТОДИКА ПРАВА УКРАЇНИ В УМОВАХ ЄВРОПЕЇЗАЦІЇ: УНІВЕРСАЛЬНИЙ МЕТОД, АЛГОРИТМ, ЕТАПИ ВИРІШЕННЯ ЮРИДИЧНОГО СПОРУ (КАЗУСУ)

УДК 340.1
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.2

Майданик Р. А.,
доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Maydanyk R. Ukrainian Case Study Teaching Methodology: Universal Method, Algorithm, Stages of a Case Study Solution

This paper is devoted to a legal technique of a case study solution. The method of solving a legal dispute (case) as a universal method of law application is studied; the concept of the algorithm for solving a case is covered; the stage of the study of the factual circumstances of a case is investigated as well as formulation of a correct question that is in a task or legal claim; the content of a legal relationship is clarified; the search of the applied norms of law is conducted; the prerequisites of a legal claim are revealed; summarizing of the case circumstances under the norms of applicable law (sub-sumption) and formulating a conclusion in solving a case have been investigated.

It is advisable for the jurisprudence of Ukraine to use a single, recognized by all method of law application in the resolution of a legal dispute (case), which will extend to all branches (spheres) of law and will provide a path from abstract law to a specific resolution of a legal dispute when deciding a lawyer. That can be achieved by interpreting legal rules as a result of finding the right resolution of a legal dispute and as the consequences of considering all material aspects of a case when making such a decision.

A case study technique is a type of written legal letter (s) in which a subject of law (student-lawyer, etc.) has to offer his or her written answer to a hypothetical question or an example of a legal dispute according to the general algorithm of the form of a defined mutual relations system and successive steps (working steps) to resolving a legal dispute.

It is advisable to resolve a legal dispute (case) according to the following general consecutive and interrelated stages (working steps): studying of the actual circumstances of the case; formulating and/or proper understanding of the issue presented in an assignment or a legal claim; finding out the content of the legal issues that are the subjects of a legal dispute; searching for the grounds and finding out the prerequisites for a legal claim (claim); summarizing the case circumstances under the rules of applicable law and checking the preconditions (summation); formulating the conclusion (solving the case).

Key words: case study, universal method of the law applying, algorithm and stages (working steps) of solving a case, analysis of the actual circumstances of the case, content of legal relationships, prerequisites of legal claims, sub-sumption, formulation of a conclusion when solving a case.

Статтю присвячено методиці вирішення юридичного спору (казусу). Досліджено методику вирішення казусу як універсального методу застосування права, висвітлено поняття алгоритму вирішення казусу, досліджено етапи вивчення фактичних обставин справи та формулювання правильного питання, яке стоїть у завданні або праводомаганні, з'ясовано зміст правовідносин, проведено аналіз пошуку застосовуваних норм права, виявлено передумови праводомагань, розглянуто підведення обставин справи під норми застосовуваного права (субсумпція) та формулювання висновку при вирішенні казусу.

Ключові слова: юридична методика вирішення казусу, універсальний метод застосування права, алгоритм та етапи (робочі кроки) вирішення казусу, аналіз фактичних обставин казусу, зміст правовідносин, передумови праводомагань, субсумпція, формулювання висновку при вирішенні казусу.

В умовах підвищення ролі практичної складової при підготовці майбутніх юристів дедалі більшої актуальності у вітчизняній юриспруденції набуває питання формування універсального методу застосування права під час вирішення юридичного спору (казусу), загального алгоритму, кількості, послідовності і змісту етапів (робочих кроків) вирішення казусу. Вітчизняним законодавством, правозастосовною практикою і доктриною не сформовано розуміння методики вирішення юридичного спору (казусу) як єдиного, загальновизнаного методу застосування права, не визначено алгоритм та етапи вирішення казусу. Вітчизняна юриспруденція переважно обмежується сформульованим загальною теорією права надмірно загальним положенням про застосування права, що передбачає проведення правової кваліфікації спірних правовідносин з урахуванням фактичних обставин справи

шляхом виявлення застосовуваної норми та її застосування з метою формулювання висновку при вирішенні казусу. Такий підхід не повною мірою відповідає нормативним і доктринальним положенням про структуру судового рішення та методику вирішення юридичного спору, що не сприяє формуванню у майбутніх юристів правильного юридичного мислення, ефективних практичних навичок вирішення юридичних спорів.

У вітчизняній юридичній науці питання загального методу застосування права, алгоритму та етапів (робочих кроків) вирішення юридичного спору (казусу) системно не розглядається. Вітчизняна юридична література з цих питань обмежується поодинокими статтями щодо окремих положень юридичної методики вирішення казусу в окремих іноземних правопорядках,[1] що не дає системного уявлення про загальний (універсальний) метод застосування права, алгоритм та етапи (робочі кроки) вирішення юридичного казусу.

Метою статті є проведення характеристики загального (універсального) методу застосування права, алгоритму та етапів (робочих кроків) вирішення юридичного спору (казусу).

1. Загальна характеристика юридичної методики та алгоритму вирішення казусу

1.1. Юридична методика вирішення казусу як метод застосування права

Вирішення юридичних спорів ніколи не буде об'єктивно правильним, тобто заснованим на доказах у математичному сенсі. У будь-якому юридичному спорі частина рішення суду буде присвячена оцінці обставин справи і норм права, які містять чисельні відносно визначені юридичні терміни і застереження, що надає можливість неоднозначного тлумачення змісту. Для того, щоб вирішення юридичного спору судом було повністю прийнятним і максимально об'єктивним, мають існувати загальноприйняті правила їх вирішення.

Однакове застосування відповідних правил у всіх необхідних випадках робить право зручним для використання, прозорим і передбачуваним. Тому, коли йдеться про прагнення розрізняти правильне і неправильне в межах застосування права, потрібні конкретні критерії[2]. Іншими словами, має існувати єдиний, визнаний усіма метод застосування права. Під методом у цьому випадку розуміється шлях від абстрактного права до конкретного вирішення юридичного спору, що, поміж іншим, досягається шляхом тлумачення правових норм.

Під час вирішення конкретного спору судом і вирішення казусу студентом необхідно мати на увазі, що під час прийняття рішення юрист обмежений двома вимогами. По-перше, його вміння знаходити правильне вирішення юридичного спору і, по-друге, врахування всіх істотних аспектів справи під час прийняття такого рішення. Незважаючи на те, що процес прийняття рішення ускладнюється обмеженим часом і наявною інформацією, існує необхідність обов'язково прийняти рішення і вирішити спір. Суддя не може відмовитися від вирішення спору з огляду на те, що він не знає правильного рішення, на відміну від вченого, який може досліджувати юридично актуальну проблему місяцями або роками, зрештою, написавши про це статтю або книгу. Суддя відповідає за ухвалення рішення у відносно короткий термін, так само як і адвокати, що знаходяться під постійним тиском часу і повинні швидко знайти найкраще рішення для своїх клієнтів[3]. Задля цього слід знати основні необхідні етапи (робочі кроки), їх зміст і послідовність. Необхідно також дослідити справу у всіх її аспектах, щоб мати можливість знайти найбільш правильне або вигідне рішення для клієнта, виявити юридично значимі обставини справи, провести аналіз змісту правовідносин, виявити і провести тлумачення застосовуваної правової норми, навести аргументи і сформулювати знайдений результат вирішення юридичного спору.

Отже, загальний (універсальний) метод застосування права, алгоритм вирішення юридичного спору та його послідовні етапи (робочі кроки) є центральним аспектом методики вирішення юридичного спору (казусу).

---

[1] Див.: Боднарчук О. Г. Упровадження кейс-методу як засобу формування професійних компетенцій майбутніх юристів-господарників // Юридичний науковий електронний журнал. 2019. – № 1. С. 79–83. С. 82. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lsej.org.ua/1_2019/21.pdf; Прутченков А. С. Кейс-метод в преподавании экономики в школе. Экономика в школе. 2007. – № 2. С. 22–41. С. 22; Майданик Р. А. Методика вирішення юридичного казусу в приватному праві Німеччини та України // наукові записки. Том 155. Юридичні науки. 2014. С. 52–58; Німецька методика права: навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 136 с.; Pawlowski H.-M., Einfuehrung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000. 217 S; Jan Schapp. Methodenlehre und System des Rechts. Mohr Siebeck. 2009. 276 S; Andreas Müller. Fälle lösen mit dem Gesetz: Grundlagen der juristischen Methodik für Studenten. Köln, 2009 // URL: //www.niederle-media.de/Methodenlehre.pdf (дата звернення: 10.07.2019); Todd D. Rakoff and Martha Minow A Case for Another Case Method // URL: //heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr60&div=27&id=&page= (дата звернення: 10.07.2019); Stepanka Bilova Masaryk Case briefs in legal English classes // URL: https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/slgr.2016.45.issue-1/slgr-2016-0012/slgr-2016-0012.pdf (дата звернення: 14.08.2019).

[2] Німецька методика права: навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 136 с.; Pawlowski H.-M., Einfuehrung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000. (217 S.). Rn. 4.

[3] Німецька методика права: навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. (136 с.). С. 7–8.

У вітчизняній юриспруденції має використовуватися єдиний, визнаний усіма метод застосування права під час вирішення юридичного спору (казусу), який поширюватиметься на всі галузі (сфери) права і передбачатиме шлях від абстрактного права до конкретного вирішення юридичного спору під час прийняття рішення юристом, що досягається за допомогою тлумачення правових норм як результат пошуку правильного вирішення юридичного спору за наслідками врахування всіх істотних аспектів справи під час прийняття такого рішення.

1.2. Юридична методика вирішення казусу як метод ситуаційного навчання (метод кейс-стаді)

Юридична методика вирішення казусу (від лат. casus – заплутаний, незвичний випадок) є різновидом вивчення конкретних юридичних ситуацій (кейс-стаді) й одним із давно використовуваних методів вивчення права.

Визначальною компетенцією юриста є не стільки надання попередніх консультацій і висновків, як вирішення конкретних юридичних ситуацій, які вже склалися в клієнта й потребують вирішення.

Зазначена компетенція студента-юриста значною мірою формується за допомогою кейс-методу або методу ситуаційного навчання.

Кейс-метод є методикою навчання, яка використовує опис (демонструє) та аналіз реальних ситуацій з метою формування в майбутнього юриста певного досвіду протягом усієї професійної кра'єри .

Ця інтерактивна технологія найбільш прийнятна для короткострокового навчання, оскільки спрямована швидше на формування нових психологічних якостей та навичок, ніж на засвоєння знань.

У більшості випадків при використанні методу казусів учасникам навчання пропонується письмово або усно конкретний випадок із практики, який може засновуватися на реальній або уявній ситуації у вигляді мікроситуації та необхідності «діяти «за обстановкою». Він виписується лаконічно, зазвичай кількома рядками, які необхідно прочитати і проаналізувати. Сутність конфлікту або проблеми, зазвичай, виражається досить схематичним зазначенням обставин «настала… або відбулося…»[4].

До неігрових імітаційних активних методів навчання належить юридична методика вирішення казусу, яка також грунтується на методі аналізу казусів, відомого під назвою case-study (анг.) або Fall Loesung (нім.). Одним із перших метод аналізу казусів було впроваджено в Гарвардській школі бізнесу ще на початку минулого століття, який отримав значне поширення в підготовці юристів, спеціалістів інших професій. Основу цього методу становить певна проблемна ситуація – казус, який викликає у студентів ускладнення і вимагає творчого пошуку та вирішення. Слід зазначити, що завдання проблемно-пошукового характеру прийнятні лише в тому випадку, коли студенти готові виконувати конкретні види розумової та практичної діяльності самостійно[5].

Принципова відмінність методу казусів від інших інтенсивних технологій активізації навчального процесу полягає в тому, що тут превалює необхідність професійної компетентності в учасника освітнього процесу (в першу чергу, казуси щодо аналізу вирішення юридичних спорів). Цей метод можна регулярно використовувати практично з будь-якої теми навчання, при цьому до початку читання лекції, в її процесі, в кінці, для перевірки засвоєння матеріалу, самостійно або на семінарах і практичних заняттях.

Заслуговує на увагу досвід Німеччини, яка є одним із лідерів у сфері юридичної методики вирішення казусів. Німецька юридична освіта з XIX століття була спрямована на підготовку кадрів для судової системи. З цих часів державні іспити, які пишуть випускники юридичних факультетів для отримання доступу до всіх юридичних професій, складаються, в основному, із юридичних казусів. Відповідно, методиці вирішення юридичних казусів приділяється особлива увага. В німецькій юриспруденції під юридичним казусом розуміється реалістичний випадок, адаптований для вивчення одного або кількох юридичних питань. Казус являє собою опис якоїсь події неюридичною мовою і досить часто містить поряд із необхідною для вирішення казусу інформацією додаткову «даремну» інформацію. Юрист повинен вміти «відсіяти» юридично важливу інформацію[6].

Натепер співіснують дві класичні школи кейс-стаді – Гарвардська (американська) і Манчестерська (європейська).

Американські кейси дещо відрізняються від європейських: зазвичай вони більші за обсягом (20-25 сторінок), а в Європі в півтора-два рази менші, як правило, не мають єдино правильного рішення, тобто багатоваріантні[7].

---

[4] Метод микроситуаций-казусов. URL: https://studme.org/88218/pedagogika/metod_mikrosituatsiy-kazusov (дата звернення: 15.08.2019).

[5] Пушкина А. В. Метод Case-Study при обучении устному последовательному переводу. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/metod-case-study-pri-obuchenii-ustnomu-posledovatelnomu-perevodu/viewer (дата звернення: 06.02.2020)

[6] Азер Алиев (Azar Aliyev), Буркхард Брайг (Burkhard Breig). Как изучают право немецкие юристы. Wie man in Deutschland Jura studiert // Deutsch-Russische Juristenvereinigung < > Германо-Российская ассоциация юристов Сборник статей о праве Германии, выпуск № 2 (май 2017 г.). – С. 508–514.

[7] Прутченков А. С. Кейс-метод в преподавании экономики в школе. Экономика в школе. 2007. – № 2. С. 22–41. С. 22.

На сучасному етапі методика вирішення юридичного спору (казусу) в Україні не ґрунтується на будь-якому формально визначеному алгоритмі у вигляді чітко визначених і послідовних етапів тлумачення і застосування права, перевірки змісту (юридичної природи) правовідносин, формулювання висновку та оформлення вирішення казусу.

У загальному вигляді сукупність послідовних етапів вирішення юридичного спору судом визначається в рекомендаційних за своєю юридичною природою роз'ясненнях вищих судових інстанцій (зокрема, в постановах Пленумів, інших офіційних роз'ясненнях права), збірниках судової практики (правових висновках) Верховного Суду. Порядок вирішення казусів розглядається в юридичній літературі, зокрема в практикумах, навчальних посібниках тощо[8].

Методика вирішення казусу є видом письмового юридичного письма (письмових завдань), в якому суб'єкт застосування права (студент-юрист тощо) повинен запропонувати свою письмову відповідь на гіпотетичні питання або приклад юридичного спору згідно з загальним алгоритмом у вигляді системи визначених взаємопов'язаних і послідовних етапів (робочих кроків) вирішення юридичного спору.

Методика вирішення юридичного спору (казусу) передбачає формулювання завдання, яке містить факти про спір, представлене у гіпотетичній формі у вигляді фактичного прикладу спору, і суб'єкту застосування права (студента-юриста тощо) пропонується надати відповідь, які суд має вирішити або які аргументи обидві сторони у справі мали б надати. Від суб'єкта застосування права вимагається використання визначеного стандарту вирішення казусу під час відповіді на питання, поставлені в завданні.

Мета юридичної методики вирішення казусу полягає в тому, щоб за допомогою сформульованого в загальноабстрактних юридичних положеннях знайти застосовуване право, тобто правові норми, через вчення про джерела права і конкретизувати відповідно до сутності певних фактичних обставин шляхом здійснення взаємопов'язаних і послідовних кроків.

Приклад юридичного спору (казусу) може виглядати так:

«16-річний Максим (М) отримує від своїх батьків щомісячно кишенькові гроші в розмірі 1 000 гривень. Батьки не контролюють використання грошей. М є дуже заощадливим і за рахунок своїх кишенькових грошей протягом довгого часу заощадив 3 000 грн. Коли його 18-річний друг Фелікс (Ф) захотів продати велосипед за ціною 6 000 грн., Максим повідомив йому, що він хоче мати цей велосипед, половину ціни купівлі-продажу він хотів би виплатити з його заощаджень відразу, решту він сплачуватиме 10-ма щомісячними виплатами в розстрочку в розмірі 300 грн. Він міг легко сплатити ці гроші за рахунок своїх кишенькових грошей. Фелікс погоджується і передає Максиму велосипед. Коли Максим приходить додому, його батьки кажуть йому, що вони не згодні з покупкою велосипеда. Максим повинен негайно повернути скутер. Коли Максим це робить, Фелікс відмовляється прийняти велосипед назад і стверджує, що він продав велосипед Максиму, і що Максим повинен сплатити погоджену ціну купівлі-продажу.

Яка правова ситуація?»

1.3. Поняття та види алгоритму вирішення казусу

Аналіз вітчизняного та іноземного досвіду свідчить, що юридична методика вирішення казусу має ґрунтуватися на логічному алгоритмі у вигляді послідовних і взаємопов'язаних етапів (робочих кроків) вирішення казусу[9].

Слід звернути увагу на те, що зазначені етапи (робочі кроки) є змінюваними, якщо цього вимагають особливості фактичного складу і застосовуваної норми права.

Сучасною світовою практикою не сформовано уніфікованого, загальновизнаного алгоритму вирішення казусів. Юриспруденцією різних країн розроблено алгоритми, які відрізняються за кількістю і послідовністю етапів (робочих кроків) вирішення казусів. Так, юриспруденцією країн

---

[8] Майданик Р. А. Методологія приватного права України в умовах євроінтеграції: 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. (366 с.). (С. 23–32). С. 28.

[9] Див.: 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 Ґеорґа Авґуста м. Ґеттінґена, юридичний факультет; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет; Центр німецького права; Німецько-український правознавчий діалог / Упорядники: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ: Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка»; Панов, 2015. 360 с.; Jan Schapp, Methodenlehre und System des Rechts. Mohr Siebeck. 2009. 276 S.; Andreas Müller, Fälle lösen mit dem Gesetz: Grundlagen der juristischen Methodik für Studenten. Köln, 2009 URL: https://www.niederle-media.de/Methodenlehre.pdf (дата звернення: 23.08.2019); Turner, Tracy L. (2015-07-01). «Flexible IRAC»: A Best Practices Guide». Rochster, NY. SSRN 2633667; «Legal Reasoning and HIRAC». Australian National University; Dondal J. Kochan, «Thinking» in a Deweyan Perspective: The Law School Exam as a Case Study for Thinking in Lawyering

англо-американського права використовуються алгоритми, які складаються з чотирьох і більше етапів, до яких, зазвичай, належать такі: питання; норма права; застосування/аналіз; висновок. Найбільш поширеним є метод правового аналізу IRAC, що складається з чотирьох послідовних етапів (питання, норма, застосування, висновок). IRAC є акронімом, який позначає «питання», «норму права», «застосування» і «висновок». В IRAC-методі «питання» є питанням права, на яке необхідно надати відповідь; «норма права» є нормою, яка застосовується до питання права; «застосування» є застосуванням норми права до питання права; «висновок» надає відповідь на питання права, передбачене IRAC-методом. Країнам англо-американського права відомі альтернативні версії IRAC-методу, такі як CRAAC (висновок, норми, аналогічний випадок, застосування, висновок), який є найбільш використовуваним для письмових завдань, CREAC (висновок, норми, пояснення, застосування, висновок), MIRAT (матеріальні факти, питання, норми, застосування, попередній висновок), IDAR (питання, доктрина, застосування, результат), TREACC (тема, норма, пояснення, аналіз, контраргументи, висновок), CRuPAC (висновок, норма, докази, аналіз, висновок), HIRAC (заголовок, питання, норма, аналіз/застосування, висновок) та ILAC (питання, право, застосування, висновок)[10]. Кожен із зазначених методів правового аналізу пропонує власну модифікацію кількості та послідовності етапів вирішення казусу.

2. Етапи (робочі кроки) вирішення казусу

2.1. Перелік етапів (робочих кроків) вирішення казусу

Юридичний спір (казус) доцільно вирішувати згідно з такими загальними послідовними і взаємопов'язаними етапами (робочими кроками):

1) вивчення фактичних обставин справи;

2) формулювання та/або правильне розуміння питання, сформульованого в завданні або правовій вимозі (праводомаганні);

3) з'ясування змісту правовідносин, які є предметом юридичного спору;

4) пошук підстав і з'ясування передумов правової вимоги (праводомагання);

5) підведення обставин справи під норми застосовуваного права та перевірка передумов (субсумпція);

6) формулювання висновку (вирішення казусу).

Слід зазначити, що згадані етапи (робочі кроки) є змінюваними, якщо цього вимагають особливості фактичного складу та застосовуваної норми права[11].

Так, етап пошуку підстав і з'ясування передумов правової вимоги (праводомагання), який передбачає характеристику юридичної природи правовідносин, які є предметом казусу, шляхом віднесення їх до одного з визнаних цивільним правом однорідних типів/груп (наприклад, купівля-продаж тощо), може бути доповнено правовим аналізом дискусійних точок зору щодо природи відповідних правових вимог, якщо цього вимагають обставини спору (наприклад, якщо йдеться про правову природу мирової угоди та існуючі в доктрині та судовій практиці неоднакові підходи щодо допустимості визнання їх предметом цивільного права та/або цивільного процесуального права тощо). У свою чергу, етап виявлення та тлумачення застосовуваної норми права, який зазвичай обмежується нормами актів законодавства (ЦК України, інших законів та підзаконних нормативно-правових актів), у разі необхідності може доповнюватися додатковим підетапом/робочим кроком у вигляді тлумачення та застосування судової практики, в першу чергу, правових висновків Верховного Суду, судової практики Європейського суду з прав людини.

2.2. Перший крок: вивчення фактичних обставин справи

Правильне і повне висвітлення фактів є першим важливим етапом підготовки вирішення юридичного казусу на письмовому іспиті, під час виконання письмової контрольної роботи студента, кандидата на посаду судді тощо.

На цьому етапі необхідне максимально точне розуміння (формулювання) складу фактичних обставин справи, тобто усвідомлення всіх фактичних обставин, з метою наступного виявлення двох груп обставин: 1) які не мають юридичного значення та 2) які мають юридичне значення для вирішення спору/казусу. У першому випадку йдеться про фактичні обставини, правова оцінка яких не має відношення та/або не впливає на вирішення спору. Юридично значимими є фактичні

[10] Turner, Tracy L. (2015-07-01). «Flexible IRAC»: A Best Practices Guide». Rochster, NY. SSRN 2633667; «Legal Reasoning and HIRAC». Australian National University; *Dondal J. Kochan,* «Thinking» in a Deweyan Perspective: The Law School Exam as a Case Study for Thinking in Lawyering.

[11] Майданик Р. А. Вказ. пр. С. 29–30.

обставини, які є необхідними для правильної кваліфікації відносин у спорі. Тому вирішення справи повинно починатися зі спроби правильно і повно висвітлити наявні факти[12].

Значна кількість помилок виникає як внаслідок неправильного застосування норм права та невстановлення їх юридичного значення, так і на більш ранньому етапі, з причин відсутності розуміння смислу і неправильного оброблення фактів. Тому необхідно приділяти особливу увагу саме цій фазі при підготовці, напрацьовувати вміння «звертати увагу на головне»[13].

Факти права слід прийняти такими, які вони є, і ставити їх під сумнів в порядку і з підстав, передбачених законом. Так, якщо йдеться про визнання права власності, необхідно встановити відповідно до положень ч. 1 ст. 392 ЦК України, чи оспорюється або не визнається це право іншою особою, а також чи не втратив власник майна документ, який засвідчує його право власності. Лише за умови встановлення цих умов власник має право на захист свого права власності шляхом визнання його права власності.

Однак, на відміну від вирішення реально існуючих спорів, під час вирішення спорів з навчальною метою студент не повинен ставити факти під сумнів. Наприклад, якщо у фабулі йдеться про визнання недійсним договору, а в тексті казусу повідомляється, що договір було укладено, то не має сенсу досліджувати, чи дійсно договір було підписано, чи було досягнуто угоди з усіх істотних умов. Необхідно виходити з того, що договір було укладено. Виняток може бути зроблено лише тоді, коли має місце помилка в наданих фактах.

Із досліджених фактів мають прийматися лише ті, які зазначені в казусі, оскільки лише вони можуть вважатися явними або доведеними. Тому необхідно обмежитися і розкривати зміст правовідносин у межах фактичного спору (тобто не повинні розглядатися питання, які не містяться в фактах). Наприклад, якщо у фабулі казусу не зазначається, що боржник заплатив, слід вважати, що він цього не зробив.

Щоб вирішити казус, краще спочатку познайомитися повністю з фактичним складом, а якщо він є складним, суб'єкту вирішення казусу необхідно звернути увагу на найбільш важливі дані. За наявності більше двох сторін, бажано підготувати ескіз правової позиції сторони в спорі.

Суб'єкту вирішення казусу легше буде зрозуміти сутність справи та оцінювати правову сторону питання, коли він буквально «завантажиться» у факти справи. Він повинен прийняти всю сукупність обставин справи як особа, що особисто оцінює ситуацію, при цьому звернувши увагу на логічні зв'язки між окремими її елементами. Адже в подальшому при покроковому виконанні підпорядкування обставин казусу відповідній нормі права (так звана субсумпція)[14] нерідко можуть виникнути питання, відповідь на які можна із впевненістю надати лише в світлі загальної оцінки всієї сукупності обставин і подій у справі[15].

Суб'єкт вирішення казусу повинен прагнути поставити себе на місце людей, які фігурують у казусі, зрозуміти їх інтереси та пережити їх ролі. Тоді він матиме можливість суб'єктивно оцінювати сутність справи з точки зору кожної людини і краще зрозуміти смисл поведінки кожного учасника подій[16].

Для того, щоб визначити, де в завданні приховані проблеми, які слід вирішити, необхідно чітко зрозуміти, про що спорять сторони, що вони хочуть одна від одної. Не лише, але, особливо, в сфері цивільного права необхідно зрозуміти економічний вимір конфлікту, щоб зрозуміти і кваліфікувати юридичну оцінку спору. Нерідко це можливо, лише маючи економічні цілі сторін перед очима[17].

Без такого глибокого проникнення у факти справи питання часто залишається невиясненим, особливо якщо воно чітко не сформульоване[18].

Якщо в завданні є кілька темпоральних відомостей або коли події поділені в часі та об'єднані чимось спільним, складання схеми для повного охоплення фактів є особливо рекомендованим засобом полегшення роботи і повного охоплення ходу подій[19].

---

[12] Belke. Pruefungstraining Zivilrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, S 31; *Haft,* Einfuehrung in das juristische Lernen – Unternehmen Jurastudium, 6. Aufl. 1997, S. 396 f.

[13] Див.: 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 Ґеорґа Авґуста м. Ґеттінґена, юридичний факультет; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет; Центр німецького права; Німецько-український правознавчий діалог / Упорядники: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ: Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка»; Панов, 2015. 360 с.

[14] Субсумпція (від лат. sub-sum; нім. Subsumption) – підпорядкування видового поняття родовому. У нашому випадку – це мисленнєве підпорядкування життєвих фактів певній нормі, яке відбувається в межах застосування права.

[15] Roxin/Schuenemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl. 1982, S. 7.

[16] Schwerdtfeger, Oeffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, Rn. 780.

[17] Medicus, Buergerliches Recht, 21, Aufl. 2007, Rn. 5.

[18] Мельник Р., *Шаблій О., Шлоер Б.* Вказ. пр. С. 151–152.

[19] Koerber, Zivilrechtliche Fallbearbeitung in Klausur und Praxis, Jus 2008, 289 (291).

Викладені в хронологічному порядку з датами і ключовими словами події відразу ж упорядковуються, а порядок і ясність послідовності дають можливість чіткіше формулювати правові міркування з відповідними прив'язками. Точні терміни і дати можуть бути особливо важливими для процесуальних і процедурних проблем вирішення спорів[20].

Всі відомості, які зазначені серед фактичних обставин справи, повинні бути юридично оцінені і ця оцінка відображена в рішенні. Іноді письмове завдання полягає в тому, щоб вибрати з усіх фактичних обставин ті з них, які мають значення для вирішення справи, відокремивши їх від чисельного кола додаткового, неважливого для правової оцінки баласту. Декоративні аксесуари при цьому використовуються для перевірки здатності «думати чітко і вирішувати методично»[21]. Суб'єкт застосування права (студент тощо) повинен враховувати можливість, що екзаменатор іноді зазначає відомості, які є безбарвними або свідомо вводять в оману, щоб перевірити здатність студента до мислення і прийняття правильних висновків. У будь-якому випадку терміни, що використовуються в юридичних завданнях, слід розуміти так, як їх розуміють за звичайних обставин, якщо уважне вивчення фактів не зазначає на протилежне[22].

2.3. Другий крок: формулювання та/або правильне розуміння питання, яке стоїть у завданні або праводомаганні

Це означає, що необхідно визначити, на яке питання повинен суд (або клієнт) відповісти для вирішення спору? Таке питання може бути прямо сформульовано або чітко випливати із самих обставин справи. В окремих питаннях студенту доцільно самостійно сформулювати уточнюючі або додаткові питання, відповідь на які є передумовою для відповіді на основне питання завдання.

Наприклад, під час формулювання відповіді на питання: «чи може позивач вимагати визнання недійсним договору купівлі-продажу, в якому не визначені її ціну?», має бути вирішено питання: «чи досягли сторони домовленості з усіх істотних умов договору?», оскільки неможливо визнати недійсним договір , який не укладено. Нерідко в завданні відсутнє будь-яке конкретне питання у справі, що викликає необхідність тлумачення завдання. У таких випадках часто використовують загальну формулу типу «Як виглядає правове становище?». За такої постановки питання в завданні можна спочатку зробити висновок, що йдеться про з'ясування і встановлення всіх істотних правових відносин між сторонами. Однак у більшості випадків таке широке питання обмежується взаємними інтересами осіб, згаданих у завданні. Таким чином, слід розглядати лише ті юридичні питання, які вимагають осмислення правового становища та інтересів осіб, що беруть участь в зазначених відносинах[23].

Як приклад тлумачення завдань за необхідності може бути така фабула завдання: «А продає свій автомобіль за певну ціну. Б надано два дні, щоб вирішити, купити автомобіль. Перед закінченням цього терміну автомобіль викрадає невідомий Н. Яке правове становище ?». У цьому випадку інтерес становить питання щодо наявності та змісту вимог (претензій) учасників правовідносин. Б жодних претензій пред'явити А не може, оскільки договір не був укладений. Будь-які претензії до невідомого Н з боку А, Б є нездійсненними, адже Н – невідомий, а з точки зору процесуального права інша сторона спору повинна бути названа. Визначальне питання, на яке необхідно дати відповідь, звучить так: що може вимагати Б від А?

Висновок, який повинен скласти суб'єкт застосування права (студент тощо), покликаний, насамперед, підтвердити його здатність готувати відповідні рішення, а не для того, щоб довести досить широкі знання його автора. Тому якщо завдання сформульовано лише самим загальним чином, то це питання слід конкретизувати шляхом тлумачення відповідних фактів. Наприклад, часто в завданні питання формулюються так: «Як вирішить суд?», або «Що адвокат порадив клієнту?» «Чи має Б право вимоги від А?». Такі загальні завдання доцільно конкретизовувати, щоб досягти конкретної відповіді, необхідного вирішення правового спору. Обставини повинні бути з'ясовані на основі зазначених екзаменаторами фактів так, щоб точно описати досліджувані питання і, таким чином, направити рішення до правових наслідків застосовуваних норм права (їх диспозицій та/або санкцій). Замість питання: «Чи має Б право вимоги від А?», після уточнення, відповідь необхідно давати на більш конкретне запитання: «Чи має Б право вимагати повернення автомобіля, переданого А в управління на підставі довіреності?».

Протягом всього часу підготовки відповіді необхідно вирішувати [лише] завдання, поставлені в письмовому завданні, шукаючи саме ту відповідь, яка необхідна і про яку йдеться в тексті завдання або яка випливає з цього тексту. Всі обговорення й пояснення, що виходять за ці межі, є зайвими й, отже, будуть оцінені як помилка.

---

[20] Мельник Р., Шаблій О., Шлоер Б. Вказ. пр. С. 158.

[21] Belke, Pruefungstraining Zivilrecht, Bd. 1, 2 Aufl. 1995, S. 33 f.

[22] Мельник Р., Шаблій О., Шлоер Б. Вказ. пр. С. 164–165.

[23] Koerber, JuS 2008, 289 (291); Schwertfeger, Oeffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, Rn. 784 f.; Мельник Р., Шаблій О., Шлоер Б. Вказ. пр. С. 182.

2.4. Третій крок: з'ясування змісту правовідносин

Юридичний аналіз правовідносин покликаний надати відповідь, яка правова ситуація випливає з досліджуваних фактичних обставин справи, чи має особа право вимоги/праводомагання) (укр. праводомагання; Anspruch) до іншої особи, тобто може вимагати певної поведінки – дії або утримання від дії.

Для цього необхідно з'ясувати, що є підставою виникнення правовідносин (наприклад, договір застави тощо), права та обов'язки учасників правовідносин (наприклад сторін договору); яка юридична природа правовідносин (шляхом віднесення до певної галузі та інституту права, наприклад, цивільні зобов'язання за договором купівлі-продажу)?

Праводомагання визначається за допомогою таких запитань: хто вимагає? від кого вимагає? що вимагає позивач?

2.5. Четвертий крок: пошук застосовуваних норм права, з'ясування підстав і передумов праводомагань

Пошук застосовуваних норм права. Суб'єкт вирішення казусу повинен знайти норми права, на яких грунтуються правові вимоги (праводомагання), що передбачає пошук, за можливості, відповідних елементів застосовуваних норм права, які правильно відображають правові вимоги і складаються з гіпотези, диспозиції, санкції [«якщо-тоді-санкція»] або гіпотези і диспозиції [«якщо-тоді»].

Ця стадія вирішення юридичного спору полягає в перевірці, чи відповідає встановлений фактичний склад елементам відповідної норми права (її гіпотезі та диспозиції). Суб'єкт застосування права перевіряє відповідну норму права на предмет її юридичної чинності, а також визначає ту редакцію норми, яка діяла на момент існування обставин справи, встановлює її чинність у часі, просторі і за колом осіб, а після цього проводить її тлумачення, тобто встановлення її змісту щодо обставин справи[24]. Норми права можуть бути засновані на чинних джерелах права (законодавство, правові звичаї, судові прецеденти тощо). Якщо, наприклад, у межах цивільно-правового спору [або письмової контрольної роботи] дії фактичного набувача речі перевіряються на предмет дотримання загальних умов набуття права власності внаслідок набувальної давності, вважатиметься помилкою дискусія з історії цього правового інституту, яка не має значення для вирішення спору (наприклад, розглядається давнісне володіння в кінці XIX – початку XX століть), хоч це й може бути досить повчальним і цікавим матеріалом.

Підстави праводомагань. Підставами праводомагань є ті норми права, які як правовий наслідок встановлюють те, що вимагає особа, яка покладається на правову вимогу (позивач). Підставами праводомагання є лише ті норми права, в яких зазначається, що одна сторона від іншої що-небудь може вимагати, або інша сторона до чого-небудь зобов'язується. При цьому йдеться про досить незначну частину положень ЦК, інших законів.

Приклад: ч. 1 ст. 662 ГК є підставою праводомагання покупця про передачу товару (обов'язок продавця передати товар покупцю), на відміну від ч. 1 ст. 669 ЦК (кількість товару), або ч. 1 ст. 675 ЦК (гарантії якості товару). Всього до кожного праводомагання відносяться такі запитання: А. В чому полягає підстава праводомагання? Б. Які передумови повинні бути виконані, щоб виникло праводомагання? В. Чи виконані передумови?

Передумови праводомагання. Існують певні праводомагання, які залежать від виконання передумов, зумовлених відповідними нормами права. Перш за все, необхідно досліджувати, чи виникло право, по-друге, ставиться питання, чи може бути праводомагання чинним (вже/ще) в необхідний момент. Загалом під час аналізу прав необхідно з'ясувати такі питання: 1. Виникнення праводомагання (наприклад, на підставі укладення договору); 2. Відсутність припинення праводомагань (наприклад, внаслідок виконання зобов'язання, повернення майна); 3. Здійснюваність/виконуваність праводомагань (вимога, що підлягає виконанню, не є задавненою, тобто за нею не сплила [позовна] давність). У цивільному процесі є загальне правило про те, що кожна сторона повинна доводити лише ті елементи, які обґрунтовують її вимоги. Внаслідок цього важливою є презумпція для цивільно-правового аналізу: завжди необхідно доводити на основі обставин справи, що праводомагання існує – всі інші питання необхідно доводити, якщо цього вимагають обставини справи. За цією схемою оцінка прикладу цивільно-правового спору таким чином може бути поділена: А. Підстава вимоги: договір купівлі-продажу, ч. 1 ст. 662 ЦК України; Б. Передумови: – виникнення вимоги: 1) укладення договору; 2) не є дійсним внаслідок неповноліття М.

[24] Малишев Б. В., Москалюк О. В. Застосування норм права (теорія і практика): навч. посіб. / За заг. ред. Б. В. Малишева. К.: Реферат, 2010. (260 с.). С. 13.

2.6. П'ятий крок: підведення обставин казусу під норми застосовуваного права і перевірка передумов (субсумпція)

На цьому етапі суб'єкт вирішення казусу повинен розглянути факти справи, підвести їх під належу правову норму, провести перевірку зазначеної відповідності фактів справи застосовуваній нормі права. Перевірка правової вимоги полягає в тому, чи відповідають фактичні обставини справи елементам застосовуваної норми права (гіпотезі, диспозиції, санкції).

У цьому випадку йдеться про підпорядкування конкретної сукупності фактів/обставин абстрактно сформульованій нормі права, яка в юриспруденції отримала назву «субсумпція», або, іншими словами, про перевірку, чи має закон застосовуватися до конкретного випадку/сукупності обставин. Якщо, наприклад, у певній нормі права згадується про річ у розумінні ст. 179 ЦК України, то цей припис може бути застосованим лише у разі, якщо в обставинах казусу буде присутня саме річ.

Приклад: «А» є власником квартири. Чи поширюється дія ст. 179 ЦК України на ці обставини справи?

Щоб відповісти на це запитання, сукупність обставин «А», що є власником квартири, має бути субсумована, тобто підведена під відповідну норму закону, а саме під ст. 179 ЦК України.

Субсумпція відбувається не шляхом довільної аргументації, а за допомогою чотирьох методичних і хронологічних кроків.

Першим кроком буде постановка відповідних вступних запитань у верхньому рядку (загальна посилка) логічного силогізму. ***Верхній рядок***: «Для того, щоб можна було застосувати ст.179 ЦК України, квартира повинна бути квартирою» або «Цілком можливо, що книга – це річ». Речами у розумінні цього Закону (ст. 179 ЦК України) є лише предмети матеріального світу.

Другий крок – визначення поняття (дефініція), у межах якого необхідно пояснити, що саме мається на увазі під поняттям (у цьому випадку таким поняттям є «річ»), яке перевіряється (досліджується). ***Визначення:*** Річ є предметом матеріального світу, тобто фізичним тілом/тілесним предметом.

Третій крок передбачає перевірку, чи підпадають фактичні обставини справи під наведене вище визначення (власне субсумпція).

Субсумпція (нижній рядок: Книга є предметом матеріального світу).

Результат – це лише фіксація переконливого логічного висновку: Речі (А) є предметами матеріального світу (Б). Квартира (В) є предметом матеріального світу (Б). Це виражається такими рівняннями: А = Б і Б = В. Звідси можна зробити висновок, що А = В.

Ця техніка субсумпції (тобто підпорядкування фактичних обставин нормі права) може бути застосована однаковою мірою в усіх галузях (сферах) права і на всіх його рівнях[25].

Останнім кроком є висновок або результат, який містить логічний висновок, що випливає із кроків два і три. Результат: Квартира є річчю. Отже, ст. 179 ЦК України застосовується до описаної фактичної ситуації.

Отже, після встановлення підстав і передумов праводомагання, необхідно підвести фактичний склад (обставини справи) під елементи норми права (передумови норми): кожну окрему передумову необхідно перевірити – виконані вони чи ні. Якщо склад елементів норм права (передумов норм) виконано, настають правові наслідки.

Якщо передумова 1, передумова 2 і передумова 3 виконані (гіпотеза норми права), тоді... (диспозиція, санкція – правові наслідки).

При цьому субсумпція полягає не в простому підтвердженні або запереченні передумови. Спочатку необхідно через тлумачення змісту норми встановити і в подальшому порівняти її з обставинами справи.

Застосування норми права складається з трьох кроків:

1) назвати кожен елемент (передумову) норми права;

2) визначити зміст норми шляхом тлумачення, головним чином з пояснення понять, застосовуваних слів або надання критеріїв;

3) зазначення на те, чи норма права (її гіпотеза і диспозиція) покривається змістом передумови (субсумпція).

Приклад: Відповідно до положень ч. 4 ст. 635 ЦК України попереднім договором не визнається договір про наміри (протокол про наміри тощо), якщо в ньому немає волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору. Ч. 6 ст. 182 ЦК України визначає, що угода сторін про наміри (протокол про наміри тощо) не визнається попереднім договором і не породжує юридичних наслідків. Підписаний сторонами протокол про намір, не виконаний однією зі сторін, не передбачив виникнення зобов'язання сторін. Отже, його сторони не можуть вимагати для себе надання захисту порушеного зобов'язання. Слід зазначити, що факти справи відповідають конкретизованій в ході

[25] Соколов Е., Роснер С., Мельник Р. Вказ. пр. С. 11–12.

тлумачення нормі, і тому може бути встановлено відповідність обставин справи застосовуваної норми або, якщо це неможливо, слід відкинути застосування цієї норми права[26].

2.7. Шостий крок: формулювання висновку (вирішення казусу)

Суб'єкту застосування права необхідно сформулювати висновок, і він, зазвичай, визначає, як, на його думку, суд вирішить справу.

Наприклад, якщо завдання передбачає вирішення цивільно-правового спору судом, то визначенню норми права передують такі додаткові етапи, як: цільова оцінка аргументів, наведених учасниками справи, про наявність чи відсутність підстав для задоволення позову; були і ким порушені (не визнані або оскаржені) права, свободи чи інтереси, за захистом яких мало місце звернення до суду. При цьому на етапі визначення норми права необхідно виділити: норми права, що підлягають застосуванню, і мотиви їх застосування; а також норми права, на які посилалися сторони, а суд не застосував, і мотиви їх незастосування.

У будь-якому випадку в змісті рішення повинні відображатися лише ті міркування і доводи, які стосуються відповіді на поставлене в казусі питання. Отже, немає жодного простору для абстрактних міркувань або загальних попередніх зауважень. Відповідь не повинна бути накопиченням тверджень (точок зору), а, швидше за все, це має бути серією письмових положень, сформульованих у зазначеній вище послідовності. Кожне міркування, яке виникає в зв'язку з розглядом і вивченням справи, має бути необхідним, якщо суб'єкт застосування права (суддя тощо) не хоче бути звинуваченим у недостатній послідовності аргументів його праці. У цьому контексті суб'єкти застосування права повинні зрозуміти, що юридична аргументація взагалі грунтується на протилежностях у мисленні та доведенні (аргументації), що знаходить вираз і в структурі законів та окремих їх норм[27].

Приклад для вирішення казусу*

Обставини справи:

А та Б перебувають в підприємницьких відносинах як великі торговці канцтоварами. А відправив Б SMS із текстом «запрошувана ціна на 100.000 олівців Faber-Castell HB, 10-ти пачок». Б негайно відповів: «Ціна 100.000 олівців Faber-Castell HB, 10-ти пачок: 5.000 € при відвантаженні зі складу». Тоді А відповів: «ОК», коли А захотів провести поставку Б, виявилося, що Б також захотів продати.

Чи може А від Б вимагати сплати купівельної ціни?

А. Підстава вимоги:

– вимога А проти Б згідно з ч. 1 ст. 691 ЦК України.

Б. Передумови для вимоги:

– укладення договору.

В. Чи виконані передумови?

– укладення договору вимагає два погоджених волевиявлення щодо бажаних правових наслідків, оферти та акцепта.

Оферти на укладення договору купівлі-продажу не було в СМС А, оскільки воно містить лише питання і не є волевиявленням на укладення договору.

Оферта могла міститися в СМС Б, який хотів цим виявити волю, що він хотів продати олівці за певною ціною. Відповідно до граматичного тлумачення змісту правочину, згідно з ч. 3, 4 ст. 213 ЦК, це все таки не є ясним; пояснення А – двозначне.

Акцепт міг бути у другому СМС А. Він хотів прийняти оферту Б, оскільки, як він зрозумів, А є продавцем. Згідно із системним тлумаченням змісту правочину (ч. 3, 4 ст. 213 ЦК) ця воля все таки є неясною. Також волевиявлення А було двозначним.

Існує два волевиявлення. Однак обидва були двозначними щодо питання, хто є покупцем, а хто – продавцем. Таким чином, відсутня будь-яка домовленість (угода) про істотну умову, а відтак, незрозуміло – який саме із двох є продавцем, а хто – покупцем.

Відповідно, укладення договору відсутнє.

Передумови для вимоги не виконані.

Г. Чи існує вимога? (Так / Ні)

Ні.

---

[26] Мельник Р., Шаблій О., Шлоер Б. Вказ. пр. С. 208.

[27] Там само. С. 203.

* Lehrbuch Beox. BGB AT S. Rn. 24. URL: www.peterfelixschuster.de/juraag/at-rechtsg.pdf, Справу там відкрито на RGZ 104, 266 («Weinsteinsäure»).

Висновки

1. В юриспруденції України доцільно використовувати єдиний, визнаний усіма метод застосування права під час вирішення юридичного спору (казусу), який поширюватиметься на всі галузі (сфери) права і передбачатиме шлях від абстрактного права до конкретного вирішення юридичного спору під час прийняття рішення юристом, що досягається за допомогою тлумачення правових норм як результат пошуку правильного вирішення юридичного спору за наслідками врахування всіх істотних аспектів справи під час прийняття такого рішення.

2. Методика вирішення казусу є видом письмового юридичного письма (письмових завдань), в якому суб'єкт застосування права (студент-юрист тощо) повинен запропонувати свою письмову відповідь на гіпотетичні питання або приклад юридичного спору згідно з загальним алгоритмом у вигляді системи визначених взаємопов'язаних і послідовних етапів (робочих кроків) вирішення юридичного спору.

3. Юридичний спір (казус) доцільно вирішувати згідно з такими загальними послідовними і взаємопов'язаними етапами (робочими кроками): вивчення фактичних обставин справи; формулювання та/або правильне розуміння питання, що сформульовано в завданні або правовій вимозі (праводомаганні); з'ясування змісту правовідносин, які є предметом юридичного спору; пошук підстав і з'ясування передумов правової вимоги (праводомагання); підведення обставин справи під норми застосовуваного права та перевірка передумов (субсумпція); формулювання висновку при вирішенні казусу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Німецька методика права: навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 136 с.

2. Pawlowski H.-M. Einfuehrung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000. (217 S.). Rn. 4.

3. Німецька методика права: навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 136 с.

4. Метод микроситуаций-казусов. URL: https://studme.org/88218/pedagogika/metod_mikrosituatsiy-kazusov (дата звернення: 15.08.2019).

5. Пушкина А. В. Метод Case-Study при обучении устному последовательному переводу URL: https://cyberleninka.ru/article/n/metod-case-study-pri-obuchenii-ustnomu-posledovatelnomu-perevodu/viewer (дата звернення: 06.02.2020)

6. Азер Алиев (Azar Aliyev), Буркхард Брайг (Burkhard Breig). Как изучают право немецкие юристы. Wie man in Deutschland Jura studiert // Deutsch-Russische Juristenvereinigung < > Германо-Российская ассоциация юристов Сборник статей о праве Германии, выпуск № 2 (май 2017 г.). – С. 508–514.

7. Майданик Р. А. Методологія приватного права України в умовах євроінтеграції: 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. (366 с.). С. 23–32.

8. 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 Ґеорґа Авґуста м. Ґеттінґена, юридичний факультет; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет; Центр німецького права; Німецько-український правознавчий діалог / Упорядники: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ: Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка»; Панов, 2015. 360 с.

9. Jan Schapp. Methodenlehre und System des Rechts. Mohr Siebeck. 2009. 276 S.

10. Andreas Müller, Fälle lösen mit dem Gesetz: Grundlagen der juristischen Methodik für Studenten. Köln, 2009. URL: https://www.niederle-media.de/Methodenlehre.pdf (дата звернення: 23.08.2019).

11. Turner, Tracy L. (2015-07-01). «Flexible IRAC»: A Best Practices Guide». Rochster, NY. SSRN 2633667.

12. «Legal Reasoning and HIRAC». Australian National University.

13. Dondal J. Kochan. «Thinking» in a Deweyan Perspective: The Law School Exam as a Case Study for Thinking in Lawyering.

14. Belke. Pruefungstraining Zivilrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, S. 31.

15. Haft. Einfuehrung in das juristische Lernen – Unternehmen Jurastudium, 6. Aufl. 1997, S. 396 f.

16. Roxin/Schuenemann/Haffke. Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl. 1982, S. 7.

17. Schwerdtfeger. Oeffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, Rn. 780.

18. Medicus. Buergerliches Recht, 21, Aufl. 2007, Rn. 5.
19. Koerber. Zivilrechtliche Fallbearbeitung in Klausur und Praxis, Jus 2008, 289 (291).
20. Koerber. JuS 2008, 289 (291).
21. Schwertfeger. Oeffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, Rn. 784 f.
22. Малишев Б. В., Москалюк О. В. Застосування норм права (теорія і практика): навч. посіб. / За заг. ред. Б. В. Малишева. К.: Реферат, 2010. 260 с.
23. Lehrbuch Beox. BGB AT S. Rn. 24. URL: www.peterfelixschuster.de/juraag/at-rechtsg.pdf, Справу там відкрито на RGZ 104, 266 («Weinsteinsäure»).
24. Боднарчук О. Г. Упровадження кейс-методу як засобу формування професійних компетенцій майбутніх юристів-господарників // Юридичний науковий електронний журнал. 2019. – № 1. С. 79–83. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lsej.org.ua/1_2019/21.pdf
25. Прутченков А. С. Кейс-метод в преподавании экономики в школе. Экономика в школе. 2007. – № 2. С. 22–41.

МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ СУСПІЛЬСТВА ЯК МЕЖА ПРИВАТНОГО РОЗСУДУ СУБ'ЄКТІВ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

УДК 347.440
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.3

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

Myronova G. Moral principles of society as limit of private discretion of subjects of contractual relations in the field of grant of medicare

Individual and contractual regulation are the part of private relations in the field of medical care. However, freedom of lawful discretion of parties in private law contracts is not unlimited. The limits of freedom of contractual discretion of the subjects of private law are the following legal factors: imperative prescriptions of positive law (principles, norms of legal acts, binding law enforcement acts) and outside legal factors: public order, moral principles of society. An effective by introducing moral foundations of society directly in the legal plane is the inclusion of ethical and deontological rules to the content of the rights and obligations related entities that arise when providing medical care. Because the scope of care is particularly sensitive to the ethical component and moral consciousness directly involves actors to content relationships.

Therefore, in private regulation of personal non-property relations in the sphere of medical care, ethical and deontological norms are directly the sources of legal regulation. This involves, firstly, legally binding them to follow, secondly, entails the liability in the event of non-compliance. That is the legally binding stipulated in the Basic Laws of Ukraine on healthcare: Article 78 stipulates the duty of professional medical and pharmaceutical workers to comply with the requirements of professional ethics and deontology.

This provision is supported by jurisprudence in addressing labor and civil disputes. The courts of Ukraine confirmed the conclusion that medical ethics and deontology included in the structure of doctors' labor discipline are the same ethical factors that limit the discretion of the legal entity of care. In the Resolution of January 16, 2019, the Supreme Court, as part of the panel of judges of the Second Trial Chamber of the Court of Cassation, in Case No. 592/6444/16-c of proceedings No. 61-27802sv18 confirmed the correctness of the Court of Appeal's finding that the plaintiff had twice been discharged misconduct, which is corroborated by written evidence and consisted of a violation of ethics, deontology and relevant points of duty.

Referred to Article arguments and conclusions reasonably argue logical consistency and completeness of the scientific position, whereby such extralegal forms of restriction of private initiative as «public order» and «the moral foundations of society» can and should be avoided, if it is possible. This can well be done through direct instructions in the legal acts on prohibitions and certain types of restrictions on private law regulation, in particular, on the contractual regulation of relations with regard to personal non-property benefits. As it is, for example, made regarding the prohibition of euthanasia, abortion restrictions, some activities related to the human genome, human cloning and more.

Theoretically wrong, unacceptable and practically wrong is to spread impact restrictive regulatory moral foundations of society in those relationships that are specifically regulated by norms of positive law in international legal acts or regulations of domestic law. In the case of recognized institutions of the Council of Europe legal standards to regulate private relations in the field of medical care, you need to give them priority,

including terms of interpretation of the moral principles that are laid in the soil of this type of relationship. For example, this applies to cases of failure of medical treatment of the patient with personal philosophical, moral or religious reasons. There is generally recognized European private law, which has actually legal standards applicable to the regulation of private relations regarding medical intervention, for which consent or refusal competent adult individual takes precedence over any other considerations. Including considerations before on mandatory observance of moral standards recognized by most people. Such paternalistic schemes of medical decision-making in Ukraine need to be eliminated, first of all, at the level of regulatory regulation.

It is also necessary to recognize it appropriate to exclude the practice of legal regulation and judicial discretion duplication of efforts to vidshukuduvannya rules on applicable law relationship, the regulation of which including prohibitions and restrictions is complete. Beyond these statutory boundaries, it should be considered inadmissible to additionally include references to a public interest and moral principles of society as a restriction on the freedom of discretion of subjects of private law contractual relations. After all, this will already be the second layer of regulation of the same relations, which is essentially unacceptable in modern democracy to society by double regulation or sub-regulation.

Keywords: limits of free discretion of individuals, moral principles of society, contractual regulation of private relations in the field of medical care

У статті здійснено аналіз проблеми застосування позаправових меж договірної свободи учасників приватних відносин у сфері надання медичної допомоги. Доведено, що таких обмежувачів приватноправової ініціативи як «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» потрібно уникати. Для досягнення цієї мети запропоновано якомога детальніше прописати правила та норми, якими встановлюються обмеження та заборони щодо диспозитивності та вільного волевиявлення суб'єктів приватноправових відносини у сфері надання медичної допомоги, особливо ті, які висуваються з міркувань охорони публічного порядку та моральної неприйнятності.

Ключові слова: межі вільного розсуду приватних осіб, моральні засади суспільства, договірне регулювання приватних відносини у сфері надання медичної допомоги.

Індивідуальне та договірне регулювання особистих немайнових відносин є органічною складовою приватноправового регулювання відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги. Адже договірне регулювання особистих немайнових відносин між суб'єктами приватного права не заборонено приписами права, відповідає загальним засадам, предмету та методу цивільного права, а також є суб'єктивним правом фізичної особи.

Проте свобода правомірного розсуду сторін у приватноправових договорах не є безмежною. Ані у доктрині, ані у законі не підтримується ідея абсолютної свободи договору – приватні угоди мають бути укладеними на законних підставах та з урахуванням усіх чинних правових вимог. Як видно з аналізу положень, сформульованих у науці приватного права, а також норм діючого права, межами свободи договірного розсуду суб'єктів приватного права є такі правові чинники: імперативні приписи позитивного права (як принципи, так і норми актів права, обов'язкові для виконання акти судової правотворчості), публічний порядок, моральні засади суспільства.

По-перше, сторони приватноправових договорів, якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, мають підкорятися імперативним приписам закону. По-друге, правомірна ініціатива учасників договірних відносин у сфері надання медичної допомоги обмежується визначеними у законі позаправовими чинниками, якими є, насамперед, суспільний інтерес, публічний порядок, моральні засади суспільства. Це правило обґрунтовується, зокрема, необхідністю «забезпечення балансу інтересів усіх учасників цивільного обігу, захисту інтересів держави та суспільства» [1, с. 275].

Так, О. Крупчан підтримує таку інтерпетацію принципу диспозитивності у договірній сфері та обстоює законодавче надання сторонам «можливості встановлювати таку регламентацію відносин, яка буде найефективніше відображати їх інтереси, не порушуючи суспільний порядок та інтереси третіх осіб» [2, с. 6]. Також Р. Мельниченко, підкреслюючи позитивну мету даних обмежувачів договірних приватних відносин, зазначає, що «наявність законодавчо визначених основ обмежень договірної свободи сторін у цивільному праві України спрямована саме на підтримання стабільних приватноправових правовідносин між усіма учасниками цивільного обороту». При цьому вчений вважає, «що публічний порядок полягає, по-перше, в сукупності норм моралі і, по-друге, в сукупності норм держави, які є загальнообов'язковими для дотримання» [3, с. 141]. К. Осакве теж підтримує цю позицію, констатуючи, що «в умовах сучасного цивільного обороту свобода договору закінчується там, де починається захист публічного інтересу. Мета договірного права полягає в тому, щоб належним чином розмежувати ці конкуруючі постулати» [4, с. 131].

Загальний суспільний інтерес як позаправова межа договірної свободи приватних осіб знаходить свій вияв у захисті соціальних, правових та моральних устоїв суспільства та у правовому вимірі

позначається категоріями «публічний порядок», «інтереси держави і суспільства», «моральні засади суспільства» тощо. Хоча категорії «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» дещо розділені у законодавстві Україні та згадуються іноді окремо в різних статтях ЦК України, їхню вихідну спорідненість та фактичну змістовну нероздільність, яка проявляється, серед іншого, у визначенні одного через друге, відзначають багато науковців. При цьому важливо вказати на вихідну складність правого змістовного визначення та застосування на практиці даного виду межі приватного розсуду, про що слушно зазначають такі авторитетні представники сучасної правової науки, як І. Покровський, Н. Кузнєцова, О. Беляневич.

І. Покровський констатує, що «в усіх сучасних системах законодавства принцип договірної свободи підлягає обмеженню не тільки з боку закону, але й з боку деяких позазаконних критеріїв. В якості таких, як правило, наводяться «суспільний порядок» та «добрі звичаї (нравы)». У такий спосіб закон, начебто, не довіряє власній пильності, та залучає в ролі додаткових контролерів інші інстанції» [5]. На думку Н. Кузнєцової, «категорія «публічний порядок» не є характерною саме для цивільного права. Традиційно вона застосовується в міжнародному приватному праві і має специфічний зміст, що визначається її основним призначенням – обмежити застосування іноземного права. Використовуючи поняття публічного порядку в ст. 228 ЦК України, законодавець визначив його обсяг виключно до інституту недійсності правочину. Поняття публічного порядку було максимально звужене перерахуванням таких ознак, а саме: а) порушення правочином конституційних прав і свобод людини і громадянина; б) знищення, пошкодження майна, заволодіння майном, що належить фізичним і юридичним особам, публічним утворенням (державі, АР Крим, територіальній громаді)» [6, с. 55].

О. Беляневич наголошує на труднощах тлумачення судовими інстанціями відповідних категорій, які є зазвичай оціночними за своєю природою: «в окремих актах чинного законодавства такими обмежувачами називаються «суспільний порядок», «публічний порядок», «публічні інтереси», «принципи гуманності та моралі». Застосування в судовій практиці саме таких обмежувачів свободи є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер» [7, с. 64–69]. На негативних та позитивних аспектах проблеми застосування оціночних понять наголошує також і Р. Мельниченко: «договірна свобода сторін у цивільному праві обмежується моральними засадами суспільства, звичаями ділового обороту, принципами розумності, добросовісності та справедливості», «варто додати, що зазначені філософсько-цивілістичні поняття є занадто оціночними та невизначеними. Аналіз судової правозастосовчої практики дає нам можливість стверджувати, що судами по-різному застосовуються такі поняття, виходячи із фактичних обставин конкретної справи, а також виходячи з доказової бази учасників судового процесу. Ми все ж вважаємо, що різне судове правозастосування є виправданим, оскільки, по своїй суті, від самого початку розроблення законодавцем, такі поняття були покликані забезпечити об'єктивність правосуддя в кожному індивідуально визначеному випадку» [3, с. 144].

І. Покровський наводить міркування щодо змістовної невизначеності та навіть не правового характеру обмежень, пов'язаних із оціночними та моральними критеріями, та пропонує виключити з позитивного законодавства згадки про «публічний порядок» як межу здійснення цивільних прав. Замість цього пропонує конкретно «визначити все те, що є необхідним для підтримання суспільного порядку у правових категоріях закону, і тоді, природно, що усілякі правочини, що суперечать суспільному порядку, стануть неможливими в силу того, що вони суперечать закону. Створювати ще якийсь додатковий контроль з точки зору «умов суспільного життя» – це означає намагатися поставити життя громадян перед цілковитою невизначеністю» [5].

Не меншу складність у визначенні та виокремленні критеріїв застосування становить загальне етичне та оціночне поняття «моральні засади суспільства». Про це, зокрема, зазначає І. Покровський: «Якщо «добрі звичаї» дорівнюють моральності, то який вимір останньої належить брати до уваги? Чи має право суддя застосовувати свої особисті переваги про моральність?» Вчений доходить висновку, що поняття «суспільний порядок» та «добрі звичаї» відкривають широкий простір для суддівської правотворчості, що не є завжди добрим, адже спрямовують суддівський розсуд від «юрисдикції закону» у бік «юрисдикції почуттів» [5]. Це фактично відкриває шлях до позаправового контролю над здійсненням договірної свободи приватних осіб.

Моральні засади сучасного цивілізованого суспільства, здебільшого, розуміються як певні загальнолюдські цінності позитивного спрямування, тобто надто широко, та у такому вигляді не прилаштовані для того, щоб виконувати конкретну позитивно-правову функцію межі здійснення суб'єктивних цивільних прав, зокрема, бути підставою для визнання правочину недійсним. Як наголошує С. Бичкова, «на практиці доволі важко розмежувати порушення вчиненням правочину публічного порядку і спрямованість правочину на мету, що суперечить інтересам держави і суспільства, його моральним засадам» [8, с. 33]. З цієї причини окремі вчені справедливо пропонують «уникати розширеного тлумачення аналізованого поняття, оскільки, … це може призвести до довільного визнання недійсним правочину, в якому поведінка його учасників не містить ознак

істотної суспільної небезпеки» [8, с. 30].У зв'язку із аналізованою проблемою очевидно доцільною є пропозиція, за якою правочин має визнаватися недійсним як такий, що суперечить моральним засадам суспільства, по-перше, «якщо ці моральні засади прямо чи в загальній формі закріплені нормативно» [9, с. 347], по-друге, «якщо антиморальність правочинних дій прямо передбачена законом» [10, с. 6–7].

Таку ж позицію обстоює О. П. Білан, який, досліджуючи питання про змістовну наповненість категорії «моральні засади суспільства» в якості правового критерію обмеження свободи розсуду учасників приватноправових відносин, доходить таких висновків: «1. Абсолютної моральної цінності, єдиної для всіх, не існує. Відповідно, прив'язувати цивільно-правові норми до норм моралі, значить вносити у цивільне законодавство невизначеність та потенційну можливість для зловживання правом зі сторони недобросовісних учасників цивільних відносин. 2. Положення цивільного законодавства України, які встановлюють обмеження договірної свободи моральними засадами суспільства (частина 1 статті 203, части на 3 статті 228 ЦК України), не можна вважати вдалими. Очевидно, що зазначені норми повинні бути переглянуті на законодавчому рівні на предмет доцільності закріплення такого критерію обмеження договірної свободи у Цивільному кодексі України» [11, с. 220].

Додатковим аргументом на корить даної позиції може бути пояснення суті природи етичної поведінки та моральності суб'єктів соціальної взаємодії. Адже моральність об'єктивно в силу своєї особливої нормативної природи відіграє не ту роль обмежувача, яку їй намагається нав'язати законодавець у вигляді моральних засад суспільства. Передусім мораль тримається на внутрішньому переконанні та на відміну від права вона орієнтована на сумління, що, перш за все, спрямовує поведінку суб'єкта правовідносин на самообмеження, але не вимагає преференцій для себе.

Цю позицію підкреслю також І. Сенюта, говорячи про те, що «етичні норми та принципи не мають формалізованого вираження, адже становлять собою систему правил, дотримання яких є добровільним». З цієї причини авторка справедливо стверджує, що у разі порушення морального припису «до юридичної відповідальності медичний працівник може бути притягнутий лише в тому випадку, якщо порушене ним правило етики або деонтології об'єктивоване у відповідній нормі права, що передбачена або законодавчим актом, або локальним актом, затвердженим в установленому порядку» [12, с. 112, 116].

Представлена аргументація підтверджує висновок, що «моральні засади», включені у законодавство в якості примусового обмежувача приватноправового розсуду, автоматично перестають бути саме моральним регулятором, перетворюючись на свою протилежність – правовий примус. Втім примушування до моральної поведінки у правовий спосіб майже не можливо, адже моральні норми ефективно діють лише через внутрішні спонуки суб'єкта.

Даний висновок можна наочно проілюструвати прикладом, з якого наочно представлено, яким чином моральні норми, закріплені у нормативно-правовому акті у вигляді абстрактних етичних принципів, але які не стали внутрішнім переконанням суб'єкта права, залишаються юридично непрацюючими. У законодавстві України на сьогодні наявні етичні норми, які знайшли у такий спосіб певний рівень юридичної формалізації. Так, у Законі України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. представлені деякі орієнтири щодо змістовного навантаження категорії «моральні засади» в умовах сучасного українського суспільства. Відповідно до ст. 2 на території України забороняються виробництво та поширення продукції, яка: 1) має порнографічний характер; 2) пропагує війну, національну та релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України; 3) пропагує фашизм та неофашизм; 4) принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою; 5) пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь; 6) принижує особистість, є проявом знущання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей; 7) пропагує невігластво, неповагу до батьків; 8) пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, *тютюнопаління та інші шкідливі звички*. Очевидно, що ці ознаки неморальності важко пристосувати для встановлення правомірної межі вільного розсуду сторін у приватних договірних відносинах медичної сфери.

В іншому нормативному акті – Указі президента України «Про Клятву лікаря» від 15.06.1992 р. № 349 юридично закріплено етичні норми, якими відображено моральні принципи-вимоги, яких лікар повинен дотримуватися у своїй професійній діяльності: «усі знання, сили та вміння віддавати справі охорони і поліпшення здоров'я людини, лікуванню і запобіганню захворюванням; незмінно керуватися у своїх діях і помислах принципами загальнолюдської моралі, бути безкорисливим і чуйним до хворих, визнавати свої помилки, гідно продовжувати благородні традиції світової медицини; зберігати лікарську таємницю, не використовувати її на шкоду людині; додержуватись правил професійної етики, не приховувати правди, якщо це не зашкодить хворому; постійно поглиблювати і вдосконалювати свої знання та вміння, у разі необхідності звертатися за допомогою до колег і самому ніколи їм у цьому не відмовляти, бути справедливим до колег; *власним прикладом сприяти вихованню фізично і морально здорового покоління*, утверджувати високі ідеали милосердя, любові, злагоди і взаємоповаги між людьми».

Про те, що дані норми не працюють у правовому контексті, свідчить простий приклад. Тютюнопаління можна цілком впевнено вважати поведінкою, що суперечить моральним засадам суспільства на тих підставах, що як мінімум у двох нормативних актах позитивного права міститься його характеристика як неморальної поведінки. По-перше, у п. 8) ст. 2 Закону України «Про захист суспільної моралі» під забороною знаходиться виробництво та поширення продукції, яка пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички. По-друге, в Указі Президента України «Про Клятву лікаря» лікар, набувши професії лікаря та усвідомивши важливість обов'язків, що покладаються на нього, в присутності учителів і колег урочисто приймає на себе серед інших такий обов'язок: власним прикладом сприяти вихованню фізично і морально здорового покоління. Тобто обов'язок не палити є складовою його власного прикладу та набуває для лікаря майже обов'язкового характеру з огляду на те, що він закріплений на рівні юридичного правового акта – Указу Президента. До того ж підписаний випускником текст Клятви лікаря зберігається в його особистій справі. В дипломі робиться відмітка про прийняття Клятви лікаря, текст якої вкладається в диплом.

Проте відомо, що прямої юридичної заборони щодо паління та правових наслідків недотримання такої заборони юридично не прописані. Поряд з цим, обов'язок зберігати лікарську таємницю набув свого юридичного врегулювання (визначення та закріплення відповідних механізмів) у низці нормативно-правових актів, що перетворили даний обов'язок на юридичний з усіма наслідками, що випливають з його недотримання.

Ефективним шляхом впровадження моральних засад суспільства безпосередньо у юридичну площину є включення етичних та деонтологічних норм до змісту прав та обов'язків суб'єктів відносин, що виникають під час надання медичної допомоги. Хоча така позиція набуває поширення у правозастосовній та правотлумачній діяльності судів, вона спростовується деякими науковцями. І. Сенюта вважає, що правовий обов'язок має сенс тільки у тому випадку, коли норми професійної етики та деонтології закріплені на рівні зобов'язуючого нормативно-правового акта: «аби етична норма функціонувала і виконувала свою функцію, вона має бути об'єктивована або в законодавчому акті, або в акті, який містить корпоративні норми». Шановна дослідниця категорично підкреслює, що «покладати на медичних працівників обов'язок дотримуватись вимог професійної етики і деонтології буде неправомірно» [12, с. 111], адже дотримання етичних норм має бути добровільним.

На цю позицію не можна пристати з таких міркувань. Сфера надання медичної допомоги є особливо чутливою до етичної складової та безпосередньо включає моральну свідомість суб'єктів до змісту правовідносин, саме чим підтверджується й особлива роль моральних норм та етичних правил поведінки в якості джерела правового регулювання та засобу впливу на волевиявлення суб'єктів правовідносин. Тому можна стверджувати, що якщо абстрактні моральні норми-принципи загального характеру і можуть становити предмет вільного вибору суб'єкта приватноправових відносин, все ж спеціальні етичні та деонтологічні норми, які встановлені для фахової діяльності, є обов'язковими для застосування. Такої ж позиції дотримується Р. Майданик: «Моральні засади суспільства – це основні принципи суспільної моралі, тобто система життєвих принципів, поглядів, суджень, оцінок людей, уявлень про добро та зло, справедливість та несправедливість, гідність та безчестя тощо, визнана та підтримана більшістю членів суспільства. Для цілей застосування даного соціального регулятора важливе значення набувають випадки, коли норми права безпосередньо вказують на те, що певні суспільні відносини регулюються нормами моралі» [13, с. 45].

Тому у приватноправовому регулюванні особистих немайнових відносин сфери надання медичної допомоги етичні та деонтологічні норми є безпосередньо джерелом правового регулювання відносин. Це передбачає, по-перше, юридичну обов'язковість їх дотримуватися, по-друге, тягне настання відповідальності у разі недотримання. Саме цю юридичну обов'язковість передбачено в основному нормативно-правовому акті, яким регулюються відносини у сфері надання медичної допомоги, Основах законодавства України про охорону здоров'я, в якому у ст. 78 закріплено професійний обов'язок медичних та фармацевтичних працівників дотримуватися вимог професійної етики і деонтології.

Таким правовим документом, що містить норми професійної етики медичних працівників, є Етичний кодекс лікаря України, прийнятий та підписаний Всеукраїнським з'їздом лікарських організацій та Х З'їздом Всеукраїнського лікарського товариства (ВУЛТ) в м. Євпаторія 27.09.2009 р. Правовий статус даного нормативного документа не є беззаперечним. З одного боку, в ньому закріплено, що контроль та санкції за невиконання мають морально-етичний характер: п. 1.2. Підтримувати і контролювати виконання Кодексу повинні етичні комісії та комітети при закладах охорони здоров'я і наукових установах; медичних та наукових федераціях, асоціаціях, товариствах та інших громадських організаціях у галузі охорони здоров'я, що визнають цей Кодекс; п. 1.3. У разі порушення Кодексу лікарями медичних, наукових, освітніх закладів, членами федерацій, асоціацій, товариств або інших громадських організацій, що діють у галузі охорони здоров'я та визнають цей Кодекс, до них можуть бути застосовані санкції з боку етичних комісій або комітетів цих закладів і

організацій. Крайньою формою громадського осуду порушення фахових і загальнолюдських морально-етичних принципів є виключення лікаря або науковця з професійної асоціації, членом якої він є.

З іншого боку, у документі містяться конкретні обов'язки лікаря щодо пацієнта, які, на відміну від абстрактних моральних принципів, викладені у форматі правових вимог: лікар несе відповідальність, лікар повинен, лікар не повинен, лікар зобов'язаний, лікар не має права тощо. Зокрема, до змісту обов'язків лікаря у п. 3.6. належать: лікар повинен поважати честь і гідність пацієнта, його право на невтручання в особисте життя, ставитися до нього доброзичливо, з розумінням приймати занепокоєння рідних і близьких станом хворого; лікар, як й інші особи, які беруть участь у наданні медичної допомоги, зобов'язаний зберігати лікарську таємницю навіть після смерті пацієнта. Деякі з обов'язків лікаря закріплені в Етичному кодексі лікаря України навіть у найбільш суворий спосіб, ніж у нормативно-правових актах. Зокрема, 3.9. Практичну діяльність лікар повинен здійснювати тільки під власним прізвищем, не вказуючи неофіційно наданих титулів, ступенів, звань. Лікар зобов'язаний перебувати поряд з вмираючим хворим до останньої миті його життя. 3.13 Лікар не може залишати без уваги будь-які прояви жорстокості або приниження людської гідності. 3.15. Лікар повинен мати належний зовнішній вигляд, який має позитивно впливати на пацієнта. Наведені специфічні ознаки роблять Етичний кодекс лікаря України унікальним нормативним документом, якому для повноцінного введення у правовий обіг заважає хіба що відсутність такого рівня його правової легітимації, як затвердження з боку Міністерства юстиції України. Не дивно, що останнім часом суб'єкти здійснення медичної діяльності включають положення Кодексу у локальні нормативно-правові акти: колективні договори, правила внутрішнього розпорядку, посадові інструкції тощо. Цілком очевидно, що у такому вигляді етичні норми набувають правової формалізації та стають обов'язковими для виконання.

Даний висновок підтверджено судовою практикою у вирішенні трудових та цивільних спорів. На сайті судових рішень за запитом «медична деонтологія» висвітлюються понад 300 судових справ, що стосуються спорів у разі накладення дисциплінарних стягнень та відшкодування моральної шкоди за порушення норм медичної деонтології.

Наприклад, у справі з категорії «Спори, що виникають з трудових відносин» Дніпровським районним судом м. Херсона [14] встановлено, що позивач звернулась до суду з вказаним позовом, посилаючись на те, що їй на підставі скарги громадянки, при огляді якої позивач допустила неетичну поведінку, була оголошена догана за неналежне виконання своїх посадових обов'язків, порушення норм медичної етики та деонтології. При винесенні рішення Судом було взято до уваги, що за змістом ст. 139–140 Кодексу законів про працю України працівники зобов'язані додержуватися трудової дисципліни. Трудова дисципліна на підприємствах, установах, організаціях забезпечується створенням необхідних організаційних та економічних умов для нормальної високопродуктивної роботи, свідомим ставленням до праці, методами переконання, виховання, а також заохоченням за сумлінну працю. Пунктом 2.23 Посадової інструкції лікаря-акушера-гінеколога жіночої консультації центру охорони здоров'я жінки комунального закладу «Херсонська міська клінічна лікарня ім. О. С. Лучанського», з якою лікар була ознайомлена, зобов'язано позивача дотримуватися принципів медичної деонтології.

Судом було відмічено, що не можна погодитися з думкою прокурора та представника позивача, що медична етика і деонтологія не входять до структури трудової дисципліни лікаря, а Етичний кодекс лікаря України носить рекомендаційний характер, оскільки не затверджений Міністерством юстиції України, а тому дисциплінарне стягнення застосоване до позивача не може бути. За обставин справи неналежне виконання своїх посадових обов'язків, порушення норм медичної етики та деонтології при здійсненні службових повноважень у спілкуванні з пацієнтом є безумовною підставою для притягнення особи до дисциплінарної відповідальності.

В іншій справі [15] медичним реєстратором Комунальної медичної установи «Міська дитяча стоматологічна поліклініка» був оспорений наказ, в якому їй оголошено догану за непристойну поведінку, порушення Правил внутрішнього трудового розпорядку та порушення етичних норм поведінки в присутності неповнолітньої дитини. Свідок показала суду, що коли вона разом зі своєю малолітньою дитиною прийшла до лікаря в КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка», в коридорі поліклініки реєстратор сварилася з кимось із персоналу та висловлювалась нецензурною лайкою.

Позивачка вважає, що наказ є незаконним, оскільки за вимогами ст. 147 Кодексу законів про працю України дисциплінарне стягнення накладається за порушення трудової дисципліни, а саме: невиконання або неналежне виконання трудових зобов'язань, до яких не входить зазначення непристойної поведінки та порушення етичних норм.

Обґрунтовуючи відмову у задоволенні позовних вимог позивачки щодо скасування спірного наказу, суд виходив, зокрема, з наступних міркувань. Відповідно до п. г) ст. 78 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» медичні працівники зобов'язані дотримуватись вимог професійної етики і деонтології, зберігати лікарську таємницю. Пунктом 1.8 розділу 1 посадової інструкції реєстратора медичного КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка», з

якою позивача ознайомлено, про що свідчить її підпис, передбачено, що реєстратор медичний повинен завжди бути уважною, ввічливою до відвідувачів, розмовляти спокійно. Суд вважає, що позивачка порушила вимоги посадової інструкції та вимоги Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», оскільки виражалась нецензурними словами в приміщенні КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка» в присутності неповнолітніх дітей та їх батьків.

Зрештою, у свіжій Постанові від 16.01.2019 р. Верховним Судом у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 592/6444/16-ц провадження № 61-27802св18 [16] було підтверджено правильність висновку суду апеляційної інстанції, що позивачем двічі протягом року скоєно дисциплінарні проступки, які підтверджені письмовими доказами та полягали у порушенні етики і деонтології та відповідних пунктів посадової інструкції.

Тобто судами підтверджуються висновки, що медична етика і деонтологія входять до структури трудової дисципліни лікаря, то ж є тими етичними чинниками, які обмежують правовий розсуд суб'єкта надання медичної допомоги.

Наведені аргументи та висновки обґрунтовано доводять логічну послідовність та завершеність наукової позиції, згідно з якою таких позаправових форм обмеження приватноправової ініціативи, як «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» і можна, і потрібно за можливістю уникати. Це цілком можна зробити через прямі вказівки у нормативно-правових актах щодо заборон та певних видів обмежень приватноправового регулювання, зокрема, договірного регулювання відносин щодо особистих немайнових благ. Як це, приміром, зроблено стосовно заборони евтаназії, обмеження штучного переривання вагітності, деяких видів діяльності, пов'язаної із геномом людини, клонуванням людини тощо.

З метою виключення зловживань та неправомірного обмеження приватного розсуду необхідно максимально звузити поле для застосування даних позанормативних регуляторів шляхом позитивації там, де це можливо, етичного, оціночного та соціологічного змісту понять, якими позначено основи публічного та морального порядку сучасного українського суспільства. Адже питання про критерії визначення моральної та неморальної поведінки, яка має бути під забороною в українському суспільстві у III тисячолітті, залишається відкритим. Яскравим свідченням того є публічні дискусії громадського загалу щодо, приміром, моральності або неморальності абортів як поширеного соціального явища, застосування сурогатного материнства, яке є морально неприйнятним у багатьох соціумах, що відображено у прямих правових заборонах.

На розвиток підтриманої позиції та з огляду на необхідність розроблення доктринальних підходів щодо усунення негативного впливу на правове регулювання договірних відносин у сфері надання медичної допомоги, категорій та явищ, що за ними стоять, «публічний порядок», «моральні засади суспільств» та інших, споріднених до них, запропоновано шляхи подолання небажаного та неправового впливу. З метою мінімізації багатозначності тлумачення вказаних понять та критеріїв їх застосування є сенс визнати за необхідне такий превентивний захід для запобігання впливу позаправових регуляторів: якомога детальніше прописати правила та норми, якими встановлюються обмеження та заборони щодо диспозитивності та вільного волевиявлення суб'єктів приватноправових відносини у сфері надання медичної допомоги, особливо ті, які висуваються з міркувань охорони публічного порядку та моральної неприйнятності. Адже у більшості випадків відсилка до «моральних засад суспільства» насправді є «позначкою того, що тут є нерозроблене багнисте місце у правовій системі» [5].

Теоретично невірним та неприпустимим, а практично помилковим є поширення регуляторного обмежуючого впливу моральних засад суспільства на ті відносини, які конкретно врегульовано нормами позитивного права: у міжнародно-правових актах або у нормативно-правових актах внутрішнього законодавства. У разі наявності визнаних інститутами Ради Європи правових стандартів щодо регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги, потрібно надавати їм пріоритетності, в тому числі в аспекті тлумачення моральних засад, які покладено у ґрунт даного виду відносин. Наприклад, це стосується випадків відмови пацієнта від медичного втручання з особистих світоглядних, моральних або релігійних міркувань. Існує визнане правило європейського приватного права, що є фактично правовим стандартом, застосовним до регулювання приватноправових відносин з приводу медичного втручання, за яким згода або відмова повнолітньої компетентної фізичної особи має пріоритет перед будь-якими іншими міркуваннями. В тому числі перед міркуваннями щодо обов'язкових моральних стандартів, визнаних навіть і більшістю населення, за якими вжиття медичних заходів, що можуть надати ймовірні переваги, всупереч вільному волевиявленню хворого є «святим обов'язком» суспільства, або навіть «святим обов'язком» самого пацієнта перед суспільством. Цих патерналістських схем прийняття медичних рішень в Україні потрібно позбавлятися, перш за все, на рівні нормативно-правового регулювання.

Також необхідно визнати за доцільне виключити з практики правового регулювання та судового розсуду дублювання зусиль, спрямованих на відшукування норми застосованого права щодо відносин, нормативне регулювання яких, включаючи заборони та обмеження, є повним. Поза цими нормативно встановленими межами вважати неприпустимим ще додатково залучати посилання на публічний інтерес та моральні засади суспільства як обмежувач свободи розсуду суб'єктів приватноправових договірних відносин. Адже це вже буде становити другий шар регулювання тих самих відносин, що за суттю є неприпустимим у сучасному демократичному суспільстві подвійним регулюванням або надрегулюванням.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Басай О. В. Принципи цивільного права України: теорія і практика: монографія. Івано-Франківськ, 2013. 428 с.

2. Крупчан О. Д. Сучасний стан та перспективи розвитку приватноправової сфери в Україні // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 11, 2012 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, 2012. С. 5–16.

3. Мельниченко Р. В. Обмеження договірної свободи сторін у цивільному праві України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. Вип. 30. Том 1. 2015. С. 140–144.

4. Осакве К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность ограничения // Журнал российского права. 2006. № 8. С. 84–93.

5. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_29.html#18 (дата звернення: 25.09.2019).

6. Кузнєцова Н. С. Правові наслідки порушення вимоги про відповідність змісту правочину ЦК України та іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2012. № 6. С. 51–56.

7. Беляневич О. А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України // Вісник Київського нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. 2004. № 60/52. С. 64–69.

8. Бичкова С. С. Правові наслідки вчинення правочину з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства // Приватне право і підприємництво. Випуск 15. Київ, 2016. С. 29–34

9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. / Кузнєцова Н. С., Дзера І. О., Коссак В. М. та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. 2-ге вид. перероб. і доп. К.: Юрінком Інтер, 2006. Т. 1. 1048 с.

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

11. Білан О. П. Моральні засади суспільства як категорія обмеження договірної свободи // Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2013. Вип. 62. С.211–220.

12. Сенюта І. Джерела правового регулювання цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. Львів: Видавництво ЛОБФ «медицина і право», 2018. 416 с.

13. Майданик Р. А. Система источников гражданского права // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах. Київ, 19 жовтня 2012 р. Т. 1. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 67–83.

14. Рішення Дніпровського районного суду м. Херсона від 21.04.2015 р. (справа № 2/666/468/15). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/43755984 (дата звернення: 25.09.2019).

15. Рішення Шевченківського районного суду м. Чернівці від 05.02.2019 р.(справа № 727/2956/18 URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79712867 (дата звернення: 25.09.2019).

16. Постанова Верховного Суду України у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 16 січня 2019 року. (справа №592/6444/16-ц). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79313693 (дата звернення: 25.09.2019).

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

УДК 346.546
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.4

Полюхович В. І.,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Polyukhovych V.I. Problematic issues of legal regulation in the sphere of protection of economic competition in economic activity of Ukraine

The existing invariance of many basic norms of the current antitrust regulations, their often general, declarative and insufficiently detailed content and, in fact, backwardness and non-compliance with the requirements of today becomes a significant obstacle in the process of ensuring legal regulation in this sphere of economic relations.

In the context of this article, it is proposed to draw attention to certain topical issues that arise in the implementation of legal regulation of relations on the protection of economic competition and antitrust regulation.

The subject of the legislator's attention should be an organizational basis for appealing in the field of public procurement. The current appeal mechanism at the center of which is a panel consisting of state commissioners of the Antimonopoly Committee is obvious anachronism and in its functionality does not meet both current requirements for the body of appeal and foreign practice in this field of public relations.

There is a need for organizational and personnel separation of an appeal function in the field of public procurement from the activities of the AMCU and the establishment of an independent appeal body.

An important block of problematic issues is the procedure of application and the amount of penalties applied by the bodies of the Antimonopoly Committee of Ukraine for violation of the legislation on protection of economic competition.

It is necessary to emphasize the urgent need to amend the current legislation, to adopt by-laws, which should ensure transparency and validity of the activities of the AMCU bodies in calculating the fine for violation of the legislation on protection of economic competition.

It should also be noted that there are a number of systemic problems in the current legislation on the protection of economic competition, which are related to its unreformed, and therefore obsolete and archaic in individual parts.

These, in our opinion, are:

terminological limitation and blur;

excessive publicity and, consequently, inaccuracy in identifying the monopoly dominant position of an entity and in cases of possible abuse;

the blurring of the formulations of the composition of individual offenses, including anti-competitive concerted actions;

excessive discretion of the AMCU bodies when deciding both to initiate proceedings and to make decisions;

the absence of statutory time limits for the investigation and consideration of cases of violation of the legislation on protection of economic competition (the investigation may last for 1, 2, 3 years and more);

the existing list of violations of the legislation on protection of economic competition requires revision to reduce the types of offenses and specify their composition;

existing economic thresholds that require concentration of AMCU to be revised should be revised (deregulation);

to exclude supervisory functions from the competence of the AMCU bodies and at the same time take measures to ensure control activities by introducing effective mechanisms for involvement of relevant law enforcement units for on-site inspections, seizure of material evidence, etc.

We have outlined only the most basic issues of concern of the Antimonopoly Committee of Ukraine and its bodies, which require regulatory changes to ensure that they are brought into line with the modern criteria of efficiency and expediency in the activity of state regulators in the sphere of economy.

Keywords: protection of economic competition, antitrust regulation, appeals in the field of public procurement, procedure for calculating fines for violation of the legislation on protection of economic competition, reforming the existing system of legal regulation in the field of protection of economic competition.

У статті проаналізовано окремі проблемні аспекти правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції в господарській діяльності під час виконання Антимонопольним комітетом України своїх функцій. Виявлено основні проблеми, перепони з метою визначення дієвого регулятивного впливу з боку АМКУ. Запропоновано шляхи подолання існуючих прогалин у чинному законодавстві та здійснення заходів у напрямі розвитку конкурентних відносин та антимонопольного регулювання.

Ключові слова: захист економічної конкуренції, антимонопольне регулювання, оскарження в сфері публічних закупівель, порядок розрахунку штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, реформування існуючої системи правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції.

Антимонопольне регулювання та діяльність щодо захисту економічної конкуренції розпочалися з перших років незалежності України та насамперед знайшли своє втілення в ухваленні відповідних законів та нормативних актів.

Першим фундаментальним нормативним актом став Закон України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18 лютого 1992 р. № 2132-XII, на зміну якому через дев'ять років був прийнятий Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. № 2210-III, який із змінами та доповненнями діє і до сьогоднішнього дня. Також базовими нормативними актами в цій сфері стали Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 р. № 3659-XII та Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР, які із змінами і доповненнями чинні й сьогодні.

Як ми бачимо, основна нормативна база з питань захисту економічної конкуренції та антимонопольного регулювання була сформована в перше десятиріччя існування Української держави. З того часу вносились зміни та доповнення до вказаних нормативних актів, приймались підзаконні нормативні акти. Проте серед дійсно суттєвих змін у змісті правового регулювання в означеній сфері можна виділити лише віднесення в 2010 році до компетенції Антимонопольного комітету функцій органу оскарження у сфері державних, а з 2016 р. – і публічних закупівель.

Водночас з плином часу розвиток господарських відносин спонукає до відповідного розвитку нормативного регулювання. Але існуюча незмінність багатьох базових норм чинних нормативних актів, їх досить часто загальний, декларативний та недостатньо деталізований зміст, а по суті відсталість та невідповідність вимогам сьогодення стає значним гальмом у процесі забезпечення правового регулювання в цій сфері господарських відносин.

У межах цієї статті пропонується звернути увагу на окремі актуальні проблеми, що виникають під час здійснення правового регулювання відносин із захисту економічної конкуренції та антимонопольного регулювання.

В зв'язку з тим, що основний регулятивний вплив на вказані господарські відносини з боку держави здійснюється державним органом із спеціальним статусом – Антимонопольним комітетом України, багато проблемних питань пов'язані з виконанням ним своїх функцій, змістом компетенції, визначенням та деталізацією повноважень, порядком формування та кількістю його складу, особливостями здійснення правозастосовної діяльності тощо. Тому доцільним є розгляд актуальних проблем, що виникають в процесі правового регулювання відносин захисту економічної конкуренції, крізь призму, в тому числі, й діяльності Антимонопольного комітету України.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» Антимонопольний комітет України є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель. Крім цього, положення щодо державних закупівель (з 2016 р. публічних закупівель) були додані в 2006 р., чим було поширено компетенцію Антимонопольного комітету України на цю сферу господарських відносин. Починаючи з 2010 р., Антимонопольний комітет України є органом оскарження в сфері державних закупівель. Безпосередньо цю діяльність здійснює постійно діюча адміністративна колегія (колегії) Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Процедура оскарження визначена Законом України «Про публічні закупівлі» 25 грудня 2015 р. № 922-VIII і зазнає постійних змін, спрямованих на удосконалення процесу оскарження, подолання існуючих прогалин в регулюванні. Але поза увагою законодавця вже довгий час залишаються організаційні питання функціонування органу оскарження, відсутні будь-які норми щодо правового статусу державних уповноважених саме як членів постійно діючої адміністративної колегії, не визначені межі їх компетенції при розгляді скарг, правові засади та гарантії забезпечення їх незалежності, самостійності та об'єктивності. Адже норми ст. 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», де визначено компетенцію адміністративних колегій АМКУ, та норми ст. 16 цього Закону, де визначено компетенцію державних уповноважених АМКУ, мають хоч і деталізований

зміст, але пов'язаний безпосередньо із здійсненням ними функцій із захисту економічної конкуренції і не враховано специфіки виконання функцій з розгляду скарг у сфері публічних закупівель.

Перш за все, існуючі проблеми можна розділи на три категорії.

Перша – пов'язана безпосередньо з визначенням меж компетенції членів колегії при розгляді скарг. На сьогодні відсутні чіткі норми щодо меж розгляду скарги, можливості колегії виходити за межі заявлених скаржником підстав для оскарження та обставин, визначених у скарзі, давати оцінку належності та допустимості доказів. Відсутні положення про те, що ніякі докази не мають для постійно діючої адміністративної колегії заздалегідь встановленої сили, а члени колегії мають право та повинні оцінювати надані сторонами докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді в процесі оскарження всіх обставин справи в їх сукупності.

Друга група обставин стосується безпосередньо правового статусу державного уповноваженого як члена колегії, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту під час здійснення повноважень.

До третьої групи обставин можна віднести відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії.

Наслідком означених прогалин правового регулювання у цій сфері стає формування практики, заснованої на прецедентах раніше прийнятих рішень, створенні та застосуванні звичаїв при вирішенні справ, при цьому такі звичаї часто базуються не на правових засадах, а виходять із світогляду окремих членів колегії, також непоодинокі випадки різного тлумачення та відповідно неоднакового застосування норм чинного законодавства залежно від складу колегії. Відсутність норм, що забезпечують незалежність, самостійність та захист державного уповноваженого під час здійснення повноважень члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, мають своїм наслідком часто зайвий формалізм, скутість у разі оцінки доказів та обставин справи, що негативно впливає на можливість приймати рішення самостійно за своїм внутрішнім переконанням. Відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії породжує практику невиконання її рішень і відсутності відповідних засобів покарання за бездіяльність.

Все це спричиняє певний хаос в процесі прийняття рішень щодо скарг та відповідно формування практики діяльності колегії та часто унеможливлює для сторін процесу оскарження – скаржників та замовників системне та обґрунтоване планування своєї роботи як з підготовки тендерної документації замовниками, так і з підготовки учасниками своїх пропозицій щодо участі в закупівлі. Адже суттєвою складовою у підготовці тендерної документації є врахування замовниками практики діяльності постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель для забезпечення прав учасників та мінімізації обставин, що можуть стати підставою для оскарження.

Одним із можливих шляхів для вирішення означених проблем повинно стати закріплення в Законі України «Про публічні закупівлі» норм для визначення правового статусу державного уповноваженого як члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту під час здійснення повноважень. Також необхідним є внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та визначення положень, що стосуються меж розгляду скарги, порядку оцінки доказів, їх належності та допустимості, алгоритмів прийняття рішень залежно від позицій та аргументації сторін, зміни ними своєї позиції чи аргументації тощо.

Предметом уваги законодавця повинні стати організаційні засади здійснення оскарження у сфері публічних закупівель. Існуючий на сьогодні механізм оскарження, в центрі якого є колегія, що складається із державних уповноважених Антимонопольного комітету, є очевидним анахронізмом і за своїм функціоналом не відповідає як сучасним вимогам до органу оскарження, так і зарубіжній практиці в цій сфері суспільних відносин.

Перш за все, проблема полягає в тім, що державні уповноважені, які відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» входять до складу постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, одночасно за посадою виконують великий обсяг повноважень, що передбачений ст. 16 Закону України «Про Антимонопольний комітет України». По суті, виходячи із змісту вказаної статті Закону, виконання обов'язків члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель є додатковим повноваженням до основного функціоналу державного уповноваженого. Але виходячи із практики діяльності постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, виявляємо, що за останні роки обсяг робочого навантаження із запровадженням електронного документообігу в сфері оскарження публічних закупівель та можливості подавати скарги онлайн значно зріс і робота в складі колегії для державних уповноважених Антимонопольного комітету України стала основною складовою їх зайнятості. Відповідно, для виконання ними своїх основних функцій, передбачених Законом, фізично вже немає ні часу, ні можливостей. Кількість державних уповноважених є незмінною і становить дев'ять осіб з

урахуванням посади Голови комітету. Все це призводить до прийняття важливих для діяльності Антимонопольного комітету України рішень фактично «з коліс» без ґрунтовного вивчення та аналізу їх змісту, що безумовно негативно позначається на якості роботи органу в цілому. В зв'язку з цим доречно згадати, що функціонал з оскарження у сфері державних/публічних закупівель був включений до компетенції Антимонопольного комітету України лише в 2010 р., тобто через 18 років після його створення і за своєю правовою суттю не є невід'ємною складовою компетенції Антимонопольного комітету України, а зумовлений, швидше, «виробничою» необхідністю знайти організаційне вирішення завдання щодо забезпечення процедури оскарження в сфері державних/публічних закупівель. Справа полягає у тому, що компетенція Антимонопольного комітету України виявляється у забезпеченні державного захисту економічної конкуренції, виходячи з чого визначено завдання Антимонопольного комітету України ст. 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», а в процесі розгляду скарг щодо процедур публічних закупівель є багато обставин, які не охоплюються функціоналом, пов'язаним лише із захистом економічної конкуренції. Це і організація процедури, форми участі в ній, особливості підготовки як тендерної документації, так і заявок учасників тощо. Компетенція АМКУ відповідно до змісту його повноважень полягає в оцінці документації та рішень тендерних комітетів лише на предмет забезпечення рівних можливостей для конкуренції учасників, коли водночас є і інші технічні, організаційні, правові питання цього процесу, які безпосередньо не стосуються конкуренції, але на практиці можуть бути та часто є предметом оскарження.

Наведене свідчить про необхідність організаційного та кадрового відокремлення функції оскарження у сфері публічних закупівель від діяльності АМКУ та створення незалежного органу оскарження. Такий шлях є апробованим в більшості країн світу і довів свою ефективність, навпаки, наявність органу оскарження у складі конкурентного відомства існує лише в декількох країнах. Зі створенням незалежного органу оскарження мають бути вирішені вищезазначені проблемні питання, пов'язані з правовим статусом осіб, що розглядають скарги, змістом їх повноважень, деталізовано предмет оскарження та межі розгляду скарги та багато інших організаційних питань, вирішення яких при функціонуванні колегії з оскарження публічних закупівель в системі АМКУ шляхом поєднання державними уповноваженими своїх основних функцій за посадою з функціями члена колегії є по суті неможливим, виходячи з існуючого порядку оскарження публічних закупівель, процедури їх розгляду, обсягу і кількості скарг, що надходять до колегії. До того ж, механічне збільшення кількості державних уповноважених та кількості колегій може стати лише тимчасовим засобом та не зумовить якісних змін у процесі оскарження публічних закупівель.

Ще одним суттєвим блоком проблемних питань є порядок застосування та обсяг штрафів, що застосовуються органами Антимонопольного комітету України за порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Розміри штрафів, які накладаються органами Антимонопольного комітету України, передбачені ч. 2, 5, 6 ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», та ч. 1 та 2 ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», складають до 1 %, 5 %, 10 % доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції за останній звітний рік. Таким чином, існуюче формулювання можливого до застосування розміру штрафу від 1 грн. до 10 % доходу суб'єкта господарювання призводить знову ж таки (як і у попередньому випадку з прийняттям рішень при оскарженні публічних закупівель) до невиправдано вільного підходу та зайвої «творчості» при визначенні розміру штрафу, що базується виключно на особистих уявленнях та світогляді членів АМКУ. На практиці різниця в сумах штрафів може налічувати сотні мільйонів гривень, що створює значні корупційні ризики та можливості для маніпуляцій з боку відповідальних посадових осіб АМКУ.

Необхідно зазначити, що територіальні відділення АМКУ нормативно обмежені в можливості накладення штрафу розміром 4 000 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що складає 68 000 грн. Тому в даному випадку, перш за все, йдеться про закріплення на рівні закону обов'язку Антимонопольного комітету України та його адміністративних колегій визначати розміри штрафів на підставі порядку, який буде встановлений обов'язковими до застосування підзаконними актами.

На сьогодні АМКУ під час визначення розміру штрафів керується власними рекомендаційними роз'ясненнями від 9 серпня 2016 р., які не набули статусу нормативно-правового акта (не пройшли реєстрацію в Міністерстві юстиції України), а тому носять рекомендаційний (не обов'язковий) характер. Вони служать швидше для застосування однакових підходів до визначення штрафів, ніж визначають чіткі критерії їх визначення. Адже в якості критеріїв, що застосовуються як понижуючі/підвищуючі коефіцієнти у разі визначення розміру штрафу, використовуються такі оціночні поняття, як соціальна значущість товару, вплив чи можливість впливу порушення на конкуренцію на суміжних ринках тощо.

Водночас в рекомендаційних роз'ясненнях АМКУ є ряд прогресивних порівняно з чинними нормами Закону положень. Це і прив'язка розміру штрафу до обсягу доходу, пов'язаного з порушенням,

більш гнучка система накладення штрафів за інформаційні порушення, визначення вичерпного переліку пом'якшуючих та обтяжуючих обставин. Але, повторюємо, з одного боку, на сьогодні застосування цих підходів є лише можливим, але не обов'язковим під час прийняття рішень членами АМКУ, а з іншого – відсутність нормативно встановлених порядку, критеріїв, «формули» визначення штрафу не дає можливості судам переглядати рішення АМКУ в частині розміру штрафу, адже єдиними нормативними обмеженнями залишаються лише верхні межі його розміру, які є достатньо значними.

Тому закріплення на нормативному рівні деталізованого порядку розрахунку розміру штрафу надасть можливість судам переглядати рішення АМКУ не тільки на предмет наявності/відсутності складу правопорушення, а й в частині розміру штрафу. В тому числі суди зможуть приймати рішення, якими могли б зменшувати або збільшувати розмір штрафу. Безумовно, це, в свою чергу, повинно спонукати судові органи до оволодіння спеціальними знаннями та досвідом саме в галузі антимонопольного регулювання.

Отже, необхідно підкреслити нагальну необхідність внесення змін до чинного законодавства, прийняття підзаконних актів, які повинні забезпечити прозорість та обґрунтованість діяльності органів АМКУ під час здійснення розрахунку штрафу за порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Необхідно також зазначити про наявність ряду системних проблем в чинному законодавстві про захист економічної конкуренції, які пов'язані з його нереформованістю, а відповідно, застарілістю та архаїчністю в окремих частинах.

Такими, на нашу думку, є:

– термінологічна обмеженість та розмитість;

– надмірна загальність, а відповідно – нечіткість при визначенні монопольного домінуючого становища суб'єкта господарювання та випадків можливого зловживання ним;

– розмитість формулювань складів окремих правопорушень, зокрема антиконкурентних узгоджених дій;

– надмірна дискреція органів АМКУ під час прийняття рішень як щодо початку розгляду справи про порушення, так і щодо прийняття рішень із закінченням розслідування;

– відсутність нормативно закріплених граничних строків розслідування та розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (розслідування може тривати роками, «п'ятирічками» і більше);

– існуючий перелік порушень законодавства про захист економічної конкуренції потребує перегляду на предмет зменшення видів правопорушень та конкретизації їх складу;

– існуючі порогові економічні показники, що передбачають необхідність отримання дозволу АМКУ на концентрацію, повинні бути переглянуті в бік їх підвищення (дерегуляція);

– виключити з компетенції органів АМКУ зайві контролюючі функції та водночас здійснити заходи для забезпечення контрольної діяльності шляхом запровадження дієвих механізмів залучення відповідних підрозділів правоохоронних органів для проведення виїзних перевірок, виїмки матеріальних доказів тощо.

Ми окресли лише самі основні проблемні питання діяльності Антимонопольного комітету України та його органів, які потребують внесення нормативних змін для забезпечення приведення їх функціонування відповідно до сучасних критеріїв ефективності та доцільності в діяльності органів державного регулювання в сфері економіки.

Підсумовуючи вищезазначене, вважаємо за необхідне зазначити, що існуюча на сьогодні система правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції потребує докорінних суттєвих змін, які б забезпечили її адекватність вимогам часу та сучасному рівню господарських відносин в країні та світі. Запровадження кращих зразків зарубіжного досвіду, формування чіткої нормативної бази, оптимізація процесів та процедур, а відповідно, значне зменшення дискреції в діяльності Антимонопольного комітету України повинні забезпечити якісні зміні як в правовому регулюванні, так і, відповідно, в конкурентному середовищі, де здійснюють свою діяльність суб'єкти господарювання в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності: Закон України від 18 лютого 1992 року № 2132-XII // Відомості Верховної Ради України. 1992. № 21. Ст. 296.

2. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 року № 3659-XII // Відомості Верховної Ради України. 1993. № 50. Ст. 472.

3. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 36. Ст. 164.

4. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 року № 2210-III // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 12. Ст. 64.

5. Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти: Закон України від 22 лютого 2000 року № 1490-III // Відомості Верховної Ради України. 2000. № 20. Ст. 148.

6. Про здійснення державних закупівель: Закон України від 25 грудня 2015 року № 922-VIII від 1 червня 2010 року № 2289-VI // Відомості Верховної Ради України. 2010. № 33. Ст. 471.

7. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 року № 922-VIII // Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. Ст. 89.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ ВОЄННИМИ ДІЯМИ І ТЕРОРИСТИЧНИМИ АКТАМИ

УДК 34.03
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.5

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

Prymak V. Civil Liability of the State for Damage Caused by Military Actions and Terrorist Acts

The article deals with the peculiarities of the legal regulation of relations regarding compensation for damage caused to victims of war and acts of terrorism. It is emphasized that the solution of the respective tasks is ensured mainly in the field of civil liability and, not excluded, some related legal institutions, the purpose of which is social protection of the victims precisely through the compensation of the damage they are caused in the form of money or in kind. However, it is primarily a tort liability that results from the violation of absolute property and personal non-property rights – a matter is only in determining the cause of the harm: it may be directly criminal or a state whose law enforcement agencies have failed to prevent the act of terrorist, state-aggressor, the same state in whose territory the terrorist act occurred, or certain international funds and special legal entity (national compensation funds – already as public law entities), which appears as subject of civil liability or compensatory obligation though not committed any illegal actions that could cause damage.

The author argues that in situations of external aggression and committing terrorist acts, the mechanism of civil liability undergoes certain transformations, connected, first of all, with the fixing of special grounds, conditions and limits of its application, circumstances leading to discharge, and also possible determination of subjects other than the immediate inflictor of harm in the compensatory obligation.

The legal system of Ukraine does not have any legal norms of direct action that would fix the mechanism of compensation for damage caused by a terrorist act at the expense of the state. Norms of Art. 19 of the Law of Ukraine of 20.03.2003 № 638-IV «On Combating Terrorism» and Art. 85 of the Code of Civil Protection of Ukraine in such legal situations can not be applied due to the absence of special laws, which are mentioned in their texts in the specified articles. At the same time, the provisions of Art. 86 of the Civil Protection Code of Ukraine, as well as the Code in general, extends exclusively to the legal relations expressly stated therein concerning the protection against emergencies caused by the consequences of terrorist acts.

According to the author, special legislation on the compensatory protection of victims of war, crimes (terrorist acts in particular), human rights violations, and international humanitarian law should provide for the imposition on the state of the obligation to compensate for property and moral damage caused by only those unlawful acts, which inflict harm in the form of loss of life or serious damage to the health of the victims. The relevant legislative acts should stipulate reasonable restrictions on action in the delineated sphere of civil relations some principles of tort law – such as principles of guilt and full harm compensation, as well as the peculiarities of interaction of substantive and procedural guarantees for protection of interests of the victim and a state in relations with the direct perpetrators.

Key words: civil liability, victims of war and acts of terrorism, compensation, damage, law.

У статті досліджуються трансформації механізму цивільно-правової відповідальності в умовах зовнішньої агресії і під час вчинення терористичних актів. Насамперед йдеться про спеціальні підстави, умови і межі покладання на державу обов'язку з відшкодування шкоди, завданої жертвам зазначених протиправних діянь.

Ключові слова: цивільно-правова відповідальність, жертви війни й актів тероризму, компенсація, шкода, закон.

Норми міжнародного права, що ґрунтуються на засадах справедливості й солідарності, вимагають від національних держав створення дієвих компенсаційних механізмів, спрямованих на відшкодування шкоди, завданої фізичним особам, потерпілим від злочинів, терористичних актів, порушень прав людини і міжнародного гуманітарного права [1]. Проте законодавство України, покликане забезпечити повноцінну регламентацію зазначених компенсаційних відносин, нині залишається практично несформованим.

Позитивне закріплення у Законі України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18.01.2018 № 2268-VIII і Законі України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 № 1207-VII відповідальності Російської Федерації як держави-агресора за порушення визначених Конституцією та законами України прав і свобод людини та громадянина на тимчасово окупованій Російською Федерацією території, а також покладення на неї обов'язку з відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної внаслідок тимчасової окупації, державі Україна, юридичним особам, громадським об'єднанням, громадянам України, іноземцям та особам без громадянства, наразі, на жаль, залишаються не забезпеченими достатньо дієвим міжнародно-правовим і внутрішньодержавним юридичним інструментарієм реалізації зазначених приписів.

Разом з тим, не викликає сумніву, що практичне вирішення згаданих проблем та реалізація завдань із відновлення прав потерпілих від злочинів і порушень норм міжнародного права, а також внутрішньопереміщених осіб лежить переважно у площині цивільно-правової відповідальності та, не виключено, деяких суміжних з нею правових інститутів, метою яких є соціальний захист потерпілих саме через відшкодування заподіяної їм шкоди у грошовій або натуральній формі. Проте первісно йдеться саме про деліктну відповідальність, яка є наслідком порушення абсолютних майнових і особистих немайнових прав – питання лише у визначенні призвідника шкоди (це може бути безпосередньо злочинець або держава, органи правопорядку якої виявилися неспроможними запобігти вчиненню терористичного акта, або держава-агресор) чи іншого суб'єкта права (тієї-таки держави, на території якої стався терористичний акт, певних міжнародних фондів або національних компенсаційних фондів – вже як юридичних осіб публічного права тощо), який постає як суб'єкт відповідальності попри те, що не вчиняв жодних неправомірних дій, здатних спричинити шкоду, яку він зобов'язаний відшкодувати.

Відповідно до п. 20 Основних принципів і керівних положень щодо права на правовий захист і відшкодування шкоди для жертв грубих порушень міжнародних норм у сфері прав людини і серйозних порушень міжнародного гуманітарного права «компенсацію слід надавати за будь-яку шкоду, що піддається економічній оцінці в установленому порядку й розмірно до серйозності порушення та обставин кожного випадку, який є результатом грубих порушень міжнародних норм у сфері прав людини або серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, включаючи: a) фізичну або психічну шкоду; b) втрачені можливості, у тому числі у сфері працевлаштування, освіти й одержання соціальних пільг; c) матеріальну шкоду й упущену вигоду, включно з втратою можливості заробітку; d) моральну шкоду; e) витрати на правову та експертну допомогу, ліки та медичне обслуговування, а також послуги психологічних та соціальних служб» [2].

Одначе зазначені положення звичаєвого міжнародного права стосуються лише «відшкодування шкоди особам, потерпілим від дій або бездіяльності, що можуть бути пов'язані з державою і які являють собою грубі порушення міжнародних норм у сфері прав людини або серйозні порушення міжнародного гуманітарного права» (п. 15 розділу IX «Відшкодування завданої шкоди» вищезгаданих Основних принципів і керівних положень). Іншими словами, держава – порушник норм міжнародного права несе майнову відповідальність за власні протиправні й винні дії. Саме тому її відповідальність беззастережно ґрунтується на принципі повного відшкодування шкоди. Однак, за загальним правилом, позивачі у справах про відшкодування суто майнової шкоди, завданої під час проведення антитерористичної операції, не наводять достатньо вагомих аргументів на підтвердження порушення Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань саме вжиттям нею певних воєнних заходів з відновлення її суверенітету.

Висновок про відсутність протиправності у поведінці призвідника шкоди може випливати з оцінки справедливого балансу прав та законних інтересів заінтересованих осіб, за якого створення ймовірності чи невідворотності заподіяння, або фактичне завдання певної шкоди вважаються допустимими чи навіть суспільно заохочуваними вчинками. Йдеться про завдання шкоди (звісно, у допустимих межах відповідно до принципу пропорційності як складової або вияву принципу справедливості) у зв'язку зі здійсненням заподіювачем шкоди свого права або виконанням покладеного на нього обов'язку – наприклад, через самозахист (у стані крайньої необхідності або необхідної оборони? зокрема), висловлювання оціночних суджень, особами з особливим соціальним або правовим

статусом (так званим публічним особам насамперед), добросовісними діями суб'єктів окремих соціально значимих видів діяльності (журналістами), розкриттям суспільно значимої інформації з обмеженим доступом тощо.

Саме до такого роду правомірних дій належать дії держави Україна з відсічі зовнішньої агресії та відновлення суверенітету на тимчасово окупованих територіях, протидії тероризмові тощо. У цих випадках (знову ж таки, за відсутності недобросовісності або непропорційності у діях представників держави), форми та межі здійснення нею компенсаційного захисту потерпілих під час воєнних дій та від терористичних актів визначаються у спеціальному законодавстві. Водночас неадекватність тлумачення і застосування його норм у судовій практиці може створювати підґрунтя для хибних висновків щодо порушення державою Україна національних правових норм, а відтак і Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.

Принагідно варто наголосити, що Закон України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV не передбачає матеріальної відповідальності держави Україна у зв'язку з проведенням антитерористичної операції як комплексу правомірних дій, якими може бути заподіяно майнової і моральної шкоди. Втім, схоже, що на зазначену обставину вітчизняна судова практика загалом не зважає. Тому й без повноцінної правової оцінки залишається питання про наявність у діях потенційного суб'єкта відповідальності не тільки протиправності, а й іншої об'єктивної умови цивільно-правової відповідальності – причинно-наслідкового зв'язку між поведінкою заподіювача і завданою нею шкодою. Адже такими заподіювачами (призвідниками шкоди) можуть бути різні особи, публічно-правові утворення, їх органи, посадові й службові особи, збройні формування тощо.

По-перше, згадаємо власне сили антитерористичної операції, об'єднані сили, інші елементи збройної організації держави Україна – у разі правомірного заподіяння ними шкоди під час належного виконання покладених на них законом завдань про деліктну відповідальність у власному розумінні не йдеться, хоча держава, виходячи з міркувань справедливості й солідарності відповідно до своїх матеріальних можливостей, має заохочуватися до встановлення певних схем відшкодування шкоди потерпілим.

Примітно, що згідно з ч. 7 ст. 79 Кодексу цивільного захисту України матеріальні збитки, завдані внаслідок пошкодження майна під час проведення аварійно-рятувальних та інших невідкладних робіт з ліквідації наслідків надзвичайної ситуації, органами управління та силами цивільного захисту не відшкодовуються. Переконаний, що за відсутності аналогічних приписів у спеціальному законодавстві щодо оборони та протидії тероризмові слід виходити із загальних засад деліктного права, які лежать в основі наведеного припису – правомірно завдана шкода (при виконанні обов'язку або здійсненні права) не відшкодовується.

По-друге, заподіювачами шкоди можуть бути терористи – тоді обов'язок з відшкодування завданої ними шкоди реалізується або безпосередньо за рахунок власного майна злочинців, або в порядку застосування спеціально сконструйованого компенсаційного механізму допомоги жертвам терористичних актів та інших злочинів.

По-третє, може йтися про негативні наслідки протиправних дій представників Російської Федерації та підтримуваних нею незаконних формувань – у цьому випадку повну відповідальність за завдану ними шкоду повинна нести держава-агресор.

Виокремлення причинно-наслідкових зв'язків, які відрізняються одне від одного, постає дієвим запобіжником для нині надзвичайно поширеного у політико-правовому просторі України змішування воєнних дій, терористичних актів та надзвичайних ситуацій як об'єктивних обставин, юридичних фактів, а так само й притаманних їм правових режимів. Натомість завдяки пропонованому наголосу на причинній зумовленості певних негативних наслідків тими чи іншими конкретними актами воєнні дії в межах антитерористичної операції залишатимуться саме воєнними діями й у плані визначення належного правового режиму відшкодування шкоди (зіткненням елементів збройної організації двох держав – України, що захищається, і агресора – Російської Федерації), а не будуть інтерпретовані як така собі безліч терористичних актів або надзвичайних ситуацій.

Найчастіше потерпілі від воєнних дій, пов'язані зі збройною агресією Російської Федерації проти України, як на нормативну підставу своїх вимог до держави Україна про відшкодування майнової шкоди, завданої у районі проведення антитерористичної операції та операції об'єднаних сил, посилаються на норми ст. 19 Закону України від 20.03.2003 № 638-IV «Про боротьбу з тероризмом». Ними передбачено, що: а) відшкодування шкоди, заподіяної громадянам терористичним актом, провадиться за рахунок коштів Державного бюджету України відповідно до закону і з наступним стягненням суми цього відшкодування з осіб, якими заподіяно шкоду, в порядку, встановленому законом; б) відшкодування шкоди, заподіяної організації, підприємству або установі терористичним актом, провадиться в порядку, визначеному законом.

Разом з тим спеціального закону, який конкретизував би механізм відшкодування шкоди, заподіяної терористичним актом, Верховною Радою України досі не прийнято. Адже положення ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV не є нормами прямої дії,

оскільки на відміну від більшості правових норм, що закріплюють пряму відповідальність держави або територіальних громад за дії «третіх осіб» (державних органів та органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб), не визначає ані межі такої відповідальності, ані її підстави та умови. Однак вітчизняні суди при розгляді справ цієї категорії зазвичай не вдаються до оцінки зазначених елементів механізму цивільно-правової відповідальності, мовчазно сприймаючи аргументацію позивачів як щодо прямої дії ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV, так і щодо поширення на передбачені нею ситуації дії принципу повного відшкодування шкоди.

Різноманітні елементи механізму цивільно-правової відповідальності охоплюються міжнародно-правовими документами, що визначають засади відшкодування шкоди, завданої потерпілим від злочинів, терористичних актів, істотних порушень прав людини і норм міжнародного гуманітарного права. Скажімо, Європейська конвенція про відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів від 24.11.1983 (ст. 2) виходить з того, що держава повинна взяти на себе відшкодування шкоди, завданої потерпілим згаданої категорії, здоров'ю яких було завдано серйозних втрат умисними насильницькими злочинами, а також тим особам, які знаходились на утриманні потерпілих, що загинули внаслідок вчинення таких злочинів; до того ж відповідний обов'язок виникає за відсутності можливості забезпечити надання відшкодування з інших джерел.

У такий спосіб на міжнародно-правовому рівні обмежено коло спеціальних деліктів, або фактичних підстав для покладення на державу обов'язку з відшкодування шкоди, завданої жертвам злочинів. В унісон із зазначеним конвенційним підходом Ben Emmerson у своїй доповіді Раді ООН з прав людини щодо основоположних принципів із забезпечення захисту гуманітарних прав жертв тероризму резонно пропонує вважати обов'язком держави повне відшкодування шкоди, завданої потерпілим зазначеної категорії, у двох конкретно визначених випадках: коли у контексті терористичного акта або загрози його вчинення представники держави є прямо або побічно відповідальними за порушення права людини на життя (п. «k»,); якщо йдеться про заподіяння смерті або серйозні ушкодження здоров'я (п. «l») [3].

Окреслений підхід видається зваженим і суголосним основним положенням деліктного права, згідно з якими рівень забезпечення можливостями щодо відшкодування шкоди залежить від цінності певних інтересів (п. 1 ст. 2:102 PETL), а тому найбільш інтенсивний захист має бути надано таким особистим немайновим благам, як життя, тілесне і психічне здоров'я, людська гідність та свобода (п. 2 ст. 2:102 PETL).

На цьому тлі вочевидь необґрунтованими виглядають спроби перекладання «на власні плечі» України тягаря відшкодування будь-якої майнової шкоди, завданої під час воєнних дій у зоні проведення антитерористичної операції та операції об'єднаних сил – у тому числі у вигляді руйнування належної потерпілим нерухомості.

До речі, та сама Європейська конвенція про відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів від 24.11.1983 у ст. 4 і 5 передбачає можливість обмеження обсягу відповідальності держави – як у частині визначення кола майнових втрат, що підлягають відшкодуванню, так і у частині граничного розміру ймовірного відшкодування. З одного боку, компенсація має покривати принаймні втрату заробітку, витрати на ліки і госпіталізацію, поховання та забезпечення утриманців загиблих осіб. З іншого боку, режим відшкодування може встановлювати верхню і нижню межі компенсації щодо всієї шкоди або певної її частини. Іншими словами, можна говорити про припустимість установлення режиму часткової відповідальності держави, а тому й обмеження дії принципу повного відшкодування завданої шкоди. Й усі перелічені аспекти мають бути відображені у спеціальному законі, на який посилається законодавець у ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV.

Крім того, згідно з Європейською конвенцією про відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів від 24.11.1983 відшкодування шкоди може бути зменшене або скасоване з урахуванням фінансового становища заявника, його поведінки, а також у випадках, коли повне або часткове відшкодування суперечить «суті справедливості та публічного порядку». Тут загалом запроваджується найширший дискреційний підхід, який охоплює, серед іншого, й поширену в деліктному праві ситуацію «зустрічної вини» потерпілого.

Привертає увагу той факт, що на додачу до Європейської конвенції про відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів від 24.11.1983 Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 29.11.1985, окремо наголошує на визнанні жертвами осіб, які зазнали моральної шкоди, тим самим імпліцитно закріплюючи за ними право на відшкодування особистих немайнових втрат, яких вони зазнали. Тому і питання про підстави і розмір компенсації за завдану моральну шкоду також має бути врегульовано у спеціальному законодавстві, що встановлюватиме компенсаційні механізми відшкодування за рахунок держави шкоди, завданої жертвам злочинів, терористичних актів, внаслідок порушення прав людини і норм

міжнародного гуманітарного права (зокрема й у законі, який має бути прийнято Верховною Радою України на виконання норм ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV).

Передумовами виникнення права на відшкодування майнової шкоди є порушення певного суб'єктивного цивільного права потерпілої особи (фактична підстава), наявність шкоди, її причинна зумовленість протиправною поведінкою суб'єкта відповідальності або особи, за дії якої він відповідає, та, якщо інше не передбачено законом, вина боржника. Крім того, тягар доведення факту заподіяння шкоди, її розміру, причинно-наслідкового зв'язку з діями або бездіяльністю іншої сторони, а також протиправності її поведінки покладається на потерпілого. І невиконання цього обов'язку є однією з основних підстав для відмови Європейського суду з прав людини та національних судів у розгляді або задоволенні майнових вимог до держави Україна, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, завданої у ході збройного конфлікту або терористичним актом.

Так, визнаючи у своїй ухвалі від 05.07.2016 у справі «Антон Васильович Лісний та два інших заявники проти України і Росії» подану заяву неприйнятною, Європейський суд з прав людини виходив з того, що заявники не надали достатні докази на підтвердження своїх вимог відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо знищення майна під час збройного конфлікту [4]. Аналогічно Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду у постанові від 11.07.2018 у справі № 219/11736/16-ц зазначив: «… апеляційний суд вірно вказав, що позивач не надала належних і допустимих доказів щодо розміру завданої їй майнової шкоди у результаті пошкодження її квартири у розумінні статей 76, 77 ЦПК України, а клопотання про призначення судової будівельно-технічної експертизи позивачем не заявлялось. Тобто свій процесуальний обов'язок щодо доведення позову в частині розміру шкоди позивач не виконала» [5]. На нашу думку, такого роду підхід цілком узгоджується зі ст. 2:105 PETL, положення якої передбачають, що завдана шкода має бути доведена відповідно до звичайних процесуальних стандартів, хоча суд може самостійно оцінити масштаб шкоди у разі, якщо доказати її чіткий розмір було б надто складно або є надзвичайно витратним.

Проте, відмовляючи у задоволенні подібних вимог через недоведеність розміру завданої шкоди, вітчизняні суди неприпустимо нехтують попереднім встановленням належних нормативних підстав для пред'явлення до держави позовів про відшкодування шкоди, завданої терористичним актом, іншим злочином, воєнними діями, у зв'язку з проведенням антитерористичної операції або операції об'єднаних сил. Так, Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду у постанові від 20.09.2018 у справі № 243/8302/16-ц вже звично констатував, що відповідно до ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV відшкодування шкоди, заподіяної громадянам терористичним актом, провадиться за рахунок коштів Державного бюджету України відповідно до закону з наступним стягненням суми цього відшкодування з осіб, якими заподіяно шкоду, в порядку, встановленому законом.

Утім, Верховний Суд так само традиційно обійшов питання про наявність згаданого у цитованій ним бланкетній правовій нормі спеціального закону, зробивши натомість парадоксальний висновок: «Тобто обов'язок відшкодувати завдану шкоду покладається на державу незалежно її вини, а після відшкодування до держави переходить право вимоги до винної особи». Проте згідно з п. 22 ст. 92 Конституції України засади цивільно-правової відповідальності визначаються виключно законами України. Тому лише у спеціальному законі про відповідальність держави за шкоду, завдану терористичними актами, може бути визначено, чи є (а якщо є, то якою мірою це впливає на розмір відповідальності) вина держави в особі її «силових органів» умовою покладання на неї обов'язку відшкодувати завдану внаслідок терористичного акта шкоду. Водночас та сама конституційна норма слугує нездоланною перешкодою для спроб поширити дію аналогії закону на відносини, пов'язані з вчиненням того чи іншого спеціального делікту.

Тож будь-які змістовні конотації між нормами ЦК України про відповідальність публічно-правових утворень за шкоду, завдану рішеннями, діями або бездіяльністю їх органів і посадових, службових осіб (ст. 1173–1176 ЦК України, в яких йдеться про відповідальність незалежно від вини), з одного боку, і нормами ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV – з іншого, відсутні. До того ж приписи ст. 1173–1175 ЦК України є відносно визначеними, а не бланкетними.

Отже, Касаційний цивільний суд принципово неправильно витлумачив зміст ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV і лише через процесуальні моменти («позивач не надала належних і допустимих доказів на підтвердження заявлених вимог, зокрема факту руйнування її жилого будинку з надвірними та господарськими побудовами внаслідок терористичного акту під час АТО, а також розміру завданої шкоди. Клопотання про призначення судової будівельно-технічної експертизи позивачем не заявлялось») уникнув застосування неналежної нормативної підстави для задоволення вимог позивача.

Подібним чином у тій самій справі Касаційний цивільний суд не надав належної оцінки іншій нормативній підставі, на яку посилався позивач. Натомість у постанові за наслідками розгляду справи констатовано таке.

По-перше, відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 21 Кодексу цивільного захисту України громадяни України мають право на соціальний захист та відшкодування відповідно до законодавства шкоди, заподіяної їхньому життю, здоров'ю та майну внаслідок надзвичайних ситуацій або проведення робіт із запобігання та ліквідації наслідків.

По-друге, згідно з ч. 1 ст. 86 Кодексу цивільного захисту України забезпечення житлом постраждалих, житло яких стало непридатним для проживання внаслідок надзвичайної ситуації, здійснюється місцевими державними адміністраціями, органами місцевого самоврядування та суб'єктами господарювання шляхом: 1) надання житлових приміщень з фонду житла для тимчасового проживання; 2) позачергового надання житла, збудованого за замовленням місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування та суб'єктів господарювання; 3) будівництва житлових будинків для постраждалих; 4) закупівлі квартир або житлових будинків.

По-третє, ч. 9 ст. 86 Кодексу цивільного захисту України передбачено, що забезпечення житлом постраждалого або виплата грошової компенсації за рахунок держави здійснюється за умови добровільної передачі постраждалим зруйнованого або пошкодженого внаслідок надзвичайної ситуації житла місцевим державним адміністраціям або органам місцевого самоврядування. Розмір грошової компенсації за зруйновану або пошкоджену квартиру (житловий будинок) визначається за показниками опосередкованої вартості спорудження житла у регіонах України відповідно до місцезнаходження такого майна.

Надалі суд додав, що «будь-який інший порядок визначення розміру відшкодування за пошкоджену квартиру внаслідок такої надзвичайної ситуації, як терористичний акт, на теперішній час відсутній».

Проте вищевикладені міркування Верховного Суду видаються позбавленими нормативних підстав, оскільки судом не було встановлено саму можливість застосування до відносин, які становили предмет позову, положень Кодексу цивільного захисту України.

Адже згідно з п. 25 ст. 2 Кодексу цивільного захисту України «надзвичайна ситуація – обстановка на окремій території чи суб'єкті господарювання на ній або водному об'єкті, яка характеризується порушенням нормальних умов життєдіяльності населення, спричинена катастрофою, аварією, пожежею, стихійним лихом, епідемією, епізоотією, епіфітотією, застосуванням засобів ураження або іншою небезпечною подією, що призвела (може призвести) до виникнення загрози життю або здоров'ю населення, великої кількості загиблих і постраждалих, завдання значних матеріальних збитків, а також до неможливості проживання населення на такій території чи об'єкті, провадження на ній господарської діяльності».

Вочевидь наведене визначення лише суто теоретично могло б охоплювати також і негативні наслідки терористичних актів. Однак системне тлумачення як норм самого Кодексу цивільного захисту України, так і його положень у зв'язку з нормами Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV і Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18.01.2018 № 2268-VIII спростовує таке припущення.

Навпаки, непоодинокі норми Кодексу цивільного захисту України свідчать про чітке розмежування в ньому трьох принципово відмінних правових режимів: надзвичайних ситуацій, воєнних дій і терористичних актів. Так, у п. 14 ст. 2 Кодексу цивільного захисту України законодавець визначає захисні споруди цивільного захисту як «інженерні споруди, призначені для захисту населення від впливу небезпечних факторів, що виникають внаслідок надзвичайних ситуацій, воєнних дій або терористичних актів»; відповідно до п. 2 ст. 26 Кодексу цивільного захисту України «формування цивільного захисту утворюються для проведення великих обсягів робіт з ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, воєнних (бойових) дій чи терористичних актів, а також для проведення відновлювальних робіт, які потребують залучення великої кількості населення і техніки»; п. 1 ст. 32 Кодексу цивільного захисту України до захисних споруд цивільного захисту відносить сховище, що розглядається як «герметична споруда для захисту людей, в якій протягом певного часу створюються умови, що виключають вплив на них небезпечних факторів, які виникають внаслідок надзвичайної ситуації, воєнних (бойових) дій та терористичних актів».

Прикметно, що п. 5 ст. 50 Кодексу цивільного захисту України до джерел небезпеки виникнення надзвичайних ситуацій техногенного характеру відносить наслідки терористичної діяльності. Зважаючи на це, надзвичайна ситуація у розумінні згаданого Кодексу здатна виникати навіть не як наслідок вчинення терористичного акта, а лише як більш віддалена – похідна, спричинена його наслідками, обставина.

Таким чином, норми Кодексу цивільного захисту України поширюються саме на відносини з подолання прямо визначених у ньому надзвичайних ситуацій – при цьому може йтися про захист від надзвичайних ситуацій, спричинених терористичними актами, але ніяк не про регулювання відносин, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, завданої воєнними (бойовими) діями або терористичними актами. Пояснюється це тим, що надзвичайна ситуація є одним з імовірних негативних результатів, спричинених наслідками вчинення терористичного акта, а співвідношення двох згаданих понять («надзвичайна ситуація» та «терористичний акт») визначається через зумовленість наслідку («надзвичайна ситуація») його причиною («терористичний акт»).

Нерідко у відповідних категоріях справ суди цілком довільно застосовують норми Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV і Кодексу цивільного захисту України у плані визначення сфери їх регулювального впливу. Адже, прихильно сприймаючи посилання на ст. 19 відповідного Закону і ст. 86 зазначеного Кодексу, яка регламентує лише окремі аспекти відносин щодо забезпечення житлом постраждалих внаслідок надзвичайних ситуацій (по суті йдеться саме про допомогу, а не відшкодування шкоди), суди не коментують змісту ст. 85 Кодексу цивільного захисту України. Між тим, саме закріплена у ній правова норма передбачає, що відшкодування матеріальних збитків постраждалим внаслідок надзвичайних ситуацій здійснюється у порядку, визначеному законом. Іншими словами, законодавець сформулював чергову бланкетну норму – цього разу з метою спеціального врегулювання відносин з приводу відшкодування лише одного конкретно визначеного різновиду шкоди (майнової).

На підставі викладеного можна дійти таких ***висновків***.

1. В умовах зовнішньої агресії і під час вчинення терористичних актів механізм цивільно-правової відповідальності зазнає певних трансформацій, пов'язаних, насамперед, із закріпленням спеціальних підстав, умов і меж її застосування, обставин, що зумовлюють звільнення від відповідальності, а також можливим визначенням відмінних від безпосередніх призвідників шкоди суб'єктів обов'язку з її відшкодування.

2. У системі права України немає правових норм прямої дії, які б закріплювали механізм відшкодування шкоди, заподіяної терористичним актом, за рахунок держави. Норми ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 № 638-IV і ст. 85 Кодексу цивільного захисту України у такого роду правових ситуаціях не можуть бути застосовані у зв'язку з відсутністю згаданих у текстах зазначених статей спеціальних законів. Водночас положення ст. 86 Кодексу цивільного захисту України, як і загалом зазначеного Кодексу, поширюється винятково на прямо зазначені в ньому правові відносини щодо захисту від надзвичайних ситуацій, спричинених наслідками терористичних актів.

3. Спеціальне законодавство про компенсаційний захист потерпілих від воєнних дій, злочинів (терористичних актів зокрема), порушень прав людини і норм міжнародного гуманітарного права має передбачати першочергове покладення на державу обов'язку з відшкодування завданої протиправними діями інших суб'єктів майнової і моральної шкоди у формі втрати життя або тяжкого ушкодження здоров'я потерпілих осіб. У відповідних законодавчих актах слід закріпити розумні обмеження дії в окресленій сфері цивільних відносин притаманних деліктному праву принципів вини і повного відшкодування шкоди, а також особливості взаємодії матеріально-правових і процесуальних гарантій захисту інтересів потерпілого та держави у правовідносинах з безпосередніми заподіювачами (призвідниками) шкоди.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Рекомендуемые виды практики в области поддержки жертв терроризма в рамках уголовного правосудия. Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2015. 66 с. URL: https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Good%20practices%20on%20victims/goos_practices_victims_R.pdf (дата звернення: 30.09.2019); Банчук О. А., Дмитрієва І. О., Малишев Б. В., Саідова З. М. Відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів: європейські стандарти і зарубіжне законодавство / за заг. ред. О. А. Банчука. Київ: Москаленко О. М., 2015. С. 6–7.

2. Основні принципи і керівні положення щодо права на правовий захист і відшкодування шкоди для жертв грубих порушень міжнародних норм у сфері прав людини і серйозних порушень міжнародного гуманітарного права (схвалені Комісією з прав людини ООН 25.07.2005). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_e53 (дата звернення: 30.09.2019).

3. Emmerson B. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. URL: https://undocs.org/A/HRC/20/14 (дата звернення: 30.09.2019).

4. Ухвала Європейського суду з прав людини від 05.07.2016 щодо прийнятності у справі «Антон Васильович Лісний та два інших заявники проти України і Росії». URL: https://rm.coe.int/16806b5961 (дата звернення: 30.09.2019).

5. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 11.07.2018 у справі № 219/11736/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75345588 (дата звернення: 30.09.2019).

ПРАГМАТИЧНЕ СПРЯМУВАННЯ ЗАСОБІВ МОВНОГО ВЖИТКУ ЮРИДИЧНОЇ ГАЛУЗІ НА ВИРІШЕННЯ ЗАВДАНЬ РЕАЛІЗАЦІЇ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНОЇ СТРАТЕГІЇ УКРАЇНИ

УДК 340.1
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.6

Янчук І. А.,
кандидат філологічних наук, старший науковий співробітник відділу методології приватноправових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Yanchuk I. Pragmatichne sending of facilities of linguistic consumption of legal industry to the decision of tasks realization of eurointegration strategy of Ukraine

One of the ways of application of terminology vocabulary is pragmatic direction, which foresees the choice of practical meaning, existence and effectiveness of which predetermine knowledges about the leksiko-semantichni features of the linguistic system, awareness of these processes and also application of these possibilities in legal activity.

In any scientific, zakonoproektniy, it is necessary to take into account features of usege of word practical legal activity, that it is CPLD, above all things, with combination of words in combination of words, as a separate word, usually, burdened konotativnimi stratifications and various tints of maintenance.

In embodiment of all withstand requirements to application of language means as combinations of words, necessary legal industry in practice, pragmatic positions and directions become now the source of important and and useful knowledges (in this case – linguistic) which influence on maintenance and forming of legal idea now. In this understanding of knowledge about compatibility of words in Ukrainian it costs to examine as a practical mean of development of legal industry.

Knowledge about the choice of the most successful combination of words is engulfed information about linguistic norms and rule, requirements and semantic features of word in the structure of connection. For legal industry such knowledges have the applied character, protect from a wrong and inexact consumption, unsuccessful choice, instrumental in neutrality or strengthen a word in the professional broadcasting of lawyers.

Usually ignoring linguistic rules and requirements results in appearance of unsuccessful and wrong constructions, inexact utterances, however instrumental in the practical mastering of linguistic conformities to law and features is a professional, synonymous, exact and correct language in legal industry.

In the article practical approaches are grounded in relation to the self-weighted direction of language means in form combinations of words, which are used in legal industry. There is a necessity to attract linguistic knowledges about compatibility of words to the choice and creation of successful and synonymous terminology connections in legal industry.

Key words: terminology combinations of words, linguistic knowledges, pragmatic approach, are to facilities of linguistic consumption, feature and conformity to law of linguistic compatibility.

Обґрунтовуються практичні підходи щодо спрямування мовних засобів у формі словосполучень, які застосовуються в юридичній галузі. Доводиться необхідність залучати лінгвістичні знання про сполучуваність слів до вибору вдалих термінологічних сполучень в юридичній діяльності.

Ключові слова: термінологічні словосполучення, лінгвістичні знання, прагматичний підхід до засобів мовного вжитку, особливості й закономірності мовної сполучуваності.

На шляху реалізації євроінтеграційної стратегії України дедалі значущим стає прагматичний підхід до залучення, вжитку і вибору мовних моделей і конструкцій, які створюються за допомогою як загальної юридичної лексики та вузькогалузевих термінів, так і лексики широкого застосування, які виконують важливу прикладну функцію в юридичній галузі. Прагнення бути максимально зрозумілим і переконливим як для суто фахової аудиторії, так і для широкого кола читачів (слухачів і глядачів) в інформаційному просторі зумовлює процес пошуку, відбору, застосування (а іноді й

відтворення) таких мовних одиниць, які повною мірою відповідають вимогам юридичного термінологічного змісту й вжитку [1]. Одним із шляхів застосування термінологічної лексики є прагматичний напрям, який передбачає вибір практичного засобу, існування і дієвість якого зумовлюється знаннями про лексико-семантичні особливості мовної системи, усвідомленням цих процесів, а також застосуванням цих можливостей в юридичній діяльності.

Для того, щоб правильно сформувати і, головне, донести до читача (слухача) зміст правничої думки (будь-то наукова, законопроектна, практична юридична діяльність), необхідно враховувати особливості вживання слова, що пов'язано, насамперед, із поєднанням слів у словосполучення, оскільки окреме слово, зазвичай, обтяжене конотативними нашаруваннями й різноманітними відтінками змісту. Ізольоване від системних мовних зв'язків слово не несе вичерпної інформації про певне наукове поняття, факт чи явище. До того ж, окреме слово сприймається як багатозначне, позначає предмет думки розпливчасто й неповно. Наразі в правовій галузі (науці, законодавстві, юридичній практиці тощо) слово, набуваючи однозначного (термінологічного) визначення, а відтак і однозначного розуміння (сприйняття), досягає своєрідного маркування (фахового, стилістичного тощо), що, в свою чергу, залежить як від спеціальних відомостей про структуру лексичної системи української мови (семантику, стилістику, граматичні особливості, норми слововжитку тощо), так і від загальних знань, тенденцій, мовних процесів, сучасних уподобань і змін, що в цілому надає можливість диференціювати однаково марковані засоби залежно від мети висловлювання, правильно вибудовувати судження з метою найточнішого втілення правничої або законодавчої думки.

Реалізуються такі знання, правила й тенденції шляхом вибору найбільш вдалого й однозначного мовного засобу, а відбувається це переважно завдяки такій мовній особливості, як сполучуваність (сполучність) слів. У втіленні всіх усталених вимог до застосування мовних засобів у вигляді словосполучень, необхідних юридичній галузі на практиці, прагматичні позиції і спрямування стають наразі джерелом важливих і корисних знань (у цьому випадку – лінгвістичних), які впливають на зміст і формування юридичної думки. У цьому розумінні словосполучуваність в українській мові варто розглядати як практичний засіб розвитку юридичної галузі.

Наприклад, близькі за значенням слова *головний – основний* у значенні найголовніший, найсуттєвіший деякою мірою обмежені в словосполученнях.

Так, *головний, -а, -е* (*зміст, метод, мотив, наголос, напрям, підсумок, приз, ідея, мета, перешкода, причина, проблема, риса, роль, тема, тенденція, умова, джерело, завдання, питання*), проте *засіб, закон, зміст, наголос, напрям, обов'язок, показник, тип, урок, факт, відмінність, причина, риса, робота, суперечність, тема, умова, завдання, значення, питання, заходи, сили* у значенні найголовніший, найсуттєвіший – *основний, -а, -е.* Усталеність, варіативність, змінюваність або взаємозамінність більшості словосполучень з *основний/головний -а, -е (напрям, робота, значення, причина* тощо) залежить від багатьох чинників – мети мовлення, стилістичного забарвлення, мовних смаків, мотивації висловлювання, лексичного оточення і структури висловлювання, тому *закон* в юриспруденції визначається як *основний* (але не *головний*), коли йдеться про Конституцію.

Загалом сполучуваність як універсальний мовний засіб виконує кілька важливих прагматичних функцій стосовно вживання термінологічних одиниць незалежно від часу вжитку. Завдяки такій особливості, насамперед, у мовній системі (і термінологічній у тому числі) зберігається необмежена кількість термінологічних найменувань, здатних позначити будь-яку кількість правових понять, незважаючи на те, що такі термінологічні одиниці перебувають у пасивному слововжитку, проте залучаються до активного застосування, якщо в цьому виникає необхідність з боку юридичної галузі та її діяльності. Так, старі лексикологічні джерела зберігають такі термінологічні сполуки, як: *вбитися в силу; взяти міць* (про закон); *довід упав* (утратив силу); *закон назад не чинить; закон не має зворотної сили; правна сила; правоміць* тощо [2]. Завдяки особливості сполучуваності (коли поєднуються лексеми, в яких є збіг семантики) термін-сполучення не змінюється, зберігає усталені форму й зміст. Як доводить слововжиток, практична цінність сполучуваності термінологічно означених слів виявляється у тому, що незважаючи на те, що такі «старі» терміни часто знаходяться у пасивному слововжитку, спираються багато в чому на старі реалії, традиції, явища суспільного життя, за певних об'єктивних обставин вони можуть бути поновлені й повернуті до активного слововжитку *(чин; чинити; нікчемний),* тобто в цілому лексична сполучуваність сприяє збереженню юридичної термінологічної спадщини, потреба у висвітленні й вивченні якої ніколи не зникає з юридичної діяльності й завжди входить до кола завдань, якими опікуються і термінознавство у філології, і фахові юридичні джерела.

Крім того що термінологічні словосполучення зберігаються в історичному аспекті, а термінологічна лексика пасивного вжитку залучається до опису історичних джерел і подій (що є цілком позитивною тенденцією в юридичній діяльності), сполучуваність (або сполучність) виявляє й такі особливості мовного вжитку, які загалом розглядаються як небажані для юридичної термінологічної системи. Йдеться наразі про синонімію і дублетність термінологічних одиниць, хоча

закономірності сполучуваності як можливість створювати досить близькі за змістом термінологічні конструкції, які, в свою чергу, надають змогу уникати тавтології і небажаних повторів (що є досить поширеним явищем не тільки в юриспруденції), зумовлюють процеси наповнення фахової юридичної мови синонімічними елементами в межах словосполучення з метою правильного розуміння та однозначного тлумачення фахової юридичної думки *(суспільна* думка/*громадська* думка*; добросовісність* виконання/*сумлінність* виконання обов'язків; *тривалий* час/*довгий* час; *правильне* рішення/*безпомилкове* рішення; основні *засади/підстави*, на яких базується теорія, тощо). Ті слова, які можна замінити в межах словосполучення, близькі за змістом, проте різняться за своїми лексико-семантичними характеристиками, тобто кожного разу в кожному новому висловлюванні, контексті, письмовому тексті або формулюванні вживання лексичних синонімів зумовлюється як вимогами юридичної галузі, так і багатьма мовними правилами й закономірностями.

Проте через мовну толерантність разом із синонімічними одиницями у мовному вжитку залишаються лексичні дублети. І якщо цінність синонімічної конструкції в юридичній термінології ще можна довести, то ставлення до дублетів у межах будь-якої термінологічної системи є вкрай негативним. Вони існують паралельно, здебільшого не мають додаткового семантичного або стилістичного навантаження. Використання подібних слів не є грубою помилкою, однак коли їх вживанню надається перевага, це призводить до неточностей, збіднення, примітивізації мови, деякою мірою засмічує її, позбавляє її притаманних їй барв і влучності. Наведемо кілька прикладів таких дублетів: *арештувати, арештований* (замість *заарештувати, заарештований*), *важний* (замість *поважний*), *дарити* (замість *дарувати)*, *діюче законодавство* (замість *чинне законодавство*), *кінчитися* (замість *скінчитися*), *пустий* (замість *порожній)*, *спішити* (замість *поспішати*), учбовий (замість *навчальний*) тощо.

Загальновідомо, що українська юридична термінологія охоплює найменування давно відомі, однозначні й усталені. Проте трапляються їх синоніми й навіть дублети, тому практичне застосування і вибір термінологічних словосполучень і сполучень, які наближаються до термінологічних ознак і в яких, насамперед, використовується різнобарвна лексика, багато в чому залежить від екстралінгвістичних (позамовних) чинників, зумовлюється вимогами часу, розвитком юридичної галузі, традиціями, спеціальними знаннями, досвідом, практикою, інтеграційними процесами України, які привносять в юридичну діяльність іншомовні слова, словосполучення, абревіатури, нові слова й поняття, що потребують якісного українського перекладу. У таких сучасних процесах науково-теоретичного осмислення і всебічного засвоєння нових понять і підходів важливо не розгубитися серед тих лексичних засобів, які існують у мові та мають свої правила, особливості й закономірності вжитку. Важливо диференціювати слововжиток і сполучуваність слів відповідно до мети, завдань і напрямів юридичного судження, усного висловлювання або письмового тексту. До того ж, важливо враховувати мовні норми і правила, оскільки засоби виокремлення фахового юридичного змісту, актуалізація термінологічного змісту, специфіка утворення словосполучень (збереження, відтворення, нововведення) пролягають через мовні механізми, завдяки яким виявляється особливість семантики (однозначність), функціонування, термінологічного вжитку та відбувається практична реалізація означеної семантики відповідно до різновиду діяльності в юридичній галузі.

Виходячи з можливостей сполучуваності, варто звернути увагу ще й на таку закономірність: одні й ті самі слова в українській мові (та й в інших мовах) утворюють різні за змістом, стилістичним наповненням, фаховою визначеністю, поширенням і вжитком словосполучення, які в цілому притаманні українській мові. Проте словосполучення з тими ж самими словами можуть бути сумнівними за змістом або абсолютно неприйнятними для адекватного сприйняття і розуміння будь-якої теми або проблеми в будь-якій галузі знань. Як свідчить Словник-довідник з українського літературного слововживання, пов'язано це з тим, що багато слів і значень слів обмежені у своїх зв'язках семантичними відношеннями самої мовної системи, тобто властивими даній мові законами зв'язку лексичних значень, які можуть виявлятися тільки разом з чітко визначеним колом понять та їх словесних позначень [3]. Відповідно до такого розуміння невдалими є: по-перше, словосполучення, утворені без належної уваги до значень їх складових частин (поєднуються слова з несумісними, кардинально протилежними або тавтологічними значеннями): *винятково здивувати; відбулася новина; відбулася угода; відбуваються помилки; висока кількість; здійснення змісту; відбувся процес; дати велику оцінку; наполеглива перешкода; зустрітися лицем до лиця; охопила думка; переробка справи; попит занепав; робити рішення; пройшла розмова; розбивати точку зору; тим більше зменшуватися; трапилася невдача; утворювати враження; складні ускладнення; громадське суспільство; надзвичайно чудовий; обставини змін;* по-друге, не вживані або рідко вживані словосполучення (переважно створені за іншомовними моделями): *взагалі кажучи; задавати (задати) запитання; іноземні слова; круглий рік; надавати уваги; ні в якому випадку; приймати до уваги; приймати міри; приймати участь.*

Особливістю термінологічного словосполучення є, насамперед, семантична єдність усіх його структурних компонентів, які визначають зміст терміна-словосполучення. За таких особливостей

відбувається послідовне приєднання до початкового вихідного однослівного терміна змістовного уточнення у вигляді додаткових слів, які використовуються для його видових кореляцій. Такий підхід надає можливості створювати термінологічні одиниці, які складаються з двох і більше компонентів, відповідають вимогам щодо однозначного терміна, оскільки семантика кожного з компонентів цих словосполучень не дає змоги виокремити значеннєвий центр, що надає можливість говорити про їх семантичну єдність у тому розумінні, що семантика термінологічного словосполучення не є лише сумою значень компонентів, а формується завдяки об'єднанню двох або більше лексичних одиниць у межах терміна-сполучення, що складається з двох або більше компонентів, які створюють однозначність термінологічного сполучення. За такої послідовності формуються усі терміни-словосполучення (і ті сполучення слів, які близькі до ознак терміна), однозначність яких формується і утримується в межах терміносистеми завдяки сталому об'єднанню семантики складових терміносполучення: *юридична сила; споживні речі; цивільний оборот; правові наслідки; нікчемний правочин; заінтересована особа; передання речі; самочинне будівництво; громадянське суспільство* тощо.

Чи трапляються на цьому шляху невдалі поєднання слів у межах одного сполучення, громіздкі конструкції з ознаками тавтології чи недостатньо усталеними елементами? На жаль, досить часто: *грошові кошти; посадові і службові обов'язки; поняття терміна; кінцевий результат; етимологія походження; за договором поруки поручитель поручається* тощо. Наведені конструкції загалом є зрозумілими для всіх фахівців (та й для широкого загалу мовців), деякі з них є загальновизнаними в юриспруденції (*за договором поруки поручитель поручається*). Проте решта наведених конструкцій потребує уточнення (принаймні, виникають запитання щодо їх термінологічного вжитку). Тобто є підстави говорити про те, що такі конструкції не відповідають правилам юридичної техніки, а саме – не є однозначними, зрозумілими, точними, нейтральними та економними в процесі залучення до юридичних текстів, усталеними щодо мовних засобів втілення в юридичній галузі. В цілому, виходячи з такого навіть невеликого переліку невдалих юридичних конструкцій, можна говорити про деякі закономірності, правила та порушення або недотримання вимог щодо термінів-словосполучень. Якщо конструкція складається зі значної кількості усталених компонентів, то є велика вірогідність того, що в повному складі або скороченому вигляді вона залишиться в межах терміносистеми та буде застосовуватися в юриспруденції. У свою чергу, вилучення одного терміна зі складу термінологічного словосполучення, яке налічує два компоненти, призводить до зміни терміна і, відповідно, викликає появу нового змісту.

Будь-яка проста значеннєва мовна одиниця реалізується, принаймні, в двох аспектах – формі й змісту.

Деякі вчені зазначають, що слово має визначення (має лексичне значення) незалежно від сполучуваності з іншими словами, а саме зміст (смисл) виникає у словосполученні. Зауважують також, що у словосполученні відбувається специфікація значення, яка спирається на знання понять, реалій, і через те, власне, не є лінгвістичним процесом [4]. Тому цілком очевидним є те, що появу, вибір новостворених вузько-галузевих термінологічних сполучень та словосполучень загального мовного вжитку в юридичній діяльності, залучення їх до активного вжитку, визнання їх корисними для юридичної галузі або переведення їх до пасивної лексики не можна вважати процесами завершеними.

Визначення юридичних понять, напрямів, законодавчих норм, правових теорій відбувається із залученням лексики загального вжитку, яка застосовується у складі словосполучення. Цей процес супроводжується різними підходами, серед яких засвоєння мовних правил і закономірностей сполучуваності слів має прикладний характер. Знання про застосування мовних засобів набувають практичної цінності, що суттєво впливає на формування і функціонування фахової мови юридичної галузі. Завдяки таким підходам сполучуваність (сполучність) розглядається як продуктивний засіб специфікації значення, актуалізації саме тієї семантики, якої потребує юридична галузь і яка втілюється в юридичній діяльності щодо опрацювання, створення і тлумачення документів, джерел і матеріалів інтеграційного спрямування.

Сполучуваність як універсальний мовний засіб виконує кілька важливих завдань як щодо формування, сталості й наповнення термінологічної системи (вибір мовних одиниць з метою однозначного найменування відповідних понять, втілених у формі словосполучення), так і вдалого використання таких словосполучень, які визначають і пояснюють юридичні терміни, «супроводжують» судження, втілюють зміст розробок і напрацювань. Йдеться, насамперед, про правильний вибір слова з метою відповідного донесення змісту й правильного розуміння юридичної інформації і тематики. Так, *винятковий* (який становить виняток із загальних правил, особливий, надзвичайний) вживається зі словами: *випадок, закон, організатор, результат, розум, талант, успіх, вага, вимогливість, винахідливість, гідність, дипломатичність, людина, можливість, особистість, особливість, пам'ять, причина, роль, сила, ситуація, точність, увага, значення, явище, обставини, права, умови* та *виключний* (який поширюється тільки на когось, щось; єдиний), вживається зі словами: *власність, місце, право, становище, обставини.*

Стан, становище, положення (з багатьох значень цих слів тут узято тільки потрібні для порівняння). *Стан* (те саме, що становище, а також фізичне самопочуття або настрій тощо, відмінність полягає у тому, що ці слова часто сполучаються з різними словами): *акти громадянського стану; внутрішній стан країни; воєнний стан; економічний стан; міжнародний стан; надзвичайний стан; родинний стан; суспільний стан; станом на 1 січня; стан речей; у занедбаному стані; моральний стан; стан невагомості.*

Становище 1. Обставини, умови, в яких хтось, щось перебуває, існує, діє тощо: *внутрішнє становище; матеріальне становище; становище на фронті; міжнародне становище; критичне становище; скрутне становище; виправити становище; шукати виходу зі становища.*

Становище 2. Місце, роль у суспільстві, професійному середовищі, родині тощо: *нелегальне становище; соціальне становище; рівноправне становище.*

Положення 1. Місце перебування, розташування, розміщення: *географічне положення; положення тіла; сидяче положення.*

Положення 2. Зведення правил, законів тощо: *положення про вибори; теоретичні положення*. У значенні *становище* не вживається.

Привласнювати, присвоювати. Привласнювати (робити щось власністю): *привласнювати землю; привласнювати чужу працю; привласнювати майно; привласнювати чиюсь ідею. Присвоювати* (надавати комусь службового або почесного звання): *присвоювати почесне звання заслуженого діяча науки; присвоювати звання лейтенанта.*

Незаперечний, безперечний. Незаперечний (який не може бути заперечений, не викликає сумнівів; явний, очевидний): *авторитет, доказ, зв'язок, успіх, факт, істина, перевага, досягнення, підтвердження, право, рішення, явище. Безперечний* (який не викликає будь-яких заперечень, сумнівів, цілком очевидний): *доказ, зв'язок, інтерес, лідер, істина, ознака, перемога, правда, реальність, річ, досягнення.*

У створенні юридичних текстів і у будь-якому усному мовленні юридичного спрямування варто враховувати стилістичну забарвленість слів.

Так, *призводити* є синонімом до слів приводити, привести, проте *призводити* вживається переважно в негативному сенсі, в значеннях – доводити когось до чогось, до якихось учинків тощо: *призводити до безумства; призводити (призвести) до біди; призводити до занепаду; призводити до зниження показників. Прихильник, прибічник. Прихильник* (той, хто підтримує, захищає когось, щось, поділяє чиїсь погляди тощо). *Прибічник* (те саме, що *прихильник*, але часто зневажливо).

На такі особливості й закономірності мовної сполучуваності, які надають можливість вибору (правильного відповідника юридичному поясненню і обґрунтуванню), варто постійно звертати увагу в будь-якій галузі юридичної діяльності. Необхідно враховувати сполучуваність слів і всі семантичні перетворення і зміни, які можуть відбуватися в межах цього явища. Дотримання правил і закономірностей сприяє найбільш вдалому застосуванню продуктивних моделей словосполучення, а відтак – точному судженню, однозначному найменуванню, термінологічному закріпленню, без практичного вжитку й застосування яких неможливий розвиток юридичної галузі.

Зважаючи на визначені вимоги щодо правильності, однозначності й точності фахових суджень й обґрунтувань у формі словосполучень, доцільно нагадати, що варто приділяти більше уваги прагматичному підходу до всіх засобів мовного вжитку, які, набуваючи ознак сталості, однозначності й точного вжитку в юридичній діяльності, створюються і формуються за загальними моделями й правилами, нормами й особливостями, які існують і діють щодо сполучуваності слів як загального мовного явища. У багатьох випадках необхідне (точне, термінологічне, влучне й однозначне) значення виявляється завдяки сполучуваності з іншими словами, що зумовлює вивчення, коментування і пояснення як загальних принципів утворення і функціонування слів у межах сполучення, так і невдалих проявів, труднощів слововжитку з метою донесення думки, побудови чіткої комунікації, застосування вдалих відповідників у процесі перекладу українською мовою євроінтеграційних документів і джерел.

Для формування юридичної думки залучаються словосполучення, частина з яких має усталену структуру, компоненти якої є нерозривно пов'язаними одне з одним завдяки збігу семантики, що унеможливлює зміну їхнього складу. Такі стійкі словосполучення є незмінними, однозначними термінологічними словосполученнями з ознаками, притаманними виключно юридичній галузі. Заміна компонентів у структурі таких словосполучень призводить до руйнування семантики терміна. Решта ж словосполучень має «рухливу» структуру, тобто компоненти словосполучення можуть змінюватися, замінюватися залежно від семантичної мотивації юридичного судження. Такі конструкції наближаються до термінологічних сполучень, виконують важливу прикладну функцію в юридичній діяльності – відтворюють юридичну думку в мовленні, друці, в усіх сферах соціального, політичного й економічного життя. Ефективність використання таких моделей пов'язано з вибором найбільш вдалих компонентів, застосування яких зумовлюються прагматичними підходами до засобів мовного вжитку, а саме – до мовних одиниць у межах словосполучення відповідно до мети юридичної діяльності. Знання про вибір найбільш вдалого варіанта охоплюють інформацію про мовні норми й правила, вимоги й

семантичні особливості слова в структурі словосполучення, і для юридичної галузі мають прикладний характер, захищають від неправильного й неточного вжитку, невдалого вибору, сприяють нейтральності або підсилюють слово в професійному мовленні юристів. Зазвичай нехтування мовними правилами й вимогами призводить до появи невдалих конструкцій і неточних висловів, проте практичне засвоєння мовних закономірностей і особливостей сприяє фаховій, однозначній, точній і правильній мові в юридичній галузі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Янчук І. А. Юридична термінологія: моделі застосування. Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 12, 2013 р. /редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. С. 32–36.

2. Російсько-український словник правничої мови (понад 67000 слів). Головний редактор А. Ю. Кримський. Київ, 1926. Передмова до видання 1984 року (Нью-Йорк).

3. Головащук С. І. Словник-довідник з українського літературного слововживання. К.: Наук. думка, 2010. 432 с.

4. Кочерган М. П. Слово і контекст (лексична сполучуваність і значення слова. Львів: Видавництво при Львівському державному університеті видавничого об’єднання «Вища школа», 1980. 184 с.

ДО ПИТАННЯ ІСТОРІЇ РОЗВИТКУ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ

УДК 347.965.42
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.7

Водоп'ян Т.В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права та галузевих дисциплін, Національний університет водного господарства та природокористування.

Vodopian T. To question about the history of development of mediation in Ukraine

Ukraine's movement to the European Community necessitates the introduction of effective ways of resolving conflicts. The experience of the courts makes it possible to state that they are not always the institutions where a person can obtain a swift, effective and acceptable solution to a problem. In many European countries about 80% of disputes are resolved through alternative dispute resolution.

Historically, Ukraine is characterized by desire for peaceful settlement of conflicts, which is followed by the availability of appropriate public institutions throughout the existence of the Ukrainian people. Many peoples of Europe including the Germans, Poles and Ukrainians had a tradition of "restorative justice" that had been enshrined in customary law.

Following the history of Ukraine, the researchers also note the existence of traditions of out-of-court dispute resolution. In Zaporizhzhya Sich important meetings, military councils, were held in the form of a circle. There was a so-called "amicable trial" and documents of amicable courts always emphasize harmony and love as the normative values of noble culture, seemingly alternative to official law and judicial debate. In XVIIIth century Ukraine operated the source of law called "Rights under which the Malorossiyan people are judged". There were two types of reconciliation in it: through mediation of conciliators, elected by the parties (court of law), and without mediation of conciliators. Prior to the revolution of 1917, reconciliation procedures were highly valued in the system of Russian commercial courts.

Mediation as a way of conflict resolution emerged only in independent Ukraine in 1990s. Mediation was first introduced by non-governmental organizations which appeared in 1994. A significant step in the development of peaceful procedures in Ukraine was the activity of the Ukrainian Center of Common Ground, established in 2002. Significant development of mediation was facilitated by projects aimed at working with courts and judges through the introduction of a judicial model of mediation. In 1997 the Donetsk Regional Mediation Group implemented mediation programs in the pilot courts of Donetsk and Odessa.

As for a legal regulation of mediation in the country, 12 draft laws on mediation have been registered in the Verkhovna Rada since 2010. Despite the lack of a profile law, there are certain normative legal acts in Ukraine which in a way mention mediation.

It can be concluded that the mediation procedure is relatively new to Ukraine, but its implementation relies on a long-term experience in the application of adjudication procedures in dispute resolution. Today, the development of the mediator movement continues, the number of people familiar with the mediation procedure is increasing, there are persons who have been trained as mediators, and there are a certain number of mediator organizations in all corners of Ukraine. In the last 25 years, the implementation of mediation has been intermittent. Activity in this direction has been increasing and decreasing under the influence of numerous factors.

Keywords: mediation, mediation history, dispute settlement, conciliation procedures, mediation implementation projects.

У статті розглянуто питання розвитку медіації в Україні. Окрему увагу приділено ролі організацій громадянського суспільства у поширенні медіації в Україні. Досліджено питання правового регулювання медіації. Проаналізовано проекти з розвитку судової медіації.

Ключові слова: *медіація, історія медіації, врегулювання спорів, примирювальні процедури, проекти з впровадження медіації.*

Рух України до Європейського Співтовариства обумовлює необхідність впровадження ефективних способів вирішення різного роду конфліктів. Триває процес реформування судової системи з метою налагодження ефективного правосуддя та забезпечення верховенства права в країні. Досвід діяльності судів надає змогу стверджувати, що суди далеко не завжди є тим інститутом, де особа може здобути швидке, результативне та прийнятне рішення проблемної ситуації. У багатьох європейських країнах близько 80% спорів розв'язуються за допомогою альтернативних способів вирішення спорів. Серед таких способів можна назвати арбітраж, переговори, медіацію, комбіновані способи тощо. Історично для Україні характерним є прагнення до мирного врегулювання конфліктів, що прослідковується у наявності відповідних суспільних інститутів протягом всього часу існування українського народу. Серед інших способів альтернативного вирішення спорів актуальною є медіація. Її офіційною датою

появи називають 1976 рік, коли під час проведення Паундської конференції було представлено доповідь судді У. Бергера, котрий заявив, про надзвичайне невдоволення американського суспільства системою судочинства і бачив вихід із цієї ситуації у використанні альтернативних способів вирішення конфліктів, та доповідь професора Ф. Сандера, котрий озвучив концепцію «судочинства з багатьма дверима», яка передбачала можливість особі, що є стороною спору, обрати спосіб його вирішення, що веде не тільки до суду. Україна на сучасному етапі зіткнулася з подібною проблемою та робить спроби відшукати її рішення, впроваджуючи медіацію. Тому актуальним є питання вивчення пройдених кроків у площині розвитку медіації в країні.

Серед науковців, які у своїх працях торкались питання історії медіації в Україні, зокрема, можна назвати: Т. Кисельову, Ю. Бауліна, В. Гопанчука, І. Войтюк, В. Землянську, В. Маляренка, Н. Крестовську, А. Гірника, Ю. Притику, Ю. Зазуляк, Ю. Михайльського.

Метою даної статті є дослідження розвитку медіації в Україні як на сучасному етапі, так й існування примирних процедур в історичному розрізі.

У багатьох народів Європи, зокрема у німців, поляків, українців, існувала традиція «відновного правосуддя», яка закріплювалася у кодексах звичаєвого права. У Східній Україні вона трималася до середини XIX ст., а в Західній Україні (особливо в Карпатах і Прикарпатті) звичаєве право діяло до 1939 р., тобто до приходу радянської влади. Реалізувалося звичаєве право в діяльності зборових (копних) судів, які проводилися двічі на рік і в яких брало участь все доросле населення (або тільки чоловіки). Метою зборових судів було встановлення справедливості та підтримання миру в громаді, тому примирення сторін віталося [6, с. 146].

У 1859 р. в Росії було введено посаду «мирового посередника» для уладнання поземельних відносин між поміщиками і селянами й нагляду за селянськими сільськими органами громадського управління. Посередники призначалися Сенатом із місцевих дворян. Також посередництвом займалися адвокати, які готували мирові угоди своїх клієнтів.

Прослідковуючи історію України, дослідники також відзначають наявність традицій позасудового врегулювання спорів. Зокрема, у Запорізькій Січі важливі збори, військові ради відбувались у вигляді кола. Обговорення питань на колі тривало доти, доки громада не доходила консенсусу, прийнятного для всіх її членів [1].

У зв'язку з досліджуваною тематикою слід згадати про існування «полюбовного судочинства» у Руському воєводстві XV–XVI ст. Як зазначає Ю. Зазуляк, у документах «полюбовних судів» у той чи інший спосіб завжди наголошувалося на злагоді та любові як нормативних вартостях шляхетської культури, на перший погляд, альтернативних до офіційного права та судового диспуту. У практиці «полюбовного судочинства» Галицької Русі, як і інших земель, що належали до Польської Корони, бачимо виразну різницю між двома типами медіаторів – арбітрами та суперарбітрами. Ці терміни відсилають нас до двох різних процедур, що використовувалися у «полюбовних замиреннях». Арбітр залагоджував конфлікти згідно з існуючими правовими нормами та відповідно до офіційної судової процедури. Найважливіше те, що арбітр був наділений правом на власний розсуд ухвалювати вирок, керуючись у своєму рішенні приписами позитивного права. На відміну від арбітра арбітратор був швидше amicabilis compositor, який у своїй діяльності не стільки враховував існуючі правові норми та процедуру, скільки орієнтувався на менш визначене, але більш гнучке поняття справедливості та взаємності [2].

На території України у XVIII ст. діяло таке джерело права як «Права, за якими судиться малоросійський народ». У цій збірці було передбачено два види примирення: за посередництвом мирителів, обраних сторонами («полюбовний суд») та без посередництва мирителів. Мирителі обиралися сторонами. «Урядники графські» – представники місцевої влади, також могли виступати мирителями. «Спорні сторони» давали письмове зобов'язання не переслідувати мирителів у разі незгоди з їхнім рішенням. Рішення «полюбовного суду» не мало виходити за межі прохань та чолобитних спірних сторін, і навпаки, опустити щось з вимог, а також суперечити справедливості, совісті та містити гарантії виконання у вигляді заруки або штрафу (пункт 3 артикулу 25 глави VII) [3].

До революції 1917 року в системі російських комерційних судів достатньо високо цінувались процедури примирення. Арбітрами, як правило, виступали не професійні судді, а купці. У радянські часи також існували альтернативні способи вирішення конфліктів і стосувались вони різних галузей права. У сімейних справах та процесах про розірвання шлюбу обов'язковою вимогою закону була досудова процедура примирення. Спори між підприємствами перед тим, як потрапити до Державного арбітражу, також повинні були пройти обов'язкові досудові процедури претензійного порядку. Трудові конфлікти розглядалися спеціальними комісіями з представників трудових колективів та адміністрації підприємств. Більшість побутових суперечок розглядались товариськими судами [7].

Н. Крестовська виділила такі процедури мирного врегулювання спорів на території України у різні часи: Київська Русь – побратимство, замирення, хресне цілування; Велике Литовське князівство –

полюбовне/приятельське правосуддя; Річ Посполита – єднання; Російська імперія – совісні суди, мирові угоди, медіаторський розбір; Радянська Україна – мирові угоди [5].

Слід зазначити, що медіація в традиційних суспільствах вирізняється особливою роллю посередника, який є представником більш високого суспільного класу, як наслідок, вибір медіатора зумовлюється його авторитетом, походженням і соціальним становищем. За такої ситуації медіатор не може бути повністю незалежним, а тому основною функцією медіатора було те, щоб бути носієм загальновизнаних понять моралі та справедливості.

Вищезазначені процедури не можливо повною мірою визначати як медіацію в сучасному її розумінні. Сучасна медіація істотно відрізняється від традиційної медіації. Верховенство суспільних цінностей робить неприйнятною сувору конфіденційність у традиційній медіації. Тут медіація може мати публічний характер і торкатися інтересів набагато ширшого кола зацікавлених сторін, зокрема членів сімей сторін, які сперечаються [4].

Дослідивши історію розвитку примирювальних процедур на території сучасної України, перейдемо до розвитку безпосередньо медіації. Медіація як спосіб вирішення конфліктів з'явилася в незалежній Україні лише у 90-х роках XX ст. Вперше запровадження медіації було здійснено недержавними організаціями, які з'явилися у 1994 році.

У 1995–1997 роках у багатьох регіонах України перші організації почали впроваджувати медіацію для вирішення різних видів спорів: трудових, комерційних, споживацьких, шкільних, сусідських тощо. У 1997 році в Одесі відбулося застосування медіації у цивільному процесі, що свідчить про впровадження цієї процедури у співпраці із держаними органами та її визнання.

З метою протидії промисловим страйкам у 1998 році Уряд України за підтримки фінансованого USAID проекту створив нове урядове агентство – Національну службу посередництва і примирення, що була підзвітна лише Президентові України та уповноважена сприяти врегулюванню колективних трудових спорів [8].

Одним з перших значних проектів з медіації в Україні можна назвати проект за фінансової підтримки USAID (1997–1999 рр.), в рамках якого по всій території держави було створено місцеві центри медіації, здійснювалася підготовка медіаторів.

Значним етапом в розвитку примірювальних процедур в Україні стала діяльність Українського центру порозуміння, створеного у 2002 році. Ця організація проводила роботу щодо впровадження медіативних процесів у кримінальне судочинство. Відбувалася значна діяльність щодо впровадження відновного правосуддя. Цією організацією було створено 15 українських громадських організацій. Український центр порозуміння було реорганізовано в Інститут миру і порозуміння у 2012 році.

Слід зазначити і про проекти, спрямовані на роботу із судами та суддями в розрізі просування судової моделі медіації.

Такий рух почався 1997 року, коли Донецька обласна група медіації отримала грант від фонду «Євразія» на розробку програм з медіації в пілотних судах Донецька та Одеси. В 1997 році медіатори Одеської обласної групи медіації першими на теренах колишнього Радянського Союзу провели медіацію справи, яку було передано з суду [8].

У 2008 році завдяки підтримці Міжнародної фінансової корпорації (IFC, Група Світового банку) був створений Український центр медіації (УЦМ).

Український центр медіації реалізовував проект щодо передачі справ на вирішення у медіації із Дніпровським районним судом міста Києва у 2009 році.

Вагомим внеском у впровадження судової медіації в Україні можна назвати діяльність в межах проектів, проведених Європейською комісією та Радою Європи: «Процедура відбору та призначення суддів, їх підготовки, притягнення до дисциплінарної відповідальності, розподілу справ та альтернативного розв'язання спорів» у 2006–2007 роках та «Прозорість та ефективність системи правосуддя в Україні» у 2008–2011 роках. Медіаційна складова цих проектів була зосереджена на впровадженні моделі судової медіації. У рамках проекту готували суддів чотирьох судів в містах Біла Церква, Вінниця, Донецьк та Івано-Франківськ, які займались медіацією справ упродовж 2010–2011 років [8].

Проект за підтримки Канадського національного судового Інституту «Освіта суддів для економічного зростання» (2013–2016) надав можливість здійснити спробу впровадження процедури врегулювання спору за участі судді, що відбувалася у двох пілотних адміністративних судах та одному суді загальної юрисдикції в Одесі та Івано-Франківську.

В межах досліджуваної тематики слід звернути увагу на проект USAID «Справедливе правосуддя» та фонду «Відродження», який тривав у 2014–2015 роках та передбачав залучення медіаторів до вирішення спорів у восьми судах Волинської області.

Починаючи з 2010 року, у Верховній Раді було зареєстровано 12 законопроектів про медіацію: проект Закону України «Про медіацію» від 17.12.2010 № 7481, проект Закону України «Про медіацію»

від 21.02.2011 № 8137, проект Закону України «Про медіацію» від 05.04.2012 № 10301, альтернативний проект від 19.04.2012 № 10301-1, проект Закону України «Про медіацію» від 26.06.2013 № 2425а, альтернативний проект від 03.07.2013 № 2425а-1, проект Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України» (щодо введення процедури медіації) від 28.12.2014 № 1666, проект Закону України «Про медіацію» від 27.03.2015 № 2480, альтернативний проект від 09.04.2015 № 2480-1, проект від 17.12.2015 № 3665, альтернативний проект від 29.12.2015 № 3665-1, проект Закону України «Про діяльність в сфері медіації» від 05.07.2019 № 10425. На жаль, жоден з цих законопроектів не був підтриманий народними депутатами, проте на даний час робоча група медіаторів у співпраці з Міністерством юстиції Україні розробляють черговий проект закону щодо медіації.

У 2014 році група медіаторів створила Національну асоціацію медіаторів України, яка нині представляє інтереси медіаторської спільноти. Сьогодні можна говорити про близько 20 організацій медіаторів у різних регіонах країни.

Що стосується правового регулювання медіації в країні, то незважаючи на відсутність профільного закону, в Україні діють певні нормативно-правові акти, які так чи інакше згадають цю процедуру.

Перш за все, слід назвати Закон України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р., яким на центри безоплатної правової допомоги покладено обов'язок забезпечувати доступ особи до медіації.

Як соціальна послуга медіація врегульована наказом Міністерства соціальної політики України від 17.08.2016 № 892, яким затверджено Державний стандарт соціальної послуги посередництва (медіації).

У розрізі розвитку медіації як процедури, пов'язаної із судовим розглядом справ, Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 було ухвалено Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів.

Серед актів, що регулюють відновне правосуддя, можна назвати: Указ Президента України від 24 травня 2011 року № 597/2011 «Концепція розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні»; Постанову Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх»; наказ Генеральної прокуратури України від 1 серпня 2008 р. «Про використання примирних процедур у кримінальному провадженні та розширення альтернативи кримінальному переслідуванню».

Вирішення спорів за участі посередників обумовлено у Законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 03.03.1998 № 137/98 ВР.

Таким чином, процедура медіації є порівняно новою для України, однак її впровадження спирається на тривалий досвід застосування примирних процедур під час вирішення спорів. Сьогодні триває розвиток медіаторського руху, збільшується кількість обізнаних з процедурою медіації осіб, що пройшли підготовку навичкам медіатора, існує певна кількість організацій медіаторів у всіх куточках України. Протягом 25 останніх років впровадження медіації носило скачкоподібний характер. Активність у цьому напрямі то підвищувалася, то знижувалася під впливом численних чинників, зокрема, політичної та економічної ситуації в країні, наявності фінансованих міжнародними організаціями цільових проектів, діяльності організацій медіаторів, зацікавленості у розвитку медіації з боку держави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Безпальча Р. Шляхи мирного розв'язання конфліктів у школі. Тернопіль: Підручники і посібники, 2001. 96 с.

2. Зазуляк Ю. Ремесло суперарбітра. Шляхетські конфлікти та полюбовні замирення у Руському воєводстві початку XVI ст. Соціум. Альманах соціальної історії. 2007. Вип. 7. С. 43–57.

3. Права, за якими судиться малоросійський народ / Відп. ред. та авт. передм. Ю. С. Шемшученко; упорядн. та авт. нарису К. А. Вислобоков. Ред. кол.: О. М. Мироненко (голова), К. А. Вислобоков (відп. секретар), І. Б. Усенко, В. В. Цвєтков, Ю. С. Шемшученко. НАН України. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького; Інститут української археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського. К., 1997. 548 с.

4. Brig M. Mediation, Power and Cultural Difference. Conflict Resolution Quaterly. 2003. № 20. P. 287–306.

5. Наталя Крестовська. Медіація: виклик правовій системі України. URL: http://law.ucu.edu.ua/ wp-content/uploads/2018/03/Prezentatsyya-Mediatsiya.pptx (дата звернення: 13.08.2019).

6. Гірник А. М. Основи конфліктології. К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2010. 222 с.

7. Михальський Ю. Інститут медіації в Україні та за кордоном // Юридична газета. № 5 (270). 1 лютого 2011.

8. Тетяна Кисельова. Інтеграція медіації в судову систему України: Програмний документ, Рада Європи, Київ, 2017. URL: https://rm.coe.int/kyselova-t-mediation-integartion-ukr-new-31-07-2017/168075c1e7 (дата звернення: 23.08.2019).

ЕЛЕКТРОННЕ СУДОЧИНСТВО: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 347.9
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.8

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

Getmantsev M. Electronic judiciary: a comparative analysis of civil and economic procedural legislation.

The relevance of the research topic is due to the significant increase of the role of information technology in all spheres of activity of modern information society, first of all, in the field of justice administration. This can be confirmed not only by rapid pace of development of a global e-services market, but also by the improvement of the information infrastructure at all levels of human-state interaction.

The Law of Ukraine «On Basic Principles of Information Society Development in Ukraine for 2007–2015» defines among the main strategic goals of information society development in Ukraine the acceleration of development and implementation of the newest competitive information and communication technologies in all spheres of public life, in particular in Ukrainian economy, activity public authorities and local self-government bodies. This fully complies with the goals and principles proclaimed by the United Nations, the Declaration of Principles and the Plan of Action at the World Summit on the Information Society (Geneva, December 2003; Tunisia, November 2005) and the Verkhovna Rada Resolution December 1, 2005 «On the Recommendations of Parliamentary Hearings on Information Society Development in Ukraine».

In this regard, the issue of creating legal conditions both for the use of electronic records and for the unification of the practice of procedural law regulating the possibility of using all electronic means of communication of participants of court proceedings with the judicial authorities remains urgent.

Keywords: electronic justice, electronic document flow, information technology, electronic evidence, civil process, economic process.

Стаття присвячена правовому аналізу законодавчого закріплення та практичній реалізації електронного судочинства у цивільному та господарському процесі. Висвітлюються питання створення правових умов як для використання електронного документообігу, так і для уніфікації практики застосування процесуального законодавства, що регламентує можливість використання всіх електронних засобів комунікації учасників судового провадження із судовими органами.

Ключові слова: електронне судочинство, електронний документообіг, інформаційні технології, електронні докази, цивільний процес, господарський процес.

Актуальність теми дослідження зумовлюється значним зростанням ролі інформаційних технологій у всіх сферах діяльності сучасного інформаційного суспільства, насамперед, у царині відправлення правосуддя. Підтвердженням цього є не лише стрімкі темпи розвитку загальносвітового ринку надання електронних послуг, а й вдосконалення інформаційної інфраструктури на всіх рівнях взаємодії людини і держави.

Закон України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» серед основних стратегічних цілей розвитку інформаційного суспільства в Україні визначає прискорення розробки та впровадження новітніх конкурентоспроможних інформаційно-комунікаційних технологій в усіх сферах суспільного життя, зокрема в економіці України і в діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Зазначене цілком відповідає меті й принципам, проголошеним Організацією Об'єднаних Націй, Декларації принципів та Плану дій, напрацьованих на Всесвітніх зустрічах на вищому рівні з питань інформаційного суспільства (Женева, грудень 2003 року; Туніс, листопад 2005 року) та Постанові Верховної Ради України від 1 грудня 2005 року «Про Рекомендації парламентських слухань з питань розвитку інформаційного суспільства в Україні».

У зв'язку з цим актуальним залишається питання про створення правових умов як для використання електронного документообігу, так і для уніфікації практики застосування процесуального законодавства, що регламентує можливість використання всіх електронних засобів комунікації учасників судового провадження із судовими органами.

Метою цього дослідження є здійснити правовий аналіз законодавчого закріплення та практичної реалізації принципів електронного судочинства у цивільному та господарському процесах. Задля досягнення окресленої мети сформульовані такі науково-теоретичні та практичні завдання: дослідити

нормативно-правове закріплення основних засад здійснення електронного судочинства; співставити судову практику вирішення справ із використанням можливостей електронного судочинства у цивільному та господарському процесах.

У наш час питанням впровадження інформаційних технологій у діяльність із відправлення правосуддя приділяється все більше уваги. Предметом окремого дослідження електронного судочинства як самостійного напрямку використання інформаційно-телекомунікаційних технологій виявляється у працях таких науковців, як: О. Бринцев, О. Гусєв, І. Демчишин, І. Камінська, Н. Кушакова-Костицька, Н. Логінова, С. Пограничний, Л. Приходько, Л. Сердюк, О. Шамрай і т. д.

Проте слід зазначити, що дослідження використання передових досягнень зазначених технологій в аспекті електронного судочинства є фрагментарними та такими, що залишають поза своєю увагою неоднозначну практику застосування цих інститутів під час вирішення конкретних цивільних та господарських справ.

Електронне судочинство являє собою установлену законом процесуальну діяльність суду з відправлення правосуддя, під час якої можлива дистанційна комунікація з учасниками процесу, та бездокументарна форма передання даних відбується із використанням провідних інформаційних технологій. Саме тому подальша інформатизація системи судочинства в нашій державі є одним із спрямувань щодо поліпшення роботи у царині правосуддя в Україні.

Переваги запровадження електронного судочинства у вітчизняну модель розгляду та вирішення справ по суті визнаються багатьма вченими. Зокрема, Н. І. Логінова наголошує, що електронне правосуддя спрямоване на забезпечення прозорості та доступності правосуддя, на підвищення якості роботи судів та значну економію державних коштів, оскільки спроможне скоротити судові витрати на поштові відправлення та виготовлення паперових копій документів, що призведе до удосконалення та прискорення процедури передання судових проваджень між судами [6, с. 433–434].

Використання сучасних технологій та інформатизація судової системи, продовжує ці думки О. В. Шамрай, забезпечує вдосконалення судових процедур і підвищує якість надання послуг судами, і як наслідок, підвищує рівень рівня довіри до судів [9, с. 182].

Водночас, попри усі очевидні переваги електронного судочинства проект «Електронний суд» не набув широкої популярності і просування його відбувається вкрай повільно. Те саме стосується деяких інших загальнодержавних електронних проектів у судочинстві (обмін електронними документами із використанням ЕЦП, проведення судових засідань у режимі відеоконференцій, використання електронно-інформаційних кіосків тощо). Слід погодитися з О. В. Бринцевим, який окреслив основні стримуючі чинники у цьому процесі:

1) відсутність єдиної уніфікованої інформаційної платформи для спілкування учасників процесу з судом та з іншими державними органами (така ситуація змушує користувачів використовувати різні програмні та апаратні засоби для одержання доступу до різних сервісів. Необхідність реєструватися в численних реєстрах, подавати різного роду заяви про забезпечення доступу до окремих сервісів, інсталювати різні програмні продукти, одержувати різні ідентифікатори, коди доступу, підтримувати їх в актуальному стані, що в підсумку робить сучасне електронне судочинство більш клопітким та ємким за часом, ніж звичайне паперове);

2) відсутність єдиних стандартів щодо інформаційного контенту, котрим мають відповідати відповідні судові інформаційні ресурси, електронні сервіси, та відсутність стимулів щодо їх покращення (на думку вченого, часто інформаційні сайти, електронні кіоски та інші судові ресурси наповнені або непотрібною або неактуальною інформацією, яка не несе корисного навантаження);

3) брак коштів (відсутність належного фінансування судової системи взагалі і видатків на інформатизацію зокрема призводить до неспроможності задоволення потреб усіх охочих у користуванні певними сервісами внаслідок недостатності потужностей відповідних програмно-апаратних комплексів та недостатності спеціалістів для їх обслуговування);

4) дисонанс інформаційних технологій та процесуальних правил (наразі домінуючою є тенденція вбудовування нових інформаційних технологій до існуючої системи процесуальних норм різних гілок судових юрисдикцій. Правила судового процесу, якщо і змінюються, то лише фрагментарно, в мінімально необхідному для того чи іншого нововведення обсязі) [1, с. 19–21].

Крім цього, нормативне регулювання питань функціонування електронного судочинства в Україні здійснюється практично ідентичними нормами ЦПК України і ГПК України. Зокрема, це стосується діяльності Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (ст. 14 ЦПК України, ст. 6 ГПК України), за допомогою якої:

– визначається склад суду (ст. 33 ЦПК України, ст. 32 ГПК України);

– процесуальні документи, в тому числі електронні докази, приймаються судом (ч. 5–9 ст. 43, ст. 100–101, 237 ЦПК України, ч. 5–9 ст. 42, ст. 96–97, 210 ГПК України);

– додаються документи, що підтверджують повноваження представника (ч. 7 ст. 62 ЦПК України, ч. 8 ст. 60 ГПК України);

– можливе проведення судового засідання у режимі відеоконференції (ст. 212 ЦПК України, ст. 197 ГПК України) тощо.

Незважаючи на фактично однакову законодавчу регламентацію, місцеві загальні та господарські суди досить часто під час розгляду цивільних та господарських справ по-різному вирішують практично ідентичні ситуації. Досить очевидно це простежується на прикладі справ про неналежне оформлення звернення сторони провадження на електронну адресу суду, що разом із положеннями процесуального законодавства регулюється також законами України «Про електронний цифровий підпис», «Про електронні документи та електронний документообіг», Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження вимог у сфері електронних довірчих послуг та Порядку перевірки дотримання вимог законодавства у сфері електронних довірчих послуг» № 992 від 07.11.2018 р., а також Інструкцією з діловодства у 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, затвердженої Наказом Державної судової адміністрації від 17 грудня 2013 року № 173.

Так, у випадку, коли сторона адресувала суду електронного листа без засвідчення останнього електронним цифровим підписом, місцеві загальні суди, як правило, залишають відповідні заяви без руху і надають час на усунення цього недоліку,[1] а господарські суди, здебільшого, – повертають без розгляду.[2]

Цікавими з процесуальної точки зору є поодинокі випадки, коли суди відмовляють у відкритті провадження у справі щодо заяв, поданих у електронному вигляді, мотивуючи це тим, що на момент звернення до суду Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система не почала своє функціонування в порядку, передбаченому підпунктом 15 пункту 15 частини 1 розділу XIII «Перехідні положення» ЦПК України. Так, зокрема відбулося у справі № 127/25100/19, де ухвалою Вінницького міського суду Вінницької області від 13.09.2019 року було залишено без руху саме з цих підстав.[3]

В аналогічній ситуації у справі № 127/23991/19 ухвалою Вінницького міського суду Вінницької області від 18.09.2019 року позовну заяву було взагалі повернуто позивачу як таку, що вважається неподаною.[4]

Проте з цією практикою не погоджується Верховний Суд. Зокрема, у Постанові Верховного Суду від 19.09.2019 р. у справі № 826/14954/17 зазначається, що вищезгадана Інструкція визначає імперативний обов'язок суду, у разі надходження будь-якої кореспонденції (незалежно від того, якими засобами зв'язку вона передана чи надійшла до суду), здійснити її реєстрацію в АСДС та, якщо цей документ є процесуальним, передати судді для розгляду. Таким чином, Верховний Суд дійшов висновку, що відсутність реєстрації поданої позивачем заяви в АСДС є неправомірною.[5]

Неоднаковість судової практики засвідчує, що існуюча модель «Електронного суду» потребує значної оптимізації. На думку І. В. Камінської, запровадження електронної системи подання громадянами документів з відповідною цілодобовою та безкоштовною інформаційною підтримкою (електронні калькулятори, бланки електронних документів, системи оплати судового збору online) у поєднанні з налагодженим документообігом між судами та іншими органами влади спроможні спростити ці процедури та уніфікувати правозастосовну діяльність [4, с. 59].

Тим більше, як показує міжнародний досвід інформатизації системи судочинства, протягом останніх років у різних країнах світу активно впроваджується в практику електронне правосуддя, яке засноване на всебічному використанні «електроніфікації» у процесі відправлення правосуддя [7, с. 83].

Як зазначає Дж. П. Грегорі, електронні засоби здійснення правосуддя, включаючи докази з інтернету, залишаться надовго у правовому обігу, оскільки вони свідчать про новітній підхід законодавця до вирішення нагальних потреб судочинства [10].

Позитивний досвід зарубіжних країн, з нашої точки зору, свідчить про те, що для раціонального використання сучасних інформаційно-телекомунікаційних технологій в рамках «електронного судочинства» вкрай необхідними стає об'єктивна можливість суддів сприймати нові способи та методи інформаційного обміну, а також включення до тексту процесуальних кодексів імперативних норм про обов'язковість використання судами технічних засобів, що містяться в підзаконних нормативно-правових актах або навіть розробка окремих засад електронного судочинства в Україні.

---

[1] Ухвала Липовецького районного суду Вінницької області у справі № 136/1478/17 від 05.12.2017 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/70690244; Ухвала Ковельського міськрайонного суду Волинської області у справі № 159/3068/13-ц від 25.10.2017 р. URL:http://reyestr.court.gov.ua/Review/69768889; Ухвала Печерського районного суду міста Києва у справі № 757/28240/16-ц від 04.07.2016 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/ Review/58753473 та ін. (дата звернення: 10.09.2019).

[2] Ухвала господарського суду Сумської області у справі № 920/490/18 від 02.08.2018 р. URL:http://reyestr.court.gov.ua/ Review/75661527; Ухвала господарського суду Івано-Франківської області у справі № 909/453/18 від 18.06.2019 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/82497657 тощо (дата звернення: 11.09.2019).

[3] URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84215774 (дата звернення: 10.09.2019).

[4] URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84321366?fbclid=IwAR0z5STJh00CFPMjgnXsr_amMXfmdMth1Dn12M3aG_ggfH2CKipSIpXJNc (дата звернення: 11.09.2019).

[5] URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84363236?fbclid=IwAR2X4Ri1TTofIHuVidS19vQ_MGCrwhjs2f7wFQqSZKkONirb4-ao1PTHrA4 (дата звернення: 11.09.2019).

Зазначимо, що в сучасних умовах ефективне інформаційне забезпечення можливе лише із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних технологій, запровадження яких у судочинство має відбуватися еволюційним шляхом. Як вдало зауважила Н. В. Кушакова-Костицька, ера «електронного правосуддя» в Україні – ще віддалена перспектива, однак перші кроки у створенні електронного судочинства зроблені, і сподіваємося, що невдовзі електронні новації замінять паперову рутину і суттєво полегшать звернення громадян до суду, з одного боку, та зроблять діяльність вітчизняних судів менш корумпованою і більш ефективною – з другого [5, с. 143].

На підставі проведеного аналізу очевидним є висновок про необхідність розробки окремих засад електронного судочинства в Україні, що вимагає більш глибокого опрацювання питань, пов'язаних не тільки з внесенням змін до процесуального законодавства в цілому, що диференціювало б процес використання інформаційно-телекомунікаційних технологій. Зокрема, потребує подальшого уточнення та розмежування зміст таких категорій, як «електронне судочинство» та «інформатизація правосуддя». Також необхідно розробити такі напрями вдосконалення законодавчої і правозастосовної практики, які дозволять реалізувати саме сутнісну перебудову інформаційно-технологічного забезпечення суддівської діяльності відповідно до потреб сучасного інформаційного суспільства, в цілому втілені у концепціях захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, в тому числі інтересів держави.

У будь-якому випадку, побудова інформаційного суспільства, розвиток техніки і можливість використання сучасних інформаційних технологій практично у всіх сферах життя суспільства, насамперед у судочинстві, дозволяє повністю наблизитися до вирішення завдань вдосконалення правосуддя та оптимізації усіх форм здійснення судового провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бринцев О. В. «Електронний суд» в Україні. Досвід та перспективи: монографія. Х.: Право, 2016. 72 с.

2. Гусєв О. Класифікація електронних доказів у цивільному процесі України // Підприємництво, господарство і право. 2018. № 8. С. 18–22.

3. Демчишин І. І. Електронні докази в господарському судочинстві України. Одеса, 2018. 39 с.

4. Камінська І. В. «Електронний суд» як гарантія доступності правосуддя // Вісник академії адвокатури України. 2013. № 3 (28). С. 52–60.

5. Кушакова-Костицька Н. В. Розвиток електронного судочинства в Україні: проблемні питання // Науково-інформаційний вісник «Право». 2013. № 7. С. 139–145.

6. Логінова Н. І. Упровадження електронного правосуддя в систему судочинства // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.), В. М. Дрьомін (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін та ін.; МОН України, НУ ОЮА. Одеса: Юрид. л-ра, 2014. Вип. 72. С. 429–435.

7. Приходько Л. В. Зарубежный опыт внедрения использования системы «электронный суд» (e-court) // Государство и право. М.: Наука, 2007. № 9. С. 82–86.

8. Про чинне законодавство і проекти законів, що доповнюють різні питання, пов'язані з кіберзлочинністю та електронними доказами, та вносять зміни до них: Звіт щодо України від 3 листопада 2016 року № 2016/DGI/JP/3608// Підготовлено Офісом Програми з кіберзлочинності на основі експертної підтримки незалежних експертів Ради Європи пана Марко Куннапу і пана Марка Юріча. URL: https://rm.coe.int/16806f3743 (дата звернення: 21.09.2019).

9. Шамрай О. В. Електронний суд в українському судочинстві: нормативне врегулювання та перші практичні здобутки // Університетські наукові записки. 2014. № 3. С. 174–184.

10. Gregory P. Joseph, Internet and E-mail Evidence, Computer and Internet Lawyer. April, 2002. URL: http://www.iosephnyc.corn/articles/viewarticle.php (дата звернення: 21.09.2019).

ПРОБЛЕМАТИКА ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ ДЖЕРЕЛОМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347.1
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.9

Карнаух В. С.,
кандидат юридичних наук

Karnaukh V. The issue of recognition of transaction as the source of civil law

The article deals with revealing the problematic aspects that arise as a result of taking the scientific position on recognition of transaction as the source of civil law. The author considers the concept of source of

civil law as a technical legal matter which corresponds with the approach of supporters of idea of recognition of transaction as the source of civil law. According to the author, existing views on non-normative nature of transaction remain indirect attempts to support a long way of doctrine in the matter of system of civil law sources. The pathway for the development of proposal for recognition of transaction as the source of civil law is discovered. The author shows that the necessity to clarify the meaning of normativity in civil law is understood by the protagonists of such consideration of transaction. The attempts to revise the normativity in the context of civil law are critically evaluated. The contradictions between general-theoretical generic and branch specific concepts are revealed. In this regard, the author focuses on contradictions between revised civil normativity and frequency as the crucial prerequisite of normativity, as well as with the overall character as the important attribute of social norm and therefore legal norm. Revision of normativity on the ground of sufficiency of establishing obligatory rule of conduct also is critically evaluated by the author since it conflicts with limitation for recognition of transaction as the source of law expressed in relation to application of paragraphs 2–3 of Article 6 of the Civil Code of Ukraine. Attention is also drawn to the break of continuity as the characteristic of objective connection between the elements of civil regulatory mechanism. The author reveals both the fact of consideration of the juridical fact prior to the legal norm and confusion of legal norm and legal relationship in case of recognition of transaction as the source of civil law. Opponency to the discussed approach is illustrated by the author's references to the views of pre-revolutionary and modern legal scholars. A consideration of transaction as a source of civil law is described as representation of liberal trend in private law which may be connected with process of globalization and postmodern way of scientific thinking. Instead of supporting the idea of inclusion of transaction in the system of sources of civil law, author proposes to deepen the study on regulatory role of transaction within the context of instrumental legal theory.

Key words: legal norm, normativity, transaction, contract, source of civil law, civil regulatory mechanism.

У статті виявляються проблемні аспекти, які виникають унаслідок вироблення вченими позиції щодо визнання правочину джерелом цивільного права. При цьому увага зосереджується на протиріччях між загальнотеоретичними родовими та галузевими видовими поняттями, а також на порушенні послідовності як властивості об'єктивного зв'язку між елементами механізму цивільно-правового регулювання.

Ключові слова: норма права, нормативність, правочин, договір, джерело цивільного права, механізм цивільно-правового регулювання.

Постановка проблеми. Поширення в цивілістичній науці твердження про правочин як джерело цивільного права вимагає ретельного та виваженого розгляду на предмет обґрунтованості. Наукове положення, яким розривається зв'язок із традицією, очікувано викликає значний інтерес та має активізувати дослідницьку роботу. Окремі акценти науковців щодо відсутності в цивільно-правовому договорі (далі – договір) нормативності залишаються односпрямованими та непрямими спробами підтримки довготривалого розвитку доктрини щодо наповнення системи джерел цивільного права. Водночас не визначаються інші лінії протирічь у межах категорій загальної теорії права та цивільно-правової науки, які виникають унаслідок схвалення положення про правочин як джерело цивільного права.

Рішення щодо включення у формулювання назви дослідження поняття *правочин* замість *договір* пояснюється виключно висловленою ученими думкою про допустимість поширення відповідної якісної ознаки договору також на групу односторонніх правочинів [1, с. 59] та безпосереднім визнанням правочину джерелом цивільного права [2, с. 71].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Думки щодо доцільності визнання договору джерелом цивільного права висловили В. А. Бєлов, О. О. Первомайський, С. О. Погрібний, М. М. Сібільов. Погодився з таким розумінням договору Я. М. Романюк. Р. А. Майданик запропонував узагальнене бачення щодо правочину як форми цивільного права. А. І. Дрішлюк та Я. В. Новохатська визнали договір джерелом цивільного права без надання додаткової аргументації. Критичні твердження щодо нормативності договору наводили С. М. Бервено, В. В. Луць, І. А. Міннікес, В. Л. Яроцький. Можливість договору виступати джерелом цивільного права ставилася під сумнів Ю. С. Гамбаровим, М. М. Марченко, М. К. Ренненкампфом та іншими правознавцями.

Метою статті є виявлення теоретичних проблем, які виникають унаслідок висловлення вченими позиції щодо визнання правочину джерелом цивільного права.

Виклад основного матеріалу. Для досягнення ясного пізнавального ефекту важливим є однозначний вибір концептуальних рамок у проведенні дослідження. Зважаючи на мету даної роботи, ми погоджуємося з формально-юридичним підходом до розуміння поняття *джерело права*, що передбачає його ототожнення з поняттям *форма права* [3, с. 51] та має наслідком наступну тотожність між *джерелом цивільного права* та *джерелом норми цивільного права*. Слід наголосити, що

використання таких орієнтирів узгоджується з теоретичними засадами досліджень прихильників ідеї визнання правочину джерелом цивільного права [1, с. 55; 4, с. 164].

Передусім розглянемо шлях становлення нової пропозиції в доктрині. М. М. Сібільов висловив думку, що норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, мають вважатися нормами цивільного права [5, с. 109]. О. О. Первомайський зазначив, що застосування договору для вирішення спору про право між двома конкретними суб'єктами або обов'язок останніх здійснювати свою правореалізаційну діяльність на підставі договору навіть за умови незагальнообов'язковості та однократності його дії дозволяє розглядати договір як джерело права як для них самих, так й інших правореалізаційних суб'єктів щодо правовідносин між першими [6, с. 36]. Пізніше С. О. Погрібний, досліджуючи регулятивність договору з урахуванням ст. 6 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [7], зауважив, що створення договором і закріплення в ньому правил поведінки учасників відповідних відносин є визначенням договором норми цивільного права, якою відповідні відносини регулюються [8, с. 94; 9, с. 34]. Таку позицію поділяє Р. А. Майданик, пропонуючи розглядати правочин (договір та односторонній правочин) як похідне джерело цивільного права [10, с. 199] або як специфічну форму приватного (цивільного) права, в якій не просто відтворюються, копіюються норми права, встановлені чи санкціоновані державою, а й створюються нові [1, с. 59]. Я. М. Романюк звернув увагу на тенденцію збільшення сфери і рівня диспозитивності приватноправового регулювання відносин шляхом визнання цивільно-правового договору особливим джерелом цивільного права та підтримав тезу про визнання норм договору нормами цивільного права при саморегулюванні відносин у разі відступу від положень закону [11, с. 24, 50].

Погодитися з наведеними міркуваннями можливо в разі наявності обґрунтованого перегляду таких визначальних ознак норми права, як нормативність та загальний характер, які називаються також серед основних специфічних ознак цивільно-правової норми [12, с. 92]. У теорії права нормативність розглядається як відображення нормами найбільш поширених, неодноразово повторюваних, типізованих і позитивно оцінюваних дій людей та їхніх об'єднань [13, с. 126], а загальний характер норми розкривається, зокрема, через розрахованість на регулювання групи (виду) не визначених кількісно суспільних відносин [14, с. 150]. Важливість повторюваності відношення, що регулюється нормою права як риси нормативності, повною мірою фіксується при визнанні її передумовою загальнообов'язковості норми права [15, с. 130]. Видається, що передувати вищевказаному загальнотеоретичному коригуванню має уточнення цивілістами нормативності цивільно-правової норми. З'ясуємо та проаналізуємо спроби такого переосмислення прихильниками визнання правочину джерелом цивільного права.

С. О. Погрібний визнає необхідність перегляду нормативності в цивільному праві й визначає останню як властивість акта створювати правило поведінки на певну життєву ситуацію незалежно від того, персоніфіковані чи ні суб'єкти такої поведінки, розраховане це правило на разове чи багаторазове застосування [8, с. 91–93; 16, с. 92–93]. Зауважимо, що таке розуміння нормативності суперечить не лише повторюваності відношення як визначальній передумові нормативності, але й ознакам загального характеру соціальної норми [17, с. 268; 18, с. 163] та норми права відповідно. Р. А. Майданик значною мірою конкретизує оновлену нормативність джерела цивільного права та визначає останню як закріплення правил поведінки, юридично обов'язкових для невизначеного або індивідуально визначеного кола учасників; установлення правила, тобто виду і міри належної поведінки [10, с. 197]. Такий підхід означає зведення нормативності джерела цивільного права до закріплення обов'язкового правила поведінки. Подібно до пропозиції С. О. Погрібного цим баченням усуваються повторюваність відношення як необхідна передумова нормативності та ознака загального характеру юридичної норми, а отже і нормативність норми права в традиційному розумінні. Відтепер, за умови сприйняття даного підходу, поняття норми цивільного права може не виявляти конститутивних ознак норми права. Розмивається також зміст поняття про об'єктивне цивільне право, оскільки для визнання наявності останнього тепер достатньо лише ознаки встановлення обов'язкового правила поведінки.

Слід також підкреслити, що Р. А. Майданик відносить до джерел цивільного права договір та односторонній правочин у разі наявності умов, закріплених у ч. 2–3 ст. 6 ЦК України [1, с. 58–59; 10, с. 214]. Таке застереження не узгоджується з запропонованим науковцем розумінням нормативності джерела цивільного права, оскільки правила поведінки, визначені у кожному договорі у вигляді його умов незалежно від використання сторонами абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України, є обов'язковими та являють собою вид і міру належної поведінки. У свою чергу, установлення одностороннім правочином виду і міри належної поведінки також не залежить від використання особою, яка вчиняє правочин, абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України та відповідно відступу такої особи від положень актів цивільного законодавства. Отже, зведення нормативності до закріплення обов'язкових правил поведінки, установлення правила, тобто виду і міри належної поведінки, не є достатнім обґрунтуванням для визнання джерелом цивільного права тільки правочину (договору та одностороннього правочину), який учинено на підставі абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України з дотриманням абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України.

Інший вимір проблематики визнання правочину джерелом цивільного права вбачається у порушенні порядку взаємодії між частинами механізму цивільно-правового регулювання шляхом привнесення зайвої якості правочину як важливого засобу приватноправового регулювання.

Попри відсутність сформованої концепції механізму цивільно-правового регулювання, у доктрині пропонуються різні підходи до виокремлення частин механізму правового регулювання та механізмів регулювання окремих груп приватноправових відносин. Водночас цілком загальноприйнятим є уявлення про властивості об'єктивного зв'язку між відповідними структурними елементами. Так, С. С. Алексєєв підкреслив послідовний, закономірний зв'язок між елементами механізму правового регулювання, утворення ними єдиної, злагодженої системи юридичних засобів впливу на суспільні відносини [19, с. 35–36]. С. О. Погрібний пропонує розуміння механізму правового регулювання як послідовного ланцюга зміни окремих правових явищ – елементів механізму правового регулювання [10, с. 303–305]. М. Д. Пленюк також вказує на важливість дотримання правильної ланцюгової послідовності елементів в контексті виявлення особливості механізму правового регулювання та характеризує останній як послідовний ланцюг [20, с. 191–192, 208].

Порівняння поглядів цивілістів на структуру механізму правового регулювання дозволяє підтвердити існування послідовності як властивості зв'язку між частинами механізму при збереженні деяких відмінностей щодо кількості та позначення елементів. С. С. Алексєєв запропонував розглядати юридичні норми, правовідносини та акти реалізації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків як основні елементи механізму правового регулювання [19, с. 34]. С. О. Погрібний, розкриваючи структуру механізму правового регулювання договірних цивільних відносин, виокремив нормативну основу (норми статутного або договірного цивільного права), юридичні факти, права та обов'язки учасників цивільних правовідносин, поведінку учасників цивільних правовідносин з реалізації їх суб'єктивних прав та обов'язків, а також захист цивільних прав та інтересів як факультативний елемент механізму [10, с. 306, 308, 310–312]. Отже, С. О. Погрібний не визначає правовідносини як окремий елемент механізму, але фактично визнає його існування через виявлення таких елементів, як юридичні факти, права та обов'язки учасників цивільних правовідносин. Водночас слід мати на увазі, що С. С. Алексєєв розуміє під актами реалізації суб'єктивних прав та обов'язків у тому числі й індивідуальні акти-регламентатори, серед яких називається і договір, що не має нормативного характеру [19, с. 155–157].

Шляхом подолання порушення послідовності між нормою права та юридичним фактом, що виникло внаслідок внесення до нормативної основи норми договірного цивільного права як необхідного розвитку ідеї про договір як джерело цивільного права, можемо вважати пропозицію С. О. Погрібного щодо виконання договором двоякої функції як нормативної основи та юридичного факту у випадках здійснення внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних суспільних відносин [10, с. 310]. Достатність даного висновку для зняття протиріччя між відповідними елементами механізму можна поставити під сумнів не лише через неусунення передування юридичного факту нормі права, а й з огляду на запропоновану вченим характеристику прав та обов'язків учасників цивільних правовідносин як таких, що виникають на підставі норм цивільного права у зв'язку з появою (настанням) передбаченого ними юридичного факту [10, с. 310]. В умовах саморегулювання відносин на підставі абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України вказане пояснення не дозволяє визначити місце абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України як правонаділяючої норми, а також спричиняє прогалини при спробі довести виконання договором двоякої функції. Навіть якщо припустити, для досягнення ефективності сформульованого вченим застереження, збіг між нормою цивільного права та умовою договору та відповідно між юридичним фактом й конкретною обставиною, визначеною в умові договору, залишається нез'ясованим саме місце факту укладення договору як юридичного факту, яке проблематично за таких умов пояснити в межах подвійної функції договору.

Крім порушення зв'язності норми права та юридичного факту визнанням правочину джерелом цивільного права вноситься протиріччя також у зв'язок між нормою права та правовідношенням як частинами механізму правового регулювання. Відхилення від послідовності між вказаними структурними елементами полягає у злитті норми права, якою може виступати у цьому контексті залежно від способу обґрунтування сукупність умов правочину або конкретна умова правочину, з суб'єктивними правами та обов'язками, які становлять зміст правовідношення.

Зауважимо, що доцільність визнання правочину джерелом права піддавалася сумніву правознавцями ще в XIX–XX ст. Видається, що їх аргументи не втратили своєї актуальності. Так, Ф. Регельсбергер писав, що «автономія не є підставою для виникнення юридичних норм; вона сама запозичує свою силу з тієї чи іншої (диспозитивної) норми» [21, с. 80–81]. Ю. С. Гамбаров зазначав: «…суб'єктивні права, які виникають з договору, так само, як і будь-які суб'єктивні права взагалі, зобов'язані своїм походженням не договору…, а загальній юридичній нормі, яка надає договору правозароджуючої сили…; …як недозволені дії не суть джерела права в технічному сенсі слова, так само мало можуть бути визнані ними й договори цивільного права» [22, с. 220]. На піднормативності договору наголошував також М. К. Ренненкампф: «визначення приватних осіб, що складені у формі договору, або у формі

односторонніх розпоряджень (наприклад заповітів) не суть особливі форми права. Договір не створює норми права, він передбачає її вже наявною, і на її підставі встановлює правовідношення; можливості і межі права осіб… визначати на власний розсуд зміст договорів полягає в загальних нормах права, що допускають його; визначення сторін договору мають юридичну силу тільки тому, що засновуються на загальних нормах права та охороняються ними» [23, с. 118].

У сучасній правовій доктрині також залишається стійкою опозиція до відповідного підходу, яка, однак, обмежується захистом піднормативності договору. Так, С. М. Бервено називає договір ненормативним засобом індивідуального врегулювання відносин договірних сторін [24, с. 12]. В. Л. Яроцький відносить цивільно-правові договори до актів піднормативного рівня, якими забезпечується індивідуальне регулювання [25, с. 22]. І. А. Міннікес визнає за договірним індивідуальним правовим регулюванням піднормативний характер [26, с. 13]. В. В. Луць зауважує, що саме індивідуальне регулювання відносин сторін у конкретному договорі і відрізняє його від нормативного регулювання, здійснюваного нормами закону чи іншого нормативно-правового акта [27, с. 20]. С. П. Погребняк чітко виявляє різницю між договором та нормативним договором, указуючи, що індивідуальний договір спрямований на встановлення, зміну чи припинення правовідносин, тоді як метою нормативного договору є встановлення, зміна чи скасування норм права [28, с. 21]. Н. С. Кузнєцова зазначає, що кваліфікація договору як джерела цивільного права не викликає абсолютного неприйняття опонентів, але водночас підкреслює, що договір продовжує існувати і регулює в межах, встановлених нормами об'єктивного права, поведінку учасників створеного ним правовідношення доти, поки не буде досягнуто результату, який був метою договору [29, с. 17, 14]. Межі об'єктивного права окреслені й в нормах, закріплених у ст. 6 ЦК України, які санкціонують регулятивність договору та рамки механізму саморегулювання. Тому суперечливим є допущення можливості створення норми об'єктивного права у процесі саморегулювання, який обмежений нормою об'єктивного права, формалізованій у приписі ст. 6 ЦК України. Характерною в цьому контексті є також думка автора про усунення індивідуальним договірним приписом нормативного припису, коли про це прямо йдеться в законі [29, с. 11].

На наш погляд, визнання правочину джерелом цивільного права відображає ту тенденцію лібералізму в приватному праві, яка змінює зміст базових ідей правової реальності та переплітається з ціннісними викликами, зумовленими постмодерністським напрямком наукової думки та процесом глобалізації. Відбувається поступове знеособлення держави як гаранта правопорядку, носія правової ідентичності, суб'єкта нормотворення, який легітимізує результати пошуку природного права. При цьому йдеться про розширення суб'єктів нормотворчості зовсім не в дусі Й. О. Покровського з ідеєю приватного права як системи правової децентралізації та наявності множини центрів, які самовизначаються [30, с. 10]. Цивіліст, пояснюючи сутність приватного права, називав окремо норми приватного права та приватні визначення, якими такі норми можуть бути змінені або скасовані (jus dispositivum), а договір розглядав як спосіб регулювання відносин між приватними особами згідно з їх індивідуальними інтересами та потребами [30, с. 10, 236].

При обґрунтуванні підходу в доктрині, який передбачає визнання правочину джерелом цивільного права, виникає протиріччя між родовими загальнотеоретичними та видовими галузевими поняттями. Запропоновані спроби уточнення нормативності джерела цивільного права не передбачають перегляду ознак загальності та нормативності норми права в умовах усунення загальноприйнятих критеріїв указаних ознак у разі вироблення оновленого поняття норми цивільного права. Крім цього, набуття правочином якості джерела цивільного права зумовлює порушення в механізмі цивільно-правового регулювання послідовної взаємодії між нормою права та правовідношенням, а також між нормою права та юридичним фактом як елементами такого механізму.

Натомість перспективним, на нашу думку, є поглиблення вивчення регулятивних властивостей правочину як засобу правового регулювання в механізмі цивільно-правового регулювання на основі інструментального підходу, згідно з яким правове регулювання здійснюється за допомогою комплексу динамічних систем та структур, покликаних юридично гарантувати досягнення правових завдань у рамках окремих типів, моделей юридичного впливу на суспільні відносини [31, с. 76–77, 250].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Майданик Р. Вчення про джерела цивільного прав // Право України. 2017. № 6. С. 53–63.

2. Кривов'яз О. М. Правочин як джерело цивільного права // Часопис цивілістики. 2015. Вип. 18. С. 69–72.

3. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2008. 336 с.

4. Белов В. А. Гражданское право. Т. I. Общая часть. Введение в гражданское право: учебник для бакалавриата и магистратуры. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2016. 622 с.

5. Сібільов М. Цивільно-правовий договір в механізмі правового регулювання суспільних відносин в сфері приватного права // Юридичний вісник. 2002. № 3. С. 105–109.

6. Первомайський О. До питання про джерела цивільного права // Право України: юридичний журнал / Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України та ін. Київ. 2001. № 2. С. 34–37, 52.

7. Цивільний кодекс України: станом на 18 січня 2018 року. Харків: Право, 2018. 448 с.

8. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія; КНУТШ. Київ: Правова єдність, 2009. 304 с.

9. Погрібний С. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) і зовнішнього (державного) регулювання // Право України: юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання / Національна академія правових наук України; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. Київ, 2012. № 9. С. 26–36.

10. Правова доктрина України: у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України; редкол.: В. Я. Тацій (голова) та ін. Харків: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнєцова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнєцової, 2013. 760 с.

11. Романюк Я. М. Проблеми застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03/ Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2017. 518 с.

12. Романюк Я. Ознаки та структура цивільно-правової норми: основні методологічні засади // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2016. Вип. 63. С. 81–96. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnu_yu_2016_63_12 (дата звернення: 20.07.2019).

13. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.

14. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч, посібник. Вид. 10-е, доповнене. Львів: Край, 2008. 224 с.

15. Иоффе О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Москва: Госиздат юрид. лит-ры, 1961. 381 с.

16. Погрібний С. О. До питання про визначення норми цивільного права // Проблеми законності: академічний збірник наукових праць / Мін. освіти і науки Укр.; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2010. Вип. 109. С. 84–94.

17. Скакун О. Ф. Теорія права і держави: МОН України; Харк. нац. ун-т внутрішніх справ. 2-ге вид., доп. і перероб. Київ: Правова єдність, 2010. 520 с.

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

19. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. Москва, 1966. 188 с.

20. 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.

21. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве; под ред.: Гамбаров Ю. С.; пер.: Базанов И. А. М.: т-во И. Д. Сытина, 1897. 296 с.

22. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть (лекции, читанные в Московском университете). Москва, литография Общ. распр. п. кн., 1897–1898 г. 766 с.

23. Ренненкампф Н. К. Очерки юридической энциклопедии. Изд. 2-е, исп. и доп. Издание Н. Я. Оглобина. Киев, 1880. 282 с.

24. Бервено С. М. Проблеми договірного права України: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2006. 360 с.

25. Яроцький В. Характеристика основних стадій механізму цивільно-правового регулювання // Право України: юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання. Спецвипуск / Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. Київ, 2010. № 12. С. 18–24.

26. Минникес И. А. О договорном индивидуальном правовом регулировании // Академический юридический журнал. Иркутск, 2008. № 4 (34). С. 9–13.

27. Луць В. Договір як регулятор цивільних відносин // Право України: юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання / Національна академія правових наук України; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. Київ, 2012. № 9. С. 19–25.

28. Договір як універсальна правова конструкція: монографія /А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Х.: Право, 2012. 432 с. (Серія «Харківська правова школа»).

29. Кузнєцова Н. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України : юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання / Національна академія правових наук України; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. Київ, 2012. № 9. С. 12–18.

30. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Петроград: Изд. юр. кн. скл. «Право»; [Тип. «Правда»], 1917. 328 с.

31. Алексеев С. С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 6: Восхождение к праву. М.: Статут, 2010. 558 с.

ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ ПРИНЦИПІВ (ЗАСАД) ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

УДК 347.1
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.10

Кочин В. В.,
кандидат юридичних наук, науковий консультант
судді Конституційного Суду України

Kochyn V. Europeanization of the principles (grounds) of civil legislation of Ukraine

The European civil law is considered in the context of implementation of idea about a single market based on the acquis and ius commune (in particular acquis commune and European common law). Therefore, private law in Europe is explored in accordance to the Roman tradition of private law, in order to ensure fundamental freedoms. In addition to the human rights provided by the ECHR, the following freedoms include: free movement of goods and persons; free movement of employees; freedom to create legal entities; free movement of services as well as free movement of capital and payments.

General principles of civil law, in accordance to the provisions of Art. 3 of the Civil Code of Ukraine (due to the deep content of natural law) are: 1) inadmissibility of arbitrary interference with the sphere of personal life of human; 2) inadmissibility of deprivation of property right, except in cases established by the Constitution of Ukraine and the law; 3) freedom of contract; 4) freedom of business activity, which is not prohibited by law; 5) judicial protection of civil law and interest; 6) justice, integrity and reason. Legal equality, free will, and property independence of the participants of civil relations are distinguished additionally as basic principles, which, while not absolute, are still pervading the whole system of civil law. These norms-principles should not be considered narrowly in particular exclusively as the basis of civil legislation – a reference to the possibility of amendments to the Code.

At present, some civil law principles are generally civilizational in nature. Others, however, require some scientific rethinking and regulatory support for the proper legal rules, especially given the experience of European private law. Therefore, the principle of security has a certain fragmentary character, and the effectiveness is now evaluated in the aggregate of its legal regulation mechanism.

Keywords: Europeanization, principles of civil law, freedom, justice, security, efficiency.

У статті аналізуються принципи (засади) цивільного законодавства, їх співвідношення із принципами цивільного права, а також конституційними засадами правопорядку. Відповідно до напрацювань європейських вчених у галузі приватного права проведено порівняння положень ЦК України із DCFR. Здійснено висновок щодо меж європеїзації принципів (засад) цивільного законодавства України.

Ключові слова: європеїзація, принципи цивільного права, свобода, справедливість, безпека, ефективність.

На сьогодні сутність цивільного права вже не викликає особливого сумніву, хіба що за винятком окремих його складових або ж співвідношення до приватного права як певної надгалузі. К. Д. Кавєлін більше 150 років тому замислювався щодо буквального розуміння поняття цивільного права як сукупності усіх юридичних відносин за участю громадянина, яке змінилося з римського періоду до виділення у так звану приватну частину, яка у майбутньому має бути позбавлена політичної складової [12, с. 107–108, 152]. У сучасних умовах концепція приватного права покликана забезпечити нормальне функціонування і розвиток системи відносин, яка є самостійною, незалежною від держави в умовах визнання наднормативного характеру цивільних прав як прав, які постають із самого життя [15, с. 64].

Розуміння цивільного права у Європі ґрунтується на кодифікації Юстиніана (Corpus Juris Civilic), що до XIX ст. було основою для регулювання приватних відносин, а далі зазнало змін відповідно до «романтичного пошуку» французької кодифікації, що пронизана унікальним національним духом, а також німецької доктрини, що заснована на універсальному природному праві, відображеному у позитивному праві, що має соціальне спрямування [3, с. 6].

Тому європейське цивільне право розглядається дослідниками в межах реалізації ідеї єдиного ринку, що ґрунтується на acquis ЄС та ius commune (зокрема acquis commune та European common law). Перше розглядається переважно як європейське позитивне право у частині директив, що регулюють фундаментальні свободи, та характеризується фрагментарним характером та труднощами у загальному застосуванні. У свою чергу, друга частина є Європейським правом, що ґрунтується на римському приватному праві як містку між континентальною та англійською правовою традиціями [1, с. 638–639]. Отже, приватне право в Європі досліджується відповідно до римської традиції приватного права з

метою забезпечення фундаментальних свобод. Окрім прав людини, передбачених ECHR, до таких свобод відносять: вільний рух товарів та осіб; вільний рух працівників; свободу створення юридичних осіб; вільний рух послуг, а також вільний рух капіталу та платежів [5, с. 762].

Більш того, на сьогодні сформувалася відповідним чином філософія цивільного права як сфера рефлексивної і продуктивної активності цивілістичного мислення, змістом і спрямованістю якого є осмислення основоположних питань приватного права, а саме, на підставі інституційної моделі існування цивільного права: person – res – actiones [16, с. 995]. Таким чином, «координатами» цивілістики є суб'єкти, об'єкти та зміст відносин відповідно до предмета та принципів цивільного права.

Відійшовши безпосередньо від предмета цивільного права, маємо на меті розглянути принципи (засади) цивільного права та необхідність їх відображення у законодавстві, адже правова матерія, що досліджується, не завжди може відповідати тому нормативно-правовому регулюванню, що є джерелом права. Так, ще О. О. Красавчиков наголошував, що галузь права складається з юридичних норм, а наука права за своєю сутністю містить дещо інше: ідеї, теорії та вчення, вірність яким не залежить від державного примусу [14, с. 203].

Загальні засади цивільного законодавства розглядаються як тотожні поняття дещо ширшої категорії – принципи приватного права – тобто те, що визначає зміст норм галузі права, її мету, роль і призначення у системі права [10, с. 24]. Під принципами цивільного права пропонується розуміти конкретизовані правосвідомістю засадничі положення цивільного права, які відображають об'єктивні закономірності розвитку та потреби суспільства, що існують у декількох площинах у вигляді: 1) правових ідей; 2) нормативно закріплених принципів цивільного права та відповідно до яких здійснюється правове регулювання цивільних відносин [7, с. 5].

Загальними принципами цивільного права відповідно до положень ст. 3 ЦК України (що обумовлено глибинним змістом природного права [9, с. 12]) є: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність. Окрім законодавчо окреслених принципів В. І. Борисова додатково виділяє юридичну рівність, вільне волевиявлення, майнову самостійність учасників цивільних відносин як основний принцип, який хоч і не є абсолютним, все ж є таким, що пронизує усю систему цивільного права [8, с. 163].

Названі норми-принципи не слід розглядати вузько, зокрема, виключно як основи цивільного законодавства – орієнтир на можливість змін до Кодексу (особливо в контексті абз. 3 ч. 2 ст. 4 ЦК України). На наше переконання, принципи дозволяють досліджувати та розуміти цивільне право як відповідну сутність, а окремі його норми як явище, що прослідковується у відповідних розбіжностях між цими категоріями [13, с. 155]. Так, принципи втілюють загальні закономірності розвитку приватного права; надають усі основні, суттєві, головні характеристики окремих явищ; складають внутрішню та необхідну властивість; є стійкими, спокійними та відносно постійними для усіх явищ у приватному праві та втілюються в них.

Може виникнути певна невпевненість щодо необхідності законодавчої регламентації принципів цивільного права, адже розуміння цивільних відносин, їх значення та місце у правовій системі не викликає на сьогодні жодного сумніву. Більш того, цивільні кодекси європейських держав (наприклад, ФРН, Франція, Нідерланди) не містять подібної до ст. 3 ЦК України норми щодо переліку загальних засад.

Вважаємо, що доречність вітчизняного підходу спричинена не лише особливостями законодавчої техніки, приклади якої містяться у ст. 6 ГК України, ст. 5 ЗК України, ст. 4 ПК України тощо, а є свідченням принципового переходу від радянського цивільного права до українського, що є цілком виправданим. Так, основу радянського цивільного права складав принцип соціалізму, крім того, виділялися принципи реальності та гарантованості цивільних прав; плановості; особистої ініціативи; соціалістичної законності, які наводилися поруч із «капіталістичними» як протилежність необмеженій приватній власності, свободі договору, формальній рівності [11, с. 38–43].

Головним джерелом принципів права є політика, економіка, мораль, ідеологія та соціальне життя. Нормативно-правове закріплення принципів надає їм об'єктивний характер, виводить за межі доктринального чи ідеологічного розуміння. Їх матеріалізація визначена проблемою формування громадянського суспільства (civil society) та правової держави, що, на переконання теоретиків, передбачає їх текстуальне закріплення, їх перехід від абстрактного до реального [20, с. 808].

Доцільність законодавчого закріплення принципів цивільного права (законодавства) має також обґрунтовуватися у зв'язку із конституційним регламентуванням фундаментальних прав та свобод людини, зважаючи на ч. 1 ст. 4 ЦК України. Так, окрім загальних засад Основного Закону, що стосуються цивільних відносин (зокрема, ст. 3, 8, 13, 15, 19), передбачено ряд норм, які формують або розкривають переважну більшість засад приватного права, передбачених ст. 3 ЦК України, а саме:

рівність (статті 21, 24, 26), справедливість (ст. 23), свобода та недоторканність людини (статті 29, 30), захист (ст. 40, 55, 56, 59), недоторканність власності, у тому числі інтелектуальної (ст. 41, 54), свобода підприємницької діяльності (ст. 42). Крім того Конституцією України закріплені такі приватноправові принципи, як свобода об'єднання (ст. 36, 37, 39), право на житло (ст. 47), а також засади шлюбно-сімейних відносин (ст. 51). Таким чином, лише принцип свободи договору (п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК України) не міститься в Основному Законі України, однак досить широко розкривається у статтях 6, 627 ЦК України, адже є наріжним каменем усього сучасного цивільного устрою [10, с. 27].

Новим етапом розвитку цивільного права України є імплементація права ЄС. У приватноправовій сфері особливу увагу привертають Draft Common Frame of References (DCFR) – принципи, які дещо відрізняються від засад ЦК України. Є. О. Харитонов та О. І. Харитонова звертають увагу, що спільними з вітчизняними можна назвати лише принципи автономності і принцип правового захисту [17, с. 44]. Разом з тим загалом же принципи DCFR зводяться до чотирьох: свобода (freedom), безпека (security), справедливість (justice) та ефективність (efficiency).

Ці чотири принципи пронизують усі DCFR, маючи на меті забезпечити добробут, передбачені законодавством цілі та повноцінний потенціал осіб. До того ж, звертається увага, що окремі аспекти цих принципів можуть конкурувати між собою, адже вони ніколи не можуть застосовуватися у чистому та жорсткому вигляді [19, с. 60–61]. Крім того, Група з підготовки Європейського цивільного кодексу (Study Group on a European Civil Code) щодо кожного з названих принципів здійснила детальний аналіз, який можна у підсумку викласти наступним чином:

– *свобода* розглядається через: свободу договору, обмежень стосовно третіх осіб, заподіяння шкоди контрактом третім особам та суспільству, втручання у договірні відносини у разі вад (дефектів) відносин, обмеження свободи вибору договірної сторони, обмеження свободи утримувати інформацію на переддоговірній стадії, інформацію щодо умов договору, виправлення нерівності торгів, мінімальне втручання; через недоговірні зобов'язання, зокрема, щодо акценту на зобов'язаннях, а не на свободі, а свобода має дотримуватися настільки, наскільки відповідає меті політики; а також щодо відносин власності, як-от, обмежена мета автономії сторони, визнання та посилення свободи в деяких аспектах [19, с. 61–71];

– *безпека* у загальних рисах забезпечує нормальні умови для життя та здійснення діяльності, що включає договірну (контрактну) безпеку, недоговірну безпеку, а також щодо власності [19, с. 71–84];

– *принцип справедливості* може конфліктувати з іншими принципами, оскільки його досить часто важко окреслити належним чином, однак в цілому зводиться до наступної формули: особа має обов'язок діяти відповідно до добросовісної та добросовісної діяльності у виконанні зобов'язання, здійсненні права на виконання, у здійсненні або захисті засобів невиконання, або в здійсненні права на розірвання зобов'язання чи договірних відносин [19, с. 84–86];

– *ефективність* розглядається з позиції договірних сторін, а також щодо широкого розуміння з метою публічних потреб, тому цей принцип розкривається через досить мінімальну формалізованість [19, с. 94].

Напрацювання цих принципів здійснено впродовж досить тривалого часу роботи європейських вчених. Питання необхідності гармонізації у сфері приватного права виникло ще у 1964 р. і ранні напрацювання побачили світ на початку 1990-х. Така академічна співпраця у «Комісії Ландо» та згаданої раніше Групи навіть без офіційних статусів чи форм політичного визнання згуртувало науковців у єдиному маніфесті європеїзації правових досліджень [6, с. 543, 546]. Загалом же створення Європейського цивільного кодексу, на переконання вчених, необхідне в порядку створення так званої європейської політичної спільноти [4, с. 54], тобто як результат, відмінний від націоналізації кодексів, що ґрунтуватиметься на універсальному природному праві, спільних принципах, правилах та кейсах римського права [2, с. 16].

Підводячи загальний підсумок, вважаємо за доцільне звернути увагу, що принципи права характеризуються у юридичній літературі як найбільш загальні вимоги, що висуваються до суспільних відносин та їх учасників, а також як вихідні керівні засади, відправні уставлення, що виявляють сутність права і випливають з ідей справедливості та свободи, визначають загальну спрямованість і найістотніші риси чинної правової системи [18, с. 197]. Послідовне удосконалення цивільного законодавства має ґрунтуватися не лише на основі верховенства права (фундаментального принципу правової системи), а й відображати нові тенденції. Орієнтиром має слугувати у тому числі відданість принципам вільної ринкової економіки.

Нині окремі цивілістичні принципи мають загальноцивілізаційний характер (справедливість, добросовісність та розумність; неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності; судовий захист цивільного права та інтересу). Інші ж потребують певного наукового переосмислення та нормативного підкріплення належними правовими нормами, особливо враховуючи напрацювання європейського приватного права. Так, принцип безпеки має певний фрагментарний характер, а ефективність нині оцінюється у сукупності свого механізму правового регулювання. Межі європеїзації принципів (засад) цивільного

законодавства України полягає у врахуванні відповідних положень DCFR у напрямках розвитку договірних, недоговірних та речових відносин із перспективою наступного впровадження норм acquis ЄС для підготовки України набуття не лише статусу держави – члена ЄС, а як повноцінного учасника європейського правового та політичного простору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Jansen N. European Private Law. The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. За ред.: Basedow J., Hopt K. J., Zimmermann R., Stier A. Oxford: Oxford University Press, 2012. С. 637–640.
2. Lokin J. H. A. Two paradoxes on Codification. Tradition, Codification and Unification. Comparative-Historical Essays on Development in Civil Law. За ред.: Milo J. M., Lokin J. H. A., Smith J. M. Intersentia, 2014. С. 13–16.
3. Merrymann J. H., Clark D. S., Haley J. O. Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America and East Asia. LexisNexis, 2010. 632 с.
4. Ploeg T. J. Van der Constitutive Rhetoric: the Case of the «European Civil Code». Tradition, Codification and Unification. Comparative-Historical Essays on Development in Civil Law. За ред.: Milo J. M., Lokin J. H. A., Smith J. M. Intersentia, 2014. С. 45–70.
5. Remien O. Fundamental Freedoms (General Principles). The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. За ред.: Basedow J., Hopt K. J., Zimmermann R., Stier A. Oxford: Oxford University Press, 2012. С. 762–767.
6. Zimmermann R. Comparative Law and the Europeanization of Private Law. The Oxford Handbook of Comparative Law. За ред.: Reinmann M., Zimmermann R. Oxford University Press, 2006. С. 539–878.
7. Басай О. В. Загальні засади (принципи) цивільного законодавства України: автореф. дис. … докт. юрид. наук … 12.00.03. Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2014. 30 с.
8. Борисова В. И. Факторы, характеризующие гражданское право Украины как отрасль частного права. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография. Под ред.: Спасибо-Фатеевой И. В. Харьков: Право, 2011. С. 296.
9. Борисова В. І. Базові принципи цивільного права України. Проблеми цивільного права та процесу: тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків 25 трав. 2018 р. МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків: ХНУВС, 2018. С. 12–15.
10. Борисова В. І., Баранова Л. М., Бєгова Т. І. та ін. Цивільне право. Підручник: у 2-х т. За ред.: Борисова В. І., Спасибо-Фатєєва І. В., Яроцький В. Л. Харків: Право, 2012. 656 с.
11. Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. II. Советское гражданское право. Санкт-Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. 511 с.
12. Кавелин К. Д. Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы? Одинъ из современныхъ юридическихъ вопросовъ. Санкт-Петербург: Типографія Императорской Академіи Наук, 1864. 152 с.
13. Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. 6-е изд. Москва: Изд-во СГУ, 2011. 521 с.
14. Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: в 2 т. Т. 1. Москва: Статут, 2005. 492 с.
15. Майданик Р. А. Цивільне право як сфера приватного права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 74.
16. Ткаченко О. В. Філософія цивільного права. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т., Т. 2: Філософія права / за ред.: Максимов С. І. Харків: Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Право, 2017. С. 995–996.
17. Харитонов Є. О., Харитонова О. І. DCFR та деякі проблеми адаптації права України до права ЄС. Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції: збірник наукових праць. За ред.: Білоусов Ю. В. Хмельницький: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Хмельницький університет управління та права, 2015. С. 40–46.
18. Цвік М. В., Петришин О. В., Авраменко Л. В. та ін. Загальна теорія держави і права. За ред.: Цвік М. В., Петришин О. В. Харків: Право, 2011. 584 с.
19. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition. За ред.: von Bar C., Clive E., Schulte-Nölke H. Munich: Sellier. european law publishers GmbH, 2009. 643 с.
20. Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5 т. Т. 1: Методологические и историко-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины. За ред.: Цвик М. В., Петришин А. В. Харьков: Право, 2011. 896 с.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ УСИНОВЛЕННЯ ЧОЛОВІКОМ ТА ЖІНКОЮ, ЯКІ ПРОЖИВАЮТЬ ОДНІЄЮ СІМ'ЄЮ БЕЗ ШЛЮБУ

УДК 347.633.1
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.11

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

Krukoves V. Specific matters of adoption cases by a man and a woman who live together without marriage

The research paper is devoted to the procedural and material aspects of adoption by a man and a woman who live together without marriage. The author analyses reasons of refusal for adoption by such persons and the adoption procedure itself. The author emphasizes that such persons are unduly discriminated against the right to adoption.

The research also discloses the problematic issues of the adoption procedure by such persons in the special proceedings of civil procedure. On the basis of the study, the author proposes to combine in one proceeding the claims on the establishment of the fact of living together without marriage and adoption.

The author also analyzed foreign experience in the adoption procedure by such persons and notes that the Civil Partnership Agreement is a good enough way to recognize the fact of living together without marriage and will help them to get rid of the formal procedure of establishing the fact of living together without marriage by way of special proceedings.

The author also emphasizes the advisability of concluding a civil partnership agreement as an extrajudicial determination of the fact of living together without marriage, which will be an effective tool for protecting the rights of such persons. This Agreement will be a kind of civil law agreement, but with its inherent features, including the regulation of property and personal non-property rights (including the elimination of obstacles in the adoption of a child from an orphanage or an adult on an equal footing with the spouses).

National public authorities and relevant institutions need to maintain transparent statistics on the number of adopted children or adults and general data on adoptive parents, in order to prevent corruption, bureaucracy and understanding of the general state of affairs within the institution. However, one of the biggest problems in Ukraine so far is that practice is quite different from that prescribed by law.

As a result, the author has revealed an unjustified tendency of judicial practice to separate the statements on the establishment of the fact of living together without marriage and adoption of a child by such a couple, as a result of unreasonably delaying the decision of the case on the merits. We believe that in the case of adoption of a child by a man and a woman, it is advisable to combine their consideration in a single proceeding in a special proceeding. This is also justified in cases of adoption by the second partner living with the same family without marriage registration. Such changes should be enshrined in procedural legislation to facilitate the consideration of cases in this category.

Keywords: special procedure, adoption, a fact of legal significance, family, same-family living, civil partnership

Автором аналізуються окремі питання матеріального та процесуального права, що виникають у разі усиновлення чоловіком та жінкою, які проживають однією сім'єю без шлюбу. Досліджується зарубіжний досвід процедури усиновлення такими особами та запропоновано низку шляхів вирішення існуючих на сьогодні проблем.

Ключові слова: окреме провадження, усиновлення, факт, що має юридичне значення, сім'я, проживання однією сім'єю, цивільне партнерство.

Проблема сирітства – одна з найбільших в Україні в межах інституту сім'ї, саме тому, згідно з українським законодавством, усиновлення є пріоритетною формою влаштування дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, та повнолітньої особи, яка не має матері, батька або була позбавлена їхнього піклування, і провадиться в їх найвищих інтересах для забезпечення стабільних та гармонійних умов життя.

На сьогоднішній день можемо спостерігати ситуацію, коли чоловік та жінка, які проживають однією сім'єю без шлюбу, необґрунтовано піддаються обмеженням щодо низки соціальних прав, зокрема в праві на усиновлення ними дитини або повнолітньої особи. Окрім того, що процедура усиновлення такими особами досить формалізована, вони, перш за все, піддаються критиці через те, що не створюють належним чином сім'ю, а тому не мають повноцінного права на усиновлення на відміну від подружжя. Проте варто зазначити, що все частіше ми помічаємо тенденцію, коли не кожен

шлюб є гарантією довготривалих стосунків та показником стабільного життя. Застереження, що такі особи можуть у будь-який час припинити спільне проживання, не є достатнім аргументом проти надання їм права бути усиновлювачами.

Варто зазначити, що окрім «соціальних» проблем усиновлення такими особами дитини або повнолітньої особи, є низка процесуальних питань, що виникають при розгляді справ даної категорії та потребують детального вивчення.

Аналіз останніх досліджень. Питання щодо усиновлення такими особами дитини не були предметом окремого наукового дослідження. Проте в межах загального аналізу правового статусу чоловіка та жінки, які проживають однією сім'єю без шлюбу*, це питання розглядалося такими вченими, як: І. Апопій, В. Ватрас, М. Виборнова, О. Войнаровська, І. Жилінкова, Т. Кашперська, Л. Липець, М. Німак, А. Овчатова-Редько, З. Ромовська, Г. Чурпіта та ін.

Метою статті є дослідити окремі питання розгляду справ щодо усиновлення дитини чоловіком та жінкою, які проживають однією сім'єю без шлюбу, в порядку окремого провадження цивільного судочинства та запропонувати шляхи вирішення наявних проблем.

Виклад основного матеріалу. Юридична заінтересованість чоловіка та жінки, які проживають однією сім'єю без шлюбу, у встановленні факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу обґрунтована необхідністю: оформлення спадкових прав заявника; визнання права спільної сумісної власності між чоловіком та жінкою, які проживають однією сім'єю без шлюбу; врегулювання майнових відносин між собою; обґрунтування заяви про усиновлення ними дитини; визнання факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу третіми особами; інших потреб (отримання страхових та соціальних виплат тощо).

Для набуття вищезазначених прав їм необхідно встановити факт проживання однією сім'єю в порядку п. 5 ч. 1 ст. 315 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК). Встановлення зазначеного факту не обмежується лише вирішенням майнових питань (як прийнято вважати), а має на меті вирішити низку інших питань, які мають не менш важливе значення для таких осіб. Так, Б. В. Санін вважає, що метою встановлення такого факту може виступати вирішення питання щодо утримання, усиновлення та отримання спадщини [1, 127]. На жаль, сьогодні в Україні узагальнення судової практики здійснено лише щодо загального аналізу фактів, що мають юридичне значення без конкретизації кожного окремого факту. Разом з цим, проаналізувавши наявні судові рішення, можна зазначити, що найбільша кількість справ щодо встановлення даного факту стосується спадкування за законом в порядку четвертої черги та вирішення питання щодо розпорядження спільним майном [2].

Сімейний кодекс України (далі – СК) в ст. 213 наводить вичерпний перелік осіб, які мають переважне перед іншими право усиновити дитину. Крім зазначених осіб, переважне право на усиновлення дитини має подружжя [3]. В Україні є велика проблема, що на практиці дозвіл на усиновлення дитини отримують лише одружені пари.

Цікавим є й те, що Міністерство соціальної політики не публікує офіційних даних чи звітів щодо кількості усиновлених дітей або повнолітніх осіб за поточні роки, а також які саме особи (подружжя чи ні) їх адоптували**. У відповідь на інформаційний запит від 17.07.2018 № 364/0/142-18/376 Міністерство соціальної політики вказало: «Щодо кількості подружніх пар та осіб, які не перебувають в шлюбі, які усиновили дитину, ведення даної інформації не передбачено…станом на 30.06.2018 року (за оперативними даними) на обліку перебувають 1 717 кандидатів в усиновлювачі, з них: 1 379 – подружні пари, 338 – особи, які проживають однією сім'єю» [4].

Це не тільки підтверджує той факт, що чоловік та жінка, які проживають однією сім'єю без шлюбу, стикаються із додатковими перешкодами на шляху до усиновлення, а й те, що держава зі своєї сторони не належним чином веде контроль за процесом усиновлення і подальшою долею таких осіб.

Також не цілком зрозумілою та виправданою є заборона для іноземців, які не перебувають у шлюбі (крім випадків, коли іноземець є родичем дитини), а також особам без громадянства бути усиновлювачами дитини або повнолітньої особи.

На противагу цьому в Англії усиновити дитину можуть особи від 21 року, неодружені, які перебувають у цивільному партнерстві*** [5]. В Іспанії також передбачено право пар, які проживають разом, усиновити дитину. Пряма ж заборона щодо усиновлення передбачена для батька та матері, які були позбавлені опіки над дітьми, або осіб, позбавлених батьківського піклування чи опікунства [6].

Так чи інакше, деякі норми українського законодавства є доволі застарілими, адже не лише законодавство зарубіжних держав виділяється на тлі національного, а й світова практика вводить нові тенденції.

---

* Варто зазначити, що досить багато науковців оперують такими поняттями, як «фактичне подружжя», «цивільне подружжя», «цивільні партнери», «особи, які проживають однією сім'єю» тощо. Тут і надалі автор оперує поняттям, зазначеним в Цивільному процесуальному кодексі України.

** Лат. «*adoptatio*», від «*adopto*» – усиновлюю.

*** Передбачене законом, ідентичне до одруження співжиття одностатевих пар.

Відповідно до ч. 4 ст. 211 СК особи, які не перебувають у шлюбі між собою, не можуть усиновити одну і ту саму дитину. Проте, якщо такі особи проживають однією сім'єю, суд може ухвалити рішення про усиновлення ними дитини [3]. На сьогодні судова практика вирішує дане питання шляхом того, що спочатку такі особи встановлюють факт проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу в порядку окремого провадження, а потім із відповідним рішенням суду, яке набрало законної сили, йдуть знову до суду за усиновленням дитини.

У справах окремого провадження щодо встановлення фактів, що мають значення, предмет доказування має дворівневу структуру і складається з чітко регламентованих як процесуальним, так і матеріальним законом колом обставин. Зважаючи на те, що в порядку окремого провадження може бути встановлено низку фактів, які мають юридичне значення, предмет доказування у таких справах поділяють на загальний і спеціальний. Загальний предмет доказування формують обставини, які входять до предмета доказування в усіх справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення. Спеціальний предмет доказування є сукупністю тих обставин, які мають бути встановлені у кожній конкретній справі з урахуванням специфіки матеріально-правової природи відповідних правовідносин.

Так, предметом доказування у справах щодо встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу є обставини на підтвердження: спільного проживання; пов'язаності спільним побутом і наявності взаємних прав і обов'язків; відсутності зареєстрованого шлюбу як між собою, так і з будь-якою іншою особою кожного з партнерів. Як умовно обов'язкові, предметом доказування є строк спільного проживання, різностатевість осіб, які спільно проживають, публічність відносин, спільне виховання дітей тощо.

Предметом доказування у справах щодо усиновлення буде факт відсутності у цієї особи матері, батька або факт про те, що вона була позбавлена їх піклування в дитинстві; згода особи на усиновлення; спроможність забезпечувати дитину або повнолітню особу.

Вважаємо, що доцільно об'єднати в одному провадженні встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу та усиновлення дитини за однорідністю вимог. Якщо метою встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу є підтвердження правової підстави для ухвалення судового рішення про усиновлення дитини (ч. 4, 5 ст. 211 СК), то це доцільно розглядати як одне ціле. За аналогією із позовним провадженням відповідно до ст. 188 ЦПК в одній позовній заяві може бути об'єднано декілька вимог, пов'язаних між собою підставою виникнення або поданими доказами, основні та похідні вимоги. Похідною вимогою є вимога, задоволення якої залежить від задоволення іншої позовної вимоги (основної вимоги) [7]. Зазначене також є обґрунтованим і у випадках усиновлення другим із партнерів, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу.

За статистикою трапляються лише одиничні судові справи встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу з метою усиновлення. Ймовірніше за все це пов'язано із тим, що перевагу над усиновленням має все ж таки зареєстроване подружжя. Проте формальна відсутність шлюбу між жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, не може бути абсолютною перешкодою для усиновлення ними дитини. Застереження, що такі особи можуть у будь-який час припинити спільне проживання, не є достатнім аргументом проти надання їм права бути усиновлювачами, адже ніхто не може гарантувати, що подружжя, яке усиновило дитину, буде і надалі жити спільно. Так, у справі Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області від 5 березня 2015 року № 175/226/15-ц заявники звернулися із спільною заявою до суду, в якій просять ухвалити рішення про усиновлення ними дитини з центру соціально-психологічної реабілітації дітей «Віра, Надія, Любов» [8]. В цій справі таким особам було відмовлено в усиновленні ними дитини.

Варто також наголосити на недоліки в процесуальному законодавстві з приводу переліку документів на усиновлення чоловіком та жінкою без шлюбу. Так, в ст.311 ЦПК не зазначено про документи, які необхідно подати разом і заявою таким особам, зокрема рішення суду про встановлення факту проживання однією сім'єю без шлюбу. Це призведе до залишення заяви без руху, а разом з цим до затягування розгляду справи. Також варто вказати на недоліки в дотриманні термінології в ЦПК, де в главі про усиновлення вказано лише «усиновлення дитини», проте відповідно до сімейного законодавства усиновлення можливо також і щодо повнолітньої особи.

Варто зазначити, що, виходячи зі змісту ч. 2 ст. 3 СК, цілком можливо, що сімейне законодавство надало правові підстави для створення сім'ї чоловіком і жінкою, які проживають разом без реєстрації шлюбу. Проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу характеризується тими ж ознаками, що й сім'я в офіційно зареєстрованому шлюбі: вона, зокрема, виконує аналогічні функції (народження та виховання дітей, моральної та матеріальної підтримки, співпраці, ведення спільного господарства тощо).

Так, в Ісландії проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу має правові наслідки за умови, що учасниками таких відносин можуть бути виключно особи різної статі та які пройшли анкетування в Національному реєстрі. Через п'ять років після такої реєстрації передбачено право на

спільне усиновлення дитини, а у разі народження в такому союзі спільної дитини закон встановлює презумпцію батьківства. За «Законом про дітей» 2003 р. батьком дитини визнається чоловік, з яким мати дитини вважається або в шлюбі, або в зареєстрованому позашлюбного союзі («ovig simbi») [9]. Відповідно до ст. 2 «Закону про усиновлення» 1999 р. право на спільне усиновлення дитини у співмешканців виникає після закінчення п'яти років проживання, але за умови реєстрації їх партнерства в Національному реєстрі [9].

Як бачимо з вищезазначених положень, основною «гарантією» відносин таких осіб є спеціальний Договір про цивільне партнерство (далі – Договір). Так, він є досить дієвим інструментом для спрощення усиновлення дитини чоловіком та жінкою, які проживають однією сім'єю без шлюбу. Укладений такими особами Договір вважатиметься доказом існування сімейних відносин на умовах, ними обумовлених, дозволить гарантувати мінімальні соціальні права та гарантії таким особам, а також стане правовим інструментом визнання та захисту прав таких осіб, звільнить їх від необхідності звернення до суду за встановленням факту проживання однією сім'єю без шлюбу, зокрема для усиновлення. Основне призначення даного Договору буде публічне визнання проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, який спростить процедуру усиновлення такими особами без необхідності додатково встановлювати даний факт [10, 110].

Висновки. Виявлено необґрунтовану тенденцію судової практики щодо роз'єднання заяв про встановлення факту проживання однією сім'єю без шлюбу та усиновлення такою парою дитини, що в результаті є безпідставним затягуванням вирішення справи по суті. Вважаємо, що у випадку усиновлення дитини чоловіком та жінкою доцільно об'єднати їх розгляд в одне провадження в порядку окремого провадження. Зазначене також є обґрунтованим і у випадках усиновлення другим із партнерів, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу. Такі зміни необхідно закріпити в процесуальному законодавстві задля полегшення розгляду справ даної категорії.

Також варто наголосити на доцільності укладення Договору про цивільне партнерство в якості позасудового встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, який стане дієвим інструментом захисту прав таких осіб. Цей Договір буде різновидом цивільно-правового договору, проте з притаманними йому особливостями, в тому числі, регулювання майнових та особистих немайнових прав (в тому числі, усунення перешкод в усиновленні дитини з дитячого будинку або повнолітньої особи на рівних засадах із подружжям).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Санин Б. В. Установление фактических брачных отношений в порядке особого производства по законодательству России и Украины // Legea si viata. 2014. № 2. С. 126–129.

2. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/ (дата звернення: 20.08.2019).

3. Сімейний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 20.08.2019).

4. Хто та як може усиновити дитину? Гендер в деталях. URL: https://genderindetail.org.ua/spetsialni-rubriki/tekst-s-zagolovkom/hto-ta-yak-mozhe-usinoviti-ditinu-134695.html (дата звернення: 21.08.2019).

5. Child adoption. Gov.uk. URL: https://www.gov.uk/child-adoption (дата звернення: 21.08.2019).

6. Adoption child in Spain. iAbogado. URL: https://www.spainlawyer.com/legal-guide/adopting-a-child-in-spain/ (дата звернення: 21.08.2019).

7. Цивільний процесуальний кодекс України. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 20.08.2019).

8. Рішення Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області від 5 березня 2015 року № 175/226/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43212058 (дата звернення: 20.08.2019).

9. Чернокондратенко М. Е. Стабильные парные союзы и настоящие браки. Юстикон. URL: http://justicon.ua/press-tsentr/publikatsii/stabilnye-parnye-soyuzy-vs-nastoyashie-braki.html (дата звернення: 22.08.2019).

10. Круковес В. В. Договір про цивільне партнерство: досвід європейських країн та перспективи запровадження в Україні // Development and modernization of the legal systems of Eastern Europe: experience of Poland and prospects of Ukraine: Collective monograph. Lublin: Izdevnieciba «Baltija Publishing», 2017. Vol. 3. P. 100–115.

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНИХ ОЗНАК ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

УДК 347.948.2
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.12

Лопащук І. Д.,
аспірантка НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Lopaschuk I. Legal nature and characteristics of key signs expert conclusion in civil procedure law of Ukraine

The article provides a general analysis of the legal nature of such an institution as an expert's conclusion and its main characteristics. The essence of the expert's conclusion has long been a debatable issue that has generated a variety of theoretical approaches to understanding this institution. Its legal nature was highlighted from three main positions, namely: expert opinion as 1) an evidence, 2) a source of evidence, 3) a means of proof. Along with main theories, there were also those that emphasized the dual nature of the expert's conclusion, such as a source of evidence and a means of proof, a means of proof and proof.

Now, Part 2 of Art. 76 Code of Civil Procedure of Ukraine indicates: evidence is established by such means: 1) written, physical and electronic evidence; 2) conclusions of experts; 3) testimony. Thus, the legislator clearly defined the belonging of the expert's conclusion to the institute of law as a means of proof.

At the same time, the article indicates one of the main signs of the expert's conclusion that distinguishes it from other means of proof and evidence in general.

Keywords: prooving, proof, source of evidence, means of proof.

Сучасна правова система України знаходиться в стані перебудови, що не може не вплинути на розвиток науки та цивільного законодавства, саме тому у статті розглядаються актуальні питання правової природи висновку експерта у цивільному процесуальному праві України та виокремлюються основні його риси, які відокремлюють його як засобу доказування від доказів та джерел доказів.

Ключові слова: доказування, доказ, джерело доказів, засіб доказування.

Доказування є центральним інститутом цивільного процесуального права, яке слугує підґрунтям для всебічного, повного вирішення судової справи та об'єктивного встановлення всіх її обставин.

Доказування передбачає збирання, перевірку та оцінку доказів, що стосуються предмета спору.

В свою чергу, відповідно до ч. 1 ст. 76 Цивільного процесуального кодексу України (Редакція від 04.11.2018), що кореспондується з ч. 1 ст. 57 Цивільного процесуального кодексу України (Редакція від 06.11.2014), доказами є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інші обставини, які мають значення для вирішення справи.

Таким чином, вищевказане визначення не забезпечує повного розуміння того, які категорії можуть бути віднесені безпосередньо до доказів.

Саме тому до набрання чинності нової редакції Цивільного процесуального кодексу України від 04.11.2018 серед науковців спостерігалося розмаїття поглядів щодо сутності висновку експерта в цивільному процесуальному праві.

Так, у науковій літературі вирізняють три основні позиції. Такі учені, як: В. А. Притузова [13, с. 9, 24] визначають висновок експерта як доказ, О. Р. Шляхов [17, с. 124], Л. М. Карнєєва [5, с. 8], В. К. Лисиченко [9, с. 91; 10, с. 30], Н. І. Клименко [6, с. 92] наголошують, що він є джерелом доказів, а такі, як: О. М. Зінін [4, с. 172], О. Р. Росінська [14, с. 268], М. М. Коршунов [8, с. 229], С. С. Бичкова [2, с. 123–125], Ж. В. Висильєва-Шаламова [3, с. 121–125], М. М. Чернова дотримуються думки, що висновок експерта є засобом доказування.

Окрім цього, у процесуальній доктрині існують підходи щодо уособлення у висновку експерта подвійної природи, такої як джерела доказів, так і засобу доказування. Така думка відображена у працях В. К. Лисеченка [10, с. 30], А. І. Трусова [18, с. 38–39]. Разом з тим, В. Д. Арсеньєв [1, с. 110], В. Г. Заболоцький, М. К. Трєушніков [19, с. 272, 283] одночасно вважають його засобом доказування і доказом, К. Н. Ковальов [7, с. 32], М. А. Чельцов [20, с. 167, 176] – джерелом доказів і доказом.

Наразі новий законодавець вивів одне з найбільш дискусійних питань, яке було тривалий час предметом жвавої полеміки, на рівень формальної визначеності. Тепер це чітко закріплено у ч. 2 ст. 76 ЦПК України, де зазначено: докази встановлюються такими засобами: 1) письмовими, речовими і електронними доказами; 2) висновками експертів; 3) показаннями свідків.

Цікавим є те, що в англійському та американському праві також виділяють три види засобів доказування: письмові та речові докази, а також показання свідків, а останні, в свою чергу, поділяються на підвиди: відповідно – показання свідків, пояснення сторін, висновки експертів [11, с. 192–276].

Однак для того аби зрозуміти, чому ж висновок експерта не може бути доказом або джерелом доказів та/або їх поєднанням, необхідно провести аналіз основних характеристик кожного з них.

Загальноприйнятими у вітчизняні науці вважаються такі ознаки доказів:

Докази (фактичні дані) – це об'єктивна, достовірна інформація про факти, що входять до предмета доказування.

– визначення доказів як базового поняття цивільного процесу;

– визначення доказів як єдиного можливого способу визначення суті правовідносин, що стали предметом спору.

Як зазначає Т. В. Сахнова, у науці цивільного процесуального права питання визначення поняття *докази* довгий час залишалось дискусійним, що призвело до формування трьох основних концепцій розуміння судових доказів [15, с. 228]: 1) докази – це тільки фактичні дані; 2) докази як поєднання фактичних даних (відомості про факти) і засобів доказування; 3) докази як фактичні дані (відомості про факти) і засоби доказування [15, с. 228].

Джерело фактичних даних – це таке джерело інформації, з якого може започаткуватись доказова інформація (фактичні дані). Однак джерело не завжди здатне переносити інформацію через нетривалість свого існування. Тому формою змісту доказів (фактичних даних) є процесуальні носії. Ними є об'єкти, які є засобом фіксації, зберігання та переносу доказової інформації в просторі і часі й одночасно виступати джерелом доказової інформації для суб'єктів процесу.

Разом з тим висновок експерта є результатом застосування спеціальних знань спеціального суб'єкта – судового експерта цивільного процесуального права. Спеціальні знання не мають загальновідомого, загальнодоступного, тобто масового за охопленням характеру [12, с. 644].

Судовий експерт має фахові знання та спеціалізовану освіченість у певній сфері, наприклад: медицині, інженерії, в земельній і т.д., однак його вирізняє від інших спеціалістів той факт, що його знання і досвід можуть використовуватись у точно встановлених законом формах і межах.

Влучно зазначає В. А. Притузова: наявність цих спеціальних знань – є обов'язковою умовою щодо осіб, які залучаються у якості експертів. Всі інші особи, свідчення яких є джерелами доказів, можуть не мати спеціальних пізнань [13, с. 21].

Висновок експерта – це не загальне дослідження явищ, воно не може бути довільним, в розумінні інформації. Висновок містить відповіді на конкретно поставлені питання судовому експерту з метою дослідження тих фактів, які мають значення для судової справи.

Не можна погодитися з думкою Ж. В. Васильєвої-Шаламової [16, с. 135–136], що інформація, що міститься у висновку, отримується вже після відкриття провадження у справі (адже судовою експертизою є лише таке експертне дослідження, яке призначається під час судового провадження), тоді як інші джерела доказової інформації вказують на факти, які були ще до виникнення процесу. Дійсно, шляхом проведення судової експертизи досліджуються факти, які мали місце до відкриття провадження у справі, однак сам висновок експерта можливо отримати і до початку судового розгляду, якщо його отримання було ініційоване учасником справи [13, с.135–136].

На підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що висновок експерта як засіб доказування – це чітко визначений процесуальним законом спосіб встановлення будь-яких фактичних даних, які для суду є доказами. Правова природа висновку експерта у цивільному судочинстві визначена безпосередньо цивільним процесуальним кодексом України, де зазначено, що останній є засобом доказування разом із письмовими, речовими і електронними доказами та показаннями свідків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Арсеньев В. Д., Заболоцкий В. Г. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. Красноярск: Издательство Красноярского университета, 1986. С. 152.

2. Бичкова С. С. Експертиза в цивільному процесі України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. К., 2003. 176 с.

3. Висильєва-Шаламова Ж. В. Судова експертиза в цивільному процесі: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2009. 212 арк. Бібліогр.: арк. 192–211.

4. Зинин А. М. Судебная экспертиза: учебник М.: Юрайт: Право и закон, 2002. 318 с.

5. Карнеева Л. М., Кертэс И. Источники доказательств. Будапешт: «Кезгаздашаги эш Йоги», М.: Юрид. лит., 1985. С. 8.

6. Клименко Н. И. Гарантии достоверности заключения эксперта // Современные проблемы судебной экспертизы и пути повышения эффективности деятельности судебно-экспертных учреждений в борьбе с преступностью: тезисы докладов республиканской научной конференции. К.: М-во юстиции УССР, Киев и Харьков. НИИСЭ, Одес. НИЛСЭ, 1983. С. 92.

7. Ковалев К. Н. Оформление заключения экспрета-почерковеда (к вопросу о его совершенствовании) // Сучасні проблеми судово-почеркознавчої експертизи та шляхи її вдосконалення. Тези доповідей навчально-методичного семінару. К., 2002. С. 376.
8. Коршунов Н. М. Гражданский процесс: учеб. для вузов. М.: Норма, 2006. 848 с.
9. Лисиченко В. К., Циркаль В. В. Использование специальных знаний в следственной и судебной практике. К.: КГУ, 1987. С. 134.
10. Лисиченко В. К. Особенности проверки и оценки заключений экспертизы. Межведомственный научно-методический сборник. К.: Издательство при Киевском государственном университете издательского объединения «Вища школа», 1982. Вып. 24. С. 30.
11. Научно-практический комментарий УПК ЗСФСЗ/ под ред. В. А. Болдырева. М.: Юридическая литература, 1963. 796 с.
12. Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть: учебник. 3-е изд., перераб. М.: Норма, ИНФРА-М, 2013. 704 с.
13.Притузова В. А. Оценка заключения криминалистической экспертизы вышестоящим судом. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1960. 38 с.
14. Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М.: Норма 2005. 656 с.
15. Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основы. М.: «Волтерс Клувер», 2008. С. 228.
16. Судова експертиза в цивільному процесі: дис.. канд.. юрид. наук: 12.00.03. Київ. Нац.. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2009. 212 арк. Бібліогр.: арк. 211 с.
17. Шляхов А. Р. Судебная экспертиза: организация и проведение. М.: Юридическая литература, 1979. С. 168.
18. Трусов А. И. Основы теории судебных доказательств. М.: Госюриздат, 1960. С. 176.
19. Треушников М. К. Судебные доказательства. М.: Городец, 1997. С. 320.
20. Чельцов М. А. Советский уголовный процесс. М.: Госюриздат, 1951. С. 624.

МЕТОДОЛОГІЯ ВИРІШЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО СПОРУ СУДОМ: ПРАВОРОЗУМІННЯ, АЛГОРИТМ ВИРІШЕННЯ, ПОНЯТТЯ ТА ЕЛЕМЕНТИ

УДК 347.98
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.13

Майданик Н. Р.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Maidanyk N. Methodology for resolving a corporate dispute by a court: understanding of law, solution algorithm, concept and elements.
The article is devoted to the research on the methodology of corporate dispute resolution by the court, the problematic issues of formation of scientific provisions on the methodology of corporate dispute resolution by the court. An understanding of the liberal-type right as a worldview component of the corporate dispute resolution methodology is revealed. The characteristic of transformation of spheres of domestic public law into a liberal type of law based on the ideology of human-centrism is given. The essence of the concept of «jurisprudence of interests and values» is investigated in the article. The concept of a methodology for resolving a corporate dispute by a court is formulated. The concept of «completion / development of law» by courts as a worldview component of corporate dispute resolution methodology has been investigated. The tendency to accelerate formation of legal methodology of liberal type is revealed. The methodological algorithm for the resolution of corporate disputes by the court is determined. The methodological significance of the concept and elements of corporate conflict in the context of identification and correlation of interests in accordance to the concept of «liberal jurisprudence of interests and values» is substantiated. An understanding of corporate conflict in a narrow and broad sense has been formed, the application of the concept of law «completion / development» by a court in resolving a corporate dispute.

Key words: understanding of liberal law, corporate dispute, human-centrism, jurisprudence of interests and values, judicial completion/development of law, algorithm, concepts and elements of corporate dispute resolution.

Статтю присвячено дослідженню методології вирішення корпоративного спору судом, проблемних питань формування наукових положень про методологію вирішення корпоративних спорів судом. Розкрито розуміння права ліберального типу як світоглядної складової методології вирішення корпоративних спорів судом. Надано характеристику перетворення сфер вітчизняного публічного права в ліберального типу право на основі ідеології людиноцентризму. Досліджено сутність концепції «юриспруденції інтересів і цінностей». Сформульовано поняття методології вирішення корпоративного спору судом. Досліджено концепцію «добудови/розвитку права» судами як світоглядної складової методології вирішення корпоративних спорів. Виявлено тенденцію до пришвидшеного формування юридичної методології ліберального типу. Визначено методологічний алгоритм вирішення корпоративних спорів судом. Обґрунтовано методологічне значення поняття та елементів корпоративного конфлікту в контексті виявлення і співвідношення інтересів відповідно до концепції «ліберальної юриспруденції інтересів і цінностей». Сформовано розуміння корпоративного конфлікту у вузькому та широкому розумінні, застосування концепції «добудови/розвитку» права судом під час вирішення корпоративного спору.

Ключові слова: розуміння права ліберального типу, корпоративний спір, людиноцентризм, юриспруденція інтересів і цінностей, добудова/розвиток права судом, алгоритм, поняття та елементи вирішення корпоративного спору

У вітчизняному праві актуальними є питання формування науково обґрунтованих положень про методологію вирішення корпоративних спорів судом. Відсутність системної концепції і чітких правил юридичної методології зумовлюють низку недоліків судової практики з вирішення корпоративних, інших приватноправових спорів, що нерідко спричинює ухвалення необґрунтованих чи помилкових судових рішень.

Доктриною права питання юридичної методології вирішення корпоративних спорів судом системно не розглядаються та є предметом наукових досліджень, які присвячено загальним положенням методології вирішення цивільного спору судом (питанням щодо поняття юридичної методології вирішення цивільного спору судом тощо),[1] або окремим питанням методології вирішення корпоративних спорів, що ускладнює можливість їх використання в науковій та практичній діяльності[2].

Зазначене зумовлює необхідність висвітлення методології вирішення корпоративних спорів судом, зокрема поняття та основних концепцій (теорій) методології вирішення зазначеної категорії спорів судом.

1. Розуміння права ліберального типу як світоглядна складова методології вирішення корпоративних спорів судом

Методологія вирішення будь-якого судового спору, у тому числі корпоративного, є системою принципів і методів пізнання права, його закономірностей, використання і правил під час розгляду конкретного корпоративного, які визначають змістовність та істинність отриманих результатів[3] – основних і допоміжних висновків суду, інших одержаних результатів судового провадження.

Методологія вирішення корпоративних спорів судом прямо та опосередковано знаходить відображення в положеннях вітчизняного законодавства про завдання та основні засади цивільного та господарського судочинства, способах захисту судом, порядок здійснення судочинства під час вирішення корпоративних спорів.

---

[1] *Курзински-Сингер Е.* Юриспруденция ценностей как основа методики немецкого права // Актуальные проблемы высшей школы. Научные труды «Эдилет». 2011. № 1 (35). С. 87–94; *Майданик Р. А.* Ліберальне вчення про судове тлумачення норм права України (крізь призму «добудови» права) // Право України. 2016. № 7. С. 69–78; *Майданик Р. А.* Вчення про методологію приватного (цивільного) права України. Загальні положення // Право України. 2019. № 1. С. 58–74; *Майданик Н. Р.* Загальні положення методології вирішення цивільного спору судом // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 19, 2019 р. / Ред. кол.: 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.). С. 38–42; *Погребняк С. П.* Роль основоположних принципів у застосуванні права // Проблеми філософії права. 2008–2009. Том VI–VII. С. 124–134.

[2] *Зайнуллин С. Б.* Методологические проблемы разрешения корпоративных конфликтов // Интернет-журнал «Науковедение» Том 8, № 2 (2016). URL: http:// naukovedenie.ru/PDF/139EVN216.pdf (доступ свободный). Заг. с экрана. яз . рус., англ. DOI: 10.15862/139EVN216; *Майданик Р. А., Майданик Н. Р.* Питання методології корпоративного спору // Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу [текст]: Збірник наукових праць за матеріалами XVII Міжнародної науково-практичної конференції (27–28 вересня 2019 року, м. Івано-Франківськ) / НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України; за ред. док. юрид. наук, акад. НАПрН України В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2019. (293 с.). С. 149–152; *Мельник Р. С.* Концепція людиноцентризму у сучасній доктрині адміністративного права / Р. С. Мельник // Право України. 2015. № 10. С. 157–165.

[3] *Майданик Р. А.* Вчення про методологію приватного (цивільного) права України. Загальні положення // Право України. 2019. № 1. С. 58–59.

Світоглядна складова методології вирішення будь-якого судового спору, в тому числі корпоративного, визначається переважаючим у національному законодавстві розумінням права.

В умовах європеїзації та глобалізації спостерігається тенденція до формування у вітчизняному праві юридичної методології ліберального типу, що відображає ідеї широкого і динамічного розуміння права як системи норм «державного» і «недержавного» права, які застосовуються на основі концепцій, за допомогою яких реалізується принцип верховенства права.

На сучасному етапі вітчизняне право є правом «транзитного» («перехідного») типу, яке не має універсального, всеохоплюючого розуміння права, одночасно поєднуючи елементи нормативного позитивізму та правового лібералізму.

Правознавством у сфері публічного та приватного права сформульовано різні ідеології (теорії, концепції) сучасного вітчизняного розуміння права, кожна з яких відображає особливості відповідної галузі (сфери) права і не завжди є придатною для вітчизняного права загалом.

Це знайшло відображення в обґрунтуванні доктриною публічного та приватного права концепцій «людиноцентризму», «юриспруденції раціональних інтересів і цінностей» та «динамічного тлумачення норм права і правочинів», що виступають сполучними ланками між принципом верховенства права та його реалізацією на практиці.

2. Людиноцентризм як світоглядна складова методології вирішення корпоративних спорів

На сучасному етапі всі сфери вітчизняного публічного права характеризує тенденція його перетворення в ліберального типу право на основі ідеології людиноцентризму або «людино-орієнтованої» ідеології. Людиноцентризм передбачає обов'язок держави перед громадянином – це обов'язок слуги перед господарем[4]; держава повинна виступати слугою інтересів громадян, тобто діяти заради і в ім'я приватних осіб через усебічне забезпечення пріоритету їх прав, свобод та інтересів[5] у публічній та приватній сферах. Згідно з цією ідеологією особа в державі має піднятися до рівня автономної особистості, а адміністративна (поліцейська) опіка має місцем суспільному служінню[6].

Держава, будучи створеною людьми, має слугувати виключно цілям індивідуума. Лише тією мірою, що дозволена цілями індивідуума, може відбуватися обмеження прав людини. При цьому таке обмеження має спрямовуватися виключно на максимальне забезпечення схоронності тих прав і свобод, які не було порушено вторгненням держави[7].

Вважається, що людиноцентризм – це не лише вимога, звернута до держави щодо «служіння» особистості, – це ще й безумовний обов'язок держави реалізовувати це завдання в терміни і спосіб, які визначені Конституцією України та законами України[8].

Дискусійним є питання щодо правових підстав зазначеної концепції і права загалом. Прихильники нормативного підходу зазначають, що основою для концепції людиноцентризму є права та свободи людини і громадянина. Без їх закріплення на нормативному та вивчення на доктринальному рівні людиноцентризм залишається лише зручним гаслом «псевдоборців» за ідеї демократії та правової державності.

Зазначена вище позиція загалом є слушною, однак потребує уточнення в частині широкого розуміння нормативності і правових норм, згідно з яким допустимим є існування правових норм «державного» і «наддержавного» рівнів. В останньому випадку йдеться про норми права, які виникають поза межами актів законодавства, до яких відносяться загальновизнані принципи та норми міжнародного права, квазі-норми юридично обов'язкових рішень судів, рекомендаційного характеру акти «м'якого права», локальні правові акти, цивільно-правові договори як джерела права.

3. «Юриспруденція інтересів і цінностей» як світоглядна складова методології вирішення корпоративних спорів

Методологія приватного (цивільного) права відображає специфіку суб'єктивних цивільних прав та інтересів, їх співвідношення з публічними правами та інтересами, що зумовлює формування в

---

[4] *Мельник Р. С.* Адміністративне право і процес: теорія та практика правозастосування: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. (212 с.). С. 26.

[5] *Мельник Р. С.* Концепція людиноцентризму у сучасній доктрині адміністративного права. Право України. 2015. № 10. С. 157–165; *Аверьянов В. Б.* Обновление украинской административно-правовой доктрины на основе принципа верховенства права. Часопис Київського університету права. 2008. № 3. С. 9–14.

[6] *Елистратов А. И.* Основные начала административного права. Издание Г. А. Лемана. М., 1914. С. 18; *Мельник Р. С.* Адміністративне право і процес: теорія та практика правозастосування: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. (212 с.). С. 23.

[7] *Georg Ellinek.* System der subjektiven oeffentlichen Rechte. – Freiburg im Breisgau, 1892. S. 90; *Мельник Р. С.* Адміністративне право і процес: теорія та практика правозастосування: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. (212 с.). С. 23.

[8] *Мельник Р. С.* Адміністративне право і процес: теорія та практика правозастосування: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. (212 с.). С. 25.

правознавстві теорій розуміння приватного права, які відображають особливості застосування або й наявність невідомих публічним правам методів, принципів і правових конструкцій.

Сучасну методологію приватного (цивільного) права ліберального типу визначають кілька інтегральних концепцій розуміння права, до яких може бути віднесено юридичний раціоналізм та юриспруденцію цінностей та інтересів.

Концепція юридичного раціоналізму визнає правом не стільки формально закріплену в законі «мертву» норму, скільки творення права внаслідок застосування права уповноваженими державними органами і приватними особами. Методологія юридичного раціоналізму заснована на системному аналізі суспільних відносин з урахуванням всіх істотних для права соціальних регуляторів (економіка, етика, релігія тощо)[9].

Концепція «юриспруденції інтересів і цінностей» ґрунтується на пандектному вченні (пандектистика; лат. pandectaes – всеохоплююче), що розглядає право як продуману, логічно несуперечливу систему загальних категорій і правил, чітких юридичних конструкцій. Вони охороняють захищувані законом інтереси і покладених в його основу цінностей, що втілюються в конкретних нормах права, створюваних і застосовуваних на основі логічного (догматичного) і діалектичного узагальнення та систематизації джерел права, які вміщують (охоплюють) всі правові явища вітчизняного правопорядку.

Сутність «юриспруденції цінностей та інтересів», запропонована свого часу Філіпом Хеком,[10] полягає в тому, що замість отримання результату шляхом логічного тлумачення понять норма закону розглядається як розумне і цілеспрямоване вирішення законодавцем певного конфлікту інтересів.

Завдяки цьому підходу увага суб'єкта застосування права переключається з тексту закону на переслідувані законом цілі і захищувані інтереси, а також на ті ціннісні масштаби, які покладено в його основу.

Юриспруденція інтересів і цінностей ґрунтується на тезі про те, що основу кожної юридичної проблеми становить конфлікт інтересів. Суд повинен розпізнавати захищувані законом інтереси і керуватися ними при застосуванні норм законодавства і вирішенні спору.

Вирішення юридичного спору передбачає застосування права і вирішення конфліктної ситуації на підставі встановленого в законі балансу інтересів і відображеної в законодавстві системи цінностей.

На виявлення встановленого в законі балансу інтересів направлено, зокрема, телеологічне тлумачення, згідно з яким при тлумаченні норм суб'єкт застосування права повинен враховувати цілі закону, оскільки вони відображають систему цінностей, покладену в основу правопорядку, яка знайшла своє відображення в законодавстві[11].

За відсутності норми права, покликаної вирішити існуючий конфлікт інтересів, для визначення мети закону, якому з інтересів необхідно надати перевагу, застосовується аналогія в праві та принципи права.

Система захищуваних законом інтересів визначається суб'єктивними правами, свободами та інтересами, які охороняються Конституцією України, іншими законами.

Система цінностей права України визначається з урахуванням її міжнародних зобов'язань, перш за все, визначених Угодою про асоціацію між ЄС та Україною від 29 травня 2014 року[12] (далі – Угода про асоціацію), яка зобов'язує поступово посилювати взаємодію Сторін, засновану на спільних цінностях, верховенстві права і принципах вільної ринкової економіки.

Виконання передбачених Угодою про асоціацію зобов'язань України про поступову інтеграцію в ЄС зумовлює необхідність створення в країні економічних, політичних і правових умов відповідності так званим Копенгагенським критеріям вступу країн до ЄС, що передбачають формальні критерії визначення готовності країни-заявника ініціювати переговори про офіційне членство[13].

Копенгагенські критерії вступу країн до ЄС, які були прийняті в червні 1993 року на засіданні Європейської Ради в Копенгагені і підтверджені в грудні 1985 року на засіданні Європейської Ради в Мадриді, знайшли відображення в статтях 2 і 49 Договору про ЄС (Лісабонська угода).

Стаття 2 Договору про ЄС визначає, що ЄС засновано на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права і поваги до прав людини, включаючи права осіб, які

---

[9] *Майданик Р. А.* Вчення про методологію приватного (цивільного) права України. Загальні положення // Право України. 2019. № 1. С. (58–74). С. 58.

[10] *Heck*. Gesetzesauslegung und Interessensjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1, 17; *Курзински-Сингер Е.* Юриспруденция ценностей как основа методики немецкого права // Актуальные проблемы высшей школы. Научные труды «Эдилет». 2011. № 1 (35). С. 87–94.

[11] *Курзински-Сингер Е.* Юриспруденция ценностей как основа методики немецкого права // Актуальные проблемы высшей школы. Научные труды «Эдилет». 2011. № 1 (35). С. 87–94.

[12] *Association* Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, OJ 2014 L 161/3 of 29 May 2014.

[13] *European* Council in Copenhagen 21–22 June 1993, Conclusion of the Presidency (sub «Relations with the Countries of Central and Eastern Europe»), available at URL: https://www.consilium.europa.eu/media/21225/72921.pdf (дата звернення: 20.08.2019).

належать до національних меншин. Ці цінності є спільними для країн-учасниць у суспільстві, в якому превалюють плюралізм, недискримінація, толерантність, справедливість, солідарність і рівність жінок і чоловіків. Стаття 49 Договору про ЄС передбачає, що будь-яка європейська країна, яка поважає зазначені вище цінності і зобов'язується підтримувати їх, може розраховувати на членство в ЄС … . Умови прийнятності, погоджені Європейською комісією, повинні бути враховані.

Відповідно до Копенгагенських критеріїв закріплену у законодавстві систему цінностей вітчизняного права мають визначати основоположні політичні, економічні та екологічні цінності, які включають у себе:

а) стабільність інститутів, що гарантують демократію, верховенство права, повагу до прав людини, повагу і захист національних меншин (політичні цінності);

б) наявність дієвої економіки і здатність витримувати конкурентний тиск від інших країн–учасниць ЄС і дію ринкових сил в умовах глобалізації (економічні цінності);

в) здатність України взяти на себе зобов'язання з делегування частини суверенних повноважень, що випливають із асоціації/членства з/в ЄС, включаючи суворе дотримання цілей політичного, економічного, валютного союзу (екологічні цінності)[14]. Оцінювання політичного, економічного та правового мислення поза Копенгагенськими критеріями проводиться за допомогою методу аналізу витрат і вигод[15].

Проведений аналіз свідчить, що вирішення корпоративних, інших спорів судом передбачає застосування і тлумачення не просто тексту законів, а передбачених ними правових норм у поєднанні із зазначеними вище правовими цінностями, які знаходяться в основі цих норм, а також з урахуванням методологічних правил [їх виявлення та оцінювання], які випливають із Конституції України, інших законів і міжнародних зобов'язань України, зокрема передбачених Угодою про асоціацію.

Основне методологічне правило та юридичне значення цінностей вітчизняного права полягає в їх застосуванні під час вирішення корпоративних, інших спорів судом як загального мірила і межі застосування і тлумачення правових норм закону. Застосування і тлумачення передбачених правовою нормою положень і понять проводиться з урахуванням понять та рівнів (ієрархічної цінності) відповідної правової цінності.

4. Концепція «добудови/розвитку права» судами як світоглядна складова методології вирішення корпоративних спорів

Методологічну основу ліберального розуміння права становить принцип верховенства права, одним із механізмів якого є концепція «добудови/розвитку» права» судами. Ця концепція визначає умови та порядок «динамічного» тлумачення норм права шляхом уточнення, доповнення чи виправлення закону судом з метою пристосування норм права до життєвих обставин, які мають місце в суспільстві.

Концепція «добудови/розвитку права» судами ґрунтується на ідеї про наявність компетенції судів уточнювати та доповнювати суперечливі або явно несправедливі норми права відповідно до вимог положень закону або всупереч несправедливого закону.

При цьому під законом розуміється не проста сума оприлюднених законодавчих текстів, а норми закону в поєднанні з цілями і загальними принципами права, які лежать в основі цих норм, а також із урахуванням методологічних правил[16].

Під час практичного застосування права воля законодавця зв'язує суд, він має її ретельно дотримуватися, але не може нею обмежуватися[17]. Тому на органи, що здійснюють судочинство, зазвичай, покладають ще одне завдання: добудовувати право за допомогою тлумачення та суддівського права (вказану діяльність також нерідко іменують пошуком права,[18] його розвитком або судовою правотворчістю)[19].

---

[14] *Щодо огляду* дій Комісії ЄС з імплементації Копенгагенських критеріїв. Див.: EU Commission, Communication on the Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014, Brussels 16 October 2013, COM(2013) 700 final, available at. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2013/package/strategy_paper_2013_en.pdf (дата звернення: 22.08.2019).

[15] *Rainer Kulms.* (Private) Law in Transition. The Acquis Communautaire as a Challenge for East European Lawmakers // Ukrainian Private Law and European Area of Justice. Edited by Eugenia Kurzynsky-Singer and Rainer Kulms. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Hamburg. Mohr Siebeck Tübingen. 2019. (P. 285–307). P. 289.

[16] *Быдлински Ф.* Основные положения учения о юридическом методе. Часть третья: Пер. с нем. // Вестник гражданского права. 2007. № 1. Т. 7. (С. 240–271). С. 250; *Погребняк С. П.* Роль основоположних принципів у застосуванні права // Проблеми філософії права. 2008–2009. Том VI–VII. (С. 124–134). С. 124.

[17] *Гредескул Н. А.* К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Социально-юридическое исследование. Харьков: Тип. Адольфа Дарре, 1900. (235 с.). С. 147.

[18] *Козюбра М.* Доповідь на міжнародному семінарі «Юридична методологія – основа гармонізації законодавства України до законодавства ЄС» // Український правовий часопис. 2004. № 6 (11). (С. 22–24.). С. 22.

[19] *Шапп Я.* Система германского гражданского права: Пер. с нем. М.: Международные отношения, 2006. 360 с.). С. 29–30; *Вильнянский С. И.* Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды Всесоюз. ин-та юрид. наук Мин-ва юстиции СССР. М.: Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1947. Выпуск IX. (С. 239–290). С. 270–282.

У вітчизняній юридичній науці зазначається, що це завдання може бути виправдане, виходячи з обов'язку суду щодо забезпечення дії принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України), яке не є тотожним з обов'язком підкорення законові. Отже, суд уповноважений здійснювати пошук права за межами буквального змісту закону[20].

У цьому контексті суддівська гілка влади покликана виконувати особливе завдання, яке полягає в тому, щоб у процесі застосування і тлумачення права відтворити у своїх рішеннях ті уявлення про загальносуспільні цінності, які інтегровані в конституційно-правову систему, але не знайшли або знайшли неповною мірою своє вираження в текстах писаних законів. При цьому суддя повинен утримуватися від свавілля; його рішення має базуватися на раціональному аргументуванні»[21].

Згідно з концепцією «добудови/розвитку» права діяльність суду з тлумачення права передбачає його обов'язок встановлювати «волю законодавця», при цьому не історичного (статична функція у діяльності суду з тлумачення права), а шляхом пристосування на практиці законодавства до життєвих перетворень, що відбуваються у суспільстві (динамічна тенденція у діяльності суду з тлумачення права).

Зазначена концепція ґрунтується на ідеї про те, що закон не є єдиною підставою для прийняття рішення і що адаптація тексту закону до потреб часу є необхідною шляхом його тлумачення. Ці положення стали базисом сучасної теорії динамічного тлумачення і розуміння права як живого інструменту, який має змінюватися відповідно до вимог часу[22].

Суддя повинен володіти знаннями про способи та прийоми тлумачення і мотивування судових рішень, без чого неможливо вирішити правовий конфлікт. І цей рівень знань має бути достатнім як з точки зору практичної, так і методологічної необхідності для здійснення правосуддя, що передбачає істинне пізнання як букви закону, так і духу права[23].

Концепція «добудови/розвитку права» судами відображає сформоване в правовій доктрині ліберальне вчення про тлумачення норм права і судової практики щодо застосування принципів права як підстави виходу за буквальний зміст норми права з метою застосування духу закону для недопущення несправедливості, яка виникає внаслідок буквального тлумачення норми закону і відмови від буквального тлумачення закону для недопущення явної несправедливості[24].

Останнім часом спостерігається тенденція до ухвалення Верховним Судом (далі – ВС) правових позицій, що передбачають застосування принципу справедливості, добросовісності і розумності, як підстави доповнення норми закону і зміни усталеної судової практики в корпоративних спорах.

Як приклад, може бути наведена позиція ВС, який, ґрунтуючись на принципі справедливості, добросовісності й розумності, відійшов від раніше сформованої Верховним Судом України практики, відповідно до якої підписання усіма учасниками ТОВ нової редакції статуту без зауважень та заперечень тлумачилося як «автоматичне» надання згоди на внесення до нього будь-яких змін, включаючи ті, що окремо не обговорювалися та не вирішувалися на загальних зборах учасників ТОВ.

Касаційний господарський суд Верховного Суду (далі – КГС ВС) зазначив, що до статуту ТОВ можуть бути внесені лише ті зміни, питання про внесення яких було предметом обговорення та вирішувалося на загальних зборах учасників ТОВ. Зазначена позиція була відображена КГС ВС у постанові від 19 лютого 2019 року у справі № 924/156/18[25].

На думку суду, для справедливого розгляду справи важливо дослідити наявність волевиявлення учасників ТОВ щодо внесення конкретних змін до статуту. Свою позицію КГС ВС обґрунтував таким чином: «Зазначення у протоколі загальних зборів господарського товариства про прийняття рішення щодо затвердження статуту товариства в новій редакції саме у зв'язку зі змінами складу учасників не може свідчити про усвідомлення учасниками товариства суті інших змін до статуту товариства, які запропоновано розглянути на загальних зборах учасників, а отже, і про наявність їх волевиявлення на прийняття рішення щодо внесення інших змін до статуту товариства». До того ж, КГС ВС наголосив, що суди попередніх інстанцій не з'ясували, чи була надана можливість ознайомитися з проектом статуту ТОВ усім учасникам, які приймали рішення про викладення статуту в новій редакції, до проведення загальних зборів учасників ТОВ.

---

[20] *Погребняк С. П.* Роль основоположних принципів у застосуванні права // Проблеми філософії права. 2008–2009. Том VI–VII. (С. 124–134). С. 124.

[21] *Рішення* Конституційного Суду ФРН // BVerfGE 34, 269, 287; *Погребняк С. П.* Вказ. пр. С. 124.

[22] *Рішення* ЄСПЛ у справі Tyrer v. United Kingdom, 25 April 1978, par. 31, Series A no. 26; *Ватаманюк В.* Судове тлумачення як засіб пошуку права при розгляді конкретних справ // Юрист України. 2013. № 1 (22). (С. 25–35). С. 28–29.

[23] *Ватаманюк В.* Судове тлумачення як засіб пошуку права при розгляді конкретних справ // Юрист України. 2013. № 1 (22). (С. 25–35). С. 33; *Майданик Р. А.* Ліберальне вчення про судове тлумачення норм права України (крізь призму «добудови» права) // Право України. 2016. № 7. С. 69–78.

[24] *Майданик Р. А.* Ліберальне вчення про судове тлумачення норм права України (крізь призму «добудови» права) // Право України. 2016. № 7. (С. 69–78). С. 78.

[25] *Постанова* Касаційного господарського суду Верховного Суду від 19.02.2019 р. у справі № 924/156/18. URL: http://document.ua/pro-viznannja-nediisnimi-rishennja-zagalnih-zboriv-uchasniki-doc376685.html (дата звернення: 14.08.2019).

Зазначене рішення ВС є прикладом застосування концепції «добудови /розвитку права» судом під час вирішення корпоративного спору, що передбачає застосування і тлумачення правової норми всупереч закону відповідно до положень принципів права, зокрема принципу справедливості, правових цінностей і цілей права, та відповідає загальному розумінню права як норми закону, поєднаної з цілями і загальними принципами права, що лежать в основі цих норм та підлягають застосуванню з урахуванням методологічних правил.

5. «Ліберальна юриспруденція інтересів і цінностей» як всеохоплююча світоглядна складова методології права і вирішення корпоративних спорів

В сучасних умовах методологія вітчизняного права загалом має ґрунтуватися на концепції соціологічного розуміння права, якій кореспондують законодавчо сформульовані (перш за все, в Конституції України, ЦПК, ГПК і КАС України) механізми динамічного тлумачення норм права і розуміння права як інструменту «живого» права, згідно з яким норма права повинна застосовуватися і тлумачитися таким чином, щоб це відповідало реально існуючим суспільним відносинам на момент застосування норми права.

Існуючі в доктрині права теорії концепції розуміння права ліберального типу (людиноцентризму, юридичного раціоналізму та юриспруденції інтересів, «добудови»/ «розвитку» права судами тощо) відображають різні об'єкти та акценти єдиного та всеохоплюючого права. Зокрема, ідеологія людиноцентризму робить акцент на критеріях та межах обмежень державою прав приватних осіб; правовий раціоналізм – на соціологічному розумінні права, а юриспруденція інтересів – на балансі цінностей та інтересів; добудова (розвиток) права судами – на ідеї динамічного тлумачення і розуміння права як живого інструменту, який має змінюватися (уточнюватися) судом відповідно до вимог часу.

Кожна з теорій розуміння права ліберального типу надає перевагу певному сутнісному прояву права і доповнює загальне розуміння права як ліберального типу юриспруденції інтересів. Поєднання всіх проявів сутності права створює всеохоплююче розуміння права, що уможливлює створення універсальної, не обмеженої певною галуззю (сферою) права, ідеології розуміння права ліберального типу шляхом системного поєднання положень теорій ліберального типу у всеохоплюючу концепцію «ліберальної юриспруденції цінностей та інтересів», сутність якої визначає ідея пошуку розумного, або справедливого права шляхом забезпечення балансу інтересів учасників юридичного конфлікту на засадах верховенства права, гуманізму та раціональності, інших цінностей права ліберального типу.

Отже, вирішення корпоративних, інших спорів судом методологічно має визначатися ідеєю пошуку належного права, яке забезпечує баланс учасників корпоративного спору на засадах верховенства права, цінностей права, передбачених Конституцією, іншими законами та міжнародними зобов'язаннями України.

6. Алгоритм вирішення корпоративних спорів

Закономірності вирішення корпоративних спорів судом відображають об'єктивно існуючі і взаємно обумовлені інтереси, порушення яких підлягає судовому захисту і тягне за собою визначені правові наслідки.

Розуміння права ліберального типу зумовлює визначальну закономірність і методологічний алгоритм вирішення корпоративних спорів судом, яка полягає в розумінні корпоративного спору як конфлікту протилежних інтересів учасників корпоративного конфлікту, вирішення якого передбачає виявлення та врахування переслідуваних законом цілей і захищуваних інтересів, встановлення ціннісних масштабів, які покладено в основу закону, та балансу захищуваних інтересів згідно з правилами захисту порушеного суб'єктивного права та інтересу учасників спору з метою захисту суб'єктивних прав і свобод шляхом виявлення переслідуваних законом цілей і захищуваних інтересів, встановлення їх балансу, а також ціннісних масштабів, які покладено в основу закону.

7. Поняття та елементи корпоративних спорів

Визначення і тлумачення корпоративного права проводиться шляхом встановлення і співвідношення захищуваних законом інтересів учасників корпоративних відносин.

У зв'язку з цим методологічне значення мають поняття та елементи корпоративного конфлікту в контексті виявлення і співвідношення інтересів відповідно до концепції «ліберальної юриспруденції інтересів і цінностей».

У вузькому розумінні корпоративний конфлікт – розбіжність або спір між керівниками (органами управління) товариства та його учасником, які виникли у зв'язку з участю акціонера (учасника) в товаристві, з питань належного виконання вимог корпоративного законодавства і внутрішніх документів товариства, або розбіжності чи спір між акціонерами (учасниками), якщо вони торкаються інтересів товариства, його акціонерів (учасників).

Необхідно розрізняти «конфлікти» і «спір». Загальновизнаним вважається, що спір – це той конфлікт, який знаходиться на розгляді в суді. Однак існує низка винятків із цього загального правила. У зв'язку з цим у правовій доктрині виділяються поняття досудового або позасудового врегулювання спорів, наприклад, трудових, виборчих, адміністративних тощо. Корпоративний спір може бути вирішений і позасудовим способом, зокрема, претензійним порядком, за допомогою медіаторів тощо.

Отже, конфлікт – це зіткнення сторін, міркувань, сил, а спір є розбіжністю сторін або конфлікт інтересів, який виражений у відстоюванні своєї позиції відповідними способами. Це означає, що корпоративний конфлікт є родовим поняттям, а корпоративний спір – видовим. Відтак, перша стадія розбіжності між суб'єктами господарювання – корпоративний конфлікт, а друга – корпоративний спір[26].

Корпоративний спір – це конфлікт, який знаходиться на розгляді в суді, між учасниками товариства, або між учасником (-ами) товариства і товариством, об'єктом якого є корпоративні правовідносини.

У власному розумінні поняття «корпоративний спір» має двоєдине смислове навантаження: прикметник «корпоративний» визначає суб'єктний склад спірних правовідносин, предмет та об'єкт спору; іменник «спір» вказує на процесуальний характер поняття.

За суб'єктним складом обов'язковим учасником корпоративного спору є будь-які підприємницькі товариства (господарські товариства і виробничі кооперативи), оскільки вони засновані на корпоративних засадах (принципах членства та участі в доходах). Не є товариствами (корпоративними юридичними особами) інші юридичні особи, які якісно відповідають одному чи двом із зазначених ознак корпоративних засад.

Об'єктами корпоративного спору є рішення зборів учасників, частки в статутному капіталі, акції, запис у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, майнові права, результати інтелектуальної діяльності тощо[27]. Отже, корпоративний конфлікт зазвичай є конфліктом внутрішніх елементів товариства.

У широкому (комплексному) розумінні корпоративний конфлікт – це поєднання внутрішнього та зовнішнього середовищ товариства, які розглядаються як взаємопов'язаний комплекс. До них пропонується відносити: зовнішнє середовище – споживачі, постачальники, конкуренти, партнери, заінтересовані особи, громадські організації, органи влади; внутрішнє середовище – учасники (міноритарні та мажоритарні, держава-учасник), керівництво-менеджмент товариства, органи управління, персонал товариства.

Кожен із зазначених суб'єктів корпоративного конфлікту як поєднання зовнішнього і внутрішнього середовища має різні інтереси, що необхідно враховувати під час вирішення корпоративного спору. Так, мажоритарні учасники мають за мету отримання дивідендів від прибутку і збільшення вартості належних їм акцій (часток, паїв). Вони можуть прагнути збільшити свій пакет акцій (часток, паїв) і відсторонити інших учасників від участі в розподілі прибутку.

Держава-учасник здійснює свої права через уповноважені державні органи (Фонд державного майна України тощо), мета – участь у розподілі прибутку, контроль за діяльністю товариства. За наявності блокуючої частки, може блокувати багато рішень, вводити своїх представників до спостережної ради і керівництва.

Менеджмент (керівники) товариства, куди входять керівники вищої і середньої ланок, а також персонал, який має експертну владу і має практично повний доступ до інформації – бухгалтера та юристи – мають за мету отримання стабільно високого доходу у вигляді заробітної плати, премії. Вони можуть мати мотив придбання акцій товариства для участі в розподілі прибутку, а також приховування частини прибутку від акціонерів. Методи – прийняття поточних рішень, виведення активів, обтяження заборгованістю.

Спостережна рада, зазвичай, складається з представників учасників і керівництва (менеджменту) та відстоює їх інтереси – але може мати також власну мету – отримання стабільно високого доходу у вигляді винагороди. Мотив і методи – аналогічні для менеджменту товариства. Отже, інтереси зазначених осіб спрямовані не лише на товариство, але й перетинаються між собою, зокрема з приводу розподілу прибутку товариства.

У цьому випадку існує взаємодія учасників і менеджменту з приводу розподілу прибутку – інтерес учасників полягає у виплаті дивідендів, інтерес менеджменту – у спрямуванні прибутку на розвиток товариства. З цими інтересами перетинаються інтереси держави в особі регуляторів ринку цінних паперів, спрямовані на дотримання прав акціонерів (учасників), та інтерес держави в особі фіскальних органів в отриманні податкових відрахувань із прибутку і з дивідендів.

Отже, згідно з широким (комплексним) підходом корпоративний конфлікт є розбіжністю, яка виникає між учасниками, членами органів управління, органами влади, заінтересованими особами,

---

[26] *Макарова О. А.* Корпоративное право: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2012. С. 9.

[27] *Зайнуллин С. Б.* Методологические проблемы разрешения корпоративных конфликтов // Интернет-журнал «Науковедение» Том 8, № 2 (2016). URL: http:// naukovedenie.ru/PDF/139EVN216.pdf (доступ свободный). Заг. с экрана. яз. рус., англ. DOI: 10.15862/139EVN216.

іншими елементами внутрішнього та зовнішнього середовища товариства і самого товариства. Базисом цих конфліктів є як суперечності між інтересами елементів внутрішнього та зовнішнього середовищ товариства, так і боротьба елементів за контроль над товариством та його ресурсами. Цей підхід дає можливість більш комплексно розглянути виникнення причин корпоративних конфліктів і розробити методологію їх попередження та усунення[28].

Вся система корпоративних відносин побудована на відносних правах, тобто на правах, які виникають із права власності на акцію (частку, пай). Носії цих прав – учасники товариства – мають загалом різні цілі та інтереси щодо товариства і щодо один одного. Відмінності в інтересах учасників одного господарського товариства ще не є конфліктом. Однак як тільки носії різних інтересів вчиняють дії, спрямовані на реалізацію їх інтересів, на досягнення цілей, відмінних від цілей інших учасників корпоративних відносин, виникає конфлікт, тобто зіткнення, істотна розбіжність в протистояннях сторін. Товариство в корпоративному конфлікті – це одночасно і мета, і сторона конфлікту[29].

За суб'єктним складом корпоративні конфлікти можуть виникати між: членами спостережної ради і посадовими особами товариства; членами спостережної ради товариства; акціонерами (учасниками); акціонерами (учасниками) і товариством.

До різновидів корпоративного конфлікту в літературі також пропонується відносити корпоративний шантаж і рейдерські захоплення.

У літературі також виділяють корпоративне поглинання як вид корпоративного конфлікту. Корпоративне поглинання є одним із засобів підвищення ефективного корпоративного управління або об'єднання активів, у чому можуть бути заінтересовані і акціонери, і треті особи[30]. У цьому випадку йдеться про корпоративне поглинання, яке проведене з порушенням законодавства і спричинило такий конфлікт.

Проведене дослідження дає підстави для таких висновків.

1. Методологія вирішення корпоративного спору судом є системою принципів і методів пізнання права, його закономірностей, використання і правил під час розгляду конкретного корпоративного спору, які визначають змістовність та істинність отриманих результатів – основних і допоміжних висновків суду, інших одержаних результатів судового провадження.

2. Переважаюче в національному праві розуміння права є світоглядною складовою методології вирішення корпоративного спору судом. В умовах європеїзації вітчизняного права посилюється тенденція до формування юридичної методології ліберального типу, що ґрунтується на ідеї широкого і динамічного розуміння права як системи норм «державного» і «недержавного» права, що застосовуються на основі концепцій, за допомогою яких реалізується принцип верховенства права.

3. Вітчизняне право є правом «транзитного» («перехідного») типу, яке не має універсального, всеохоплюючого розуміння права, одночасно поєднуючи елементи нормативного позитивізму та правового лібералізму, що зумовило формулювання правознавством у сфері публічного та приватного права різних інтегральних ідеологій (теорій, концепцій) розуміння права, кожна з яких відображає особливості відповідної галузі/сфери права і не завжди є придатною для вітчизняного права загалом, зокрема концепцій «людиноцентризму», «юриспруденції раціональних інтересів і цінностей» та «динамічного тлумачення норм права і правочинів», що виступають сполучними ланками між принципом верховенства права та його реалізацією на практиці.

4. Відповідно до концепцій розуміння права ліберального типу вирішення корпоративних спорів судом має передбачати застосування і тлумачення не просто текстів законів, а передбачених ними правових норм у поєднанні із зазначеними вище правовими цінностями, які знаходяться в основі цих норм, а також з урахуванням методологічних правил [їх виявлення та оцінювання], які випливають із Конституції України, інших законів і міжнародних зобов'язань України, зокрема передбачених Угодою про асоціацію.

5. Основне методологічне правило та юридичне значення цінностей вітчизняного права полягає в їх застосуванні під час вирішення корпоративних, інших спорів судом як загального мірила і межі застосування і тлумачення правових норм закону. Застосування і тлумачення передбачених правовою нормою положень і понять проводиться з урахуванням понять та рівнів (ієрархічної цінності) відповідної правової цінності.

6. Застосування концепції «добудови/розвитку» права судом під час вирішення корпоративного спору передбачає застосування і тлумачення правової норми всупереч закону відповідно до положень принципів права, правових цінностей і цілей права та відповідає загальному розумінню права як норми закону, поєднаної з цілями і загальними принципами права, що лежать в основі цих норм та підлягають застосуванню з урахуванням методологічних правил.

---

[28] *Зайнуллин С. Б.* Вказ. праця.
[29] *Осиновский А. Д.* Акционер против акционерного обшества. СПб.: ДНК, 2006. 384.
[30] *Макарова О. А.* Вказ. праця. С. 43

7. Поєднання всіх проявів сутності права створює всеохоплююче розуміння права, що уможливлює створення універсальної, не обмеженої певною галуззю (сферою) права, ідеології розуміння права ліберального типу шляхом системного поєднання положень теорій ліберального типу у всеохоплюючу концепцію «ліберальної юриспруденції цінностей та інтересів», сутність якої визначає ідея пошуку розумного, або справедливого права шляхом забезпечення балансу інтересів учасників юридичного конфлікту на засадах верховенства права, гуманізму та раціональності, інших цінностей права ліберального типу.

8. Вирішення корпоративних, інших спорів судом методологічно має визначатися ідеєю пошуку належного права, яке забезпечує баланс учасників корпоративного спору на засадах верховенства права, цінностей права, передбачених Конституцією України, іншими законами та міжнародними зобов'язаннями України.

9. Методологічний алгоритм вирішення корпоративних спорів судом полягає в розумінні корпоративного спору як конфлікту протилежних інтересів учасників корпоративного конфлікту, вирішення якого передбачає виявлення та врахування переслідуваних законом цілей і захищуваних інтересів, встановлення ціннісних масштабів, які покладено в основу закону, та балансу захищуваних інтересів згідно з правилами захисту порушеного суб'єктивного права та інтересу учасників спору з метою захисту суб'єктивних прав і свобод шляхом виявлення переслідуваних законом цілей і захищуваних інтересів, встановлення їх балансу, а також ціннісних масштабів, які покладено в основу закону.

10. У вузькому розумінні корпоративний конфлікт – розбіжність або спір між керівниками (органами управління) товариства та його учасником, які виникли у зв'язку з участю акціонера (учасника) в товаристві, з питань належного виконання вимог корпоративного законодавства і внутрішніх документів товариства, або розбіжності чи спір між акціонерами (учасниками), якщо вони торкаються інтересів товариства, його акціонерів (учасників).

У широкому розумінні корпоративний конфлікт – це поєднання внутрішнього та зовнішнього середовища товариства, які розглядаються як взаємопов'язаний комплекс. До них пропонується відносити: зовнішнє середовище – споживачі, постачальники, конкуренти, партнери, заінтересовані особи, громадські організації, органи влади; внутрішнє середовище – учасники (міноритарні та мажоритарні, держава-учасник), керівництво-менеджмент товариства, органи управління, персонал товариства.

11. Згідно з широким (комплексним) підходом корпоративний конфлікт є розбіжністю, яка виникає між учасниками, членами органів управління, органами влади, заінтересованими особами, іншими елементами внутрішнього та зовнішнього середовища товариства і самого товариства. Базисом цих конфліктів є як суперечності між інтересами елементів внутрішнього та зовнішнього середовищ товариства, так і боротьба елементів за контроль над товариством та його ресурсами. Цей підхід дає можливість більш комплексно розглянути виникнення причин корпоративних конфліктів і розробити методологію їх попередження та усунення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Курзински-Сингер Е. Юриспруденция ценностей как основа методики немецкого права // Актуальные проблемы высшей школы. Научные труды «Эдилет». 2011. № 1 (35). С. 87–94.

2. Майданик Р. А. Ліберальне вчення про судове тлумачення норм права України (крізь призму «добудови» права) // Право України. 2016. № 7. С.69–78.

3. Майданик Р. А. Вчення про методологію приватного (цивільного) права України. Загальні положення // Право України. 2019. № 1. С. 58–74.

4. Майданик Н. Р. Загальні положення методології вирішення цивільного спору судом // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 19, 2019 р. / Ред. кол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. (182 с.). С. 38–42.

5. Погребняк С. П. Роль основоположних принципів у застосуванні права // Проблеми філософії права. 2008–2009. Том VI–VII. С. 124–134.

6. Зайнуллин С. Б. Методологические проблемы разрешения корпоративных конфликтов // Интернет-журнал «Науковедение» Том 8, № 2 (2016). URL: http:// naukovedenie.ru/PDF/139EVN216.pdf (доступ свободный). Заг. с экрана. яз . рус., англ. DOI: 10.15862/139EVN216.

7. Майданик Р. А., Майданик Н. Р. Питання методології корпоративного спору // Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу [текст]: Збірник наукових праць за матеріалами XVII Міжнародної науково-практичної конференції (27–28 вересня 2019 року, м. Івано-Франківськ) / НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України; за ред. док. юрид. наук, академіка НАПрН України В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2019. (293 с.). С. 149–152.

8. Мельник Р. С. Концепція людиноцентризму у сучасній доктрині адміністративного права. Право України. 2015. № 10. С.157–165.
9. Мельник Р. С. Адміністративне право і процес: теорія та практика правозастосування: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 212 с.
10. Аверьянов В. Б. Обновление украинской административно-правовой доктрины на основе принципа верховенства права. Часопис Київського університету права. 2008. № 3. С. 9–14.
11. Елистратов А. И. Основные начала административного права. Издание Г. А. Лемана. М., 1914. С. 18.
12. Georg Ellinek. System der subjektiven oeffentlichen Rechte. – Freiburg im Breisgau, 1892. S. 90.
13. Heck, Gesetzesauslegung und Interessensjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1, 17.
14. Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, OJ 2014 L 161/3 of 29 May 2014.
15. European Council in Copenhagen 21–22 June 1993, Conclusion of the Presidency (sub «Relations with the Countries of Central and Eastern Europe»), available at. URL: https://www.consilium.europa.eu/media/21225/72921.pdf (дата звернення: 20.08.2019).
16. Щодо огляду дій Комісії ЄС з імплементації Копенгагенських критеріїв, див.: EU Commission, Communication on the Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014, Brussels 16 October 2013, COM(2013) 700 final, available at. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhoodenlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2013/package/strategy_paper_2013_en.pdf (дата звернення: 22.08.2019).
17. Rainer Kulms. (Private) Law in Transition. The Acquis Communautaire as a Challenge for East European Lawmakers // Ukrainian Private Law and European Area of Justice. Edited by Eugenia Kurzynsky-Singer and Rainer Kulms. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Hamburg. Mohr Siebeck Tübingen. 2019. P. 285–307.
18. Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. Часть третья: Пер. с нем. // Вестник гражданского права. 2007. № 1. Т. 7. С. 240–271.
19. Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Социально-юридическое исследование. Харьков: Тип. Адольфа Дарре, 1900. 235 с.
20. Козюбра М. Доповідь на міжнародному семінарі «Юридична методологія – основа гармонізації законодавства України до законодавства ЄС» // Український правовий часопис. 2004. № 6 (11). С. 22–24.
21. Шапп Я. Система германского гражданского права: Пер. с нем. М.: Международные отношения, 2006. 360 с.
22. Вильнянский С. И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды Всесоюз. ин-та юрид. наук Мин-ва юстиции СССР. М.: Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1947. Вып. IX. (С. 239–290). С. 270–282.
23. Рішення Конституційного Суду ФРН // BVerfGE 34, 269, 287.
24. Рішення ЄСПЛ у справі Tyrer v. United Kingdom, 25 April 1978, par. 31, Series A no. 26.
25. Ватаманюк В. Судове тлумачення як засіб пошуку права при розгляді конкретних справ // Юрист України. 2013. № 1 (22). (С. 25–35). С. 28–29.
26. Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 19.02.2019 р. у справі № 924/156/18. URL: http://document.ua/pro-viznannja-nediisnimi-rishennja-zagalnih-zboriv-uchasniki-doc376685.html (дата звернення: 14.08.2019).
27. Макарова О. А. Корпоративное право: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2012. С. 9.
28. Осиновский А. Д. Акционер против акционерного обшества. СПб.: ДНК, 2006. 384 с.

ПЕРСПЕКТИВИ РЕФОРМУВАННЯ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ

УДК 347.918
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.14

Танасієнко В. М.,
аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Tanasiienko V. Prospects of reforming treaty courts in the context of judicial reform
The article deals with the main legal principles of functioning of arbitration courts in Ukraine, analyzes the types of arbitration courts, proposes the following: reform of the arbitration institution, introduction of the mechanism of arbitrators certification.

The relevance of the study is due to the fact that Ukraine has started a new era of reforms that have spreaded to the judicial system. No changes have been made to these reforms regarding arbitration courts.

Given that the system of normative legal acts regulating the activity of arbitral tribunals is branched and does not have a single legal basis, there are controversial issues regarding the jurisdiction and dispositiveness of the exercise of procedural powers by arbitral tribunals, and the regulations, as a by-law of local action, have the lowest rank among in the hierarchy of regulatory acts.

The foregoing testifies to the relevance of the research topic, the purpose of which is to develop proposals for the operation of arbitral tribunals.

With the adoption of the Judicial Improvement Concept for the establishment of a fair trial in Ukraine in accordance to European standards, approved by Presidential Decree No 361/2006 of May 10, 2006, arbitration as a way of protecting the rights and interests in commercial and civil matters has not undergone any changes in its status and powers, and, conversely, the scope of arbitration for a number of reasons has been significantly narrowed by including certain categories of disputes in the list of non-subordinate.

In the light of judicial reform and the adoption of the Judicial Reform Strategy, Judiciary and Related Legal Institutions for 2015-2020, approved by the Decree of the President of Ukraine of May 20, 2015 No. 276/2015, one of the tasks of which is to improve the efficiency of justice and to optimize powers of courts of different jurisdictions, including by expanding the list of ways of alternative (extrajudicial) settlement of disputes, practical implementation of the mediation and mediation institute, expanding the list of categories of cases that can be resolved to be arbitrators or to be heard by the courts in summary proceedings.

Keywords: arbitration courts in Ukraine, arbitration court, arbitration judge, the attestation mechanism, reform of arbitration courts, judicial reform, consideration of cases by arbitral tribunals.

У статті розглянуто основні правові засади функціонування третейських судів в Україні, проаналізовано види третейських судів, внесено пропозиції щодо: реформування інституту третейського суду, запровадження механізму атестації третейських суддів.

Ключові слова: третейські суди в Україні, третейський суд, третейський суддя, механізм атестації, реформування третейських судів, судова реформа, розгляд справ третейськими судами.

Актуальність дослідження зумовлена тим, що в Україні почалась новітня ера реформ, які поширилися і на судову систему. До питань цих реформ не було віднесено зміни щодо третейських судів.

Виходячи з того, що система нормативно-правових актів, які регулюють діяльність третейських судів, розгалужена і немає єдиного правового закріплення, виникають спірні питання щодо підвідомчості та диспозитивності реалізації процесуальних повноважень третейськими судами, а регламент як підзаконний акт локальної дії посідає найнижче місце з-поміж інших в ієрархії нормативно-правових актів.

Проблемні питання діяльності третейських судів досліджувалися багатьма представниками правової науки, це, насамперед: І. О. Бут, Н. А. Литвин, М. В. Коваль, О. А. Долгий, О. В. Литвин, Ю. О. Котвяковський, Ю. Д. Притика та ін. Разом з цим, окремі питання правового статусу та механізму взаємодії третейських судів із іншими суб'єктами правовідносин потребують додаткового дослідження. До таких питань можна віднести відсутність належного порядку призначення третейських суддів, тобто допуску їх до професії.

Вищенаведене свідчить про актуальність теми дослідження, метою якого є розробка пропозицій щодо функціонування третейських судів.

З прийняттям Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10 травня 2006 року №361/2006, третейський розгляд як спосіб захисту прав та інтересів у господарських та цивільних справах не набув жодних змін щодо його статусу та повноважень, а навпаки, сфера застосування третейського розгляду з ряду причин значно звузилася шляхом включення деяких категорій спорів до переліку непідвідомчих [1].

У світлі судової реформи та у зв'язку з прийняттям Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 року №276/2015, одним із завдань реформи є підвищення ефективності правосуддя та оптимізація повноважень судів різних юрисдикцій, в тому числі і шляхом розширення переліку способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів, практичного впровадження інституту медіації і посередництва, розширення переліку категорій справ, які можуть вирішуватися третейськими суддями або розглядатися судами у спрощеному провадженні [2].

Збільшення обсягу залучення третейського суду до розгляду цивільно-правових спорів можливе не тільки шляхом звуження переліку непідвідомчих спорів, а й шляхом встановлення особливостей вирішення певних категорій спорів, для яких передбачався би обов'язок державного суду передавати

справу на позасудове врегулювання (як це застосовується деякими країнами щодо судової медіації), або ж встановлення обов'язкового досудового порядку врегулювання спору. На даний момент явних законодавчих передумов для цього не створено, однак внесення Президентом України Подання на розгляд Верховної Ради України проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 3524 від 25 листопада 2015 року, який визначено як невідкладний для позачергового розгляду Верховною Радою України, дає привід для дослідження можливості третейського розгляду виступати у якості досудового етапу врегулювання спору [3].

Даним законопроектом пропонується викласти в новій редакції низку статей Конституції України щодо порядку здійснення правосуддя, зокрема і ст. 124 Конституції України: зберігаючи положення про здійснення правосуддя в Україні виключно судами, заборону делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами, законопроектом передбачається можливість встановлення законом обов'язкового досудового порядку врегулювання спору. Таким досудовим порядком можуть бути не тільки переговори, а й будь-який інший спосіб альтернативного вирішення спорів, в тому числі і третейський розгляд. Деякими науковцями вже пропонується реформування третейського розгляду шляхом кардинального переосмислення цього інституту у якості додаткової (досудової) форми захисту порушеного права (нарівні зі вчиненням виконавчого напису нотаріуса, попереднім вирішенням трудового спору комісією з трудових спорів тощо) з можливістю перегляду (повторного вирішення) по суті спору в державному суді [4, с. 55].

С. О. Короєдом пропонується перетворення третейського суду зі взаємовиключної альтернативи державному судочинству на попередній етап врегулювання спору, якому притаманні: а) можливість заінтересованої особи самостійно визначати форму захисту свого права (третейський суд чи державний суд) навіть за наявності третейської угоди; б) юридична сила рішення третейського суду визнається такою, як й інших органів позасудової юрисдикції (нотаріус, орган опіки та піклування тощо); в) можливість оскарження третейського рішення до місцевого державного суду, який повторно розглядає по суті і вирішує справу; г) автоматичне набуття рішенням третейського статусу виконавчого документа після спливу строку на його оскарження [5, с. 66]. Однак такі зміни не можна назвати однозначно позитивними: на відміну від медіації чи переговорів, які є погоджувальними процедурами та закінчуються або безрезультатно, або досягненням домовленості і припиненням конфлікту, вирішення справи третейським судом не завжди припиняє конфлікт.

Саме тому повторний перегляд спору по суті державним судом після погоджувальних процедур, що не завершилися врегулюванням конфлікту, має метою остаточне вирішення спору, а щодо третейського розгляду – лише створить додаткову стадію розгляду справи по суті, яка завершиться ухваленням аналогічного рішення (якщо виходити з того, що третейський суд виніс законне та обґрунтоване рішення).

Розвиток третейського судочинства може відбуватись і в іншому напрямку – як обов'язкової досудової стадії в нескладних категоріях спорів (коли суддя відкриває провадження лише після надання доказів проведення досудового вирішення спору) чи як процедури, яка ініціюється компетентним судом у разі надходження на його розгляд справи, для якої доцільним є проведення позасудових процедур врегулювання спору, що цілком співвідноситься з закордонним досвідом.

Наприклад, законодавством деяких провінцій Канади (зокрема, Британська Колумбія) при зверненні до суду передбачається необхідність подання доказів щодо намагань врегулювати спір в досудовому порядку. І лише у випадку неможливості чи безрезультатності такої стадії, справа передається на розгляд суду. В ході судової реформи Великої Британії, спрямованої на уніфікацію розгляду спорів відповідно до європейських стандартів, Правилами цивільного судочинства було закріплено як один із проявів принципу активного керування процесом діяльність суду зі схиляння сторін до укладення мирової угоди чи до застосування способів альтернативного вирішення спорів, до яких, окрім примирних процедур, відноситься і третейський розгляд [6, с. 20, 22].

У 1996 р. Комерційний суд (підрозділ Відділення Королівської лави Високого суду) отримав повноваження відкладати розгляд на визначений час з метою забезпечення можливості сторонам звернутися до застосування альтернативного вирішення спорів, в подальшому таке звернення стало для сторін обов'язковим [7]. Як відомо, Конституційним Судом України вказано на неможливість обмеження законом, іншими нормативно-правовими актами права особи на звернення до суду за вирішенням спору, а встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист [8]. Однак з прийняттям зазначених змін до Конституції за умови прийняття відповідного закону про досудове врегулювання спорів надане Конституційним Судом України тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України втратить свою актуальність, що, в свою чергу, може позитивно вплинути на розвиток третейського судочинства. Але в першу чергу потрібно змінити законодавче підґрунтя щодо правового статусу як Суду, так і третейського судді.

Важливо зазначити, що на сьогодні єдиним етапом контролю з боку держави за створенням третейських судів є його державна реєстрація Міністерством юстиції України, після здійснення якої третейський суд отримує незалежність у своїй діяльності.

Зокрема, наслідком такої неконтрольованості з боку держави є те, що деякі третейські судді почали відверто зловживати своїми правами та приймати незаконні рішення на замовлення зацікавлених осіб, що і вплинуло на сьогоднішній «авторитет» третейських судів в Україні. Переважно саме порядок призначення третейського судді на сьогоднішній день є саме тією ланкою у цьому інституті, яка недоопрацьована з боку держави і потребує удосконалення.

Однією з вимог до третейського судді має бути вимога до його компетенції та кваліфікації, щоб унеможливити подальше зловживання правами у разі винесення рішення без подальшого настання відповідальності за прийняття рішення із ознаками зловживання.

Тому третейське судочинство повинно бути якісно реформованим, система організації повинна кардинально змінитися, потрібно консолідувати систему нормативно-правових актів, які регулюють діяльність третейських судів у єдиний акт, який регулюватиме усі нормативні та процесуальні відносини у третейському судочинстві, закріпити у консолідованому акті третейський суд як окремий орган, який розглядає певний перелік господарських та цивільних справ, запровадити у кожному регіоні територіальні третейські суди та адміністративну систему цих судів, вирішити питання із підвідомчістю певних господарських та цивільних справ з метою розвантаження державної судової системи.

По-перше, потрібно запровадити єдиний режим сертифікації для осіб, що займають посади третейського судді чи мають намір такі займати, існування якого допоможе у процесі реформування цього інституту не допустити корупційних та непрофесійних випадків і разом з цим допоможе розвитку України як демократичної держави на загальноєвропейському рівні.

По-друге, було б доцільним створити реєстр суддів постійно діючих третейських судів.

По-третє, видавати суддям третейського суду відповідні посвідчення, за якими особа буде вважатися третейським суддею після успішного складання сертифікаційного іспиту та внесення її до реєстру суддів третейського суду України. І, звичайно, обмежити діяльність третейських судів при фінансових установах для забезпечення неупередженого, демократичного та справедливого розгляду рішень для сторін під час розгляду справ у третейських судах.

Враховуючи викладене, пропоную змінити порядок призначення третейського судді шляхом введення державної сертифікації осіб, які мають намір стати третейськими суддями.

Вищенаведені зміни доцільно внести до ст. 18 Закону України «Про третейські суди».

Впровадження цієї пропозиції сприятиме підвищенню кваліфікації третейських судів та збільшенню кількості законних та обґрунтованих рішень третейських судів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10 квітня 2006 року № 361/2006 // Офіційний вісник України: офіційне видання. 2006. № 9. Ст. 1376.

2. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: Указ Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015 // Офіційний вісник України: офіційне видання. 2015. № 41. Ст. 1267.

3. Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) № 3524 від 25 листопада 2015 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209 (дата звернення: 30.09.2019).

4. Короєд С. О. Окремі нормативно-процесуальні перешкоди ефективності цивільного судочинства // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». Вип. 24. Т. 2. Ужгород: Ужгородський національний університет, 2014. С. 53–56.

5. Короєд С. О. Третейське судочинство: питання трансформації у досудову форму захисту прав // Судова апеляція: науково-практичний журнал / Апеляційний суд м. Києва; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2014. № 2 (35). С. 63–67.

6. Кудрявцева Е. В. Современная реформа английского гражданского процесса: автореф. дис. д. ю. н. М., 2008. 46 с.

7. Нельсон Р. М. Мировые достижения в области разрешения конфликтов // Международная конференция «Альтернативные методы разрешения споров: посредничество и арбитраж», Москва, 29–30 мая 2000 г.; М.: Изд-во Рос. фонда правовых реформ, 2000. С. 43–80.

8. Рішення у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клаб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) від 09 липня 2002 року у справі № 15- рп/2002: Конституційний Суд України // Офіційний вісник України. 2002. № 28. Ст. 1333.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДОСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ (МЕДІАЦІЯ) У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

УДК 347.9
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.15

Шабалін А. В.,
кандидат юридичних наук, керівник сектору узагальнення експертної та судової практики Центру експертних досліджень НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Shabalin A. Legal scientific issues of mediation in intellectual property disputes
This article explores a range of scientific issues related to the protection of intellectual property rights using the mediation procedure. The scientific article indicates the need to study the application of the legal procedure for mediation (pre-trial settlement of disputes) in national legislation. Legal changes to the Constitution of Ukraine indicate the mandatory legal procedure for the settlement of legal disputes, and if mediation is not successful, then there is a need to go to a court. All this is written concerning legal disputes arising in intellectual property law. In this scientific articl a legal analysis of foreign legislation was carried out, which regulates the mediation procedure. European law was chosen for analysis. It is indicated that the mediation procedure is quite widely applied in the single European legal space (Directive 2008/52 / EU of the European Parliament and of the Council of the European Union of May 21, 2008). This also applies to disputes related to intellectual property. The study indicates that there is a single Code of Conduct for mediators in the European Union. This document was adopted by the European Commission on 02.07.2004. The mediation procedure for intellectual property disputes also exists in Directive on Copyright in the Digital Single Market 2016/0280. The World Intellectual Property Organization established the WIPO Arbitration and Mediation Center in 1994. Everything written indicates the positive legal effect of the mediation procedure on intellectual property disputes. In the course of scientific research, the basic principles of mediation in intellectual property disputes were identified. This indicates that the mediation procedure in intellectual property disputes has the following legal qualities: 1) confidentiality; 2) agreement of the parties to a legal dispute; 3) saving financial resources; 3) independence of a mediator; 5) mediation procedure may be changed by agreement of the parties of the dispute. The legal mediation procedure for resolving intellectual property disputes is a legal civil procedure. The dispositive principle dominates in this procedure. In the course of scientific research, scientific and practical results were formulated.
Key words. intellectual property, mediation, legal dispute, pre-trial settlement of a dispute, non-jurisdictional form of defense, mediator, intellectual property dispute.

У статті досліджуються цивільно-правові питання вирішення спору в сфері інтелектуальної власності відповідно до процедури медіації (досудове врегулювання спору). Досліджено існуючі теоретичні позиції, правозастосовча практика. Проаналізовано зарубіжне законодавство у цій сфері, зокрема європейське. Вказується, що процедура медіації доволі широко застосовується на єдиному європейському правовому просторі (Директива 2008/52/ ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу від 21 травня 2008 р.). Це стосується і спорів, пов'язаних з інтелектуальною власністю. За результатами дослідження були вироблені пропозиції як теоретичного, так і практичного характеру.
Ключові слова: інтелектуальна власність, медіація, правовий спір, досудове врегулювання спору, неюрисдикціна форма захисту, медіатор, спір у сфері інтелектуальної власності.

Питання досудового врегулювання спорів (медіація) на сьогоднішній день набуває актуальності. Це пов'язано із тим, що медіація дозволяє в оперативний спосіб вирішити існуючий конфлікт та відновити правове становище заінтересованої сторони.

Процедура медіації може застосовуватися до різних цивільних правовідносин, у тому числі й до відносин у сфері інтелектуальної власності. Медіацію варто розглядати у системі єдиного цивільного правового захисту.

Питанню досудового врегулювання, у тому числі й у сфері інтелектуальної власності, спорів приділяли увагу такі науковці, як: О. Беляневич, В. Беляневич, Г. Бромберг, О. Подцерковний, М. Потоцький, В. Рєзнікова, О. Святоцький, А. Шабалін, О. Штефан та ін.

Натомість застосування медіаційних процедур щодо вирішення правових конфліктів у сфері інтелектуальної власності є актуальним і малодослідженим, а тому існує необхідність приділити увагу означеній проблемі, розглянути її під різними кутами, сформувати нові підходи як практичного, так і теоретичного плану.

Медіація (англ. mediation – *посередник*) – це процес врегулювання конфлікту із залученням посередника, завданням якого є допомога сторонам знайти шляхи комунікації, неупередженим поглядом проаналізувати ситуацію з метою надання сторонам порад для знаходження останніми оптимального варіанту вирішення спору, в якому відсутні будуть переваги жодної зі сторін конфлікту.

Наразі в Україні медіація застосовується у вирішенні трудових спорів, у спорах, пов'язаних із захистом прав споживачів, тощо.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 09.07.2002 р. № 15-рп / 2002, зокрема у п. 1 резулятивної частини, вказав, що становлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист [1].

Досудову процедуру вирішення спорів варто розглядати крізь призму цивільно-правового захисту права інтелектуальної власності, оскільки саме тут реалізуються диспозитивності учасників спорів – все залежить від їх волі, їхнього бажання щодо розпорядження своїми правами (ст. 12 ЦК України). Медіацію можливо розглядати в контексті самозахисту власних цивільних прав (неюрисдикційна форма захисту).

Самозахист порушеного права інтелектуальної власності реалізується через можливість не тільки звернення до правопорушника, а й через можливість залучення третіх осіб, наприклад, звернення до третейського органу вирішення спору.

На сьогоднішній день питанням медіації у сфері інтелектуальної власності приділяється увага, особливо в контексті останніх законодавчих змін, які стосуються Основного Закону України в частині правосуддя та процесуального законодавства.

У цьому плані варто зазначити, що досудовий порядок урегулювання спірних відносин доволі часто застосовується в демократичних державах, де влада стимулює суб'єктів цивільних відносин вирішувати розбіжності за приватною процедурою і тільки, якщо таке не вдалось, звертатися до публічних процедур захисту – суду.

У 2016 р. Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) у ст. 124 Основного Закону були внесені зміни, відповідно до яких законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору [2].

Запровадження досудового порядку вирішення спорів спрямовано на розвантаження судової системи, підвищення оперативності захисту порушеного права.

Комітет Міністрів Ради Європи надав Рекомендації № R (86) 12 щодо заходів з попередження і зменшення надмірного робочого навантаження у судах ще 16.09.1986 року. Одночасно у названих рекомендаціях наголошується про розширення доступу громадян до альтернативних методів розв'язання спорів та підвищення їхньої ефективності як процедур, здатних замінити судове провадження [3].

Запровадження процедури медіації повною мірою відповідає демократичним стандартам права, оскільки така процедура дозволяє розвантажити судову систему, а головне значною мірою підвищити оперативність захисту порушених прав. Так, у Великій Британії у 80% медіації справа вирішується протягом одного дня, а у 90% медіаційних справ сторони знаходять порозуміння.

Процедура медіації знайшла свого значного розвитку в Європі. Так, наразі в ЄС існує Європейський кодекс поведінки медіатора, який був прийнятий 02.07.2004 р. на конференції Європейської Комісії та згодом схвалений професійною спільнотою медіаторів (European Commission – European Judicial Network – Alternative dispute resolution – Community law). Також у ЄС діє Директива 2008/52/ ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу від 21 травня 2008 р. «З певних аспектів медіації у цивільних комерційних справах», якою і регламентується порядок здійснення медіаційних процедур [4].

У ст. 1 вказаної Директиви визначено, що дана Директива має своїм завданням забезпечення доступу до альтернативних процедур вирішення спорів та суперечок та сприяти мирному вирішенню спорів. Також Директива спрямована на гарантування дотримання балансу між посередництвом та судочинством [4].

У світі практика застосування процедури медіації для вирішення спорів в сфері інтелектуальної власності має досить давню історію і є популярною.

Так, ще в 1994 р. був створений Центр арбітражу й посередництва при Всесвітній організації інтелектуальної власності (WIPO Arbitration and Mediation Center) [5].

Варто зазначити, що Директива про авторське право на єдиному цифровому ринку Європейського Союзу ((Directive on Copyright in the Digital Single Market 2016/0280 значної переваги надає самозахисту порушеного авторського права [6]. Особливо щодо сплати справедливої сатисфакції (контрибуції), повідомлень про припинення правопорушення тощо – ст. 51–57 Директиви [6].

Процедура медіації з метою вирішення правових конфліктів знайома й праву США [7].

Зупинимось на загальних аспектах процедури посередництва, які є однаковими і для розв'язання конфліктів у сфері інтелектуальної власності.

Медіація може бути застосована до вирішення значного кола спорів, у тому числі й у сфері інтелектуальної власності. Аналіз вітчизняної практики медіації цієї галузі свідчить про достатню ефективність вказаної процедури вирішення спорів. Так, сторони спору у зазначеній сфері у 70% випадків доходили згоди (власна авторська статистика). Отже, існує необхідність більш широкого застосування процедури медіації, зокрема з метою захисту права інтелектуальної власності. Для більш повного розуміння процедури досудового врегулювання спорів у сфері інтелектуальної власності (в рамках цієї роботи) розглянемо основні положення процедури медіації, які є загальними для всіх категорій справ. Почнемо з понятійного апарата, зокрема визначення, основних принципів, на яких будується процедура й етапів.

Вище ми вже наводили визначення медіації. У процесі медіації посередником виступає медіатор.

Медіатор (посередник) – це особа, яка повинна не мати особистої зацікавленості у розв'язанні конфлікту, має достатній рівень компетенції, обирається за згодою сторін конфлікту та визначає за мету вирішення спору шляхом врахування інтересів сторін конфлікту.

Розглядаючи особу медіатора, варто зазначити, що на сьогодні в Україні відсутній єдиний критерій такої спеціальності. Існує ціла купа спеціальних курсів, тренінгів тощо, а єдиний державний підхід відсутній.

Наразі роль медіатора можуть взяти на себе адвокати, які є професійними правниками й тісно співпрацюють зі своїми клієнтами. Основним завданням адвокатури є надання кваліфікованого правового захисту своїм клієнтам – юридична допомога у вирішенні існуючого суспільного конфлікту.

З приводу зазначеного А. М. Панасюк вказує, що особлива участь адвоката у врегулюванні правових спорів (юридичних конфліктів) виявляється у такому: 1) особлива предметна сфера діяльності адвоката пов'язана з глибоким всебічним аналізом протиріч і відносин у конфліктах різних категорій; 2) особлива роль адвоката як незалежного та неупередженого посередника, який сприяє сторонам у пошуку взаємоприйнятних та взаємовигідних умов припинення спору; 3) особлива процедура (медіація), в рамках якої може здійснюватися адвокатська діяльність, і місце адвоката-медіатора у даній процедурі [8]. Можливість вирішення за участю адвоката (посередництво) спору щодо порушення авторського права в мережі Інтернет передбачено ст. 52^1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [9].

Основні принципи медіації.

1. Конфіденційність. Цей принцип полягає у тому, що як сторони конфлікту, так і сам медіатор (посередник) не мають права надавати будь-яку інформацію щодо предмета спору сторонам, третім особам. Під інформацією варто розуміти як усну інформацію, так і документарну. Так, інформація надається кожною зі сторін.

2. Добровільність. Означений принцип полягаю у тому, що сторони добровільно обирають такий шлях вирішення спору, як медіація. Також це принцип полягає у тому, що сторони добровільно обирають посередника (медіатора), визначають процедуру вирішення конфлікту, а також добровільність полягає у тому, що кожна сторона може вийти з процедури медіації, якщо буде вважати, що процес проведення медіації не відповідає її інтересам або відбувається з порушенням узгодженої процедури.

3. Неупередженість медіатора. Цей принцип полягає в тому, що медіатор не може приймати, прямо або опосередковано, позицію жодної зі сторін. Також принцип неупередженості полягає також у тому, що рішення медіатора повинно бути таким, що влаштовує кожну зі сторін конфлікту. Неупередженість полягає в тому, що медіатор не повинен не приймати рішення за кожну зі сторін, а знайти консенсус. Неупередженість проявляється і в тому, що медіатор є незалежним у виборі методики медіації, з урахуванням правил (умов або порядку), які визначили сторони та сам медіатор.

4. Гнучкість процедури. Цей принцип медіації можна назвати одним із важливих принципів досудової процедури врегулювання спорів. Суть означеного принципу полягає в тому, що заради врегулювання конфлікту сторони можуть змінити правила процедури медіації (частково або повністю). На практиці така можливість повинна бути означена сторонами та медіатором. Ініціатором зміни процедури може бути сам медіатор, однак така ініціатива медіатора повинна носити характер рекомендації сторонам. Саме гнучкість процедури дозволяє знайти ту «золоту медіану», а не зупинити процес, коли змінюється ситуація [10].

5. Спеціалізації. Це означає, що в якості медіаторів можуть бути залучені особи, які мають фахову підготовку у певній галузі знань. Це особливо актуально у разі вирішення суперечок у сфері інтелектуальної власності, коли справа пов'язана із технічними новаціями, винаходом, новою технологією тощо.

Медіація поділяється за видами:

1) пряма медіація – безпосередня участь посередника і сторін конфлікту;

2) непряма медіація («човникова») – це медіація, за якою посередники передають інформацію від однієї сторони до іншої;

3) сімейна медіація – вирішення сімейних конфліктів;

4) медіація у сфері корпоративного управління – вирішення конфліктів у сфері управління компанією: конфлікти між членами ради директорів, обрання правління компанією, спори між акціонерами, трудові спори в рамках діяльності компанії, конфлікти із зовнішнім елементом (клієнт, інвестор, постачальник) [11].

Посередництво щодо розв'язання конфліктів у сфері інтелектуальної власності також має градацію за видами. До таких основних можна віднести такі:

1) медіація щодо створення об'єктів права інтелектуальної власності – спори стосовно створення відповідного об'єкта між авторами, спори в рамках трудової діяльності (між адміністрацією і працівником щодо створеного інтелектуального продукту);

2) медіація, пов'язана із похідним правом на об'єкти права інтелектуальної власності – спори щодо передачі прав на відповідні об'єкти інтелектуальної власності (договірні відносини), спори між спадкоємцями щодо спадщини на об'єкти права інтелектуальної власності;

3) медіація у сфері використання об'єктів права інтелектуальної власності – наявність спору між власником ліцензії (ліцензіаром) та ліцензіатом щодо розміру виплат, обсягом прав, питаннями передачі, дії ліцензії за часом і територією, спори у сфері франчайзингу щодо об'єктів права інтелектуальної власності, які були передані на підставі відповідного договору.

Варто зазначити, що переважно медіація у сфері інтелектуальної власності застосовується щодо конфліктів, пов'язаних із матеріальними правами.

У юридичній літературі досудове врегулювання спорів у сфері інтелектуальних відносин визначають як альтернативне [12].

Наразі зосередимось на деяких важливих загальних питаннях посередництва.

У Законопроекті «Про медіацію» від 17.12.2015 р. № 3665, поданому групою народних депутатів (далі – Проект), запропонований інший підхід щодо понятійного апарату, основних принципів, самої процедури медіації [13]. Натомість ми вважаємо, що вказані питання є дискусійними, а тому запропоновані в цьому дослідженні підходи розглядаємо як запропоновані теоретичні новації, які виносимо на обговорення.

Говорячи про організаційні питання процедури медіації у спорах, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності, варто зупинитися на таких основних моментах. Так, процедура медіації може мати безпосередній або опосередкований характер.

У першому випадку медіація проводиться безпосередньо за участю сторін (представників) та медіатора.

У другому випадку сторони подають докази, пропозиції на свою користь, медіатор досліджує докази, вивчає пропозиції, на підставі цього формує власні пропозиції щодо виходу з конфлікту, а згодом, зустрічаючись з кожною зі сторін конфлікту, пропонує шляхи виходу, згодом, у разі досягнення паритету, сторони вже зустрічаються безпосередньо для остаточного узгодження шляху виходу з конфлікту. Перший варіант найбільше застосовується на практиці. Саме перший підхід застосовується і в практиці вирішення конфліктів у сфері інтелектуальної власності.

Як було вже зазначено вище, за процедурою медіації може бути вирішений будь-який конфлікт, саме такий підхід запропонований у ст. 3 Проекту [13]. Власна адвокатська практика автора свідчить про ефективність застосування медіаційної процедури при вирішенні питань, пов'язаних із використанням об'єктів права інтелектуальної власності. Так, саме за допомогою процедури медіації було вирішено питання використання локального бренду місцевим виробником кондитерської продукції. Виробник ОСОБА-1 погодилася, що раніше незаконно використовував бренд, який належав ОСОБІ-2. ОСОБА-1 розміщувала на власній продукції бренд без дозволу (ліцензії) ОСОБИ-2. У процесі медіації сторони дійшли згоди щодо виплати роялті [14].

Отже, у вказаному прикладі медіація дозволила задовольнити інтереси всіх сторін спору: відновити права власника бренду, в тому числі й економічні, а виробникові отримати право на використання бренду, що дозволило забезпечити стабільну реалізацію продукції. І все це без вирішення в судовому порядку, що значно могло затягнути вирішення спору.

Розглядаючи процедури медіації, варто зупинитися на одному важливому питанні. Як було вже зазначено вище, виконання рішення медіатора є добровільним. Відповідно до ч. 1 ст. 13 Проекту домовленості, досягнуті сторонами за результатами медіації, можуть бути викладені письмово в договорі. Договір за результатами медіації не повинен містити положень, які суперечать законам України, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Відповідно до частини третьої вказаної норми Проекту договір, досягнутий за результатами медіації, є обов'язковим для виконання сторонами у визначені ним строки та спосіб. У разі невиконання стороною узятих на себе зобов'язань за таким договором інша сторона має право звернутися до суду у встановленому законом порядку для захисту порушених прав і законних інтересів [13].

По суті у Проекті запропонований позитивний порядок захисту результатів медіації відповідно до ст. 525, 526, 527, 629 ЦК України [15]. Натомість ми вважаємо, що запропонована процедура виконання медіації не відповідає принципу оперативності та значним чином ускладнює саму медіацію, що не відповідає завданням останньої. Виходячи з того, що рішення медіації є таким, що задовольняє інтереси сторін конфлікту і звернення до медіації є добровільним вибором сторін конфлікту, а тому тут, по суті, відсутній спір про право. У разі невиконання однією зі сторін договору про результати медіації існує факт невиконання (умисного або неумисного), а тому відповідний договір варто розглядати як виконавчий документ, який підлягає примусовому виконання відповідно до Закону України «Про виконавче провадження» (ст. 3 Закону) [16].

Процедура примусового виконання, досягнутого в процесі медіації, передбачена ст. 6 2008/52/ ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу від 21 травня 2008 р. «З певних аспектів медіації у цивільних комерційних справах» [4].

Викладене свідчить про доцільність застосування примусових процедур у медіаційному процесі (за результатами врегулювання спору) у разі, якщо сторона ухиляється від добровільного виконання. Це повною мірою корелюється із європейськими стандартами медіації.

На сьогодні для створення ефективного посередництва у вирішенні спорів у сфері інтелектуальної власності необхідно створити загальну ефективну модель медіації в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Рішення Конституційного Суду України від 09.07.2002 р. № 15-рп / 2002. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-02/print (дата звернення: 17.09.2019).

2. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#n6 (дата звернення: 17.09.2019).

3. Міжнародні стандарти судочинства. Сайт Судова влада. URL: https://court.gov.ua/inshe/mss/ (дата звернення: 17.09.2019).

4. Директива 2008/52/ ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу від 21 травня 2008 р., «З певних аспектів медіації у цивільних комерційних справах». Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a95 (дата звернення: 17.09.2019).

5. Decisionlab. The site Decisionlab.com.ua. URL: https://decisionlab.com.ua/ (дата звернення: 17.09.2019).

6. Copyright in the Digital Single Market 2016/0280. European Consili. URL: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-51-2019-INIT/en/pdf. (дата звернення: 17.09.2019).

7. Ходаківський Є. І. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти: навч. посіб. / Є. І. Ходаківський, В. П. Якобчук, І. Л. Літвинчук. К.: «Центр учбової літератури», 2014. С. 173.

8. Панасюк А. М. Участие адвоката в урегулировании юридических споров посредством медиации: дис.... канд. юр. наук: 12.00.11 «Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности. Российская академия адвокатуры и нотариата. М., 2011. С. 148–149.

9. Про авторське право і суміжні права: Закон України. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12/print (дата звернення: 17.09.2019).

10. Шабалін А. В. Досудове врегулювання спорів (медіації) у сфері інтелектуальної власності: теоретичні та практичні питання // Юрисдикційні форми захисту прав, свобод та інтересів: матеріали IV Всеукраїнської науково-практичної конференції 27 квітня 2017 р. / за ред. А. С. Штефан НДІ ІВ НАПрНУ. К.: Інтерсервіс , 2017. С.48–53.

11. Ходаківський Є. І. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти: навч. посіб. / Є. І. Ходаківський, В. П. Якобчук, І. Л. Літвинчук. К.: «Центр учбової літератури», 2014. С. 172–173.

12. Потоцький М. Ю. Господарсько-правовий захист інтелектуальної власності в Україні: монографія. К.: ДП «Вид. Дім»Персонал», 2014. 620 с. Бібліогр.: с. 534–537.

13. Про медіацію: Проект Закону України. Реєстраційний номер № 3665 від 17.12.2015 р., 3 сесія VIII скликання. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463 (дата звернення: 17.09.2019).

14. Консультаційна справа № 12/Кпр., 2017 р. // Архів приватного адвоката Шабаліна А. В.

15. Цивільний кодекс України. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print (дата звернення: 17.09.2019).

16. Про виконавче провадження: Закон України. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19/print (дата звернення: 17.09.2019).

ЗМІСТ ТА УМОВИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЕСТОППЕЛЬ У ПРИВАТНОПРАВОВИХ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

УДК 347.10
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.16

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

Shtefan O. Contents and conditions of implementation of the estoppel principle in private legal and procedural legal relations

The article is about revealing the essence of the estoppel principle. The origin of this doctrine in international public relations and its influence on private relationships are analyzed. Also the essence of the phenomenon and its legal anchoring in the civil law are described. A brief analysis of the application of this doctrine in practice is made and the farther research directions are determined.

In the article it was stated directly that the principle of estoppel is based on the fundamental principle of Roman law bona fides (good intentions).

The essence of the stopple in international law is revealed through «non concedit venire contra factum proprium», that is a prohibition to deny an earlier position or an act. The principle of estoppel has a wide scope and is used both in the field of substantive and procedural law. It allows conscientious participants of civil treatment to protect themselves from the unexpected demands of counterparties, who, despite reached agreements, can raise their objections and claims again or make new claims. The use of estoppel will allow the rejection of such claims without considering them in essence, which is an effective remedy. The estoppel is widely used in patent litigation. So, the principle of estoppel in patent law provides the possibility of analyzing the information contained in the application (analysis of correspondence between expert and applicant) and the grounds on which changes in the patent formula protected by the granted patent were made, or grounds that allow to keep the granted patent, and does not allow patentee to refuse their claims and arguments that influenced the refinement of the patent formula in order to obtain a patent or retain an already issued patent when challenged by third parties. The principle of estoppel is a kind of restriction on the principle of equivalent and is aimed at counteracting the abuse of the rights of patent holders, who wish to extend the patent to those objects which were not patented by them. The procedural estoppel is, first of all, determined by the principle of conscientious conduct. An example of deviation from a standard of conduct is the contradictory, inconsistent behavior of the parties involved.

As a result of the analysis of the legislation of foreign countries (USA, UK, Netherlands, Denmark etc.), as well as the legislation of Ukraine, it was concluded that the principle of estoppel is manifested in both private and procedural relations. However, in private legal relations, the principle of estoppel gets its implementation in case of pre-litigation between contractors or other entities in case of change of position in the existing legal relations. In procedural legal relations, the estoppel principle is implemented in the event of a change in requirements or objections and reinforces other procedural principles, creating favorable conditions for their implementation. The principle of estoppel is not limited to any specific area of civil relations. In foreign countries, it is applicable in both compulsory and substantive disputes, as well as in the field of intellectual disputes.

Keywords: good faith, unfair conduct, estoppel, obligation, deprivation of the right.

Статтю присвячено розкриттю сутності принципу естоппель. Проаналізовано витоки появи цієї доктрини в міжнародних публічних відносинах і її детермінація на приватні відносини. Також розкрито сутність цього явища і його нормативне закріплення в національному праві. Проведено короткий аналіз застосування цього принципу на практиці та визначено подальші напрямки дослідження.

Ключові слова: добросовісність, недобросовісна поведінка, естоппель, зобов'язання, позбавлення права

У процесі реалізації судової реформи та набрання чинності Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII відбулися зміни сутності цивільного судочинства та його правових інститутів. Водночас євроінтеграційні процеси, що відбуваються у державі, зумовили зростання ролі принципів, що застосовуються Європейським судом із захисту прав людини і громадянина (далі – ЄСПЛ) у правозастосовній діяльності національних судів.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), ратифікована Законом України від 17 серпня 1997 року [1], яка відповідно до ст. 9 Конституції України стала частиною національного законодавства України як чинний міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Саме у п. 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року» закріплено, що Україна повністю визнає на своїй території обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції. Своєю чергою, у ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори» [2] вказується, що ратифікація міжнародних договорів України (як одна із форм надання згоди на обов'язковість для неї міжнародного договору) здійснюється шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору. Таким чином, положення Конвенції імплементуються повністю до системи законодавства України. Європейський суд як орган, який тлумачить положення Конвенції, створює не норми права, а практику їх застосування, тим самим роз'яснює, тлумачить положення Конвенції з урахуванням всебічного міжнародного досвіду. Такої ж точки зору дотримується і Т. Стоянова, яка вважає, що рішення ЄСПЛ є тлумаченням положень Конвенції та не спрямовані на впровадження норм права, встановлення загальнообов'язкових правил поведінки [3, с. 56].

Так, Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України) в редакції від 04.11.2018 р. у ст. 10 закріплює, що суд при розгляді справи керується принципом верховенства права (п. 1) та застосовує Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також практику Європейського суду з прав людини як джерело права (п. 4). Дане положення повною мірою узгоджується із ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року № 3477-IV, у якій прямо закріплено, що «Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права». Водночас, у разі невідповідності правового акта України міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, суд застосовує міжнародний договір України (п. 8). Це положення також закріплено й у ст. 3 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р.

Таким чином, практика ЄСПЛ хоча і не містить норм права, не встановлює загальнообов'язкових правил поведінки, є обов'язковою для застосування національним судом при розгляді справи у випадках, коли виникає у тому потреба.

Останнім часом зросла увага судів до принципів, що застосовуються ЄСПЛ при розгляді справ, віднесених до його юрисдикції, що викликано кількома факторами:

– по-перше, євроінтеграційними процесами, що відбуваються в Україні;

– по-друге, необхідністю реалізації Україною взятих на себе зобов'язань перед країнами ЄС;

– по-третє, запровадженням у цивільному судочинстві висновку експерта у галузі права, де однією з умов є надання висновку щодо змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі (п. 2 ч. 1 ст. 114 ЦПК України).

Дія цих факторів зумовлює необхідність вироблення дієвих механізмів запобігання і протидії зловживанням процесуальними правами в межах реалізації судової реформи та встановлення процесуально-правових наслідків за такі дії, що частково знайшли своє закріплення у ст. 2, 44, 143, 148 ЦПК України.

Серед усіх принципів, що застосовує ЄСПЛ у своїх рішеннях, на окрему увагу заслуговує принцип естоппель.

На доктринальному рівні окремі аспекти діяльності ЄСПЛ досліджували: М. М. Антонович, М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, В. Н. Денисов, О. М. Ерделевський, В. І. Євінтов, В. К. Забігайло, В. А. Завгородній, Л. М. Липачова, В. Є. Мармазов, А. С. Мацко, В. В. Міцик, В. І. Муравйов, П. М. Рабінович, Д. М. Супрун, Е. Л. Трегубов, С. В. Шевчук, С. Є. Федик та ін. Окремі аспекти діяльності ЄСПЛ стосовно цивільного судочинства в Україні були предметом дослідження: С. В. Васильєва, С. В. Ківалова, В. В. Комарова, В. О. Кучер, М. Й. Штефан, С. Я. Фурси та ін.

Безпосередньо дослідженню дії принципу естоппель у міжнародному праві присвятили свої роботи А. Л. Коблов, Р. А. Каламкарян, А. І. Мануїлова, Ю. І. Мігачев та ін.

Окремі аспекти реалізації принципу естоппель у процесуальному праві були предметом дослідження таких науковців, як: А. Н. Гедда, В. Я. Музюкин, С. П. Погребняк, И. В. Седих, І. А.Табак, А. О. Ткачук та ін.

Водночас не усі аспекти дії цього принципу у цивільному судочинстві були досліджені.

Принцип естоппель отримав своє закріплення та застосування у міжнародному праві лише у XX ст. Сьогодні зміст цього принципу збагачується практикою ЄСПЛ та знаходиться у стані свого розвитку.

Принцип естоппель базується на фундаментальному принципі римського права bona fides (добрі наміри).

Сутність естоппелю у міжнародному праві розкривається через «non concedit venire contra factum proprium», тобто заборону заперечувати раніше висловлену позицію або вчинену дію [4, с. 73–74].

Словник міжнародного права визначає естоппель як міжнародно-правову норму, що означає втрату державою права посилатися на підстави припинення, призупинення або недійсності міжнародних договорів. Держава втрачає право посилатися на ці підстави, якщо вона, після того як їй стало відомо про факти, на які вона посилається, має погодитися або вважає за мовчазною згодою (в силу своєї поведінки) з тим, що договір залежно від випадку є дійсним, зберігає чинність або й далі діє [5, с. 390].

Юридичний словник Блека дає більш широке визначення терміна «естоппель». Так, термін естоппель (Equitable estoppel – справедливий процесуальний відвід) означає лінію захисту, що не дає одній стороні мати несправедливу перевагу над іншою, коли за допомогою неправдивих (обманних) відомостей або поведінки особи, яка має бути позбавлена права, спонукає інших людей вести себе певним чином, що тягне за собою заподіяння їм (іншим людям) будь-якої шкоди [6].

Таке тлумачення принципу естоппель базується на давньоримській аксіомі «allegans contraria non est audiendus» [7].

Принцип естоппель (estoppel) є окремим проявом передбаченого п. 2 ст. 2 Статуту ООН загальновизнаного принципу міжнародного права щодо добросовісного виконання зобов'язань за міжнародним договором. У міжнародному праві правило «estoppel» тлумачиться так, що держава в конкретній ситуації не повинна робити дій, які суперечать позиції, яку вона займала до цього [8]. Прикладом нормативного використання правила естоппель є ст. 45 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р: «Держава не має більше права посилатись на підставу недійсності або припинення договору, виходу з нього або зупинення його дії, якщо після того, як стало відомо про факти, а) вона напевне погодилась, що договір, залежно від випадку, є дійсним, зберігає чинність або й далі діє; або b) вона повинна з огляду на її поведінку вважатись такою, що мовчазно погодилась з тим, що договір, залежно від випадку, є дійсним, зберігає чинність або й далі діє [9].

Таке розуміння принципу естоппель сформувалося в результаті розгляду Міжнародним судом ООН спору між Федеративною Республікою Німеччиною та Нідерландами й Данією про розмежування континентального шельфу від 24 лютого 1982 р. [10].

Водночас слід брати до уваги, що принцип естоппель бере свій початок в англійському загальному праві і використовується в якості процесуального прийому. Традиційно він зустрічається в найрізноманітніших формах в англійському та американському праві (наприклад, estoppel by records або collateral estoppel (позбавлення права заперечення на підставі раніше встановленої обставини), estoppel by deed (позбавлення права заперечення на підставі договору за печаткою). Естоппель як загальний термін міжнародного права найбільш близький до equitable estoppel або estoppel by representation (позбавлення права заперечення на підставі раніше створеного уявлення), як воно визначається в національному законодавстві [11]. Цілком закономірно, що англійські і американські юристи стали закликати до застосування естоппелю в міжнародних судах і арбітражних трибуналах, починаючи з середини XIX століття. Проте міжнародне право не сприйняло механізм загального права. Водночас були сприйняті базові поняття, засновані на принципах сумлінності і справедливості. У міжнародному праві естоппель, зазвичай, сприймається як норма матеріального права, тому деякі автори вважають за краще використовувати в міжнародному праві термін «преюдиція» замість «естоппель» [12, с. 100]. Така ситуація призвела до того, що деякі форми естоппелю взагалі не застосувалися в міжнародному праві, наприклад, estoppel by deed, що доповнює принцип pacta sunt servanda, або collateral або issue estoppel, що виключає нові, але ідентичні заперечення. Крім того, promissory estoppel (позбавлення права заперечення на підставі даної обіцянки) наразі не сформувалося як специфічна норма в міжнародних відносинах [11].

Слід брати до уваги, що принцип естоппель у різних країнах отримав різну назву. Наприклад, в Німеччині це принцип втрати права (rechtsverwinkung), в Італії – принцип захисту легальних очікувань («legittimo affidamendo»), у Франції – відмова, що мається на увазі («renunciation implicite ») [13, с. 70].

Загалом континентальне право застосовує принцип неприпустимості суперечливої поведінки. На думку фахівців, в Німеччині, Бельгії і Нідерландах, в якості інституту, близького до естоппеля, виявляється відомий з часів римського права принцип «non concedit venire contra factum proprium» (ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці) [14].

Проте, естоппель має широку сферу застосування, використовується як у сфері матеріального, так і процесуального права, він дозволяє сумлінним учасникам цивільного обігу убезпечити себе від несподіваних вимог контрагентів, які, незважаючи на досягнуті домовленості, можуть висувати свої заперечення і вимоги повторно або ж заявляти нові вимоги. Застосування естоппелю дозволить відхилити такі вимоги без розгляду їх по суті, що є ефективним засобом правового захисту. Тому виникає потреба розглянути, в яких випадках буде доречним використання даного принципу.

Так, у сфері приватноправових відносин естоппель може бути застосований у випадках оспорювання правочину або визнання договору недійсним. Якщо несумлінний контрагент або інша заінтересована особа звернеться з позовом до суду про визнання договору недійсним, використання естоппеля дозволить посилити позицію захисту.

Відповідно до принципу естоппель недобросовісними будуть дії сторони договору, яка поводилася таким чином, що не виникало сумнівів в тому, що вона згодна з умовами договору і має намір їх дотримуватися, але згодом вже після їх виконання контрагентом звернулася до суду з вимогою про визнання правочину недійсним, щоб отримати для себе необґрунтовані вигоди і преференції.

Інший випадок у договірних відносинах, коли застосування естоппелю може мати вирішальне значення, коли мало місце електронне листування, тобто коли такий засіб комунікації між контрагентами використовувався, але не був передбачений договором. За таких умов, одна зі сторін договору, в силу принципу естоппелю, не матиме права в подальшому посилатися на формальну неузгодженість в договорі умови про можливість використання електронної пошти, а також ставити питання про те, що вона не отримувала будь-якої кореспонденції, а електронне листування вважає неналежним доказом. Загалом така недобросовісна поведінка сторони може бути розцінена як зловживання правом.

Наведені випадки прямо випливають із правової доктрини та законодавства ЄС. Так, заборона несумісної поведінки (inconsistent behavior) в ст. 1.8. Принципів УНІДРУА: «сторона не може діяти несумісно з певним розумінням, яке виникло з причин, що залежать від неї у іншої сторони і друга сторона, розумно на нього покладаючись, вчинила дії на шкоду собі» [15]. Своєю чергою в коментарі до ст. III.–1:103 (Good faith and fair dealing) Модельних правил європейського приватного права вказується, що «поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діючи собі на шкоду, розумно покладалась на них» [16].

Досить широко естоппель використовується у патентних спорах. Так, принцип естоппель в патентному праві передбачає можливість аналізу відомостей, що містить заявка (аналіз листування між експертом і заявником) і підстав, за якими відбулися зміни патентної формули, яку охороняє виданий патент, або підстав, що дозволили зберегти виданий патент, і не дозволяє патентовласникові відмовитися від своїх тверджень і аргументів, що вплинули на уточнення патентної формули з метою отримання патенту або збереження вже виданого патенту при оскарженні його третіми особами [17].

Саме принцип естоппель не дозволяє розширено тлумачити обсяг виключних прав, який отримує патентовласник.

Принцип естоппель є своєрідним обмеженням принципу еквівалента та спрямований на протидію зловживанням патентовласниками своїх прав, які мають бажання поширювати дію патенту на ті об’єкти, які були ним незапатентовані.

На думку фахівців, принцип еквівалентів може застосовуватися при оцінці заміни в конкретному винаході одного або декількох ознак з патентної формули і не може застосовуватися, якщо один винахід замінюється на інше, не дивлячись на те, що і така заміна винаходів між собою також можлива, якщо забезпечує технічну еквівалентність між замінними об’єктами техніки. Одного факту визнання лише технічної еквівалентності ознак недостатньо для того, щоб визнати факт еквівалентної заміни ознак як доконаної правовстановлюючої дії щодо ознак патентної формули [18, с. 211–218].

Класичним прикладом застосування європейською судовою практикою принципу еквівалентів при розгляді патентного спору можна назвати справу Epilady VIII: використання винаходу визнається еквівалентним, якщо на момент пріоритету фахівець, що володіє загальними знаннями в даній галузі та станом рівня техніки, згаданим в описі патенту, без застосування творчих зусиль зможе знайти на підставі формули винаходу замінюють ознаки як засіб вирішення, що має ту ж саму функцію.

Використання винаходу визнається еквівалентним, якщо середній фахівець за допомогою його знань в даній галузі на дату пріоритету здатний знайти варіант засобів як еквівалент для вирішення проблеми, що становить основу винаходу, шляхом аналізу формули винаходу, тобто винаходу, охарактеризованого в ній [19, с. 459].

Таким чином, межі застосування принципу еквівалентів визначається такими замінними ознаками, разом з якими запатентований винахід продовжує відповідати умовам патентоспроможності, а в іншому випадку – перестає відповідати новизні або винахідницькому рівню.

Прикладом реалізації принципу естоппель може слугувати іноземна практика його застосування. Так, наприклад, країни, патентна система яких побудована за німецькою моделлю, справи про порушення патенту і його дійсності розглядаються в різних процесах, але завжди результати розгляду спору про дійсність патенту (як резолютивна, так і мотивувальні частини рішень судового чи адміністративного органу) досліджуються судами у справах про порушення патенту як один з доказів. Обставини, встановлені в «першому» процесі, безпосередньо враховуються у «другому» процесі. Суд також зобов’язаний висловити свою позицію як з правових, так і з технічних аспектів спору [20].

Безумовно, найбільш широке застосування принцип естоппель отримав у США. Так, там на доктринальному рівні визнано обмеження обсягу патентної монополії. Американські суди прийшли до висновку, що власник патенту не має права «розширювати» значення ознак формули навіть у випадках незначного виходу за межі їх значень, встановлених в Патентному відомстві США під час отримання патенту. Принцип естоппель, отримавши підтвердження у прецедентному праві, став продовженням традиційного для патентної системи США підходу, коли виключне право патентовласника обмежене принципом недопущення «зловживання патентом», що розглядається як незаконна монополістична діяльність.

Судова практика США тлумачить принцип естоппель як такий, що власник патенту обмежений в тлумаченні ознак формули винаходу тими значеннями, що він вказав у разі отримання патенту в Патентному відомстві. Такий підхід отримав свою назву як «fi le wrapper estoppel» («обмеження або заборона за матеріалами заявки»), пізніше перейменований у «prosecution history estoppel» («обмеження, заборона в зв'язку з історією діловодства») – заборона на використання теорії еквівалентів та розширювального тлумачення обсягу правової охорони винаходу [21].

У розкритті розуміння принципу естоппель показовими можна назвати наступні прецедентні справи: справа Southwall Tech. Inc. проти Cardinal IG, Апеляційний суд федерального округу, 1995, в рішенні щодо якої суд вказав, що реєстраційна процедура за заявкою обмежує патентовласника в можливості стверджувати те, від чого він відмовився в процесі реєстрації патентних прав; справа Phillips проти AWH Corp., Апеляційний суд федерального округу, 2005, в рішенні щодо якої суд вказав, що реєстраційна процедура за заявкою часто дозволяє усвідомити значення пунктів формули за рахунок демонстрації того, що насправді мав на увазі винахідник при патентуванні свого винаходу, особливо якщо винахідник обмежував значення ознак в процесі реєстрації патентних прав у Патентному відомстві [22, с. 19–21].

Підхід, ідентичний американському, прийнятий в Японії. Так, Верховний суд Японії вказав, що у разі застосування теорії еквівалентів в справах про порушення патентних прав суди в обов'язковому порядку вивчають матеріали заявки і використовують їх під час визначення обсягу правової охорони винаходу. Це робиться, щоб уникнути ситуації, коли в обсяг правової охорони будуть включені значення, що були виключені на етапі експертизи заявки [20].

Аналогічні положення були вироблені вищими судовими інстанціями Китаю, де власникам патенту заборонено посилатися на значення ознак, від яких він відмовився в межах діловодства в Державному патентному відомстві Китаю (CIPO). У більшості країн континентальної Європи матеріали заявки вивчаються судами у разі визначення факту порушення із застосуванням теорії еквівалентів, що якщо не повністю виключає, то істотно ускладнює будь-який відступ від раніше даних значень ознак формули патенту [23].

Не можна оминути той факт, що в інших країнах англосаксонської правової сім'ї, зокрема у Великій Британії, Австралії та Канаді, чітко сформульованої правової доктрини «prosecution history estoppel» немає. В цих країнах матеріали заявки на видачу патенту можуть розглядатися в якості одного з доказів у справі і оцінюються судом поряд з іншими доказами [20].

Закріплення наведених вище підходів щодо реалізації принципу естоппель на міжнародному рівні відбулося у жовтні 2012 р. у резолюції Міжнародної асоціації з інтелектуальної власності AIPPI Q229 (Конгрес в Сеулі, жовтень 2012) «Використання історії діловодства за заявкою на видачу патенту в наступних процедурах за патентом», відповідно до якої: а) заяви, зроблені заявником в процесі реєстрації винаходу/корисної моделі за заявкою про видачу патенту, по можливості, повинні бути зроблені загальнодоступними та легкодоступними для ознайомлення з ними третіх осіб (переважно через Інтернет); б) первинним джерелом визначення обсягу патентної охорони слід вважати слова пунктів патентної формули, в описах та кресленнях, ці слова повинні бути зрозумілі фахівцеві у відповідній галузі техніки. Заяви, зроблені на етапі експертизи винаходу, що спрямовуються на обмеження обсягу пункту патентної формули, повинні бути максимально додані у вигляді обмежень у самі пункти формули або, у відповідних ситуаціях, у вигляді застережень про відмову в описі або кресленнях, в процесі експертизи; в) при відповідних обставинах і з урахуванням певних обмежень, зазначених у даному документі, заяви повинні бути прийняті до уваги при розглядах після видачі патенту, якщо такі заяви є загальнодоступними; г) при розглядах після видачі патенту будь-яка з сторін має право використовувати заяви, зроблені під час розгляду заявки. Однак такі заяви беруться до уваги після видачі патенту, тільки коли і тільки тою мірою, якою на них посилається заінтересована сторона; д) заяви, зроблені під час розгляду заявки, не можуть бути підставою для більш широкого тлумачення пункту формули винаходу, ніж тлумачення формули винаходу, яке має бути надано з урахуванням опису та креслень за патентом; е) заяви, зроблені в процесі розгляду заявки, можуть бути прийняті до уваги при розглядах після видачі патенту для з'ясування значення неоднозначно сформульованих ознак в пунктах формули винаходу, тому що вони будуть зрозумілі фахівцям у відповідній галузі техніки; е) якщо в заявах, зроблених під час розгляду заявки, міститься зрозуміла і однозначна заява,

зроблена самим заявником або від його імені, і з такої заяви можна зробити висновок про те, що заявник частково відмовляється від обсягу охорони, який в іншому випадку він би отримав, то обсяг охорони буде обмежений після видачі патенту; ж) у разі ухвалення рішення про те, чи враховувати при розглядах після видачі патенту певну поправку або аргумент із заяв, зроблених в процесі реєстрації винаходу за заявкою, на ранньому етапі експертизи, не слід розмежовувати: (ж-1) чи були зроблені така поправка або внесений аргумент під час початкової експертизи або на більш пізньому її етапі; (ж-2) чи належить певна поправка або аргумент до пунктів формули винаходу, до опису або до креслень; а також (ж-3) на якому конкретно етапі розглядів була зроблена поправка або внесений аргумент; з) без додання їм будь-якої заздалегідь заданої сили. Заяви, зроблені заявником під час розгляду спору в одній юрисдикції, можуть бути прийняті до уваги при розглядах після видачі патенту в іншій юрисдикції [24, с. 10–11].

Водночас принцип естоппель має й певні межі свого застосування у патентних спорах, наприклад, спір щодо захисту патентних прав на ґудзики UGG. Так, компанія Deckers у 2010 р., захищаючи належні їй права на дизайн взуття, включаючи дизайн ґудзиків «Bailey Button», подала позов до компанії Romeo & Juliette про захист порушених патентних прав на дизайн ґудзиків і зовнішній вигляд взуття, впізнаваний споживачами. В результаті розгляду справи у 2012 р. сторонами була досягнута згода на укладення мирової угоди. Проте через 7 років Deckers знову звинуватили компанію в порушенні патенту. Відповідач захищався застосуванням принципу естоппель.

У 2012 р., коли сторони укладали мирову угоду, позивач знав про дизайн, який в 2017 р. визнав порушенням патенту. Оскільки він знав і дозволив продавати взуття, то позбавлений права забороняти відповідачеві використовувати такий дизайн, навіть якщо патент прямо не вказано в мировій угоді.

Своєю чергою, суд встановив у діях відповідача використання патенту, не знайшов підстав для застосування принципу естоппель і стягнув 5 млн. дол. збитків за порушення патенту [25].

Позиція суду є абсолютно обґрунтованою, оскільки у наведеному прикладі йдеться про різні спірні правовідносини: у першому випадку, спір закінчився мировою угодою, в результаті якої позивач пішов на уступку, дозволивши реалізувати вироби відповідача, які порушують його патентні права, а у другому випадку – відповідач продовжив порушувати патентні права позивача, що і призвело до застосування відповідних санкцій. Тобто ті спірні правовідносини щодо другого спору, що склалися між компаніями Deckers та Romeo & Juliette, не передбачають підстав для застосування принципу естоппель.

Також слід звернути увагу на те, що закони європейських країн і Директиви ЄС розрізняють естоппель і мовчазну згоду (acquiescence) при скасуванні торговельної марки, хоча юристи визнають, що пояснити різницю складно.

Так, в законі Данії щодо торговельних марок (ст. 9) є правило acquiescence: якщо власник більш ранньої торговельної марки протягом розумного строку не вчинив належних дій, щоб перешкодити використанню більш пізньої схожої торговельної марки, власник такої торговельної марки має право співіснувати з ним на одному ринку [26].

Наслідки мовчазної згоди наведені в ст. 9 Директиви Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу 2015/2436 від 16 грудня 2015 року про зближення права держав – членів ЄС щодо товарних знаків: якщо власник торговельної марки протягом 5 років поспіль знав про те, що інша особа використовує свою більш пізню торговельну марку, він позбавлений права визнавати недійсною реєстрацію такої торговельної марки щодо товарів чи послуг, для яких вона використовувалась, окрім випадку, коли торговельна марка зареєстрована недобросовісною [27].

Принцип естоппель реалізується й у процесуальному праві, відповідно до якого сторона не повинна мати можливість отримати переваги від своєї непослідовної поведінки в процесі на шкоду іншій стороні. По суті йдеться про заборону відмови від попередніх процесуальних дій, вчинених стороною під час провадження, та зміни процесуальної поведінки сторони на шкоду іншій стороні [28].

Процесуальний естоппель, в першу чергу, визначається і детермінується принципом добросовісної поведінки. Прикладом відхилення від висунутого стандарту поведінки можна вважати суперечливу, непослідовну поведінку учасників справи.

Процесуальний естоппель проявляється під час реалізації принципу рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом (ст. 129 Конституції України, ст. 9 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII). Так, неотримання недобросовісною стороною захисту своїх прав сприяє досягненню рівності сторін в можливостях здійснення і захисту цивільних прав.

Процесуальний естоппель сприяє реалізації принципу правової визначеності, оскільки відбувається збереження того становища, на яке за певних обставин розраховувала одна зі сторін правовідносини.

Процесуальний естоппель є й окремим випадком реалізації принципу пропорційності в процесі забезпечення судом розумного балансу між приватними і публічними інтересами.

Як зазначають західні експерти, естоппель може бути кращим запереченням на висунуті вимоги у складних справах. Він підходить для різноманітних фактичних обставин і забезпечує значні можливості для відмови у позові [29].

Таким чином, естоппель в цивільному процесі виступає механізмом боротьби з процесуальними зловживаннями і захистом законних очікувань суб'єкта цивільних правовідносин. Принцип естоппель є окремим випадком реалізації принципів добросовісності, рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, правової визначеності та пропорційності.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що принцип естоппель виявляється як у приватноправових, так і в процесуально-правових відносинах. Крім того, у приватноправових відносинах принцип естоппель отримує свою реалізацію у разі виникнення досудового спору між контрагентами або іншими суб'єктами права у разі зміни позиції у правовідносинах, що вже склалися. У процесуальних правовідносинах принцип естоппель реалізується у разі зміни вимог або заперечень та посилює інші процесуальні принципи, створюючи сприятливі умови для їх реалізації. Принцип естоппель не обмежений будь-якою конкретною сферою цивільних правовідносин. В зарубіжних країнах він застосовується як у зобов'язальних, так і в речових спорах, а також у сфері спірних інтелектуальних правовідносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 серпня 1997 // Відомості Верховної Ради України. 1997. № 40. Ст. 263. Ст. 263.
2. Про міжнародні договори: Закон України від 29 червня 2006 року // Відомості Верховної Ради України. 2004. № 50. Ст. 540. Ст. 540.
3. Стоянова Т. Практика Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права України // Підприємництво, господарство і право. 2017. № 6. С. 55–58.
4. Каламкарян М. А., Мигачев Ю. И. Международное право. М.: Издательство Эскмо, 2004. 688 с.
5. Словарь международного права / Т. Г. Авдеева, В. В. Алешин, Б. М. Ашавский и др.; отв. ред. С. А. Егоров. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2014. 495 с.
6. Black's Law Dictionary, 9th ed. Bryan A. Garner, ed. St. Paul: «West Group», 2009. 630 c.
7. Модельные правила европейского частного права: пер. с англ.; науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. 989 с.
8. Каламакарян Р. А. Эстоппель как институт международного права. URL: https://www.lawmix.ru/comm/3186 (дата звернення: 10.08.2019).
9. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. 1986. № 17. Ст. 343.
10. Авраменко И. М. Международное морское право. 2001. URL: https://lib.sale/mejdunarodnoe-pravo-besplatno/spor-frg-daniey-niderlandami-razgranichenii-69287.html (дата звернення: 04.08.2019).
11. Jörg Paul Müller, Thomas Cottier. The concept of estoppel in international law. URL: http://interlaws.ru/koncepcija-jestoppelja-v-mezhdunarodnom-prave/ (дата звернення: 05.08.2019).
12. Сорокин А. И. Эстоппель и преюдиция // Международный научно-исследовательский журнал. 2017. Вып. № 3 (45) Ч. 1. С. 100–101.
13. Воднев А. Н. К вопросу о доктрине эстоппель в российском праве//Вестник ТвГУ. Серия «Право». 2017. № 2. С. 70–80.
14. Томаров І. Фантастичні естоппелі та де їх шукати в Україні. URL: http://www.legalshift.com.ua/?p=1369 (дата звернення: 04.08.2019).
15. UNIDROIT Principles 2016. URL: https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016 (дата звернення: 10.08.2019).
16. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles__definitions_and_model_rules_of_European_private_law__Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf (дата звернення: 05.08.2019).
17. Джермакян В. Ю. Но отсутствие слова не означает отсутствие явления. URL: http://ipcmagazine.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=13 (дата звернення: 05.05.2019).
18. Джермакян В. Ю. Патентное право по Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный комментарий, практика применения, размышления), второе издание. М. ОАО «ИНИЦ «ПАТЕНТ», 2014. 592 с.
19. Equivalance in Patents, the Helsinki Symposium, organized by the Finnish Group of AIPPI 7 - 9 March 1999. - NIR 3/1999.

20. Залесов А. В. Соотношение споров о нарушении патента и патентоспособности изобретения в России и за рубежом. URL: http://ipcmagazine.ru/patent-law/the-ratio-of-disputes-concerning-patent-infringement-and-the-patentability-of-the-invention-in-russia-and-abroad (дата звернення: 11.08.2019).

21. Ворожевич А. С. Применение доктрины эстоппеля к патентным спорам: опыт США, отечественные перспективы. // Законодательство. 2014. № 1. URL: http://base.garant.ru/57598615/ (дата звернення: 11.08.2019).

22. Устинова Е. А., Челышева О. В. Доктрина эквивалентов: зарубежные публикации и судебная практика. М.: ИНИЦ «Патент». 2008. 79 с.

23. Устинова Е. А. Оценка эквивалентности: вопросы терминологии и методологии. URL: http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/19796 (дата звернення: 11.08.2019).

24. Crompton, S. AIPPI approves change and debates FRAND // Managing IP. 2012/2013. № 225.

25. Deckers Outdoor v Romeo & Juliette Case No. 15-02812 Apr. 6, 2018 URL: https://ru.scribd.com/document/376003716/Deckers-v-Romeo-and-Juliette-Verdict (дата звернення: 11.08.2019).

26. Denmark: Estoppel – what does it take? Lasse Søndergaard Christensen, Louise Thorning Ahle (Gorrissen Federspiel)/October 6, 2017 /Leave a comment. URL: http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2017/10/06/denmark-estoppel-take/ (дата звернення: 11.08.2019).

27. Директива Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу 2015/2436 від 16 грудня 2015 року про зближення права держав–членів ЄС щодо товарних знаків. URL: http://base.garant.ru/71498294/ (дата звернення: 11.08.2019).

28. Луспеник Д. Доказування у цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів. URL: http://kdkako.com.ua/dokazuvannya-u-civilnomu-procesi-shcho-novogo-u-cpk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuvannya/ (дата звернення: 04.05.2019).

29. Arenson T. L. The triumph of equity: equitable estoppel in modern litigation. URL: http://ssrn.com/abstract=1013106 (дата звернення: 15.08.2019).

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ АЛЕАТОРНИХ ДОГОВОРІВ

УДК 347.4
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.17

Заіка Ю. О.,
доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Zaika Y. To the question of the legal nature of aleatory agreements
The article explores the concept and essence of an aleatory contract, its characteristic features.
The author analyzes the concept of an aleatory contract and its types according to the Civil Code of France (1804) and the Civil Code of Galicia (1797).
The main features of an aleatory contract are identified. Aleatority of a contract is not independent legal feature, it is a component part of payability of a contract. In aleatory agreements payability is not necessarily equivalent, but it is always uncertain. Aleatory contracts are characterized by uncertain correlation of the parties' rights and obligations. Typical aleatory contracts are retention agreements, rent agreements, property insurance agreements, liability insurance contracts, bet contracts.
The author does not consider the contracts where outcome depends on its evaluation by the counterparty as aleatory. Therefore, contractual agreements containing elements of counterparty creativity: contracts for writing a book, poem, script, song and other, if the results meet the formal requirements of the contract, are not aleatory.
The risk of non-completion occurs in many civilian contracts (purchase contract, security contract, storage contract, countercurrent contract etc.) may be violated. The risks depend on objective and subjective factors that become obstacles to implementation of a contract – natural disasters, technological disasters, illegal actions of third parties, fatal coincidence of circumstances etc. These contracts, of course, contain risky elements. Some contracts are fiduciary (built on trust), but there are no grounds to consider them to be aleatory.
An indispensable condition of an aleatory contract is the indication of the unknown and indefinite circumstances that may or may not come (property will perish or will not perish). Contractors also don't know the time when such circumstances will come (for example, death of a party of a retention agreement). Absence of accidental circumstances, absence of credibility of the circumstances in the contract does not give reason to consider it as aleatory.
Contracts where the scope of rights and obligations of each counterparty is clearly defined also are not considered to be aleatory. In such cases counterparties pay not for the result, not for the «success», but for the process (payment for medical, legal, educational or security services).
The peculiarity of aleatory contracts does not give to a counterparty the right to apply to a court if one counterparty receives damages and other counterparty enriches. The essence of an aleatory contract: each counterparty takes on the risk of incurred losses and the counterparty's gain depends on case.
Keywords: contract, classification of contracts, aleatory contract, the legal characteristics of the aleatory agreement, the types of aleatory contracts.

У статті досліджується поняття та сутність алеаторних договорів. Головною ознакою алеаторного договору є неможливість визначити вигоду контрагентів на момент укладення договору. В алеаторних договорах існує випадкова вірогідність настання обставин, що тягнуть за собою збагачення одного із контрагентів та збитки іншого.
Ключові слова: договір, класифікація договорів, алеаторний договір, правові характеристики алеаторного договору, види договорів, що містять сповіщення

Вступ. Одним із найпоширеніших юридичних фактів, який є підставою для виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків, є договір. На відміну від інших юридичних фактів договір відповідно до закону чи домовленості сторін визначає коло прав та обов'язків, власне умови договору, які не суперечать законодавству, та підстави й межі відповідальності за невиконання чи неналежне виконання договору. Цивілістами слушно зазначається, що категорія договору поступово звільняється від адміністративних нашарувань і набуває природних причин, які апріорі були притаманні цій важливій цивілістичній конструкції [9 с. 403].

Перегляд цивільного законодавства в Україні сьогодні здійснюється в контексті адаптації вітчизняного законодавстві до законодавства Європейського Союзу, що зумовлює потребу не лише ознайомлення із законодавством європейських країн – учасників ЄС, а і з засадами, на яких воно ґрунтується.

З'ясування правової природи договору, його юридична характеристика сприяють суб'єктам цивільного обороту в обранні найоптимальнішої форми правових зв'язків і отриманні очікуваного результату.

Останнім часом з розвитком підприємництва та суттєвим оновленням законодавства і свободою договору значного поширення набувають договори, пов'язані із певним ступенем ризику і невизначеністю результату – довічного отримання, ренти, різновиди страхування, біржові угоди, різного роду лотереї, гра на ставки, що зумовлює поширення в суспільстві такої категорії договорів, яким притаманні ознаки алеаторності.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Висвітленню загальних питань договірного права, пов'язаних із сутністю цивільно-правового договору, його ознаками, функціями та різновидами, присвячені праці українських та зарубіжних вчених, зокрема, Т. В. Боднар, В. А. Васильєвої, А. Б. Гриняка, О. В. Дзери, І. Р. Калаура, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, Р. А. Майданика, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є. О. Харитонова, М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського, О. О. Красавчикова, В. А. Ойгензихта та ін.

Ризикові договори були предметом дослідження кандидатських дисертацій І. В. Волосенко, В. О. Запорощенко, Т. Ф. Мадагаєвої, І. В. Миронова. Серед монографічних робіт необхідно назвати науковий доробок І. С. Тімуш «Ризикові договори за цивільним законодавством України» та роботу М. М. Великанової «Ризики в цивільному праві» (2019). Проте алеаторні договори залишаються маловивченими на сучасному етапі розвитку приватного права, відсутня єдність розуміння їх сутності, ознак, різновидів, що не може не зумовити певні труднощі як у разі створення єдиної наукової концепції, так і у разі застосування відповідних законодавчих положень.

Метою статті є з'ясування правової природи алеаторного договору, його конститутивних ознак та визначення місця в системі цивільно-правових договорів.

Досягненню поставленої мети сприяє вирішення таких завдань, як: визначення категорії ризику у цивільно-правових договорах, з'ясування характерних ознак алеаторних договорів, класифікація алеаторних договорів з метою їх належної регламентації, вдосконалення правового регулювання та єдності судової практики.

Основні результати дослідження. Сучасна ідеологія договірного права базується на якісно новому розумінні матеріальних і моральних цінностей, співвідношенні публічних і приватних інтересів, обов'язків держави і суспільства та приватної особи як суб'єкта договірних правовідносин, що зумовлює перегляд окремих сталих теоретичних положень інституту договору.

Глибокі історичні корені цивільних договорів зумовлюють потребу не лише ознайомлення з досягненнями сучасної цивілістичної доктрини, а й вивчення історії розвитку та становлення інституту алеаторного договору, без чого не можна створити загальнотеоретичну базу проблем, які будуть досліджуватися.

В умовах переходу до ринкової економіки більшість цивільно-правових договорів є оплатними, тобто майновому наданню одного контрагента відповідає зустрічне майнове надання іншого контрагента.

Питання щодо еквівалентності зобов'язань як умови дійсності договору залишалося дискусійним у приватному праві протягом тривалого часу. Так, ще у римському праві продавцю надавалося право розірвати договір купівлі-продажу, якщо його купівельна ціна складала менше половини дійсної. Сучасна цивілістична доктрина не передбачає визнання договору недійсним з мотивів нееквівалентності наданого сторонами, оскільки в умовах вільного підприємництва, свободи договору кожний контрагент може на свій розсуд укладати будь-який договір на будь-яких умовах.

Що ж собою являє алеаторний договір?

У римському приватному праві за загальним правилом вважалося неможливим укладання договору купівлі-продажу за відсутності речі, яка є предметом договору. Проте сторони інколи виявляли зацікавленість у купівлі-продажу врожаю, який ще тільки очікувався. Окрім продажу майбутніх плодів допускався і продаж майбутніх дітей рабів, у цьому випадку вважалося, що якщо народиться дитина, продаж буде проведено тоді, коли було укладено в договорі. Проте, якщо продавець перешкоджав природному розвитку подій і народження не відбулося чи плоди не з'явилися, це була підстава для позову із купівлі-продажу. Допускався продаж і без речі. Це мало місце, коли купували наловлену у майбутньому рибу, птицю, подарунки, які могли бути отримані, тобто ті, *що кидали у натовп* (D. 18. 1. 8); [5, с. 562–563].

Від договорів продажу майбутньої речі відмежовували договори про продаж «надії», які належали до так званих алеаторних договорів (aleaemitur) – купівлі можливості. Так виокремлювали договір *emptiospei*, тобто договір купівлі-продажу майбутнього улову риби, де визначена певна ціна майбутнього улову не залежить від результатів останнього. Якщо рибалці навіть і не пощастить з уловом взагалі, покупець все одно зобов'язаний сплатити встановлену ціну; аналогічно має бути і якщо ціна улову буде менше чи більше визначеної заздалегідь ціни [5, с. 563]. Г. Дернбург вважав, що в цьому випадку предметом купівлі є не річ, а шанс (*alea*) на отримання речі [11, с. 244].

Алеаторним договором, на нашу думку, можна вважати і поширений в період принципату і договір про продаж спадщини (D. 18. 4. 14), оскільки продавець зобов'язаний був передати за договором все майно, яке входило у спадщину незалежно від того, у скільки спадщина була оцінена.

Звичайно, що оскільки співвідношення активів (майно, різного роду майнові права) і пасивів спадкоємця не завжди можна було точно визначити, то вигоду від такого продажу чи купівлі було визначити важко [5, с. 625].

Легальне закріплення алеаторних договорів у законодавстві країн континентальної Європи традиційно пов'язують із Цивільним кодексом Франції (Кодексом Наполеона), побудованим за структурою підручників (інституцій) римського приватного права, де Книга III « Про різні способи набуття права власності» містить спеціальний Титул XII «Про алеаторні договори», який включає статті 1964–1983.

У цьому підрозділі законодавцем наводиться дефініція алеаторного договору. У ст. 1164 ЦК алеаторний договір визначається як «двостороння домовленість, наслідки якої стосуються вигоди та збитків або для всіх сторін, або для однієї із них, та залежать від невідомої події» [3]. До алеаторних договорів безпосередньо віднесені: договір страхування, договір морської позики (які регулюються морським законодавством – Транспортним кодексом Франції), гральний договір і договір парі, договір довічної ренти.

Характеризуючи окремі з них, законодавець підкреслює, що закон не надає права на позов із зобов'язань, що виникають з грального договору чи з платіжного зобов'язання з договору парі. Водночас, якщо програвши, сторона проведе добровільні виплати, права на повернення сплаченого вона не має. Тобто за правовою природою таке зобов'язання нагадує *pacta* в римському приватному праві – зобов'язання, які не забезпечувалися позовним захистом, а виконання яких ґрунтувалися лише на довір'ї, добрій совісті.

Проте відновлюючи історичну справедливість, варто згадати Цивільний кодекс Східної Галичини 1797 р. – першу кодифікацію приватного права у Європі взагалі. Саме у ч. III глави XI «Про алеаторні договори або ті, які залежать від випадку чи події, яка є непередбачуваною» вперше з'явилося визначення алеаторного договору: «Той, хто залежно від випадку піддає себе ризику отримати прибуток або понести збитки і домовляється про це з іншою особою за певну ціну, укладає алеаторний договір, вчиняючи угоду ризикову, яка залежить від випадку».

До таких договорів, які залежать від випадку і події, відносили парі, гру, жереб, а передусім всі укладені контракти купівлі та інші щодо очікуваних прав або майбутніх невизначених речей, виплати та видатки на довічне утримання, на випадок стихійних лих, договори страхування, договори морського ризику або *бодмерії* (тобто позика під заставу судна або корабельного вантажу [2, с. 441].

Таким чином, головною характерною ознакою алеаторного договору вважалося відсутність еквівалентності зобов'язань, які виникають між сторонами, тобто одна зі сторін даремно очікувала на вигоду. Схоже розуміння таких договорів демонструвалося у цивілістиці й надалі.

У теорії і практиці поняття ризик є складним багатовекторним правовим явищем, природа якого взаємопов'язана з такими поняттями, як *невизначеність, імовірність, умови невизначеності, умови ризику* тощо.

Так, В. О. Красавчиков вважає, що несення ризику полягає у прийняття на себе відповідно до закону збитків, які можуть настати внаслідок випадкових обставин. А власне ризик він поділяє на два види: загальний (коли в силу закону чи договору покладається обов'язок прийняти невигідні наслідки при будь-яких обставинах) та спеціальний (покладання в силу закону обов'язку прийняти невигідні майнові наслідки, які стали результатом тільки суб'єктивно-випадкових (за відсутності вини) обставин [8, с. 146–147].

У сучасній цивілістиці ризик пропонується розглядати як універсальну категорію, що має об'єктивно-суб'єктивні ознаки, до яких відносяться: результат; ймовірний характер настання такого результату; невизначеність; усвідомлення факторів ризику, визначення ступеня ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів діяльності та вибір варіанта поведінки у конкретній ситуації [1, с. 126–127]. Ризик у цивільному праві – це несприятливі наслідки, які можуть наступити і за які не відповідають ані сторони, ані треті особи [4, с. 33].

Таким чином, ризик – це збитки, імовірність настання яких пов'язана з певною невизначеністю предмета договору, відсутністю повної інформації щодо факторів, які впливають на його належне виконання. Проте не можна вважати тотожними поняття: *ризик у договорі* і *ризикові договори*.

І. С. Тімуш характеризує ризиковий (алеаторний) договір як договір, орієнтований на вдачу, збіг обставин, випадок тощо, угоду, в якій загальний розмір чи можливість самого існування зустрічного надання на момент укладення невідомий, що поставлено в залежність від включеного до юридичних умов цього правочину випадкового юридичного факту (дія або подія) і може викликати негативний (програші, збитки, шкода), позитивний (виграш, вигода, прибуток) або нульовий економічний результат [12, с. 66].

Визначальною ознакою алеаторних (ризикових) договорів виступає неможливість чітко визначити межі виконання обов'язків на момент укладення договору, а втрата чи збагачення однієї із сторін залежить від випадку [13, с. 208] .

Потреба укласти договір зумовлена метою, яку сторони прагнуть досягнути. Договори довічного утримання – це набути отримання і догляд, з одного боку, і стати власником будинку, квартири, іншого цінного майна, з іншого. Незважаючи на певну окресленість майнових інтересів сторін, об'єкт інтересу у разі звичайного розвитку подій в цілому залишається невизначеним, що і зумовлює особливу алеаторну природу договору.

Окрім типового алеаторного договору – договору довічного утримання, до цієї категорії традиційно відносять і договір майнового страхування. Ризик клієнта полягає у втраті сплачених страхових внесків, а ризик страховика – у виплаті відшкодування, яке зазвичай перевищує розмір отриманих страхових внесків під час настання страхового випадку.

Страхові ризики є різні за своїм складом, оскільки в їх основі можуть бути покладені різноманітні обставини. Вони можуть бути як індивідуальні, так і універсальні. Перший вид ризику має місце у разі страхування унікальних речей, другий вид ризику – при визначенні обсягу відповідальності страховика за звичайними договорами страхування, наприклад, при страхуванні життя та багажу пасажирів.

Характерні ризики при майновому страхуванні пов'язані, перш за все, із стихійними лихами, техногенними катастрофами, неправомірними діями інших осіб та ін. У будь-якому випадку страхові ризики і перелік страхових випадків істотно впливають на ступінь алеаторності договору майнового страхування. Чим більше подій в договорі визначені як страхові, тим більше у страхувальника шансів не лише отримати відшкодування за сплачені страхові внески, а й мати зиск від укладеного договору. Відповідно, страховик намагається збільшити свої шанси на вигоду шляхом підвищення розміру страхових внесків і деталізації страхового ризику, який не повинен бути неминучим, оскільки в цьому випадку втрачається сенс укладення договору.

Необхідно розмежовувати невизначеність обсягу прав та обов'язків, які покладаються на сторони в процесі виконання укладеного договору, від фактичної чи юридичної неможливості виконання, яка може настати незалежно від волі сторін, та від порушення умов договору однією із сторін взагалі.

Імовірність досягнення мети існує в будь-якому договорі підрядного типу. На момент укладення договору досить складно обчислити прибутки або збитки і за окремими договорами щодо надання послуг (комісія, доручення, зберігання, охорона). Так, скажімо, незважаючи на поширення кількості нападів грабіжників на автозаправки, більшість власників відмовляються від послуг державної служби охорони, вважаючи, що оплата послуг охорони перевищує можливі збитки, заподіяні злочином.

Застосування в якості класифікаційної ознаки неможливість врахувати імовірність досягнення мети договору стане підставою для зарахування до категорії алеаторних практично всіх без винятку цивільно-правових договорів.

Імовірність досягнення мети в будь-якому договорі залежить від низки факторів як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру.

Елементи ризику характерні для договорів, які укладаються в процесі здійснення підприємницької діяльності. Проте важко погодитися, що такі договори як поставка чи підряд вирізняються надзвичайними ризиками [6, с. 4].

Як алеаторні договори деякі вчені розглядають біржові і позабіржові договори, які не передбачають реальну передачу товару [10, с. 8]. До алеаторних договорів пропонується відносити договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, договір підряду на проведення проектних та технологічних робіт [1, с. 292].

Дійсно, замовник не може бути впевненим, що підрядник кваліфіковано і своєчасно виконає роботу, а її результат буде відповідати повною мірою умовам договору і його побажанням. Укладаючи договір охорони, в силу природних причин жоден відповідальний охоронець не може «з абсолютною мірою визначеності» гарантувати його безумовне виконання. Замовляючи написання художнього твору, замовник позбавлений можливості «з абсолютною мірою визначеності» бути впевненим у досягненні мети, оскільки, скажімо, художній твір може не вдатися навіть у маститого автора. Якщо розглядати як компонент алеаторного договору творчий елемент, до цієї категорії необхідно віднести будь-який авторський договір, постановочний, сценарний. Надалі наявність «вдачі» можна поширити і на будь-який договір щодо надання послуг – зберігання, охорони, перевезення, доручення, комісії та ін.

Відсутні підстави зараховувати до алеаторних і договори у кредитно-розрахунковій сфері. Так, пропонується алеаторним вважати і договір контокоренту [7, с. 4]. За цим договором про взаємне кредитування корентисти зобов'язуються занести на один рахунок (контокорентний) свої взаємні вимоги з тим, що із закінченням рахунку у визначені строки сторона, яка виявиться боржником, сплатить контрагенту різницю (сальдо).

Проте у цьому договорі присутній звичайний ризик, характерний для будь-якого підприємницького договору, при неналежному виконанні договірних зобов'язань на порушника покладається передбачена цивільно-правова відповідальність. А оскільки договір базується по суті на особливій «економічній довірі» до контрагента, йдеться не про його алеаторність, а про фідуціарність договору.

Ознаками алеаторності наділяють і договори про створення об'єднань фізичних та юридичних осіб, оскільки неможливо з абсолютною мірою визначеності врахувати імовірність досягнення мети чи обчислити прибутки або збитки [14, с. 40–41].

Таке тлумачення алеаторності є досить широким і виходить за межі самого поняття. За такого надзвичайно широкого розуміння поняття *ризиковий договір* практично будь-який цивільно-правовий договір, незалежно від його мети, суб'єктного складу, змісту, містить елементи ризику, пов'язаного з невиконанням чи неналежним виконанням договірних зобов'язань, що по суті виключає можливість побудувати систему договорів на дихотомічних засадах.

Певні ознаки алеаторності можуть містити і окремі договори на надання послуг. Так, особа, яка укладає договір на особисту охорону, сподівається на позитивний для себе результат, проте такий договір не можна вважати алеаторним, оскільки оплачуються саме певні послуги, а розмір оплати залежать від кількості і кваліфікації охоронців, періоду охорони, використання технічних та спеціальних засобів, і оплата здійснюється незалежно від позитивності результату, який, звичайно, передбачається.

Відповідно, аналогічними за правовою природою є і договори на надання медичних, юридичних чи освітянських послуг, оскільки оплата здійснюється незалежно від досягнення результату, який би задовольнив замовника, звичайно, у разі добросовісного виконання контрагентами своїх договірних обов'язків.

У доктрині приватного права чітко сформульовано положення: договір не можна вважати недійсним внаслідок нееквівалентності взаємних зобов'язань сторін. І звісно, за відсутності загальних підстав для визнання договору недійсним (помилка, обман, насильство, кабальність тощо) та свідомому сприйманні його умов контрагентом (скажімо, при купівлі на аукціоні), невідповідність наданого отриманому не може вважатися підставою недійсності договору.

У природу алеаторного договору закладено невідповідність наданого і набутого, тому визнання судом недійсним такого договору недійсним як такого, що є кабальним чи не відповідає «добрим звичаям», суперечить природі договору.

Висновки. Алеаторність цивільно-правового договору не є самостійною юридичною ознакою, а виступає складовою частиною такої правової характеристики договору, як його відплатність, яка в цьому випадку характеризується не еквівалентністю, а невизначеністю.

Елементи ризику, пов'язані з невиконанням чи неналежним виконанням, притаманні будь-якому цивільно-правовому договору.

Для алеаторності, як ознаки договору, характерною є невизначеність співвідношення прав та обов'язків сторін та обсягу зобов'язань на момент укладення договору, тому сумнівним є віднесення до алеаторних договорів таких договорів, де результат залежить від «вдалості» виконання обов'язків чи задоволення контрагента кінцевим результатом.

Обов'язковою умовою алеаторного договору є вказівка на невідому невизначену обставину, яка може настати, а може і не настати, або час її настання невідомий контрагентам в силу природних причин. Відсутність випадкової вірогідності настання обставин в договорі не дає підстав вважати його алеаторним.

Не можна вважати алеаторними договори, де обсяг прав і обов'язків однієї із сторін заздалегідь визначений і оплачується не результат, а процес (плата за надання охоронних, освітянських, медичних чи юридичних послуг).

Особливість правової природи алеаторних договорів позбавляє контрагента права вимагати відшкодування у випадку, коли відбулося значне збагачення однієї сторони за рахунок іншої.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Великанова М. М. Ризики у цивільному праві: монографія. К.: Алерта, 2019. 378 с.

2. Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. / пер. с лат. А. Гужвы; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одеса, 2013. 536 с.

3. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / предисловие / В. Н. Захватаев / пер. с франц., приложения В. Н. Захватаев. К.: Алерта, 2016. 1156 с*

4. Гриняк А. Б., Пленюк М. Д. Правова природа ризику в договорах на виконання робіт // Вісник Національної академії правових наук України. Том 25. № 1, 2018. С. 29–49.

5. Дигесты Юстиниана. Том III. Книги XII–XIX / отв. ред. Л. Л. Кофанов. М. Статут, 2003. 780 с.

6. Запорощенко В. А. Особенности правового регулирования алеаторних сделок в РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Екатеринбург, 2006. 20 с

7. Копитова О. С. Договір контокорренту: автореф. дис. … канд. юрид. наук/ 12.00.03/ К., 2015. 18 с.

8. Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юрид. лит., 1966. 200 с.

9. Кузнєцова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Вибрані праці. К. ПрАТ «Юрид. практика, 2014. С. 397–408.

10. Мадагаева Т. Ф. Алеаторные договоры в системе рисковых договоров в гражданском праве РФ: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2014. 23 с.

11. Пандекты Г. Дернбург. Обязательственное право. Третье русское изд. Том 2. Перевод под рук. и ред. П. Соколовского. М., 1911. 412 с.

12. Тімуш І. С. Ризикові договори за цивільним законодавством України: навчальний посібник. К.: Істина, 2006. 128 с.

13. Українське цивільне право: навч. посіб. 3-є вид. перероб. та доп. Ю. О. Заіка, І. С. Тімуш, О. О. Ловяк та ін. / за ред. Ю. О. Заіки. К.: ЦУЛ, 2014. 358 с.

14. Юркевич Ю. М. Договірні форми об'єднань фізичних та юридичних осіб у цивільному праві України: монографія. Львів: ЛНУ ім. Івана Франка, 2017. 410 с.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЛЕЖНОГО ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗІ СТРАХУВАННЯ

УДК 347.440
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.18

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

Milovska N. Ensuring the proper fulfillment of insurance contractual obligations

In this scientific article the essence, significance and effective ways of ensuring the fulfillment of obligations in insurance contractual relations are clarified. It was established that the fulfillment of insurance contractual obligations is ensured by stimulating the debtor to fulfill the contract personally, and only in case of impossibility of personal execution - to create additional guarantees for the creditor to compensate for losses in case of non-performance or improper performance of the contract.

By ensuring the fulfillment of contractual obligations under insurance should be understood the use of a sufficient amount of the necessary ways to achieve the purpose of concluding an insurance contract, provided both by civil law and directly by the contract. Establishing the features of ensurence of fulfillment of insurance contractual obligations is incomplete without considering the systematization of its main methods and the possibility of their application in contractual legal relations for the provision of insurance services. Systematization of ways of ensuring the fulfillment of insurance contracts enables participants of such relations to choose the best option for security activities, taking into account the effectiveness of various methods of security, the possibility of minimizing costs and maximizing loss compensation.

It is established that the types of security for fulfilling insurance contractual obligations that are not directly defined in the general norms of Ch. 49 of the Civil Code of Ukraine, but are not prohibited in use on the basis of Part 2 of Art. 546 of the Civil Code of Ukraine, include, in particular, reinsurance, co-insurance, the creation by insurers of reserve guarantee insurance funds, aimed at the proper and timely implementation of insurance payments. In addition, according to Art. 38 of the Law of Ukraine «On Insurance» in order to ensure that insurers fulfill their obligations to policyholders under life insurance contracts, it is not allowed to carry out other types of insurance other than life insurance. In this case, an exceptional type of activity is established for insurers - life insurance, which is also aimed at stimulating the quality and timely provision of insurance services by the insurer.

Key words: insurance contract, ensuring the fulfillment of obligations, proper fulfillment, ways of ensuring.

У науковій статті з'ясовано сутність, значення та дієві способи забезпечення виконання зобов'язань у договірних відносинах зі страхування. Встановлено, що забезпечення виконання договірних зобов'язань зі страхування здійснюється шляхом стимулювання боржника до особистого виконання договору і лише у випадку неможливості особистого виконання – у створенні для кредитора додаткових гарантій відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання договору.

Ключові слова: договір страхування, забезпечення виконання зобов'язань, належне виконання, способи забезпечення.

Страхування − це вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів (ст. 1 Закону України «Про страхування» [1]). Кожна зі сторін в рамках цивільно-правових відносин у сфері страхування має зацікавленість у належному виконанні зобов'язань своїм контрагентом, що стимулює зміцнення майнового становища учасників цих відносин, формування у них впевненості в реалізації визначених завдань і в результаті спричиняє покращення та стабільність на ринку страхових послуг.

Проблематика зобов'язань, їх виконання та способи їх забезпечення до цих пір є предметом жвавих дискусій серед вчених-цивілістів. Так, Т. В. Боднар під забезпечувальним зобов'язанням пропонує розуміти 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 [2, с. 187]. У свою чергу, І. Й. Пучковська зазначає, що забезпечувальна функція, виконання якої традиційно приписується видам забезпечення, є лише однією з двох складових охоронної функції, що виконується забезпеченнями разом із захисною функцією. У зв'язку з цим автор спростовує особливе «гарантування» видами забезпечення належного виконання договірного зобов'язання: вони стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання самим фактом свого існування, реалізуючись виключно у разі порушення зобов'язання з метою захисту прав кредитора [3, с. 7]. Забезпечення виконання договірних зобов'язань зі страхування також здійснюється шляхом стимулювання боржника передусім до особистого виконання договору (зокрема, наявність у страховика досвіду надання певного виду страхових послуг та ліцензії на їх надання створює для страхувальника потребу у стимулюванні або ж примусі страховика до особистого виконання взятих зобов'язань), і лише у випадку неможливості особистого виконання – в створенні для кредитора додаткових гарантій відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання договору.

Встановлення особливостей забезпечення виконання договірних зобов'язань зі страхування є неповним без розгляду питання щодо систематизації його основних способів та можливості їх застосування у договірних правовідносинах із надання страхових послуг. Систематизація способів забезпечення виконання договорів страхування надає можливість учасникам таких відносин обирати оптимальний варіант забезпечувальної діяльності з урахуванням ефективності тих або інших способів забезпечення, можливості мінімізації витрат і максимального відшкодування збитків.

Глава 49 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [4] присвячена окремим видам забезпечення виконання зобов'язань. Так, як випливає з 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 у ЦК України відображено підхід, за яким виконання зобов'язання може забезпечуватися не тільки тими способами, які прямо передбачені у ЦК, а й тими, що встановлені у спеціальних нормативно-правових актах (наприклад, Законі України «Про страхування») або ж визначені сторонами в самому договорі. Як зазначається в літературі, 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 [5, с. 59].

На думку І. Й. Пучковської, визначальною ознакою видів забезпечення виконання зобов'язання, яка надає змогу їх відмежувати від інших способів захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні, передусім від мір оперативного впливу і цивільно-правової відповідальності, виступає забезпечувальне джерело (або джерело виконання порушеного зобов'язання) – певне майно (застава та притримання) чи обов'язок третьої особи перед кредитором (порука та гарантія), завдяки чому кредитор отримує виконання за порушеним боржником зобов'язанням та відшкодування витрат, викликаних порушенням, у порядку захисту своїх прав. При цьому наявність забезпечувального джерела є критерієм й при визначенні «інших» видів забезпечення виконання зобов'язань, які згідно з ч. 2 ст. 546 ЦК України можуть встановлюватися законом чи на розсуд сторін [3, с. 7–8]. У зв'язку з цим до таких *видів забезпечення виконання договірних зобов'язань зі страхування*, які прямо не визначені в загальних нормах гл. 49 ЦК України, але й не заборонені у використанні на підставі ч. 2 ст. 546 ЦК України, можна віднести, зокрема, перестрахування, співстрахування, створення страховиками резервних гарантійних страхових фондів, що спрямовані на належне та своєчасне здійснення страхових виплат. Крім цього, відповідно до ст. 38 Закону України «Про страхування» з метою забезпечення виконання страховиками зобов'язань перед страхувальниками за договорами страхування життя не допускається здійснення інших видів страхування, крім страхування життя. У даному

випадку для страховиків встановлюється виключний вид діяльності – страхування життя, що також спрямовано на стимулювання якісного та своєчасного надання страхових послуг страховиком тощо.

Одним із способів забезпечення належного виконання зобов'язань зі страхування є *неустойка*. У ст. 549 ЦК України неустойка (штраф, пеня) визначається як грошова сума або інше майно, яке боржник повинен передати кредиторові у разі порушення боржником зобов'язання. У більшості випадків вона співвідноситься з розміром заподіяних кредитору невиконанням зобов'язання збитків. При цьому жодних додаткових майнових гарантій кредитор не набуває: боржник або відшкодовує збитки, або сплачує лише їх частину [6, с. 37]. Так, 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» [7] 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 у разі, якщо судом буде встановлено, що вигодонабувач зловживав своїм правом на отримання страхової виплати, йому може бути відмовлено в частині стягнення суми неустойки.

К. О. Граве вважав, що основна правова функція, яку виконує неустойка, полягає у зміцненні зобов'язальних правовідносин шляхом забезпечення інтересів кредитора за зобов'язанням, тобто належному йому праву вимоги. Крім того, забезпечення досягається тим, що боржника шляхом загрози оплати неустойки спонукають до виконання своїх зобов'язань, а у разі їх невиконання чи неналежного виконання неустойка служить покриттям збитків [8, с. 7]. У зв'язку з цим, 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) [9, с. 29]. Характерними ознаками неустойки як особливого виду забезпечення виконання страхових зобов'язань є: а) спрямована на попередження порушення умов договорів страхування; б) впливає на боржника з моменту укладання договору; в) її застосуванню передує невиконання чи неналежне виконання боржником передбачених договором страхування зобов'язань, що є підставою для покладення на останнього негативних наслідків майнового характеру; г) її стягненням компенсуються ті втрати, які зазнав кредитор у зв'язку з порушенням умов договору страхування; ґ) її стягнення одночасно виконує попереджувальну і виховну функцію, оскільки сигналізує боржнику про негативні наслідки, які настануть у разі порушення ним страхових зобов'язань; д) відсутність додаткової гарантії виконання зобов'язання.

Способом забезпечення виконання зобов'язань, передбаченим ст. 546 ЦК України, є порука, значення якої полягає в тому, що інтерес кредитора забезпечується за допомогою залучення додаткового боржника, майнове становище і ділові якості якого не викликають сумнівів у кредитора. Власне, цим і гарантуються інтереси останнього, з'являється більша впевненість, що головне зобов'язання, яке забезпечене порукою, буде виконано, а у випадку невиконання кредитору будуть відшкодовані збитки [10, с. 59]. Згідно із ст. 553 ЦК України під порукою розуміється договір, за яким поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Функціональне призначення поруки залежить від стадії існування цього забезпечувального правовідношення: до моменту порушення основного зобов'язання порука спрямована на стимулювання боржника до виконання взятих на себе обов'язків, а з моменту невиконання чи неналежного виконання – на забезпечення і захист інтересів кредитора та компенсацію його майнових втрат [11, с. 179]. Важливо зазначити, що чинне законодавство України не містить жодних обмежень щодо забезпечення порукою будь-яких зобов'язань, в тому числі договірних зобов'язань з надання страхових послуг. І, як зазначає В. А. Бєлов, таких заборон взагалі існувати не може [12, с. 27]. Однак у договірних відносинах зі страхування з метою забезпечення виконання зобов'язань застосовується особливий інститут – *перестрахування*. Страховики, які прийняли на себе страхові зобов'язання в обсягах, що перевищують можливість їх виконання за рахунок власних активів, повинні перестрахувати ризик виконання зазначених зобов'язань у перестраховиків резидентів або нерезидентів. Так, згідно зі ст. 30 Закону України «Про страхування», якщо страхова сума за окремим предметом договору страхування перевищує 10% суми сплаченого статутного капіталу і сформованих вільних та страхових резервів, страховик зобов'язаний укласти договір перестрахування.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про страхування» перестрахування – це страхування одним страховиком (цедентом, перестрахувальником) на визначених договором умовах ризику виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником в іншого страховика (перестраховика) резидента або нерезидента, який має статус страховика або перестраховика згідно з законодавством країни, в якій його зареєстровано. Правовий інститут перестрахування, з одного боку, забезпечує фінансову спроможність страховика виконати взяте страхове зобов'язання перед страхувальником

щодо виплати страхового відшкодування, щоб така виплата за страховими випадками не лягала непосильним тягарем лише на нього одного, а з іншого – посилює захист майнових інтересів страхувальників.

Основними критеріями відмежування договору перестрахування від договору страхування є: предмет договору, суб'єктний склад, страховий ризик, порядок укладення договору. Так, відповідно до чинного страхового законодавства предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, що не суперечать закону і пов'язані: з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням; з володінням, користуванням і розпорядженням майном; з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі. Зазначений предмет договору страхування не може бути застосований у перестрахуванні. Перестрахувальник, укладаючи договір перестрахування, захищає свій страховий інтерес, тобто забезпечує собі додаткові гарантії виконання страхових зобов'язань перед страхувальниками щодо здійснення страхових виплат в разі настання страхового випадку. Предмет договору перестрахування становить зобов'язання перестраховика надати перестрахувальнику певну послугу – перестрахувальний захист і зобов'язання перестрахувальника сплатити за неї перестрахувальну премію [13, с. 6]. Відтак майнові інтереси суб'єктів страхування і перестрахування мають певні розбіжності, а тому предмети договірних відносин у них різні.

Однією з основних особливостей договорів страхування і перестрахування є їх суб'єктивний склад. Так, договір страхування укладається між страховою компанією і страхувальником, який може бути фізичною або юридичною особою, тоді як суб'єктами перестрахувальних договірних правовідносин з обох сторін виступають страховики – юридичні особи, які називаються перестраховиком і перестрахувальником. На думку О. С. Красільнікової, за договором перестрахування одна сторона – цедент – передає повністю або частково страховий ризик (групу страхових ризиків певного виду) іншій стороні – перестрахувальнику, який, у свою чергу, бере на себе зобов'язання відшкодувати цеденту відповідну частину сплаченого страхового відшкодування. Сам процес, пов'язаний із передачею ризику, автор називає цедируванням ризику, або перестрахувальною цесією [14, с. 601]. Однак використання подібної термінології лише створює ілюзію того, що у випадку перестрахування одна сторона договору щось передає іншій. Дійсно, захист інтересів у страхуванні відбувається шляхом розподілу ризику. Проте це не означає, що ризик передається від страхувальника до страховика, адже юридично ризик не є оборотоздатним об'єктом цивільних прав і не може бути переданий від кого-небудь кому-небудь і, відповідно, прийнятий від будь-кого будь-ким. Ризик перестраховикові не передається – перестраховик страхує ризик, але зовсім інший, ніж за основним договором. Тобто у разі укладання договору перестрахування будь-якої поступки прав страховика за зобов'язаннями, які виникають із договору страхування, іншому страховику не відбувається. Навпаки, страховик (перестрахувальник), який уклав з перестраховиком договір перестрахування, відповідає за виконання страхових зобов'язань перед страхувальником у повному обсязі згідно з договором страхування (ч. 4 ст. 12 Закону України «Про страхування»).

Важливого науково-теоретичного та практичного значення для договірних відносин у сфері перестрахування набуває визначення страхового випадку та моменту його настання у договорі перестрахування. Деякі вчені вказують на те, що у сфері перестрахувальних відносин під страховим випадком розуміють ті самі події, які мають місце в основному договорі страхування [15, с. 141]. Однак страховий випадок за договором страхування є лише моментом виникнення ймовірності настання страхового випадку за договором перестрахування, оскільки перестраховик виконує свої зобов'язання перед перестрахувальником тільки після виплати останнім страхового відшкодування за договором страхування [16, с. 31]. Дійсно, за договором перестрахування страхується не ризик страхувальника за основним договором, а зовсім інший ризик – ризик перестрахувальника, тобто його ризик здійснення страхової виплати за основним договором страхування, а тому страховим випадком за договором перестрахування є страхова виплата, здійснена за основним договором страхування.

Таким чином, аналізуючи різні наукові твердження, можна зазначити, що перестрахування виступає окремим видом страхування, а, відповідно, договір перестрахування – самостійним видом договору страхування, на підставі якого одна сторона (перестраховик) за обумовлену договором плату (перестрахувальну премію) зобов'язується надати іншій стороні (перестрахувальникові) послугу у вигляді перестрахувального захисту, спрямованого на забезпечення фінансової стійкості страховика (перестрахувальника) шляхом відшкодування відповідно до умов договору витрат, пов'язаних з виконанням страховиком (перестрахувальником) своїх зобов'язань за укладеним ним договором страхування. Відмінності у договорах страхування і перестрахування характеризують різну правову природу страхових і перестрахувальних відносин, а тому унеможливлюють їх юридичне ототожнення та потребують формування окремого правового регламентування, положення якого пояснювали б сутність договірних відносин у перестрахуванні, їх особливості, трактували основні дефініції та поняття перестрахувальної діяльності.

З метою підвищення правових гарантій захисту фінансового стану страхових організацій та забезпечення виконання страховиками взятих на себе зобов'язань може виникнути потреба в укладенні й договорів *співстрахування*. Співстрахування виступає одним із способів розподілу ризиків у зв'язку з неможливістю для одного страховика прийняти певний об'єкт на страхування за умови, що кілька страхових організацій здійснюють один і той самий вид страхування [17, с. 242]. На відміну від перестрахування, де страхувальник укладає договір з одним страховиком, у співстрахуванні страхувальник укладає договір одразу з кількома страховиками, які виступають рівноправними партнерами і відповідають перед страхувальником за свою частину ризику [18, с. 86].

Відповідно до ст. 986 ЦК України та ст. 11 Закону України «Про страхування» співстрахування – це страхування предмета договору страхування кількома страховиками на підставі одного договору страхування. Договір співстрахування є договором з множинністю осіб на боці страховика, що означає встановлення між співстраховиками спільного дольового зобов'язання, за яким кожний із співстраховиків бере на себе певну визначену частину обов'язку здійснити страхову виплату страхувальнику. Тобто в разі настання страхового випадку страхувальник має звертатися до кожного із співстраховиків із вимогою про виплату страхового відшкодування у відповідній частині. Відповідно, кожному із співстраховиків належить частина страхового платежу. Обсяг прав та обов'язків кожного зі страховиків має бути визначений у договорі. За загальним правилом, якщо в такому договорі не визначені права та обов'язки кожного зі страховиків, вони солідарно відповідають перед страхувальником (вигодонабувачем) за виплату страхової суми або страхового відшкодування.

Співстрахування здійснюється лише за згодою страхувальника. За взаємним погодженням між співстраховиками і страхувальником один із співстраховиків може представляти всіх інших співстраховиків у відносинах із страхувальником. У разі настання страхового випадку відповідальним перед страхувальником залишається кожний із співстраховиків особисто в межах своєї частки. Тобто незалежно від наявності представництва виплачувати страхову виплату страхувальнику буде кожний із співстраховиків безпосередньо.

Відповідно до ст. 30 Закону України «Про страхування» страховики зобов'язані з метою забезпечення платоспроможності створювати *страхові резерви*, достатні для майбутніх виплат страхових сум і страхових відшкодувань. Тобто створення страхових резервів виступає способом забезпечення виконання зобов'язань перед страхувальниками за відповідними договорами страхування. Мінімальний розмір статутного фонду (гарантійного депозиту) страховика, який займається видами страхування іншими, ніж страхування життя, встановлюється у сумі, еквівалентній 1 млн. євро, а страховика, який займається страхуванням життя, 10 млн. євро за валютним обмінним курсом валюти України. При цьому страховими резервами страховика за видами страхування, іншими ніж страхування життя, можуть бути: резерв незароблених премій; резерв заявлених, але не виплачених збитків; резерв збитків, які виникли, але не заявлені; резерв катастроф; резерв коливань збитковості (ст. 31 Закону України «Про страхування»). У свою чергу, для забезпечення страхових зобов'язань із страхування життя і медичного страхування страховики формують окремі резерви за рахунок надходження страхових платежів і доходів від інвестування коштів сформованих резервів за цими видами страхування. Кошти резервів із страхування життя не є власністю страховика і мають бути відокремлені від його іншого майна. Крім цього, кошти резервів із страхування життя не можуть використовуватися страховиком для погашення будь-яких зобов'язань, крім тих, що відповідають прийнятим зобов'язанням за договорами страхування життя. Однак кошти резервів із страхування життя можуть використовуватися, зокрема, для довгострокового кредитування житлового будівництва, у тому числі індивідуальних забудовників, у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

З метою додаткового забезпечення виконання страхових зобов'язань страховики можуть на підставі договору створити *Фонд страхових гарантій*, який є юридичною особою. Державна реєстрація Фонду здійснюється в порядку, передбаченому для державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності (ст. 32 Закону України «Про страхування»). Розмір відрахувань до Фонду страхових гарантій і порядок використання коштів цього Фонду встановлюються страховиками, які беруть в ньому участь. При цьому Кабінет Міністрів України може приймати рішення про створення фондів страхових гарантій за напрямами страхування. Так, відповідно до ст. 41 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» Моторно-транспортне страхове бюро України за рахунок коштів фонду страхових гарантій, а також за рахунок коштів фонду захисту потерпілих відшкодовує шкоду у разі недостатності коштів та майна страховика – учасника МТСБУ, що визнаний банкрутом та/або ліквідований, для виконання його зобов'язань за договором обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності. При цьому МТСБУ не відшкодовує шкоду потерпілим, якщо вони можуть задовольнити вимоги на підставі договорів інших видів страхування. У таких випадках МТСБУ відшкодовується частина шкоди, яка не компенсована за договорами інших видів страхування (п. 41.3 ст. 41 Закону України

«Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»).

Таким чином, для забезпечення виконання зобов'язань членів МТСБУ перед страхувальниками і потерпілими при ньому створюються такі централізовані страхові резервні фонди: а) фонд страхових гарантій, призначений для забезпечення платоспроможності МТСБУ під час взаєморозрахунків з уповноваженими організаціями інших країн у галузі страхування цивільно-правової відповідальності, з якими МТСБУ уклало угоду про взаємне визнання договорів такого страхування та взаємне врегулювання питань стосовно відшкодування шкоди. При цьому мінімальний розмір фонду страхових гарантій встановлюється на рівні встановленого Законом України «Про страхування» мінімального розміру статутного фонду страховика, що займається видами страхування іншими, ніж страхування життя; б) фонд захисту потерпілих у дорожньо-транспортних пригодах, призначений для здійснення розрахунків з потерпілими (ст. 43 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»).

Таким чином, МТСБУ здійснює не лише професійний контроль за діяльністю своїх членів, а й виконує функції фонду страхових гарантій для потерпілих, членство в якому страхових організацій, що займаються обов'язковим страхуванням цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, є обов'язковим. Крім цього, з метою проведення попереджувальних заходів, спрямованих на підвищення безпеки дорожнього руху та зменшення кількості страхових випадків за обов'язковим страхуванням цивільно-правової відповідальності, відповідно до ст. 43-1 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», створюється також фонд попереджувальних заходів МТСБУ.

У сфері страхування сільськогосподарської продукції, у свою чергу, функції фонду страхових гарантій виконує Аграрний страховий пул, який: забезпечує покриття катастрофічних ризиків у разі виникнення надзвичайних ситуацій; здійснює управління фондом покриття катастрофічних ризиків, який створюється з метою забезпечення виконання зобов'язань перед страхувальниками за рахунок відрахування до нього не більш як 5 % страхових платежів (страхових премій); створює інші страхові фонди, визначені статутом Пулу; інвестує накопичені фінансові ресурси; організовує програми перестрахування сільськогосподарських ризиків з метою забезпечення гарантій виконання страховиком зобов'язань перед страхувальниками (ст. 17 Закону України «Про особливості страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою») [19].

Отже, підсумовуючи вищезазначене, доходимо висновку, що основне завдання забезпечення виконання договірних зобов'язань зі страхування полягає у стимулюванні боржника до належного виконання зобов'язання через настання в іншому випадку негативних наслідків і у випадку неможливості виконання – у створенні для кредитора додаткових гарантій відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання договору страхування. У зв'язку з цим під забезпеченням виконання договірних зобов'язань зі страхування слід розуміти застосування достатнього обсягу необхідних способів досягнення мети укладення договору страхування, передбачених як цивільним законодавством, так і безпосередньо договором.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 18. Ст. 78.

2. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві. Заг. положення: навч. посіб. К.: Юстиніан, 2007. 280 с.

3. Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань: дис. … док. юрид. наук: 12.00.03; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018. 468 с.

4. Цивільний кодекс України: прийнятий 16 січня 2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 25.09.2019).

5. Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посіб. 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, 2000. 910 с.

6. Джамалов Т. З. Неустойка как один из способов обеспечения надлежащего исполнения обязательств сторонами по договору ОСАГО // Научно-практический электронный журнал «Аллея Науки». 2017. № 10.

7. 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.

8. Граве К. А. Договорная неустойка в советском праве. М., 1950. 136 с.

9. Пучковська І. Й. Види забезпечення виконання зобов'язання як способи захисту // Юридична Україна. 2011. № 11. С. 26–31.

10. Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і доп. К.: Юрінком Інтер, 2010. 1174 с.
11. Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. М.: Лекс–Книга, 2002. 285 с.
12. Белов В. А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. М.: ЮрИнфоР, 1998. 234 с.
13. Семенова К. Г. Договір перестрахування: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2008. 19 с.
14. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонова. Вид. 4-е, перероблене та доповнене. Харків: ТОВ «Одіссей», 2008. 831 с.
15. Пузаненко В. Співвідношення договору страхування і договору перестрахування в українському цивільному праві // Юридичний авангард. 2009. № 1. С. 139–143.
16. Кнейслер О. В. Правова природа перестрахувальних відносин: специфічні ознаки та критерії ідентифікації // Фінансова система України. Наукові записки. Серія: економіка, 2014. Вип. 3. С. 31–37.
17. Шелехов К. В., Бігдаш В. Д. Страхування: навчальний посібник. К.: МАУП, 2001. 424 с.
18. Фисун В. І., Ярова Г. М. Страхування: навчальний посібник. К.: Центр учбової літератури, 2011. 232 с.
19. Про особливості страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою: Закон України від 9 лютого 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. 2012. № 41. Ст. 491.

СВОБОДА ДОГОВОРУ В АСПЕКТІ СПОЖИВЧИХ ВІДНОСИН

УДК 347.451
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.19

Пожоджук Р. В.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник сектору проблем договірного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Pozhodzhuk R. Freedom of contract in the aspect of consumer relations
The article is devoted to the analysis of the freedom of contract in consumer relations. Revealing the essence of freedom of contract in its classical sense, the author aims to analyze the freedom of contract through the ideology of consumer protection. As a consequence, the essence of freedom of contract in consumer contracts is revealed.
In the aspect of freedom of contract in consumer contracts, the author explores the leading doctrines of English contract law – «Market-individualism» and «Consumer-welfariusm». Extrapolating «Market-individualism» and «Consumer-welfarism» to freedom of contract, we can say that freedom of contract in its classical sense was divided into the freedom of contract in the ideology of «Market-individualism» and freedom of contract in the ideology of «Consumer-welfarism».
Based on these two ideologies and their analyses in the context of consumer relations, it is also suggested to understand the freedom of contract in commercial and consumer contracts.
Given the special status of the consumer, it is necessary to ensure a high degree of security and protection of his rights. Consequently, when concluding consumer contracts, it is necessary to place consumer welfare in the first place.
The author also analyzes the idea of «free and voluntary» contracts in the context of consumer relations. The dominance of this idea in consumer relations may lead to the inability to provide guarantees or protect consumers' rights to varying degrees depending on whether it is obligatory consumer relations or an optional one.
Therefore, the author in the article also proposed the separation of consumer relations. Obligatory consumer relations should be understood as the legal relations regarding the acquisition of goods, works or services that are vital for an individual. Optional consumer relations should be understood as the legal relations regarding the acquisition of goods, works or services to satisfy other needs of an individual that are not related to life necessities.
Key words: freedom of contract, consumer welfare, consumer relations.

Статтю присвячено аналізу свободи договору у споживчих відносинах. Розкриваючи сутність свободи договору в її класичному розумінні, автор ставить собі за мету проаналізувати свободу договору крізь призму захисту прав споживачів. Як наслідок, розкривається сутність свободи договору в споживчих договорах. Також запропоновано розуміння свободи договору в комерційних та споживчих договорах.
Ключові слова: свобода договору, споживчий добробут, споживчі відносини.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) свобода договору відноситься до загальних засад цивільного законодавства. Частиною 1 ст. 627 ЦК України передбачено, що відповідно до ст. 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Так, ч. 3 ст. 6 ЦК України визначено, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд.

С. О. Погрібний вказує, що свобода договору – це властива суб'єктам цивільних відносин і визнана та гарантована цивільним законодавством України їх здатність самостійно формувати і виражати свою волю щодо створення правил своєї поведінки [1, с. 89]. Своєю чергою, Р. В. Мельниченко зазначає, що свобода договору виявляється на наступних етапах динаміки цивільних договірних правовідносин: 1) укладення цивільно-правового договору; 2) виконання цивільно-правового договору. Одночасно підкреслимо, що на етапі укладення цивільно-правого договору свобода договору проявляється у наступному: 1) свобода у переговорах; 2) вільне волевиявлення щодо вступу в цивільні правовідносини; 3) свобода щодо вибору контрагента; 4) свобода у взаємному визначенні виду, форми та умов договору [2]. Отже, за загальним правилом, принцип свободи договору полягає у можливості особи, на власний розсуд здійснювати права щодо укладення чи неукладення договору, вибору особи з якою укладатиметься договір та визначення змісту договору.

У світлі досліджуваних правовідносин заслуговує на увагу міркування британського вченого Стівена Сміта (Stephen Smith), який говорить і про «свободу укладення договору», і про «свободу договору». Свобода укладення договору означає те, що є, ймовірно, основною вимогою для встановлення договірного зобов'язання; що особа зобов'язалася щось зробити. Свобода укладення договору означає, що особи можуть вільно укладати договори або не укладати договори [3] (*тут і далі переклад наш – Р. П.*). Отже, під свободою укладення договору чи договірною свободою автор розуміє право сторін вступати чи не вступати в договірні відносини, що залежить саме від волі сторін. Однак у споживчих відносинах зазвичай така договірна свобода закінчується там, де споживач обмежений у виборі іншого продавця товарів, надавача послуг чи виконавця робіт (далі – виконавець).

Водночас автор вказує, що свобода договору означає фундаментальну в ортодоксальному розумінні договірного права ідею про те, що зміст договірного зобов'язання є справою сторін, а не закону. Перше правило договірного тлумачення – дивитися на те, що сторони насправді сказали або написали [3]. У споживчих правовідносинах сторони мають різні договірні позиції, насамперед, через мету вступу в такі правовідносини. Споживач бажає задовольнити свої особисті потреби, що не пов'язані з підприємницькою діяльністю та без мети отримання прибутку. Проте виконавець бажає, насамперед, отримати прибуток. Відтак неможливо беззаперечно стверджувати, що у цих відносинах є рівність та панує ідея про те, що зміст договірного зобов'язання є справою сторін, а не закону. Тому імперативні норми у приватноправовому регулюванні покликані збалансувати такі відносини.

Частиною 2 ст. 627 ЦК України передбачено, що у договорах за участю фізичної особи-споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів. Це означає, що свобода договору у споживчих правовідносинах має певну особливість. Так, Г. А. Осетинська вказує, що ЦК України (ст. 627) проголошує принцип свободи договору, однак, під час укладення споживчих договорів, формування їх умов дія принципу свободи істотно обмежена, адже і порядок укладення, і формування умов договору визначають переважно імперативними нормами законодавства про захист прав споживачів, до того ж таким чином, що споживачам встановлюються привілейовані умови і формуються додаткові обов'язки для підприємця. Існують також особливості захисту прав споживачів, які полягають у домінуванні спеціальних способів захисту над загально цивілістичними, встановленими ЦК України (ст. 16) [4, с. 93]. Безумовно, певна імперативність, що захищає споживача та фактично обмежує свободу договору в її класичному розумінні, позитивно впливає на споживчі відносини. Проте основне питання, яке виникає під час дослідження свободи договору у споживчих відносинах, наскільки споживач є вільним та незалежним у своєму виборі щодо укладення договору, виборі умов договору та виборі особи, з якою укладатиметься договір? Від цього загалом і залежить розуміння свободи договору у споживчих відносинах.

Ізраїльський вчений Сінаї Дойч (Sinai Deutch) запропонував чотири характеристики, що розрізняють загальне договірне законодавство і споживче законодавство. Чотирма основними характеристиками загального договірного права є: (1) договірне законодавство є нейтральним щодо сторін, оскільки воно не прагне захистити одну із сторін договору; (2) положення договірного законодавства можуть бути змінені за згодою, оскільки зміст договору може бути будь-яким, що буде погоджено між сторонами; (3) договірне законодавство розробляється лаконічно, коротко та стисло, оскільки деталі залишаються для вирішення сторонами; (4) договірне законодавство не включає кримінальних санкцій чи адміністративних норм [5].

Крім цього, Сінаі Дойч (Sinai Deutch) вказує, що характеристики споживчого законодавства, яке регулює споживчі договори, є повною протилежністю тим, які згадуються в контексті договірного законодавства. По-перше, споживче законодавство не є нейтральним. Воно було прийнято для захисту покупця, який є слабкою стороною договору. По-друге, в споживчому законодавстві положення закону є jus cogens[1] і застосовуються, незважаючи на будь-які відмови або угоди про протилежне. По-третє, споживче законодавство є детальним і точним. По-четверте, споживче законодавство зазвичай включає також кримінальні санкції та адміністративні норми [5]. Незважаючи на той факт, що ми досліджуємо свободу договору в споживчих правовідносинах винятково у приватному праві, варто зауважити, що наведена вище характеристика законодавства, що регулює споживчі договори, є доволі актуальною та чіткою. Автор формував таку класифікацію, більшою мірою базуючись на законодавчих положеннях. А це означає, що ізраїльський законодавець приділяє особливу увагу споживчим відносинам, а відтак і підкреслює значення цих відносин.

Професор Ерік Познер (Eric A. Posner) зазначає, що економічні передумови підштовхують у бік свободи договору, і цьому перебігу можна протистояти тільки з великими труднощами. Якщо сторони раціональні, вони укладатимуть договори лише тоді, коли це в їх власних інтересах, і вони погоджуватимуться лише на умови, які покращують їх становище [6]. Автор слушно звернув увагу на тай факт, що сучасний розвиток економічних відносин призводить до розширення змісту свободи договору. Свобода договору в її сучасному розумінні прагне бути практично необмеженою. Це насамперед обумовлено еволюцією приватноправових відносин, що відбувається, зокрема, завдяки розвитку нових технологій та має на меті полегшення здійснення підприємницької діяльності.

Безсумнівно, що часові та фізичні можливості укладення договору на придбання конкретного товару 100 років назад і нині є зовсім різними. На сьогодні достатньо акцептувати оферту у мобільному мессенджері і договір вже буде виконуватися. Однак позитивний аспект свободи договору повинен корелюватися із можливістю слабкої сторони договору мати охорону та, у випадку порушення її прав, отримати відповідний правовий захист.

Андреас Маурер (Andreas Maurer), досліджуючи, зокрема, історичний розвиток свободи договору на межі IX–XX ст., вказав, що у континентальній Європі концепція свободи договору також була найсучаснішою. Перші проекти Цивільного уложення Німеччини були розроблені в 1870-х роках, трохи менше ніж через 100 років після Французької революції, яка стала поштовхом до прийняття знаменитого цивільного кодексу. Ці кодекси знову надихалися Просвітництвом і засновані на концепції свободи договорів. Ідеї вільних і рівноправних осіб, які формують державу на основі договірних відносин, стали основою нових кодифікацій. Однак до прийняття Цивільного уложення Німеччини в 1900 р. вчені виступали проти майже необмеженої свободи договору в Цивільному уложенні Німеччини. Одним з найвідоміших серед критиків був Отто фон Гірке (Otto von Gierke), який вигадав фразу «маленька крапля соціального масла», яка, як він виявив, відсутня в новому Цивільному уложенні, і відстоював більше прав для бідних в новій кодифікації [7]. Значення напрацювань у сфері захисту прав споживачів у Німеччині мали неабиякий подальший розвиток. Так, на основі Закону Німеччини про стандартні форми договорів ЄС прийняв Директиву Ради 93/13/ЄЕС від 5 квітня 1993 р. про несправедливі умови в споживчих договорах [7].

Доволі багато цікавих міркувань щодо свободи договору у споживчих відносинах було висловлено представниками науки права англо-саксонської правової системи. Так, заслуговують на увагу міркування Стівена Сміта та Патріка Атії (Stephen A. Smith and Patrick S. Atiyah), які, характеризуючи період 1870–1980 рр., зазначають, що ідея про те, що «вільні і добровільні» договори нададуть бажані або справедливі результати для сторін, які вирішують укладати чи не укладати їх, також була піддана сумніву. Іншими словами, стверджувалося, що класичні норми договірного права не забезпечують жодних гарантій того, що договори були вільними та добровільними в будь-якому їх змістовному значенні. З одного боку, вказувалося, що ідеал свободи договорів мало що означає для того, кому не вистачає коштів чи здібностей для укладення договорів на харчування, одяг, житло чи роботу. Сказати, що така особа вирішила не укладати такі контракти, було б правдою тільки в обмеженому сенсі. З іншого боку, вважалося, що юридичне значення слів «вільний і добровільний» не забезпечує жодних гарантій того, що укладені договори були справедливими або неупередженими [8]. Уявлення

[1] ЮС КОГЕНС (лат. jus cogens – примусове право) – зобов'язуюче право, що не залежить від волі сторін. У нац. праві поняття Ю. к. (або його еквівалентні норми публіч. порядку або публіч. політики) означає норми, які не можуть бути ущемлені будь-яким актом або змінені згодою того, хто підпорядкований цьому праву.

У міжнар. праві поняттям Ю. к. характеризуються імперативні норми, від яких д-ви не можуть відступати навіть за взаєм. згодою, і такі норми міжнар. Ю. к. становлять заг. міжнар. право. Відповідно, договір між д-вами, укладений всупереч нормі Ю. к., є юридично недійсним. Норма Ю. к. може бути замінена лише новою нормою заг. міжнар. права. У міжнар. праві, як і в нац. праві, протилежністю Ю. к. є юс діспозітівум – норма, від якої д-ви можуть відступати за взаєм. згодою.

Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: «Укр. енцикл.», 1998. URL: http://leksika.com.ua/13921022/legal/yus_kogens. (дата звернення: 01.10.2019).

про те, що нерівності та відмінності між високопрофесійними учасниками ринку і необізнаними та недосвідченими споживачами були реаліями сучасних ринкових суспільств, спричинило появу абсолютно нової галузі права – права захисту прав споживачів [9].

У контексті споживчих відносин ідея «вільних та добровільних» договорів може призводити до нездатності забезпечення гарантій чи захисту прав споживачів за різним ступенем залежно від того факту, чи це обов'язкові споживчі відносини чи факультативні. Під обов'язковими споживчими відносинами слід розуміти правовідносини з приводу придбання товарів, робіт чи послуг, що є життєво необхідними для фізичної особи. Під факультативними споживчими відносинами слід розуміти правовідносини з приводу придбання товарів, робіт чи послуг з метою задоволення інших потреб фізичної особи, що не пов'язані із життєвою необхідністю.

Окремі малазійські науковці доволі слушно зазначають, що значення доктрини свободи особливо знизилося в споживчих угодах, тому що споживачам бракувало важелів впливу і вони були змушені погодитися на контрольовані ринкові угоди, продиктовані стандартними договорами промислових і комерційних монополій на основі принципу «візьми це» або «йди». Надалі, говорячи в контексті національного захисту прав споживачів, науковці підкреслюють, що суди повинні були використовувати справедливість як інструмент для усунення несправедливості шляхом підняття завіси формалізму і проникнення в соціальний реалізм, а саме в соціальний добробут, з метою досягнення договірної справедливості [10]. У випадку, якщо сторони договору не можуть на засадах рівності врегулювати договірні відносини з об'єктивних на те причин, або таке врегулювання може завдати шкоди слабкій стороні договору (споживачу), то у цьому випадку може допускатися певне обмеження свободи договору з метою охорони чи захисту прав та інтересів такої слабкої сторони.

У цьому контексті заслуговує на увагу міркування австралійського вченого Джона Голдрінга (John Goldring), який відмітив, що споживачі шукали захисту за допомогою законодавства, тому що загальні закони і ринкові механізми не змогли його забезпечити [11]. Попередні закони, особливо закон про договори, припускали, що між сторонами договорів юридично рівні з точки зору влади і інформації. По суті, на реальних ринках майже незмінно споживачі мають помітно менше влади та інформації, ніж постачальники. Закон розглядає дії споживача при купівлі товару як укладення договору – в теорії це вільний, узгоджений акт. На практиці ж правові наслідки пов'язані із дією закону без будь-якого врахування того, що споживач насправді знає чи хоче [11]. Таким чином, певне теоретичне навантаження свободи договору, яке знайшло своє відображення у законі, але на практичному рівні виявилося не здатним ефективно захистити права споживачів, не витримало критики та було логічно піддано еволюції. Відтак можна стверджувати, що свобода договору у споживчих відносинах набуває нового виявлення та значення.

Провідні доктрини англійського договірного права, чи то в законодавстві чи в прецедентному праві, відображають дві основні ідеології: «ринковий індивідуалізм» («Market-individualism») і «споживчий добробут» («Consumer-welfarism») [12].

За висловленням Джона Адамса (John N. Adams) та Роджера Браунсворда (Roger Brownsword), ідеологія «споживчого добробуту» відстоює політику захисту споживачів і принципи справедливості та розумності в контракті. Вона не починається з передумови ринкового індивідуалізму[1], що всі контракти повинні бути мінімально регульованими. Радше, це передбачає, що споживчі контракти мають бути ретельно регламентовані, і що комерційні контракти, хоча зазвичай їх слід розглядати як конкурентні угоди, повинні підлягати більшому регулюванню, ніж допускав би ринковий індивідуалізм. Труднощі із споживчим добробутом з'являються, як тільки хтось намагається визначити його конкретні керівні принципи (тобто його діючі принципи та концепції справедливості та розумності) [13].

Досліджуючи споживчий добробут, слід навести міркування окремих британських вчених, що має бути очевидно, що відповідно до політичних та економічних подій «споживчий добробут» був основною рушійною силою процесу прийняття рішень щодо договорів протягом останніх 50-років. або близько того. Тенденція була такою, що деякі автори стверджували, що захист, якому підлягають певні категорії сторін договору, особливо «споживачі», є таким, що законодавча влада та судові органи переглянули статус договору [14]. Відтак, можна зробити висновок, що концепція «споживчого добробуту» отримала своє закріплення в англійському праві, а її життєздатність перевірена часом, про що, зокрема, свідчить «перегляд» статусу договору в англійському праві.

[1] Згідно з ринковим індивідуалізмом ринок – це місце для конкурентного обміну. Функція контракту полягає не просто в сприянні обміну, а в тому, щоб сприяти конкурентному обміну. Договір встановлює основні правила, в межах яких може вестись конкурентоспроможна торгівля. Таким чином, в разі шахрайства, помилок, примусу тощо угоди, укладені на ринку, повинні дотримуватися. Багато в чому лінія, проведена між (діючим) спотворенням і простим нерозкриттям, втілює цю точку зору. На підрядників накладаються мінімальні обмеження: закон ринку – це не закон джунглів, і це виключає хибні уявлення. Однак нерозголошення певної інформаційної переваги – це просто розсудливий торг – підрядники беруть участь у конкурентній ситуації, і не можна очікувати, що вони розкриють, що у них в руках.

Подібну за змістом ідею було висловлено також представниками науки з Малайзії. Дослідники прийшли до висновку, що беручи до уваги, що все більше споживачів беруть участь в торгівлі і той факт, що договірне право є дитиною комерції, було визнано за необхідне включити споживчий добробут в договірне право. Таким чином, це спричиняє злиття договірного права зі споживчим добробутом; цей синтез відомий як сучасне договірне право [10].

Споживач – це суб'єкт, від дій якого фактично залежить роздрібний бізнес. Це основний учасник відносин споживання, який забезпечує прибуток продавця товарів, виконавця робіт, надавача послуг. Особливий статус споживача, насамперед, обумовлений тим, що він повинен вступати у відносини споживання через необхідність задоволення власних потреб, особливо життєво важливих. Однак досить часто статус споживача є недооціненим, а ефективна охорона та захист споживчих прав знаходяться на досить низькому рівні, незважаючи на чинне національне законодавство та міжнародно-правові акти у сфері захисту прав споживачів.

Враховуючи особливий статус споживача, потрібно забезпечувати найвищий ступінь охорони та захисту його прав. Відтак при укладенні споживчих договорів потрібно виносити на перше місце саме добробут споживачів.

Екстраполюючи ринковий індивідуалізм та споживчий добробут на свободу договору, можна говорити, що свобода договору в її класичному розумінні розділилася на свободу договору в ідеології ринкового індивідуалізму та свободу договору в ідеології споживчого добробуту. У першому випадку розуміння свободи договору фактично залишилося незмінним. Водночас, в другому випадку свобода договору вважається обмеженою. Крім цього, на нашу думку, в контексті споживчого добробуту доцільно говорити не про обмеження свободи договору, а про її відмінне вираження від класичного розуміння свободи договору. Тобто можна прийти до висновку, що існує два різновиди свободи договору: 1) свобода договору в комерційних відносинах та 2) свобода договору в споживчих відносинах.

Насамкінець варто навести досить цікаву судову справу, що розглядалася у Великій Британії та в якій фактично було визнано існування свободи договору у споживчих відносинах. Так, у справі *Suisse Atlantic v Rotterdamsche Kolen Central* Лорд Рейд (Lord Reid) визнав відсутність справжньої свободи договору, коли він сказав:

«Зазвичай, споживач не має часу, щоб прочитати (стандартні умови), і, якщо б він прочитав їх, він, ймовірно, не зрозумів би їх. Якщо він дійсно розуміє їх і заперечує проти будь-якої умови, йому зазвичай кажуть, що він може прийняти їх або відмовитися і піти. Якби він пішов до іншого постачальника, результат був би таким же. Свобода договору, безумовно, повинна означати певний вибір або можливість для переговорів» [15]. Відтак у цьому рішенні не йдеться тільки про свободу договору в її класичному розумінні, але розставляються акценти у свободі договору саме в споживчих відносинах. Тобто, не заперечуючи класичне розуміння свободи договору, суддя фактично вказав на порушення тієї свободи договору, яка може бути притаманна тільки у споживчих відносинах.

На сьогодні, враховуючи глобалізацію споживчих відносин та посилення статусу споживача на світових ринках, свобода договору в її фундаментальному розумінні видозмінюється. Це не означає, що вона втратила свою історичну сутність. А розуміється лише те, що свобода договору у споживчих відносинах трансформується (підлягає певному обмеженню порівняно з класичним розумінням) задля створення ефективного балансу інтересів сильної та слабкої сторони договірних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: дис... док. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2009. 412 с.

2. Мельниченко Р. В. Свобода договору в динаміці цивільних договірних правовідносин // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2015. Вип. 32(2). С. 49–53. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2015 32%282%29 13 (дата звернення: 01.10.2019).

3. Stephen Smith. CONTRACT THEORY. Oxford University Press, 2004. URL: https://books.google.com.ua/books?id=V25CAgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=uk&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=the%20idea&f=false (дата звернення: 02.10.2019).

4. Осетинська Г. А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. К., 2006. 220 арк.

5. Deutch, Sinai (2013) «Consumer Contracts Law as a Special Branch of Contract Law---The Israeli Model» Touro Law Review: Vol. 29 : No. 3, Article 12. URL: https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1694&context=lawreview (дата звернення: 03.10.2019).

6. Eric A. Posner, Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?, 112 Yale L.J. (2003). URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4632&context=ylj (дата звернення: 28.09.2019).

7. Continental and Anglo-American Contract Law and the Transnational ... Transnational Outlook, Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 14: Iss. 2, Article 8. URL: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1356&context=ijgls (дата звернення: 25.09.2019).

8. Smith, Stephen A. and Patrick S. Atiyah. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. OUP Oxford, 2006. URL: https://books.google.com.ua/books?hl=uk&lr=&id=j2hCAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP95&dq=atiyah+smith&ots=I-SJm-JNl-&sig=eXie8e3Nz88Vv-5LKtYCVqyeCTg&redir_esc=y#v=onepage&q=gr&f=false (дата звернення: 01.10.2019).

9. P. S. ATIYAH & STEPHEN A. SMITH, ATIYAH'S INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT (6th ed. 2005), цит. за: Continental and Anglo-American Contract Law and the Transnational ... Transnational Outlook, Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 14: Iss. 2, Article 8. URL: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1356&context=ijgls (дата звернення: 01.10.2019).

10. Sheela Jayabalan; Daleleer Kaur Randawar. The role of the modern contract law in the purview of consumer protection Jurnal Intelek, Volume 12, No. 1, June 2017 - ICoFA 2015 Special Issue. URL: http://www.myjurnal.my/filebank/published_article/69031/4.pdf (дата звернення: 07.10.2019).

11. John Goldring: Consumer Protection, the Nation-State, Law, Globalization, and Democracy. J. Computer-Mediated Communication 2(2): 0 (1996). URL: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1083-6101.1996.tb00057.x (дата звернення: 03.10.2019).

12. Brownsword, Contract law: Themes for the Twenty-First Century (2nd edn, 2006) pp 137-140,145-146 Цит. за: Beale, H. G.; Bishop, W. D.; and FURMSTON, Michael Philip. Contract: Cases and Materials. (2008). Research Collection School Of Law. URL: https://books.google.com.ua/books?id=IfsVG1nz_WMC&pg=PA62&dq='market-individualism'+and+'consumer-welfarism'&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwihoPqT2Y_lAhVuxcQBHYyUA_QQ6AEIODAC#v=onepage&q='market-individualism'%20and%20'consumer-welfarism'&f=false (дата звернення: 03.10.2019).

13. Adams J. N. and Brownsword R. (1987) The ideologies of contract. Legal Studies, 7: 205-223. Цит. за: McKendrick, E. Contract law:text, cases and materials. 2014. 6th edition. URL: https://books.google.com.ua/books?id=dIZSAwAAQBAJ&pg=PA15&dq=consumer+welfarism&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwi-ic36yIXlAhUQx4sKHSnoBIkQ6AEIUTAE#v=onepage&q=consumer%20welfarism&f=false (дата звернення: 03.10.2019).

14. Contract law in perspective / Linda Mulcahy, John Tillotson. - 4th ed. London; Portland, Or. : Cavendish. 276 pages. URL: https://books.google.com.ua/books?id=IcxG9hLyjUsC&pg=PA41&lpg=PA41&dq=consumer+welfarism&source=bl&ots=2TGbrl4OAM&sig=ACfU3U0kvSLWpqqX9jKaJyVrbg0nl1cqDg&hl=uk&sa=X&ved=2ahUKEwjnk9id_ebkAhUx6KYKHeLIDwU4ChDoATAAegQIBxAB#v=onepage&q=consumer%20welfarism&f=false (дата звернення: 05.10.2019).

15. Fritz. M. 2014. The effect of the consumer protection act on contractual freedom, LLM dissertation, University of Pretoria. URL: https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/41374/Fritz_Effect_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 007.10.2019).

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ (ДЕПОЗИТУ)

УДК 347.45/.47
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.20

Ющенко О. В.,
аспірантка НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Yushchenko O. The legal nature of the bank deposit agreement

On the basis of scientific and Ukrainian legislation concerning bank deposit agreement (deposit) defound such aspects as the concept and its legal nature, percularities of the subject structure, object in the civil contracts system. Conclusions and proposals as for improvement of the civil legislation of Ukraine on the bank deposit relations are formulated.

The relevance of the research topic is due to the fact that contractual relations development in the supervising of banking services and Ukrainian banking in general, depends on the state of the law both civil

as a whole one and its individual components. A bank deposit agreement (deposit) is a common type of bank agreement that reflects the money properties. The existence of a considerable number of disputes under such contracts in the judicial practice.

The relevance of the research topic is due to the fact that contractual relations development in the supervising of banking services and Ukrainian banking in general, depends on the state of the law both civil as a whole one and its individual components. A bank deposit agreement (deposit) is a common type of bank agreement that reflects the money properties. The existence of considerable number of disputes under such contracts in the judicial practice indicates that there are gaps in the acts of the legislation. Considering the problems in the legal regulation of bank deposit relations which cause the imperfection of law enforcement, the concept of the bank deposit agreement and its legal nature, peculiarities of the subject composition, the object and its' place in the system of civil contracts, conclusions formulation and proposals for the improvement of legislation and bank deposit relations.

The purpose of the article is to determine the concept and legal nature of the bank deposit agreement (deposit), the peculiarities of the subject composition, the subject and place in the system of civil contracts.

As of today, the issues of contractual deposit relations have not been sufficiently investigated in the national civilistic science. The features of the bank deposit agreement (deposit) in different periods were investigated by legal scholars, in particular: I. A. Bezkluby, M. A. Bida, M.I. Braginsky, L.G. Efimova, E.V. Karmanov, Y. N. Moiseienko, N.S. Kuznetsova, V. V. Spizhov, Y. M. Shevchenko, V.V. Kholod and others. In this regard and in the view of changes in the Ukrainian legislation further scientific development of general theoretical problems of contractual bank deposit relations is a necessary condition for improvement of their legal regulation.

Having analyzed the current Ukrainian legislation and scientific views on the legal nature of the deposit agreement it is concluded that the bank deposit agreement (deposit) is an independent type of contract with its legal nature and special legal regimen, with its subject, characteristic features and subjective composition and purpose that differentiate it from a storage contract and a loan.

The main features of the bank deposit agreement (deposit) are formulated what characterize it as an independent contract.

Key words: bank deposit, deposit, bank deposit agreement (deposit), deposit agreement, bank deposit relations, legal nature of the agreement.

У статті на основі наукових поглядів та українського законодавства щодо договору банківського вкладу (депозиту) визначено його поняття та правову природу, особливості суб'єктного складу, предмет та місце в системі цивільно-правових договорів. Сформульовано висновки та пропозиції щодо вдосконалення цивільного законодавства України стосовно банківських депозитних відносин.

Ключові слова: вклад, депозит, договір банківського вкладу (депозиту), депозитний договір, правова природа договору.

Постановка проблеми. Розвиток договірних відносин із надання банківських послуг і банківської сфери в Україні залежить від стану законодавства – як цивільного в цілому, так і окремих його складових. Договір банківського вкладу (депозиту) є поширеним видом банківського договору, який відображає властивості грошей. Наявність в судовій практиці значної кількості спорів за такими договорами свідчить про певні прогалини в актах законодавства. Зважаючи на проблеми у правовому регулюванні банківських депозитних відносин, які спричиняють недосконалість правозастосування, виникла об'єктивна необхідність у визначенні його поняття та правової природи, особливостей суб'єктного складу, предмета та місця в системі цивільно-правових договорів, формулюванні висновків та пропозиції щодо вдосконалення законодавства у сфері банківських депозитних відносин.

Дослідження з даної тематики. Станом на сьогодні у вітчизняній цивілістичній науці питання договірних депозитних відносин досліджено недостатньо. Особливості договору банківського вкладу (депозиту) в різні періоди досліджували вчені-юристи, зокрема: І. А. Безклубий, М. А. Біда, М. І. Брагінський, Л. Г. Єфімова, Є. В. Карманов, Ю. М. Моісеєнко, Н. С. Кузнєцова, В. В. Спіжов, Я. М. Шевченко, В. В. Холод та ін. У зв'язку з цим та зважаючи на зміни законодавства України, подальша наукова розробка загальнотеоретичних проблем договірних банківських депозитних відносин є необхідною умовою удосконалення їх правового регулювання.

Метою статті є визначення його поняття, а також правової природи, особливостей суб'єктного складу, предмета та місця в системі цивільно-правових договорів.

Виклад матеріалу. Договір банківського вкладу (депозиту) широко застосовується у банківській практиці, оскільки є тією правовою конструкцією, на підставі якої оформляються взаємовідносини сторін щодо зберігання й управління банками грошовими коштами вкладників.

У практиці договір банківського вкладу іменують «депозитом» (від лат. depositum, що означає річ, віддана на схов). Відповідно до ст. 969, 970 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] передбачено такі договори: договір зберігання цінностей у банку та договір про надання індивідуального банківського сейфу, що охороняється банком.

З позицій чинного законодавства України поняття «договір банківського вкладу» та «депозитний договір» є тотожними. Згідно з ч. 1 ст. 1058 ЦК України, п. 2.4 Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 03.12.2003 року за № 516 [2], та ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [3] договір банківського вкладу (депозиту) є одним із видів договорів із надання банківських послуг, у якому за договором одна сторона (банк), що прийняла від іншої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором.

У законодавстві України вказано основні вимоги щодо особливого суб'єктного складу депозитного договору, зокрема, однією стороною є банківська установа, іншою (вкладник) – фізична або юридична особа та інші учасники цивільних відносин (ч. 2 ст. 2 ЦК України). Залучення грошових коштів віднесено до банківських операцій і здійснюється на підставі ліцензії Національного банку України. Водночас основними цілями вкладників за банківським депозитним договором є збереження своїх заощаджень та їх примноження. Збереження та особливо примноження депозиту внаслідок отримання відсотків з нього спричиняє виникнення ризику неповернення суми депозиту, проте депозитні відносини між банківською установою та вкладниками є фінансово взаємовигідними.

Одними із проблемних питань, які виникають у сфері банківських депозитних відносинах, є визначення предмета договору банківського вкладу (депозиту). Серед науковців немає єдиного підходу щодо предмета досліджуваного договору, оскільки немає єдиного розуміння об'єкта цивільних правовідносин. У зв'язку з цим виникає необхідність уточнення, що є об'єктом та предметом депозитного договору, які впливають на зміст та специфіку відносин банківської установи та вкладника. Так, як зазначає В. В. Спіжов, предметом депозитних відносин можуть бути гроші в готівковій та безготівковій формі в національній або іноземній валюті, які розглядаються як об'єкт цивільних прав і відзначаються досить складним юридичним режимом цивільного обігу, що обумовлено речово-правовим і зобов'язальним характером. При цьому об'єктом договору банківського вкладу (депозиту) є дії банку [4, с. 58]. На нашу думку, предметом та об'єктом депозитного договору є грошові кошти, які банківська установа прийняла від вкладника на договірних засадах на визначений чи невизначений строк зберігання під певний процент або дохід в іншій формі та які підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору.

Як зазначається в юридичній літературі, грошовими коштами є нормативно визначені та виражені в емітованих в обіг паперових і металевих знаках або у безготівковій формі умовні вартості одиниці (гривні, копійки чи відповідні одиниці іноземної валюти, наприклад, долари й центи), які мають забезпечений на законодавчому рівні примусовий курс, що полягає в обов'язковості їх прийняття за відповідною номінальною вартістю речей, робіт, послуг, інших матеріальних та нематеріальних благ, а також втрат (майнової та немайнової шкоди, збитків тощо), визнаються у цивільному обороті законним платіжним та кредитним засобом і забезпечують здійснення всіх видів платежів та розрахунків у цивільному обороті, виконуючи функції загального еквівалента, обігу і нагромадження [5, с. 177]. Грошовою одиницею України є гривня (ст. 99 Конституції України) [6]. Відповідно до ст. 192 ЦК України гривня – це національна валюта, яка є законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України. Гроші в безготівковій формі зберігаються на рахунках учасників цивільних правовідносин у банках та інших кредитно-фінансових установах і мають назву «грошові кошти».

Серед науковців немає єдиної позиції щодо правової природи договору банківського вкладу (депозиту), що викликає велику кількість спорів, оскільки ні в законодавстві, ні в юридичній літературі вона досі чітко не визначена. Так, на думку В. П. Мозоліна [7, с. 192], Е. Г. Полонського [8, с. 75], депозитний договір є різновидом договору іррегулярного зберігання. Така позиція полягає в домінуванні думки відносно можливості передавання коштів на зберігання з зобов'язанням зберігати та повернути на вимогу вкладника таку саму суму грошей. Однак сьогодні зміст поняття банківського вкладу є значно ширшим. Мета договору зберігання полягає винятково у схоронності, і винагороду за зберігання сплачує особа, яка передала майно на зберігання, а в договорі банківського вкладу навпаки – винагороду у формі відсотків сплачує сторона (банківська установа), яка прийняла кошти. У свою чергу, Л. Г. Єфімова, вказуючи на несамостійність договору банківського вкладу (депозиту), зазначає, що він є різновидом договору позики, в якому позичальником є банк, а позикодавецем – вкладник [9, с. 271–272]. Зазначена позиція обґрунтовується тим, що договірні відносини між банківською установою та вкладником об'єднує єдність змісту. Так, банк приймає від вкладника певні кошти, якими має намір розпоряджатись на власний розсуд, і зобов'язується повернути ці кошти у встановлений договором строк або на першу вимогу вкладника з нарахуванням обумовлених відсотків. Такі договірні відносини повністю охоплюються конструкцією договору позики. Дійсно, є певна схожість елементів умов зазначених договорів, зокрема, у переданні коштів іншій особі з зобов'язанням повернути кошти та сплатити винагороду у формі відсотків, чим договір банківського

вкладу відображає сутність (ціль) договору позики. Однак, аналізуючи цілі вказаних договорів, слід зазначити, що вони різняться соціальним та економічним значенням. Можна погодитись з твердженням, що ці договори виконують однакову функцію (передання в борг грошових коштів), але в інших аспектах договір позики є переважно соціально спрямованим, а договір банківського вкладу – економічним. Економічна роль договорів банківського вкладу полягає в тому, що при залученні коштів за договором банківського вкладу (депозиту) відбувається накопичення коштів, які належать банківській установі, а передання коштів за договором позики не має масового характеру, з точки зору накопичення значної маси грошових коштів одним суб'єктом цивільних відносин. Крім того, необхідно акцентувати увагу на тому, що банківські установи кредитують фізичних та юридичних осіб за рахунок залучених коштів, відповідно, така специфічна діяльність потребує спеціального регулювання (ліцензування) та контролю з боку держави.

На думку В. В. Холод, депозитний договір має змішаний характер правової природи та містить ознаки як договору позики, так і договору зберігання [10, с. 226–229]. Водночас інші вчені вказують на самостійність договору банківського вкладу (депозиту) [11, с. 647; 12, с. 99]. Позиція науковців обґрунтовується наявністю індивідуальних рис вказаного договору, які забезпечують певне місце та роль в системі цивільних договорів, а саме: 1) договір банківського вкладу регулюється спеціальними нормами законодавства України; 2) за умови участі фізичної особи договір банківського вкладу є публічним договором (ст. 633 ЦК України); 3) особливі вимоги до суб'єктного складу (банківська установа та вкладник); 4) обов'язкова письмова форма договору банківського вкладу, недодержання якої веде до нікчемності договору; 5) платність договору банківського вкладу (договір позики має можливість бути і безоплатним); 6) предметом договору банківського вкладу (депозиту) можуть бути грошові кошти, а предметом договору позики – також й інші речі, визначені родовими ознаками; 7) за договором позики кошти переходять у власність позичальника, а за договором банківського вкладу – залишаються власністю вкладника.

Деякі вчені, зокрема С. В. Сарбаш [12, с. 171], М. М. Агарков [13, с. 71], зазначають, що договір банківського вкладу (депозиту) є різновидом договору банківського рахунку. Позиція науковців обґрунтовується тим, що договір банківського вкладу (депозиту) є однорідним із договором банківського рахунку, про що свідчить таке: 1) специфіка сторін вказаного договору полягає в тому, що споживачем відповідної фінансової послуги може бути будь-яка фізична чи юридична особа, а надавачем послуги може бути лише виключно банк; 2) обов'язковою умовою чинності договору банківського вкладу (депозиту) та банківського рахунку є дотримання письмової форми; 3) договір банківського вкладу (депозиту) та банківського рахунку, в яких вкладником є фізична особа, є публічними договорами. Водночас, на думку В. В. Спіжова, з чим слід погодитися, договір банківського вкладу (депозиту) є однорідним з договором банківського рахунку та у той же час самостійним видом договору з наявною йому правовою природою і спеціальним правовим режимом, суб'єктним складом і цілями, які відрізняють його від договору зберігання та позики [14 с. 9].

Договір банківського вкладу (депозиту) носить реальний, оплатний та односторонній характер. Реальність договору банківського вкладу полягає в тому, що він вважається укладеним з моменту прийняття банківською установою від вкладника або третьої особи на користь вкладника вкладу, який стає власністю банку, який його використовує для здійснення інших банківських операцій. Крім повернення вкладу, банк зобов'язаний виплатити вкладнику нараховані відсотки на суму вкладу або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором. Договір банківського вкладу (депозиту) є оплатним, оскільки банк зобов'язаний нарахувати та виплатити проценти або дохід в іншій формі. Крім цього, оскільки з моменту укладання договору банківського вкладу (депозиту) у банка виникають обов'язки щодо повернення суми вкладу та нарахованих відсотків чи доходу в іншій формі, а у вкладника – право вимагати виконання зазначених дій, договір банківського вкладу (депозиту) є одностороннім договором. До відносин банку та вкладника за рахунком, на який внесено вклад, застосовуються положення про договір банківського рахунку (гл. 72 ЦК України), якщо інше не встановлено законом або не випливає із суті договору банківського вкладу (ч. 3 ст. 1058 ЦК України).

Договору банківського вкладу (депозиту) притаманна низка істотних умов, які, як зазначає М. А. Біда, відображають його місце та юридичне значення в системі цивільно-правових договорів. До істотних умов слід віднести такі, як: домовленість про предмет договору; домовленість про відсотки, їх розмір та порядок виплати; домовленість про умови повернення банківського вкладу та нараховані на нього відсотки; домовленість про строк дії договору; домовленість про інші умови, які ініційовано однією зі сторін договору та щодо яких досягнуто взаємної згоди [15 с. 10].

Істотною умовою депозитного договору є обов'язкове зазначення виду вкладу. Згідно з ч. 1 ст. 1060 ЦК України договір банківського вкладу укладається на умовах видачі вкладу на першу вимогу (вклад на вимогу) або на умовах повернення вкладу зі спливом встановленого договором строку (строковий вклад). При цьому договором може бути передбачено внесення грошової суми на інших умовах її повернення. Відповідно до ч. 2 ст. 1060 ЦК України за договором банківського вкладу на вимогу банк зобов'язаний видати вклад або його частину на першу вимогу вкладника.

Умова договору банківського вкладу на вимогу про відмову від права на одержання вкладу на першу вимогу є нікчемною. У свою чергу, за договором банківського строкового вкладу банк зобов'язаний видати вклад та нараховані відсотки за цим вкладом зі спливом строку, визначеного у договорі банківського вкладу (ч. 3 ст. 1060 ЦК України). При цьому повернення вкладникові банківського строкового вкладу та нарахованих відсотків за цим вкладом на його вимогу до спливу строку або до настання інших обставин, визначених договором, можливе виключно у випадках, якщо це передбачено умовами договору банківського строкового вкладу. Згідно з ч. 4 ст. 1060 ЦК України, якщо вкладник не вимагає повернення суми строкового вкладу зі спливом строку, встановленого договором банківського вкладу, або повернення суми вкладу, внесеного на інших умовах повернення, після настання визначених договором обставин договір вважається продовженим на умовах вкладу на вимогу, якщо інше не встановлено договором.

Отже, проаналізувавши чинне законодавство України та наукові погляди вчених щодо правової природи депозитного договору, можна зробити висновок, що договір банківського вкладу (депозиту) є самостійним видом договору з наявною йому правовою природою і спеціальним правовим режимом, предметом, характерними ознаками, суб'єктивним складом і цілями, які відрізняють його від договору зберігання та позики.

Основними ознаками договору банківського вкладу (депозиту), які характеризують його як самостійний договір, є: а) предметом депозитного договору є лише гроші; б) реальність, оплатність та односторонність договору банківського вкладу; в) особливість суб'єктного складу депозитного договору, у якому однією стороною є банківська установа, а іншою – вкладник (фізична або юридична особа та інші учасники цивільних відносин); г) публічність депозитного договору, в якому вкладником є фізична особа; ґ) обов'язкова письмова форма договору банківського вкладу (депозиту); д) застосування до депозитних відносин спеціальних норм цивільного права та імперативних норм публічного права; е) існування правового режиму щодо порядку укладення депозитного договору на користь третьої особи; є) наявність спеціального порядку нарахування процентів за вкладом; ж) наявність можливості дострокового отримання вкладу фізичною особою за строковим договором, якщо це передбачено депозитним договором; з) наявність гарантії виплати певної компенсації фізичній особі з метою мінімізації ризику неповернення вкладу; и) посвідчення депозитного договору електронною ощадною книжкою, що є власністю банку, або ощадним сертифікатом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 25.08.2019).
2. Про затвердження Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами: Постанова Правління Національного банку України № 516 від 03.12.2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1256-03 (дата звернення: 25.08.2019).
3. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 року № 2121-III. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2121-14 (дата звернення: 25.08.2019).
4. Спіжов В. В. Предмет договору банківського вкладу (депозиту) // Вісник Правова інформатика. 2007. № 4 (16). С. 56–65.
5. Цивільне право України: підручник: У 2-х т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004. Т.1. 480 с.
6. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 року № 254к/96-ВР. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр (дата звернення: 25.08.2019).
7. Мозолин В. П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике: учеб.: Институт государства и права, 1992. 176 с.
8. Полонский Э. Г. О правовом регулировании расчетных и кредитных отношений // Советское государство и право. 1962. № 6. С. 69–76.
9. Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и практика. Монография. М.: НИМП, 2001. 276 с
10. Холод В. В. Окремі аспекти судової практики вирішення спорів щодо укладення, зміни та розірвання договору банківського вкладу та банківського рахунку // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2014. № 10-1. Том 1. С. 226–229.
11. Иоффе О. С. Избранные труды. Обязательственное право: учеб.: в 4-х т.: Т. 3 : «Юрид. центр Пресс», 2004. 837 с.
12. Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики: учеб. пос. Статут, 1999. 272 с.
13. Агарков М. М. Основы банкового права: курс лекций / Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Изд. БЕК, 1994. 350 с.
14. Спіжов В. В. Договір банківського вкладу (депозиту) за цивільним законодавством України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Харківський національний ун-т внутрішніх справ. Х., 2009. 20 с.
15. Біда М. А. Договір банківського вкладу (депозиту) за цивільним законодавством України: автореф. дис ... канд. юрид. наук. К., 2011. 16 с.

ПРИПИНЕННЯ ПОДРУЖЖЯМ ПРАВА СПІЛЬНОЇ СУМІСНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО

УДК 347.238.1
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.21

Галянтич М. К.,
доктор юридичних наук, професор, 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

Galyantich M., Pyzhova O. The termination of the spouse joint home ownership
The article is devoted to the study of the grounds for termination of joint ownership of a housing owned by a man and a woman. The peculiarities of the transfer of the ownership right, the pre-emptive right to purchase a share in the right of a joint partial ownership of the spouse for a housing are considered. The possibility of dividing a housing between the spouses both voluntarily and judicially, the conditions for the allocation of a share and the procedure for using a common housing, if the separation of a share in a house (apartment) is impossible. Grounds for termination of the right for joint house ownership are classified according to the normative content in particular those specified by civil, family, housing legislation, their differences are proposed to be harmonized for the purpose of uniform application. It is noted that the division of a housing is possible only in the presence of technical expertise to allocate to each co-owner a separate living room with its own entrance. Separation of a self-contained housing must comply with the conditions stipulated by current state building codes. Proposed in Art. 362 of the Civil Code of Ukraine the pre-emptive right for purchasing a share in the right of joint ownership extends to the family members of a co-owner and is fixed in the rules of housing legislation but not in the rules of civil or family law of Ukraine. It is stated that Article 362 of the CC allows sale of a share in the right of joint partial ownership to any co-owner. However, the pre-emptive right of owner's family members to other persons must be fundamental and extended to cases of foreclosure in the right of joint home ownership. If it is not possible to separate a share of a house, it is proposed to give the court right according to a claim to establish the use of separate premises in such a house (apartment) with the obligation to keep a part of a dwelling and to make a payment for the use of partial living space including utilities.
Keywords: joint ownership, housing, housing division, owner family member.

Статтю присвячено дослідженню підстав припинення права спільної власності на житло, що знаходиться у власності чоловіка та дружини. Розглянуто особливості переходу права власності, переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності подружжя на житло. Проаналізовано можливість поділу житла між подружжям як у добровільному, так і судовому порядку, умови виділення частки та порядок користування спільним житлом, якщо виділ частки у будинку (квартирі) є неможливий.
Ключові слова: право спільної власності, житло, поділ житла, член сім'ї власника.

Норми, що регулюють відносини права спільної власності на житло, займають особливе місце в системі інституту права власності завдяки їх специфіці, яка полягає у встановленні правового режиму, який визначає не лише правомочності співвласників (володіння, користування та розпорядження), а й передбачає додаткові умови їх здійснення, умови набуття та припинення права спільної власності. Актуальність реалізації права спільної власності на житло подружжям зумовлена тим, що майнові правовідносини подружжя є складним комплексом взаємопов'язаних дій дружини та чоловіка щодо володіння, користування та розпорядження належним їм майном, а житло часто є єдиним найціннішим майновим об'єктом, що забезпечує природні особисті немайнові права людини. Спільна сумісна власність на житло потребує особливих довірчих відносин. Створювати такий різновид власності можуть особи, які перебувають у відносинах, яких об'єднують не лише спільні інтереси, а й спільне життя, родинні, подружні відносини. Як слушно зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, сучасній людині може здатися незначними питання прав подружжя й інших членів сім'ї на житло, однак ці важливі питання є надзвичайно актуальними. Праці О. Б. Гриняка «Право спільної власності подружжя на житло за законодавством України» та Ю. О. Балюк «Право спільної власності фізичних осіб на житло» [1; 2] свідчать, що актуальність цього питання не знижується.

Нормативний порядок здійснення подружжям права власності щодо права спільної власності подружжя визначається ст. 60–74 СК України. Як зазначає З. В. Ромовська: «Нерозривність і взаємообумовленість прав і обов'язків учасників цивільних правовідносин продукує потребу сукупного підходу до аналізу змісту не лише на стадії їх виникнення, а й на стадії здійснення (реалізації). Тому термін «здійснення правовідносин» забезпечує можливість розгляду питання як системної єдності [3, с. 478]. Відповідно, у разі розпорядження житлом дружина або чоловік зобов'язані враховувати інтереси дітей, інших членів сім'ї, які мають право користування ним. За загальним правилом ч. 1 ст. 60 СК України, майно, набуте подружжям за час шлюбу, є спільним майном. Водночас в науковій літературі зазначається, що в СК України бажано було б розкрити зміст поняття «набуте майно», зокрема, шляхом перерахування конкретних правових підстав, що забезпечують виникнення у подружжя права спільної сумісної власності [4, с. 157]. Це безпосередньо стосується житла, режим якого може бути як у спільній сумісній, спільній частковій або у приватній власності одного із подружжя.

Українське законодавство від традиційної в історичному аспекті системи розподілу майнових прав подружжя, як зазначає О. С. Олійник, перейшло до системи спільної сумісної власності на майно, набуте під час перебування в шлюбі. Тоді як правовідносини власності подружжя в країнах Західної Європи розвивалися шляхом обмеження правомочностей подружжя, і, як наслідок, в багатьох країнах встановився режим часткової спільності майна подружжя в різних варіантах [5, с.7].

Головним принципом, закріпленим в сімейному законодавстві, є принцип рівності часток подружжя в праві на майно, до складу якого входить і житло. Проте суд при поділі майна може відступити від засади рівності за обставин, що мають істотне значення. Тому, якщо при вирішенні спору в судовому порядку, відступаючи від принципу рівності, суд має обов'язково вказати у своєму рішенні, які саме інтереси одного з подружжя або неповнолітніх дітей були для цього підставою. СК України передбачає дві можливі підстави для такого відступлення: а) наявність обставин, що мають істотне значення, зокрема, якщо один із подружжя не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї, приховав, знищив чи пошкодив спільне майно, витрачав його на шкоду інтересам сім'ї (ч. 2 ст. 70 СК України); б) наявність дитини (дітей), а також непрацездатних повнолітніх сина, дочки, за умови, що розмір аліментів, які вони одержують, недостатній для забезпечення їхнього фізичного, духовного розвитку та лікування (ч. 3 ст. 70 СК України) [6, с.101–102]. З цього правила існує виняток, передбачений ч. 6 ст. 57 СК, якщо шлюб не розірвано, але дружина та чоловік проживають окремо у зв'язку з фактичним припиненням шлюбних відносин, то майно, набуте сторонами за цей період, може бути за рішенням суду визнано роздільним, це пов'язано з тим, що для сімейних відносин важливе значення має не лише зареєстрований шлюб. Як зазначає І. В. Жилінкова, якщо цього немає і сторони фактично не складають однієї сім'ї, то на такі відносини не може поширюватися режим спільності майна подружжя [7, с.116]

Майнові відносини подружжя регулюються нормами сімейного та цивільного права України, а також договорами, які подружжя укладає між собою. Статті 63–69 СК України, перш за все, регулюють відносини, які складаються між подружжям стосовно майна, що належить їм на праві спільної сумісної власності, визначаючи порядок володіння, користування та розпорядження таким майном. Між подружжям можуть виникати різноманітні види зобов'язальних правовідносин, які можуть виникати за укладення подружжям шлюбного договору, інших договорів між собою тощо.

Як зазначає І. В. Жилінкова, за загальним правилом, один з подружжя (не власник житла) набуває право користування жилим приміщенням, яке належить іншому з подружжя, якщо він вселився і проживає з ним. В шлюбному договорі сторони можуть домовитись про порядок користування житлом, а також про звільнення житлового приміщення тим з подружжя, хто вселився в нього, в разі розірвання шлюбу [8, с. 340]. Предметом такого договору може бути домовленість про проживання в жилому приміщенні, яке належить одному з подружжя, їхніх родичів (ст. 98 СК України).

Важливим правом власника і члена його сім'ї є право вирішувати питання про вселення у встановленому порядку інших осіб як членів сім'ї в займане ними жиле приміщення. Здійснення права вселення породжує юридичні наслідки за наявності певних умов. Йдеться про вселення за згодою власника жилого приміщення в якості члена його сім'ї для постійного проживання. З метою чіткого правового регулювання житлових відносин має бути вирішене питання про розмежування прав членів сім'ї власника жилого приміщення і тимчасових мешканців, межу між якими, як свідчить практика, провести буває важко, тому що в цих двох категорій осіб, які користуються жилою площею, багато спільних ознак. На нашу думку, питання про право на самостійне користування повинне вирішуватися із позицій ст. 64 ЖК України. Відповідно до ст. 405 ЦК України члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право на користування цим помешканням відповідно до закону. Жила площа, яку вони мають право займати, визначається його власником. Член сім'ї власника помешкання втрачає право на користування ним у разі відсутності члена сім'ї без поважних причин понад один рік, якщо інше не встановлено домовленістю між ним і власником або

законом. Згідно з ч. 4 ст. 156 ЖК України припинення сімейних відносин з власником будинку (квартири) не позбавляє колишніх членів його сім'ї права користування займаним помешканням. Отже, складається ситуація, коли помешкання перебуває у спільній власності, а право користування ним мають ще й інші особи – колишні члени сім'ї власника, які створюють обтяження для власника (співвласників).

Припинення права спільної сумісної власності на житло можливе на договірних засадах без розірвання шлюбу. Відповідно до ст. 69 СК України дружина і чоловік мають право на укладення договору про поділ житлового будинку, квартири, що належить їм на праві спільної сумісної власності.

Сторони можуть поділити житло між собою з урахуванням їх вартості і частки кожного, визначеної законом чи договором. У ч. 1 ст. 70 СК України закріплено принцип, згідно з яким у разі поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними. При укладенні договору про поділ спільного майна подружжя може відійти від згаданого принципу. О. В. Дзера вважає, що все ж таки у СК України мають бути передбачені норми, які містили б гарантію одержання одним з подружжя певної мінімальної частки у майні, що набувається за час шлюбу [9, с. 56–58].

На практиці також може виникнути ситуація, коли подружжя визначило реальні частки у спільному житлі. Сторони можуть передати майно у натурі одному з подружжя з покладанням на нього обов'язку компенсувати іншому його частку грошима. При цьому подружжя може поділити житловий будинок, квартиру у натурі тільки за можливості його здійснення без шкоди для його господарського призначення.

У ч. 2 ст. 64 СК України закріплено договір про відчуження одним з подружжя на користь іншого з подружжя своєї частки у праві спільної сумісної власності подружжя без виділу цієї частки. Відповідно до ч. 2 ст. 64 СК України подружжя (особи, шлюб між якими розірвано) мають право добровільно визначити частки кожного з них, укласти договір щодо розпорядження часткою у майні, що є об'єктом права спільної сумісної власності, або договір про визначення порядку користування житловим будинком, квартирою (ст. 66, 67 СК України)

С. Я. Фурса пропонує розглядати договір, передбачений ч. 2 ст. 64 СК, як виняток із загальних правил цивільно-правового регулювання договорів з приводу відчуження об'єктів права спільної сумісної власності, оскільки в результаті такого відчуження право спільної сумісної власності подружжя припиняється і виникає право роздільної приватної власності того з них, на користь якого укладено договір про відчуження частки у праві спільної сумісної власності подружжя [10, с. 208–209].

Реалізувати своє право на добровільний поділ житла подружжя можна шляхом укладення самостійного договору або включення відповідних положень до структури шлюбного договору як його окремих умов, що не буде суперечити ст. 92–101 СК України. Поділ майна подружжя може бути вчинений добровільно за відсутності спору. У такому випадку чоловік та дружина укладають між собою договір про поділ спільного майна, що має бути нотаріально посвідчений. Якщо ж згоди з цього питання між подружжям не досягнуто, такий спір вирішується в судовому порядку.

Необхідність поділу спільного житла подружжя постає, у першу чергу, в зв'язку з розірванням шлюбу, хоча потреба поділу спільного житла може виникнути у період шлюбу. Відповідно до ч. 2 ст. 73 СК України поділ спільного майна у період шлюбу може відбуватися у разі звернення кредитором стягнення на спільну сумісну власність за заборгованістю одного з подружжя, якщо судом було встановлено, що договір було укладено в інтересах сім'ї, і те, що було одержане за договором, використано на її потреби [1, с. 198].

Як слушно зазначав В. П. Маслов, поділ спільного майна подружжя –це один із способів припинення права спільної власності подружжя на вимогу одного або двох з подружжя, при цьому спільне майно розподіляється між подружжям, в результаті чого спільна власність припиняється і кожен з подружжя стає власником частки, яка виділяється [11, с.191].

Обґрунтованою видається точка зору І. В. Жилінкової, згідно з якою у вказаній ситуації припиняє діяти законний режим спільності майна і на його місці виникає договірний режим роздільності майна [12, с.127]. Володіння, користування та розпорядження відбуваються у порядку, передбаченому сімейним законодавством щодо майна, яке перебуває в особистій приватній власності одного з подружжя (ст. 57–59 СК України). Відповідно до цих положень один з подружжя здійснює свої правомочності власника, а інший – зобов'язаний не чинити йому перешкод у цьому.

Поділ спільного майна є договором, спрямованим на припинення режиму спільності подружнього майна і встановлення права приватної власності кожного з подружжя стосовно визначеного договором майна. Цілком поділяємо позицію І. В. Жилінкової, яка зазначає, що не може бути досягнуто угоди між подружжям, відповідно до якої житловий будинок передавався у приватну власність одного з них, а іншому – компенсувалася вартість його частки, що фактично позбавляє права власності на житловий будинок [13, с. 77]. Проте це не стосується випадку, як зазначає О. В. Дзера,

що кожен з подружжя має право взагалі відмовитись на користь іншого від усього належного йому майна, оформивши це відповідним чином [14, с. 228].

Отже, за загальним правилом, право подружжя (як будь-яких інших учасників спільної власності) на розпорядження своєю часткою у спільній сумісній власності виникає тільки у разі її поділу (виділення). Договір про відчуження одним з подружжя на користь іншого з подружжя своєї частки у праві спільної сумісної власності подружжя без виділу цієї частки може розглядатися як виняток із загальних правил цивільно-правового регулювання відносин з приводу відчуження об'єктів права спільної сумісної власності.

У ч. 2 ст. 69 СК України міститься вказівка на договір про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя. Однак Т. О. Ариванюк застерігає: «наведена норма є необхідною, але могла б набути більшої завершеності, коли б в ній було застереження про встановлюваний договором правовий режим поділеного (виділеного) майна, а саме, що воно належить кожному з них на праві приватної власності або на праві спільної часткової власності. При поділі подружжям спільного майна може виникнути питання про межі їх свободи у визначенні розміру часток у цьому майні та порядку проведення поділу» [15, с.14].

У чинному законодавстві України необхідно визначитися із співвідношенням виділу майна подружжя і його поділу. Результатом поділу майна, що знаходиться у спільній власності подружжя, є її припинення, у разі здійснення виділу право спільної сумісної власності також припиняється щодо того подружжя, який виділив у натурі частку з майна. Вважаємо, що виділ частки одного з подружжя, як учасника спільної сумісної власності, завжди тотожний поділу спільного майна, оскільки учасників тільки двоє, тому виділ і поділ майна подружжя можна вважати рівнозначними поняттями. В юридичній літературі також зазначається, що спільна сумісна власність характеризується неможливістю заміни суб'єктів спільної власності. Якщо при частковій власності учасник може продати свою частку і сторонній особі, яка заступає на його місце, то у сумісній власності це неможливо. Як зазначає Є. О. Суханов, майно, яке припадає на реальну частку власника, що виділяється, можна взяти із собою або залишити іншому співвласнику, але не можна передати третій особі, яка вступає на місце особи, яка йде, бо такий вступ у звичному цивільно-правовому порядку заборонено [16, с. 175–176].

Подружжя може укладати між собою всі дозволені майнові правочини, у тому числі, стосовно повного або часткового поділу майна, яке знаходиться у спільній власності, як зазначає Ю. О. Балюк [2, с. 267]. Під частковим поділом слід вважати випадки, коли поділ відбувається саме тоді, коли частина житлового будинку, квартири переходить із спільної сумісної власності подружжя у приватну власність одного з них. Наприклад, квартира, що виділяється із спільного майна, якщо вона подільна, то можуть бути поділені кімнати між чоловіком і дружиною. Якщо вона технічно не подільна, наприклад однокімнатна квартира, то може бути, за згодою, продана і кошти від її реалізації поділені між чоловіком і дружиною.

До договорів подружжя, направлених на припинення права спільної сумісної власності на житло, слід віднести і договір про визначення часток у спільній сумісній власності подружжя. С. Я. Фурса вважає можливим укладення договору поділу майна, результатом якого буде не реальний розподіл спільного майна подружжя, а визначення часток у праві на нього [10, с. 214]. Свого часу, питання щодо встановлення порядку користування житлом у разі неможливості його поділу в зв'язку з неподільним характером вирішувалося виключно судами. Головним об'єктом спорів подружжя є житло, у суді має бути вирішене питання про можливість або неможливість його поділу в натурі. У зв'язку з цим В. П. Маслов зазначав, що при вирішенні спору про поділ житлового будинку велике значення мають його технічні особливості. Якщо поділ будинку буде неможливим, суд повинен обговорити питання про можливість залишити будинок в спільній частковій власності подружжя і визначити порядок користування конкретними житловими приміщеннями у цьому будинку [11, с.141–142].

Таким чином, робимо висновки.

1. Підстави припинення права спільної власності на житло слід виділяти ті, які мають бути узгоджені за нормативним наповненням (в цивільному, сімейному, житловому законодавстві).

2. Залежно від житлового об'єкту (квартири, житлового будинку, кімнати у квартирі) мають бути встановлені особливості залежно від того, до кого переходить право власності (одному із подружжя, лишається в спільній власності). У випадках переважної купівлі житла мають бути встановлені обмеження права розпорядження житлом, що виявляються у наданні встановленим законом особам права переважної купівлі житла. Зокрема, це зумовлюється охороною майнових прав співвласника житла. У разі продажу частки у праві спільної власності на житло переважне право на її купівлю необхідно надавати члену сім'ї співвласника, який проживає в цьому житлі і не має іншого житла, а у разі його відмови від його придбання це право можуть реалізувати інші співвласники. Стаття 362 ЦК України надає можливість продажі частки у праві спільної часткової власності будь якому співвласнику. Переважне право членів сім'ї власника перед іншими особами має бути поширено і на випадки звернення стягнення на частку у праві спільної часткової власності на житло. На практиці часто

виникають випадки коли до членів родини вселяються чужі люди з метою створення неможливих моральних проблем спільного проживання. Адже членам родини важливо, з якими особами вони будуть постійно проживати в одній квартирі.

3. Зазначене в ст. 362 ЦК України переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності для членів сім'ї продавця-співвласника передбачає, що визнання членом сім'ї має визначатися нормами житлового законодавства, а не нормами сімейного законодавства України. З урахуванням визначення поняття «член сім'ї» має бути підтриманим положення ч. 2 ст. 64 ЖК УРСР, яким до членів сім'ї віднесені дружина наймача (власника), їхні діти, батьки та інші особи, якщо вони постійно проживають разом із власником жилого приміщення і ведуть із ним спільне господарство. Права члена сім'ї має також і особа, яка перестала бути членом сім'ї власника, але продовжує проживати в займаному ним жилому приміщенні. Членів сім'ї слід відмежовувати від категорії тимчасових мешканців, які хоч і користуються жилою площею, проте з позицій сімейно-правових відносин не належать до сім'ї. Установлення в законодавчому порядку певних строків спільного проживання як необхідного критерію для визнання громадянина членом сім'ї власника житла вирішило б проблему відмежування тимчасових мешканців від членів сім'ї власника і виключило б можливість виникнення спорів із зазначених мотивів.

4. Поділ житла можливий як у добровільному, так і судовому порядку, при цьому необхідна технічна можливість виділити кожному співвласнику відокремлене приміщення з власним входом, поділ на самостійні об'єкти нерухомого майна повинен відповідати умовам, що передбачені чинними державними будівельними нормами. За відсутності будь-якої з цих умов, виділ суперечитиме вимогам Закону, а отже, є неможливим як у добровільному, так і судовому порядку. Звернення стягнення на частку може відбуватись як за результатами вирішення судом спору по суті, так і на стадії виконання судового рішення за результатами розгляду судом подання державного виконавця про визначення частки майна боржника у майні. Аналізуючи норми законодавства, які регулюють поділ спільного майна, слід зазначити, що відповідно до ЦК України поділ майна може бути проведений лише за згодою всіх співвласників, однак на практиці суди вирішують ці спори по-іншому. При цьому приміщення загального користування залишаються у спільній частковій власності. Зважаючи на практичну необхідність захисту інтересів співвласників, необхідно внести зміни саме до ст. 367 ЦК, закріпивши можливість поділу спільного майна в судовому порядку, а також можливість встановлення права спільної часткової власності на приміщення загального користування.

5. Якщо виділ частки у будинку неможливий, суд вправі за заявленим про це позовом встановити порядок користування відособленими приміщеннями у такому будинку. У процесі користування спільним майном порядок його утримання має встановлюватися подружжям за їх взаємною згодою, вони спільно виконують обов'язки співвласників по його утриманню.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Гриняк О. Б. Право спільної власності подружжя на житло за законодавством України: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2017. 220 с.

2. Балюк Ю. О. Право спільної власності фізичних осіб на житло: монографія. Чернівці: Кондратьєв А. В., 2018. 334 с.

3. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: академічний курс: підручник. 3-тє вид., допов. К.: «ВД «Дакор», 2013. С. 478.

4. Сімейне право України: підручник /Т. В. Боднар, В. С. Гопанчук, О. В. Дзера [та ін.]; за заг. ред. Т. В. Боднар та О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2016. С.157.

5. Олійник О. С. Майнові відносини подружжя: порівняльно-правовий аспект. Юриспруденція: теорія і практика: науково-практичний журнал. Центр правових досліджень С. Фурси. Київ. 2009. № 5 (55). С. 7.

6. Жилінкова І. В. Деякі проблеми застосування норм Сімейного кодексу України в судовій практиці. Університетські наукові записки, 2006, № 3–4 (19–20), С. 101–102.

7. Жилінкова І. В. Глава 6. Майнові правовідносини подружжя. Сімейне право України: підручник / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. 2-е вид., перероб. і допов. К.: Юрінком Інтер, 2009. 288 с. С.116.

8. Жилінкова І. В. Правовий режим майна, набутого спільною працею членів сім'ї // Вісник університету внутрішніх справ. 1999. № 9. С. 338–342.

9. Дзера О. В Деякі проблеми врегулювання відносин власності між подружжям в новому СК України // Юридична Україна. 2003. № 1. С. 56–58.

10. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. С. Я. Фурси. К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. С. 208–209.

11. Маслов В. Ф. Защита жилищных прав граждан. Изд. Харьковского университета. Харьков, 1970 . С.141.

12. Жилинкова И. В. Брачный контракт (договор). Харьков, 2001. 127 с.
13. Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи. Х.: Ксилон, 2000. С. 77.
14. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні. К.: Вентурі, 1996. С. 228.
15. Ариванюк Т. О. Правове регулювання відносин власності між подружжям: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2002. С.14.
16. Суханов Е. А. Лекции о праве собственности. М., 1991. С.175–176.

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ, ОЗНАК ТА ВИДІВ ЖИТЛА

УДК 347.254
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.22

Погрібна О. В.,
аспірант відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Pogribna O. To the problem of definition, characteristics and types of dwelling
Housing is essential for the existence of a human as a social and biological being.
At various stages of the development of law in Ukraine, the scientific interest in this legal category was subsided, then was updated again, depending on the state of development of the state, society and economy.
Judicial statistics proves that housing disputes, as well as disputes concerning the protection of property rights for ownership and use of housing occupy a specific place among the court cases pending before the General Courts, starting from first instance to cassation.
Unfortunately, the ambiguity of the jurisprudence, the imperfection of the mechanism of legal regulation of housing-related legal relations lead to the great urgency of the problems of definition of the concept, sign, housing at the present stage of development of Ukrainian law, which leads to further scientific exploration in this direction.
In the science of civil law, the definition of the concept of housing refers to the problematic issues that have not found their unambiguous solution.
We offer otiliti Such a sign of habitation, it must be: the object of the material world, which is not the object of the virtual world; a capital type of building; designed for permanent or temporary residence of individuals; the construction, which was carried out in accordance to the project approved by the resolution of the Cabinet of Ministers and completed; located on a legally designated area; it must be commissioned; it meets sanitary and technical standards, which have a certain costs (market, balance, residual, inventory, and other cost).
Thus, the definition characterizing a sign gives the opportunity to suggest next definition for scientific and practical use: the concept of housing, which is an object of the material world, structure, premises or its parts, suitable or adapted for its use for the temporary or permanent residence of an individual, as the same individual or family or at the same time different persons.
The concept and attribute of a dwelling provides the basis for its ego classification according to certain division criteria. So, housing may be classified according to types:
– from the characteristics of the objects of the material world - a dwelling house (Article 380 of the Civil Code of Ukraine), an apartment (Article 382 of the Civil Code of Ukraine), a residence (Article 381 of the Civil Code of Ukraine), an apartment of the common settlement, hotel rooms, country houses and garden houses, unfinished construction projects that are suitable for living; a separate part of a dwelling house that is jointly owned by persons, if the stench is determined by the order of separate use of its parts; the cheapest option, other objects that meet the characteristics of the housing in terms of their characteristics;
– from the purpose of use - permanent or temporary residence; year-round or seasonal accommodation.
We determine that the fundamental importance is the classification of housing as an object of the material world.
The main condition of each classification is to avoid duplication and unnecessary repetition, which excludes the concept of one order.
From the DEVELOPMENT of the economy, society and humanity, in general, the characteristics and definitions of housing may change, but as long as properties of a human body remain unchanged, certain requirements for housing will be met by the same criteria.
The concept and attribute of housing provides the basis for the ego classification according to certain criteria for their division, which must obey certain laws of logic, which have to be exhaustive and general, based on the issues of commercial trade in common criteria.
Keywords: dwelling, dwelling concept, dwelling characteristics, types of dwelling.

У статті розглянуто актуальні питання щодо визначення поняття, ознак, видів житла у цивільному праві. Запропоновано власне визначення житла, класифікація видів житла та характерні його ознаки.

Ключові слова: житло, поняття житла, ознаки житла, види житла, захист прав.

Житло є необхідною умовою існування людини як соціальної та біологічної істоти. На різних етапах розвитку права в Україні науковий інтерес до цієї правової категорії то вщухає, то знов актуалізується залежно від стану розвитку держави, суспільства та економіки.

У критичні періоди розвитку, особливо у періоди гострого дефіциту житла, проблеми, пов'язані з правовим регулюванням житлових відносин, також набували особливої гостроти та актуальності. Сьогоднішній етап розвитку української держави відзначається тим, що житло стало повноцінним об'єктом цивільних прав, увійшло до обороту, відбулася лібералізація на ринку зведення нового житла. Це, з одного боку, надало можливість частково задовольнити попит громадян України у новому житлі, з іншого – оборотоздатність житла призвела до виникнення чисельних спорів між особами з приводу нього, з приводу набуття прав на новостворене житло, припинення стосовно нього цивільних прав, зокрема й прав членів сім'ї власників житла тощо.

Судова статистика доводить, що житлові спори, а також спори з приводу захисту прав власності, прав на володіння та користування житлом займають питому вагу серед судових справ, що перебувають на розгляді судів загальної юрисдикції, починаючи від першої й до касаційної інстанцій.

На жаль, неоднозначність судової практики, недосконалість механізму правового регулювання пов'язаних з житлом правових відносин призводять до надзвичайної актуальності проблем визначення поняття, ознак, видів житла на сучасному етапі розвитку українського права, що й зумовлює подальші наукові розвідки у цьому напрямі.

Вагомий внесок у дослідження проблем, пов'язаних з житлом, зробили такі українські вчені, як: І. А. Бірюков, В. І. Борисова, М. К. Галянтич, М. О. Голодний, В. С. Гопанчук, А. Б. Гриняк, О. В. Дзера, П. Н. Дятлов, І. В. Жилінкова, Ю. О. Заіка, В. А. Золотарь, Г. І. Коваленко, Н. С. Кузнєцова, І. М. Кучеренко, В. В. Луць, Р. А. Майданик, В. П. Маслов, Є. О. Мічурін, Л. Г. Лічман, Н. О. Саніахметова, Г. С. Сиволобова, М. М. Сібільов, С. О. Сліпченко, О. В. Соболєв, І. В. Спасибо-Фатєєва, А. М. Фельдман, Є. О. Харитонов та інші.

Поняття і характеристики житла, що використовується, змінюються в історичному аспекті, що впливає на його розмір, обладнання та інші властивості.

Розмір і характеристика житла визначається з урахуванням економічного критерію, культури та традицій, кліматичних та демографічних умов (на Аравійському півострові деякі народності проживають у печерах, що обумовлено кліматичними та історичними особливостями; житлова площа квартири у Японії, з огляду на щільність населення, відрізняється від звичних в Україні та може становити лише 6–15 м^2).

З розвитком економіки, суспільства та людства в цілому характеристики й визначення житла можуть змінюватись. Але допоки будуть незмінні властивості людського тіла, будуть висуватись певні вимоги до житла.

В науці цивільного права визначення поняття житла належить до проблемних питань, що не знайшли свого однозначного вирішення.

Законодавець сформулював поняття житла у ст. 379 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), під яким розуміється житловий будинок, квартира, інше житлове приміщення, призначені та придатні для постійного або тимчасового проживання в них.

У ч. 5 п. 22 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 року № 10 наведено таке поняття житла: приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинок, квартира, дача, номер у готелі тощо). До житла прирівнюються також ті його частини, в яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо з житлом (гараж, сарай тощо) [1].

У такому контексті П. Седугін зазначає, що термін «житло» означає особливу споруду або приміщення, спеціально призначене для проживання людей: житловий будинок, квартира, кімната разом з відповідною допоміжною площею (кухня, коридор, ванна кімната тощо), а також іншими об'єктами житлового фонду (ліфт та ліфтове господарство, інше інженерне обладнання) [2].

В юридичній літературі також висловлена думка, що під житлом необхідно розуміти палату у санаторії, будинку відпочинку й інше приміщення, призначене (тимчасово чи постійно) для проживання в ньому людей. Вчені, які поділяють таку позицію, вважають каюту на кораблі, намет також такими об'єктами матеріального світу, які включаються до поняття «житло» [3].

Є. О. Мічурін вважає, що житлом є квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, кімнати в квартирах чи одноквартирних будинках, а також інші приміщення, призначені для

постійного або тимчасового проживання людей, що завершені будівництвом та віднесені у встановленому порядку до житлового фонду [4].

Існує думка про необхідність виділення такої ознаки житла, як внесення щодо нього відповідних відомостей до державного реєстру прав. Так, О. В. Воронова на підставі виділених ознак житла та його видів надає таке визначення поняття житла: «Це квартири та житлові будинки без поділу на квартири, які призначені та придатні для постійного проживання в них і внесені, як такі, до державного реєстру прав на нерухоме майно та їх обмежень» [5]. Таку саму думку поділяють В. Скрипник, І. Бандурка, О. Воронова, пропонуючи ввести до наукового обігу категорію «публічні речі» для того, щоб «підкреслити їх двояке правове становище, особливий порядок їх набуття, обліку, використання чи поводження з ними» [6–8].

М. Скаржинський пропонує поняття житла розглядати у кількох значеннях. Житло у вузькому розумінні – це призначений для постійного проживання і визначений цивільним правом різновид нерухомого майна як складова частина загальноправового конституційного інституту житла у вигляді обраного місця, адресно-географічні координати якого визначають приміщення, спеціально призначене для вільного проживання людини, яке становить поняття «житло» в широкому розумінні; під поняттям житла в цивільному праві він розуміє визнану законом нерухомість, призначену та придатну для постійного проживання особливу складну річ у вигляді житлового приміщення (кімната) або єдиного інженерно-будівельного комплексу (квартира, будинок, садиба) обладнаних житлових і підсобних приміщень, прийнятих в експлуатацію приймальною комісією після будівництва чи реконструкції, зареєстрованих в органах реєстрації як відповідний вид житла, що мають окремий вихід і спільне призначення – задоволення потреби в житлі окремої фізичної особи чи їх об'єднань (сім'ї тощо) [9].

І. Шумак та Ж. Копилова у визначенні поняття житла роблять наголос на належності житла на праві приватної власності [10, 11]. Ж. Копилова визначає житло як «житловий будинок, квартира, інші приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них» [11].

Вочевидь, необхідно визнати неприйнятним такий підхід визначення поняття житла, коли визначення цієї правової категорії відбувається шляхом перелічення його видів. Вразливість такого варіанта визначення поняття певної правової категорії матиме певні вади, оскільки у разі появи нових видів житла виникатиме необхідність зміни визначення житла.

Право на наукове застосування має таке визначення житла, яке б містило його характеризуючі ознаки, яким має задовольняти кожний об'єкт, що може бути визнаний житлом. Лише в такому випадку надане визначення буде достатньо абстрактним та придатним для довгострокового наукового та практичного застосування.

У науці запропоновано характеризувати житло низкою загальних і спеціальних ознак, які надають можливість виділити житло серед нерухомого майна.

Загальні (обов'язкові) ознаки житла – це ознаки, що мають юридичне значення, характерні для будь-якого житлового приміщення, які визначають придатність та пристосованість житла для проживання в ньому людини.

О. Аврамова до загальних (обов'язкових) ознак житла відносить такі ознаки: об'єкт нерухомого майна, призначений для постійного проживання громадян, будівництво якого виконувалося відповідно до затвердженого проекту і завершено; розташований на законно відведеній ділянці і пройшов державну реєстрацію; прийнятий в експлуатацію; інвентаризований; відповідає санітарним, технічним нормам і встановленій мінімальній нормі жилої площі; має певну вартість; є товаром з особливим характером [12]. Придатність приміщення для постійного проживання не виключає можливості тимчасового проживання в ньому.

Специфічні ознаки житла – це сукупність юридичних і якісних ознак, які характеризують тільки безпосереднє житлове приміщення. До цих ознак, які мають юридичне значення, можна віднести: вид приміщення (квартира, житловий будинок, кімната та ін.), належність до відповідного житлового фонду [12].

Якісні ознаки визначає безпосередньо якісний стан житлового приміщення, яке характеризується довговічністю, корисністю, різновидністю, унікальністю, стаціонарністю тощо. Ці ознаки можуть впливати на попит, вартість житла, а також впливати на життєвий рівень громадян, які живуть або придбавають його [12].

Характеристика житла визначається характеристиками самої людини як соціальної і біологічної істоти, задовольняючи мінімальні потреби в домівці, оскільки кожна людина через притаманні їй властивості потребує певного постійного або періодичного місця проживання.

Виходячи із наведеного, пропонуємо виділити такі ознаки житла: об'єкт матеріального світу, що не належить до об'єктів віртуального світу; є будівлею капітального типу; призначене для постійного або тимчасового проживання фізичних осіб; будівництво проводилось за відповідним затвердженим проектом і завершено; розташоване на законно відведеній ділянці; прийняте в експлуатацію; відповідає санітарним, технічним нормам; має певну вартість (ринкову, балансову, остаточну, інвентаризаційну).

Таким чином, визначення характеризуючих ознак дає можливість запропонувати для наукового та практичного використання таке визначення поняття «житло», яким є об'єкт матеріального світу, споруда, приміщення або його частина, придатні або пристосовані для його використання з метою тимчасового або постійного проживання фізичної особи, як однієї особи, так і сім'ї або одночасно різними особами.

Визначення поняття та ознак житла надає підґрунтя для його класифікації за певними критеріями поділу. Так, житло можливо класифікувати на види залежно:

– від характеристик об'єктів матеріального світу – житловий будинок (ст. 380 ЦК України), квартира (ст. 382 ЦК України), садиба (ст. 381 ЦК України), квартира спільного заселення, кімнати у готелі, дачні і садові будинки, об'єкти незавершеного будівництва, придатні для проживання за ступенем готовності; відокремлена частина житлового будинку, що перебуває у спільній власності осіб, якщо вони визначили порядок роздільного користування його частинами; апартаменти, інші об'єкти, які за своїми характеристиками відповідають наведеним ознакам житла;

– від призначення користування – для постійного чи тимчасового проживання; цілорічного або сезонного проживання.

Визначаємо, що основне значення має класифікація житла як об'єкта матеріального світу. Головна умова кожної класифікації – уникнення дублювання і зайвих повторів, які б виключали поняття одного порядку. Перелік об'єктів житла має невичерпний характер, не можна виключити, що з'являться нові об'єкти житла.

Відповідно до ст. 4 Житлового кодексу України жилі будинки, а також жилі приміщення в інших будівлях утворюють житловий фонд [2].

В юридичній літературі пропонуються різні підходи до визначення видів житлових фондів. Так, Ю. Толстой пропонує класифікувати житлові приміщення не за формами власності, а залежно від підстав їх надання: 1) житло, що надається за договором соціального найму; 2) житлові приміщення, що надаються за договором комерційного найму; 3) житлові приміщення у будинках житлово-будівельних та житлових кооперативах; 4) житло, що перебуває у власності громадян; 5) службові і спеціалізовані житлові приміщення; 6) житлові приміщення, що надаються для користування громадянам за інших підстав [13].

П. Седугін вважає, що необхідно також брати до уваги призначення житлових приміщень. Залежно від цього він виокремлює житловий фонд соціального використання (житлові приміщення, що надаються громадянам для проживання в режимі соціального використання) і житловий фонд, що використовується на комерційних засадах (для використання за договором найму жилого приміщення з метою отримання прибутку) [14].

П. Крашенінніков пропонує виходити при класифікації житлових фондів із двох ознак: 1) належність до форми власності (за цією ознакою житловий фонд поділяється на: а) приватний житловий фонд, до якого належить громадський житловий фонд і житловий фонд житлових і житлово-будівельних кооперативів; б) державний житловий фонд; в) муніципальний житловий фонд); 2) залежно від використання за цією ознакою він поділяється на чотири групи: соціальний, індивідуальний, комерційний і спеціалізований [15].

Безумовно, категорії видів житла та видів житлового фонду є відмінними, мають різне призначення та мету, проте висвітлюють проблематику житла з різних аспектів вивчення. Ризикнемо передбачити, що наведена класифікація втрачатиме своє практичне призначення з розвитком вільної непланової економіки. Проте до моменту завершення приватизаційних процесів цей поділ має істотне значення для права.

Таким чином, необхідно визнати неприйнятним такий підхід визначення поняття житла, коли визначення цієї правової категорії відбувається шляхом перелічення його видів. Право на наукове застосування має таке визначення житла, яке б містило його характеризуючі ознаки, яким має відповідати кожний об'єкт, що може бути визнаний житлом. Лише в такому випадку надане визначення буде достатньо абстрактним та придатним для довгострокового наукового та практичного застосування.

Характеристика житла визначається характеристиками самої людини як соціальної і біологічної істоти, задовольняючи мінімальні потреби в домівці, оскільки кожна людина через притаманні їй властивості потребує певного постійного або періодичного місця проживання.

Визнано за обґрунтоване виділити такі ознаки житла. Це має бути: об'єктом матеріального світу, що не належить до об'єктів віртуального світу; є будівлею капітального типу; призначена для постійного або тимчасового проживання фізичних осіб; будівництво якої проводилось за відповідним затвердженим проектом і завершено; розташована на законно відведеній ділянці; прийнята в експлуатацію; відповідає санітарним, технічним нормам; яка має певну вартість (ринкову, балансову, остаточну, інвентаризаційну).

Перелік характеризуючих ознак надає можливість запропонувати для наукового та практичного використання таке визначення поняття «житло», яким є об'єкт матеріального світу, споруда, приміщення

або його частина, придатні або пристосовані для його використання з метою тимчасового або постійного проживання фізичної особи, як однієї особи, так і сім'ї або одночасно різними особами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про судову практику у справах про злочини проти власності: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09 (дата звернення: 19.06.2019).

2. Седугин П. И. Жилищное право: учеб. для вузов. М., 2000. 384 с.

3. Ільченко С. Визначення поняття житла // Підприємництво, господарство і право. 2002. № 6. С. 57–69.

4. Мічурін Є. О. Житлове право України / Мічурін Є. О., Сліпченко С. О., Соболєв О. В. Харків: «Еспада», 2003. 344 с.

5. Воронова О. В. Підстави набуття права власності на житло: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. К., 2005.

6. Бандурка І. В. Приватизація державного житлового фонду – основа функціонування ринкових відносин в Україні: наук.-практ. посіб. Х., 1998. 60 с.

7. Скрипник В. Л. Захист права власності при примусовому припиненні права власності: монографія. Кременчук: Вид. Щербатих О.В., 2018. 200 с.

8. Воронова О. В. Підстави набуття права власності на житло: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. К., 2005.

9. Скаржинський М. В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2006. 21 с.

10. Шумак І. О. Громадянські права і свободи людини за Конституцією України: дис. ... канд. юрид. наук. К., 2000.

11. Копилова Ж. В. Житло як родове поняття одноквартирного житлового будинку громадян України // Актуальні проблеми держави і права. 2011. Вип. 59. С. 306–313.

12. Аврамова О. Поняття житла і його правове значення // Підприємництво, господарство і право. 2000. № 6. С. 37–41.

13. Толстой Ю. К. Гражданское право: учебник. 3-е изд. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 2. М., 2001.

14. Седугин П. И. Жилищное право: учебник. 2-е изд. М., 2000. 384 с.

15. Крашенинников П. В. Жилищное право. М., 2000.

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ТА ПРОЦЕДУРИ ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ У СФЕРІ ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ ТА ЕЛЕКТРОННОГО БІЗНЕСУ

УДК 346.9
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.23

Вінник О.М.,
доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України,
головний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

O. M. Vinnyk Economic responsibility and procedures for its application in the digital economy and electronic business

The article deals with problems of digital economy/DE related to the liability of its participants in case of violation of the law and/or contractual obligations, as well as sanction procedures provided by these legal acts/documents applied to the violators. The peculiarities of (1) economic and legal liability in the DE sphere are revealed (the key ground is the violation of the legislation governing relations in this field and/or the agreement between the participants of the relations on the use of electronic resources, other agreements that mediate the relations between the DE participants, i.e. on the use of information and communication/digital technologies), (2) sanctions applicable to violators (a considerable part of them refers to the above mentioned technologies in particular the revocation of the authorization for the exploitation in radio of public use) and (3) the procedures for their application (except traditional i.e. judicial and administrative-judicial, the latest – adequate DE online procedures are being applied). Ukrainian legislation is analyzed in terms of its liability provisions and procedures for its application in the DE field. General tendencies of legal regulation of these relations in Ukraine and the existing gaps are revealed (absence of provisions on legal status of virtual enterprises, liability of such enterprises and their participants in case of using the same electronic resource including online store, trading Internet platform; on-line procedures for dealing with conflicts/disputes provided by law in particular the EU legislation), other drawbacks (despite the existence of authorities/supervisors in the institutional DE field, there are no general provisions for the institutional system with a rigid definition of the central body coordinating for the activities of all components of such a system). The ways of solving the problems raised in this article are suggested in particular the expediency of enshrining in the DE Codification Act or the Law or the DE Code, the provisions on the legal status of virtual enterprises, actual users of business sites including their responsibility, on the system of authorized DE bodies in the sphere with the designation of the coordinating body of such a system, which will ensure the functioning of an EU-like ODR platform for on-line conflict/dispute resolution.

Keywords: digital economy; e-business; economic and legal responsibility in the DE field; procedures for applying liability; on-line procedures.

Стаття присвячена проблемам цифрової економіки/ЦЕ, пов'язаним з відповідальністю її учасників у разі порушення ними приписів закону та/або договірних зобов'язань, а також процедур застосування до порушників передбачених цими правовими актами/документами санкцій. Виявляються особливості (1) господарсько-правової відповідальності у сфері ЦЕ (ключова підстава – порушення законодавства, що регулює відносини в цій сфері, та/або договору між учасниками відносин щодо використання електронних ресурсів, інших договорів, що опосередковують відносини між учасниками ЦЕ з використанням інформаційно-комунікаційних/цифрових технологій), (2) санкцій, що застосовуються до порушників (значна їх частина пов'язана зі згаданими технологіями, зокрема, анулювання дозволів на експлуатацію у смугах радіочастот загального користування тощо) та (3), процедур їх застосування (крім традиційних – судових та адміністративно-судових – застосовуються новітні – адекватні ЦЕ онлайн-процедури). Аналізується українське законодавство з точки зору відображення в ньому положень щодо відповідальності та процедур її застосування у сфері ЦЕ. Виявляються загальні тенденції нормативно-правового врегулювання цих відносин в Україні та прогалини (відсутність положень про: правовий статус віртуальних підприємств, відповідальності таких підприємств та їх учасників у разі використання ними одного електронного ресурсу, в тому числі Інтернет-магазину, торговельної Інтернет-платформи; застосування онлайн-процедур при розгляді конфліктів/спорів, що передбачені правом, зокрема ЄС), інші вади (попри наявність кількох уповноважених/контролюючих у сфері ЦЕ органів, відсутні узагальнені положення щодо системи таких органів з визначенням центрального, що має координувати діяльність всіх складових такої системи). Пропонуються шляхи вирішення порушених в цій статті проблем,

зокрема, доцільність закріплення в кодифікаційному акті про ЦЕ, яким може стати Закон або Кодекс ЦЕ, положень про правовий статус віртуальних підприємств, фактичних користувачів бізнес-сайтів, включно з їх відповідальністю, про систему уповноважених у сфері ЦЕ органів з визначенням органа-координатора такої системи, який має забезпечувати функіонування подібної до передбаченої правом ЄС платформи ODR для онлайн розгляду конфліктів/спорів).

Ключові слова: цифрова економіка; електронний бізнес; господарсько-правова відповідальність у сфері ЦЕ; процедури застосування відповідальності; онлайн процедури.

Цифрова економіка (далі – ЦЕ) та її складова – електронний бізнес (далі – е-бізнес) мають низку *специфічних ознак*, зумовлених використанням інформаційно-комунікаційних (і в першу чергу – цифрових) технологій для комунікації її учасників, завдяки чому така економічна система отримала назву цифрової [1]. Зокрема, це стосується суб'єктного складу, в якому, крім традиційних учасників господарських відносин (суб'єктів господарювання зі статусом індивідуального підприємця або юридичної особи, споживачів-громадян та суб'єктів організаційно-господарських повноважень, створених як юридичні особи, в тому числі – як уповноважені органи), наявні віртуальні підприємства [2] як група фізичних та/або юридичних осіб, яка нерідко використовує один електронний ресурс – електронний магазин чи електронну торговельну платформу, але без оформлення організаційної єдності такої групи в якості юридичної особи. В об'єктному складі домінують об'єкти, що не мають речової форми, – номерний та радіоресурси, мережа Інтернет, веб-сайти, в тому числі Інтернет-магазини, Інтернет-платформи тощо). Відносини між суб'єктами ЦЕ, включно з договірними зв'язками, зазвичай встановлюються також з використанням електронних засобів, які, в свою чергу, можуть застосовуватися при врегулюванні/вирішенні між цими особами конфліктів/спорів. Зазначені обставини зумовлюють і певну специфіку відповідальності у сфері ЦЕ, проте в законодавстві України відсутні уніфіковані положення з цього питання через *розпорошеність* норм, які регулюють відносини в цій сфері в численних актах законодавства, або *відсутність* важливих положень, пов'язаних з відповідальністю учасників відносин щодо використання електронних бізнес-ресурсів на зразок згаданих сайтів – Інтернет-магазинів та торговельних Інтернет-платформ.

Слід наголосити, насамперед, на прогалинах в законодавстві щодо *особливостей правового становища* та *відповідальності* згаданих віртуальних підприємств, які зазвичай уникають необхідної для функціонування у сфері економіки легалізації (попри її наявності в усіх або частини учасників таких підприємств), а також фактичних користувачів таких ресурсів/сайтів (Інтернет-магазини тощо) за недотримання вимог законодавства щодо розкриття інформації, передбаченої законами «Про електронну комерцію» [3] та «Про захист прав споживачів» [4]. Так, законодавець: не визначає більш-менш грунтовно правовий режим Інтернет-магазинів як сайтів, користуючись іншим поняттям – Інтернет-магазин як засіб для представлення або реалізації товару, роботи чи послуги шляхом вчинення електронного правочину [3, ст. 3]; відсутність універсального (щодо всіх видів послуг у сфері ЦЕ) поняття «власник сайту» та «фактичний користувач сайту» (наявне в підзаконних актах поняття власника сайту як його користувача [5] навряд чи коректне[1], адже сайт може передаватися власником в користування іншим особам; до того ж воно стосується сфери надання лише електронних довірчих послуг, що відрізняється від сфери електронної комерції, в якій один сайт може використовуватися кількома чи навіть багатьма особами (в тому числі учасниками одного чи кількох віртуальних підприємств); суб'єктами електронної комерції законодавець визначаює продавця (виконавця, постачальника) товарів, робіт, послуг [3, ст. 7], покупця (замовника, споживача) товарів, робіт, послуг [3, ст. 8], постачальника послуг проміжного характеру [3, ст. 9]; не враховує при цьому важливі обставини, а саме, що: а) при використанні такого сайту, як Інтернет-магазин, нерідко важко визначити фактичного продавця, оскільки інформація подається з сайту, що перебуває у користуванні різних продавців без зазначення, які товари кожен з них пропонує до продажу та продає; б) в укладеному із споживачем електронному договорі (е-договорі) також така інформація нерідко відсутня, а в підсумку – непросто визначити, яка особа має нести відповідальність за нерозкриття передбаченої законом інформації та порушення інших прав споживачів.

В законодавстві також відсутні уніфіковані положення щодо:

– видів господарсько-правових санкцій, які застосовуються до порушників вимог, встановлених у сфері ЦЕ;

– порядку врегулювання/розгляду конфліктів/спорів, що виникають в цій сфері;

– ефективних правових механізмів захисту прав споживачів у відносинах з представниками е-бізнесу з урахуванням фактичної цифрової нерівності, зумовленої відсутністю у більшості громадян

[1] Згідно з затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 7 листопада 2018 р. № 992 вимогами у сфері електронних довірчих послуг [5] власник веб-сайту в зазначеній сфері визначається як користувач кваліфікованої електронної довірчої послуги з формування, перевірки та підтвердження чинності кваліфікованого сертифіката автентифікації веб-сайту.

необхідних для цього цифрових можливостей (відповідних ресурсів, знань про свої цифрові права та засоби їх захисту у разі порушення), чим держава не опікувалася належним чином до останнього часу (поступ у цьому напрямі вже намітився, про що свідчить створення Міністерства цифрової трансформації України/Мінцифри [6], яке, забезпечуючи цифровізацію та виконання низки пов'язаних з цим функцій, займатиметься розвитком цифрових навичок громадян [7; 8; 9].

Згадані вади правового регулювання відносин ЦЕ зумовлюють *актуальність* порушених тут проблем, яка посилюється і станом теоретичного їх висвітлення, оскільки дослідники приділяють увагу лише окремим правовим аспектам розв'язання згаданих проблем, зокрема, щодо захисту прав споживачів [10; 11; 12; 13] та адміністративної відповідальності у сфері ЦЕ [14], з точки зору інформаційної деліктології з відповідним висвітленням правових аспектів інформаційного злочину, адміністративного інформаційного проступку та цивільного інформаційного делікту [15], застосування традиційних – адміністративно-судових та судових процедур у сфері вітчизняної ЦЕ [16] та онлайн процедур врегулювання/вирішення конфліктів/спорів в праві ЄС [17; 18].

Відтак, метою цієї статті є визначення особливостей господарсько-правової відповідальності та санкцій у сфері ЦЕ та процедур їх застосування.

Традиційно в господарському праві України господарська відповідальність застосовується за правопорушення у сфері господарювання шляхом вжиття до порушника господарських санкцій на підставах та у порядку, передбачених ГК України, іншими законами та договором; до видів господарсько-правових санкцій належать: відшкодування збитків; штрафні санкції (за своїх характером значною мірою подібні до цивілістичної неустойки); оперативно-господарські санкції; адміністративно-господарські санкції [19, розділ У].

Аналіз як актів законодавства, що регулюють відносини у сфері ЦЕ, зокрема законів «Про телекомунікації» [20], «Про радіочастотний ресурс» [21], «Про електронні довірчі послуги» [22], «Про електронну комерцію» [3], «Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України» [23], «Про захист прав споживачів» [4], так і прийнятих відповідно до них підзаконних актів свідчить, що в цілому в зазначеній сфері застосовуються традиційні для господарського права види санкцій у відповідному порядку, а саме:

– відшкодування заподіяної шкоди, що застосовується в судовому (претензійно-позовному чи суто позовному) порядку (так, згідно із ч. 3 ст. 40 Закону України «Про телекомунікації» [20] відшкодування завданих споживачеві фактичних збитків, моральної шкоди, втраченої вигоди через неналежне виконання оператором, провайдером телекомунікацій обов'язків за договором про надання телекомунікаційних послуг вирішуються в судовому порядку; подібне право на відшкодування шкоди закріплено в ст. 12 Закону України «Про електронні довірчі послуги» [21] за користувачами електронних довірчих послуг);

– сплата штрафних санкцій, значною мірою подібних до цивілістичної неустойки, що зазвичай мають компенсаційний характер, передбачаються законом та/або договором (зокрема, у разі включення такої умови в договори: про надання телекомунікаційних послуг, про надання електронних довірчих послуг, про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж тощо) і застосовуються в судовому (претензійно-позовному чи суто позовному) порядку;

– оперативно-господарські санкції – заходи оперативного впливу на порушника з метою попередження наступних порушень та зменшення від них втрат, що передбачаються договором і застосовуються самостійно стороною договору, права якої було порушено; наприклад, відповідно до публічного договору про надання кваліфікованої електронної довірчої послуги формування, перевірки та підтвердження чинності кваліфікованого сертифіката електронного підпису чи печатки кваліфікованому надавачеві електронних довірчих послуг (для суб'єктів господарювання приватного права) виконавець має право припиняти надання відповідної послуги замовнику у разі порушення ним законодавства у сфері електронних довірчих послуг та умов зазначеного договору [24];

– адміністративно-господарські санкції – заходи впливу, що застосовуються до порушника вимог законодавства уповноваженим у відповідній сфері ЦЕ органом самостійно або за його ініціативою – судом (так, Національна комісію, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації/ НКРЗІ, забезпечуючи державний нагляд за додержанням суб'єктами ринку законодавства про телекомунікації [20, ст. 17, 18, 42 та ін.], вправі при виявленні порушення вимог зазначеного Закону «Про телекомунікації» застосовувати адміністративно-господарські санкцій до порушників (серед яких: вимога припинення виявленого порушення, відмова в наданні чи анулювання ліцензій[2], виключення з реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій тощо) та звертатися до суду щодо притягнення до відповідальності, яка відповідно до згаданого акта та Закону України «Про основні

[2] 25.12.2019 р. ліцензування у сфері телекомунікацій та радіочастноного ресурсу обмежується згідно із Законом України від 18 вересня 2019 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення переліку видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню» [26], проте зберігається щодо діяльності у сфері телекомунікацій, яка передбачає використання обмеженого (радіочастотного та/або номерного) ресурсу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/102-20 (дата звернення: 04.10.2019).

засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» [25] застосовується лише в судовому порядку (зокрема, щодо вилучення в судовому порядку – з відповідним спрямуванням до Державного бюджету України – прибутку, отриманого оператором, провайдером телекомунікацій внаслідок здійснення діяльності без повідомлення НКРЗІ та/або дозволу на використання номерного ресурсу, порушення встановлених цією комісією тарифів [20, ст. 75].

Порядок притягнення до відповідальності і, відповідно, застосування зазначених господарських санкцій залежить від їх виду, але в цілому можна виділити:

(а) суто судовий шляхом звернення до суду, що притаманно для відшкодування збитків, значною мірою – штрафних санкцій, у випадках неможливості самостійного застосування потерпілою від порушення умов договору стороною передбачених договором оперативно-господарських санкцій;

б) самостійно потерпілою від порушення умов договору стороною при застосуванні оперативно-господарських санкцій, передбачених цим договором [19, ст. 235, 236];

в) адміністративно-судовий, що передбачає необхідність розгляду справи про порушення вимог законодавства і прийняття рішення про застосування до порушника передбачених законом адміністративно-господарських санкцій уповноваженим в певній сфері ЦЕ органом, яке може бути оскаржене в судовому порядку [19, ст. 238, 248];

г) судовий, але з попереднім розглядом справи уповноваженим органом, за ініціативи якого ініціюється судовий розгляд (у випадках адміністративно-господарських санкцій, що відповідно до закону застосовуються виключно в судовому порядку, як це зокрема передбачено щодо вилучення майна/прибутку в дохід Державного бюджету, припинення виробництва та в інших випадках, передбачених законодавством [19, ст. 246, 247; 20, ст. 75 та ін.].

Ініціатива застосування господарських санкцій може належати:

– потерпілій від порушення стороні (відшкодування збитків, штрафні санкції, оперативно-господарські санкції, що, наприклад, передбачено ст. 40 Закону України «Про телекомунікації» [20], ст. 6 Закону України «Про радіочастотний ресурс» [21], ст. 12, 36 Закону України «Про електронні довірчі послуги» [22] та іншими актами законодавства);

– уповноваженому в певній сфері ЦЕ органу, який виявив порушення самостійно або за результатами розгляду заяви учасника відносин в цій сфері, права та законні інтереси якого було порушено (ст. 18, 19, 32, 61 Закону України «Про телекомунікації», ст. 14, 58 Закону України «Про радіочастотний ресурс», ст. 33, 34 Закону України «Про електронні довірчі послуги» тощо).

Отже, в цілому основні засади відповідальності у сферах ЦЕ та е-бізнесу відповідають ГК України [19] з тією різницею, що в даному випадку застосування господарських санкцій пов'язано переважно із порушенням порядку використання інформаційно-комунікаційних (цифрових) технологій та/або прав та законних інтересів учасників відносин ЦЕ (наприклад, відшкодування завданих споживачеві фактичних збитків, моральної шкоди, втраченої вигоди через неналежне виконання оператором, провайдером телекомунікацій обов'язків за договором про надання телекомунікаційних послуг [20, ч. 3 ст. 40]; прийняти рішення щодо вилучення (повністю або частково) в оператора телекомунікацій номерного ресурсу у разі порушення ним вимог Закону України «Про телекомунікації» [20, ст. 70]; порушення приписів закону щодо користування радіочастотним ресурсом, в т.ч. анулювання дозволу на експлуатацію відповідних радіоелектронних засобів та/або випромінювальних пристроїв (крім тих з них, використання яких здійснюється на бездозвільній основі) [21, ст. 18, 45], виключення з Довірчого списку, який містить перелік кваліфікованих надавачів електронних довірчих послуг та інформації про послуги, що ними надаються [22, ст. 31, 33]).

В результаті цифровізації економічної сфери з'явилися нові можливості не лише для добросовісних учасників господарських відносин, а й тих, хто не має наміру відповідати за свої дії. Так, зазначені технології зумовили використання одних і тих же бізнес-ресурсів (наприклад, одного Інтернет-магазина чи однієї торговельної Інтернет-платформи) так званими віртуальними підприємствами – групами осіб без визначення організаційної єдності кожною з таких груп у формі юридичної особи (господарського об'єднання чи господарського товариства), правове становище яких не визначено на законодавчому рівні. Якщо традиційно суб'єктами права, включно з відповідальністю, вважаються фізичні (громадяни) та юридичні особи [19, ст. 2; 27, ст. 2], поява віртуальних підприємств стала одним з викликів ЦЕ, що дозволяє уникати відповідальності за порушення вимог законодавства як віртуальним підприємствам, так і їх учасникам.

Отже, постає проблема відповідальності таких осіб, що на практиці перетворюється на їх безвідповідальність за недотримання вимога законодавства, в тому числі щодо захисту прав споживачів. Вбачається, що таку відповідальність має нести відповідальний користувач (адміністратор) відповідного електронного ресурсу (зокрема, сайту), укладаючи з іншими користувачами (учасниками віртуального підприємства) договори, що передбачають їх відповідальність у разі надання недостовірної, застарілої інформації для споживачів (потенційних споживачів) та порушення інших вимог законодавства. Це означає, що має вестися реєстр власників та фактичних користувачів ***бізнес-***

сайтів з покладенням відповідних повноважень на центральний (такий, що забезпечує координацію інших контролюючих в окремих сферах ЦЕ органів) уповноважений орган, яким може стати новоутворене Міністерство цифрової трансформації [6–9].

Електронна форма спілкування зумовлює і певну (часом – значну) специфіку врегулювання/розгляду конфліктів/спорів у сфері ЦЕ. Хоча використання цифрових технологій вже увійшло в практику як *судів* (про що свідчать, зокрема, закріплені в Законі України «Про судоустрій і статус суддів» [28, ст. 15–1] та процесуальних кодексах норми про використання єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи), так і *уповноважених органів* (як складової електронного урядування [29]), проте нормативно-правове забезпечення онлайн процедур врегулювання/вирішення конфліктів/спорів в Україні залишається лише в перспективі.

Разом з тим, новітні, альтернативні процедури, застосування яких відбувається виключно в режимі онлайн, використовуються досить активно за кордоном, про що свідчить зарубіжна практика – судова (Канади зокрема [30]), як альтернативного виду розгляду спорів в ЄС [31; 32], а в Україні – лише на рівні окремих пілотних проектів [33; 34], але без відповідного (як в ЄС, наприклад) нормативно-правового забезпечення.

Для традиційної аналогової економіки притаманні відповідні процедури врегулювання/вирішення конфліктів/спорів (судова, адміністративно-судова та альтернативні процедури переважно медіаційного характеру). Натомість нова якість сучасної економіки як цифрової зумовила появу онлайн процедур, що ґрунтуються на застосуванні інформаційно-комунікаційних (і в першу чергу – цифрових) технологій. У зв'язку з цим є підстави для умовного виділення двох категорій процедур врегулювання/розгляду конфліктів/спорів за критерієм їх відповідності переважно аналоговій економіці чи ЦЕ: *традиційні,* що добре опробовані в умовах першої (аналогової економіки), та *новітні* – процедури онлайн, для яких необхідно застосування цифрових технологій.

Традиційні процедури включають *судовий порядок* – шляхом подання відповідної заяви до суду (залежно від підвідомчості – до цивільного, господарського, адміністративного, а у разі наявності між сторонами спору відповідної угоди – третейського, якщо інше не передбачено законом) та *адміністративно-судовий* (звернення до компетентного щодо розгляду певної категорії спорів органу, що неодмінно має передувати судовому розглядові, який застосовується у разі незгоди хоча б однієї із сторін з рішенням такого органу; застосування альтернативних процедур типу медіації, які в Україні не знайшли адекватного правового забезпечення, хоча на практиці подібні процедури використовуються за погодженням сторін, зокрема у випадках наявності в суто приватному (такому, що не зачіпає публічні інтереси і не пов'язаний із застосуванням встановлених державою санкцій) конфлікті/спорі складової, що потребує оцінки відповідних фахівців, авторитету яких сторони довіряють.

Конфлікти/спори у сфері ЦЕ та е-бізнесу (і, відповідно, застосування заходів впливу на порушників прав та законних інтересів учасників таких відносин) зазвичай пов'язані з використанням цифрових технологій, що зумовлює таку особливість їх розгляду, як залучення до цього процесу відповідних фахівців, що знаються на таких технологіях, – як під час застосування традиційних процедур, апробованих в умовах аналогової економіки, так і новітніх (онлайн) процедур.

У цілому проблема застосування згаданих процедур (як традиційних, так і нових – онлайн) у сфері ЦЕ України є доволі злободенною, що зумовлено недостатньою ефективністю їх правового забезпечення через вади чинного нормативно-правового регулювання (наявність прогалин, застарілих норм, колізій тощо), а також браком комплексних наукових досліджень таких правовідносин (хоча результати фрагментарних – щодо традиційних процедур [16] та онлайн процедур у праві ЄС [17; 18] були оприлюднені).

Отже, є потреба узагальнення досвіду нормативно-правового забезпечення і традиційних (відповідно до українського законодавства), і новітніх (зокрема, онлайн) процедур, що застосовуються в ЄС.

Так, відповідно до Закону України «Про телекомунікації» [20] уповноважений в цій сфері орган – НКРЗІ, забезпечуючи державний нагляд за додержанням суб'єктами ринку законодавства про телекомунікації, вправі при виявленні порушення вимог зазначеного Закону застосовувати адміністративно-господарські санкцій до порушників (в тому числі вищезгадані), звертатися до суду щодо притягнення порушників до відповідальності у випадках застосування виключно судової процедури відповідно до вищезгаданого, так і Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» [26], а також здійснювати досудове врегулювання спорів про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж (за участю представників зацікавлених сторін, фахівців у сфері телекомунікацій та експертів) [20, ст. 61]. Відповідні права закріплюються і за суб'єктами ринку телекомунікацій (операторами, провайдерами телекомунікацій), зокрема, на оскарження в судовому порядку рішення уповноваженого в цій сфері органу (НКРЗІ) [20, 61].

Закон України «Про радіочастотний ресурс» [21] також містить положення щодо застосування НКРЗІ адміністративно-господарських санкцій (зокрема, про анулювання дозволу на експлуатацію

радіоелектронних засобів мовлення та ін.), а також право суб'єктів господарювання, до яких були застосовані такі санкції, на оскарження в судовому порядку рішень НКРЗІ про їх застосування.

Подібні положення містяться і в Законі України «Про електронні довірчі послуги» [23, ст. 12, 25, 33, 34 та ін.], зокрема, щодо: 1) права посадових осіб контролюючого органу під час здійснення заходів державного нагляду (контролю) за дотриманням вимог законодавства у сфері електронних довірчих послуг у разі виявлення порушень зазначених вимог видавати обов'язкові для виконання кваліфікованими надавачами електронних довірчих послуг приписи про усунення виявлених порушень і визначати строк їх усунення; накладати на винних осіб адміністративні стягнення за порушення вимог цього Закону, а також звертатися до суду щодо застосування заходів реагування; 2) права користувачів електронних довірчих послуг на оскарження в судовому порядку дій чи бездіяльності надавачів електронних довірчих послуг та органів, що здійснюють державне регулювання у сфері електронних довірчих послуг; можливості визнання судом правочину, вчиненого в електронній формі, недійсним у разі, коли під час його вчинення використовувався кваліфікований електронний підпис чи печатка, кваліфікований сертифікат якого/якої не містить відомостей, передбачених зазначеним Законом, або містить недостовірні відомості; рішення суду як підставу для скасування, блокування та поновлення кваліфікованих сертифікатів відкритих ключів.

Відсутність у Законі України «Про електронну комерцію» [3] подібних положень компенсується певним чином нормами про загальні засади відповідальності сторін електронного правочину та постачальника послуг проміжного характеру за невиконання договірних зобов'язань відповідно до встановленого законом або договором порядку (ст. 17, 19), а щодо вирішення спорів – в порядку, визначеному законодавством (ст. 18).

В усіх вищезгаданих сферах ЦЕ (телекомунікацій, радіочастотного ресурсу, електронних довірчих послуг та електронної комерції) діють уповноважені/контролюючі органи, положення про які закріплено в трьох перших з вищенаведених законах, а четвертий («Про електронну комерцію»), на жаль, має істотні прогалини щодо цього, хоча інші акти законодавства (зокрема, Закон України «Про захист прав споживачів» [4]) певним чином їх заповнюють.

Відповідно до згаданих законів уповноваженими на певних ринках ЦЕ є: Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації/НКРЗІ [32] – орган державного регулювання у низці сфер (телекомунікацій, інформатизації, користування радіочастотним ресурсом та надання послуг поштового зв'язку; Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, що діє на підставі відповідного Закону [23] і здійснюючи державну політику в сферах криптографічного та технічного захисту інформації, кіберзахисту, телекомунікацій, користування радіочастотним ресурсом України, захисту державних інформаційних ресурсів та інформації, забезпечує надання відповідних дозволів, проводить планові та позапланові перевірки з відповідним реагуванням на їх результати; вправі звертатися до суду в разі виникнення спорів з питань організації спеціального зв'язку та захисту інформації, криптографічного та технічного захисту державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, спорів у сфері електронних довірчих послуг, а також у разі виникнення інших спорів у порядку, встановленому законом; Адміністрація Держспецзв'язку як Центральний орган виконавчої влади із спеціальним статусом, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сферах організації спеціального зв'язку, захисту інформації, телекомунікацій та користування радіочастотним ресурсом України та діє на підставі затвердженого Урядом Положення [36], відповідно до якого вправі: проводити планові та позапланові перевірки (зокрема щодо додержання ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання послуг у галузі криптографічного і технічного захисту інформації на підприємствах, в установах і організаціях, а також умов проведення робіт з технічного захисту інформації для власних потреб в державних органах, органах місцевого самоврядування, органах управління Збройних Сил та інших військових формувань, утворених відповідно до закону, правоохоронних органах), а також застосовувати адміністративно-господарські санкції, в тому числі зупиняти дію низки документів (експертних висновків, виданих за результатами державної експертизи у сфері технічного та криптографічного захисту інформації; свідоцтв про допуск до експлуатації засобів криптографічного захисту інформації, криптографічних алгоритмів, засобів, комплексів та систем спеціального зв'язку, які призначені для захисту державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, і криптографічних алгоритмів; декларацій та атестатів відповідності комплексних систем захисту інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах та ін.) або скасовувати їх в установленому порядку, звертатися до суду в разі виникнення спорів з питань організації спеціального зв'язку та захисту інформації, криптографічного та технічного захисту державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, спорів у сфері електронних довірчих послуг, а також у разі виникнення інших спорів у порядку, встановленому законом.

Міністерство юстиції України згідно із Законом України «Про електронні довірчі послуги» [21, ст. 7] та відповідним Положенням [37], виконуючи функції центрального засвідчувального центру[3] та надаючи адміністративні послуги шляхом внесення юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців, які мають намір надавати електронні довірчі послуги, до Довірчого списку, вправі приймати відповідні рішення (в тому числі про виключення кваліфікованого надавача електронних довірчих послуг з Довірчого списку, скасування, блокування кваліфікованих сертифікатів відкритих ключів у передбачених згаданим Законом випадках), які, в свою чергу, можуть оскаржуватися в суді. Створення у вересні 2019 р. Мінцифри та наділення цього органу низкою повноважень [6–9], частина з яких належала вищезгаданим органам та Міністерству юстиції України як центральному засвідчувальному центру [37], передбачає внесення відповідних змін до згаданих законів та положень про ці органи. В ідеалі ж система уповноважених у сфері ЦЕ органів з наділенням одного правами центрального, що забезпечує координацію їх (зазначених уповноважених органів) діяльності, доцільно закріпити в ключовому акті законодавства про ЦЕ і забезпечити щодо цього стабільність правового регулювання.

Уповноважені в сфері ЦЕ органи, як правило, наділяються функцією досудового розгляду конфліктів/спорів з правом застосування до порушників вимог відповідного закону адміністративно-господарські санкції, а в окремих (в тому числі згаданих) випадках – правом звернення до суду щодо застосування окремих видів санкцій.

Отже, у разі порушення вимог спеціального закону, що регулює відносини на певному ринку ЦЕ і закріплює повноваження відповідного органу державного регулювання/контролю, застосовується за загальним правилом адміністративно-судовий порядок розгляду конфлікту/спору, а в певних, визначених законом випадках, – судовий (зокрема, виключно за рішенням суду може бути зупинене повністю або частково виробництво (виготовлення) або реалізація продукції, виконання робіт, надання послуг суб'єктами господарювання [25, ч. 5 ст. 4]). Застосування уповноваженим органом передбачених законом санкцій або його звернення до суду щодо їх застосування за порушення встановлених законом вимог може відбуватися незалежно від наявності заяви сторони, що зазнала втрат від такого порушення. Ініціатива щодо виявлення порушення та застосування до порушника встановлених санкцій може належати уповноваженому/контролюючому органу або учаснику відповідних відносин, права та законні інтереси якого було порушено, а рішення щодо застосування таким органом передбачених законом санкцій може бути оскаржено заінтересованою особою (зазвичай, порушником, до якого такі санкції мають застосовуватися) до суду адміністративної юрисдикції.

Функціонування сфери електронної комерції неможливе без надання відповідних телекомунікаційних і електронних довірчих послуг, а, отже, розгляд пов'язаних з цим конфліктів/спорів здійснюється вищезгаданими уповноваженими органами, які діють у відповідних сферах, та судами. Крім того, для цієї сфери характерне і традиційне для торгівлі як такої порушення прав споживачів у разі замовлення та/або придбання ними через Інтернет-магазини та/або торговельні Інтернет-платформи різноманітних товарів. Основні положення щодо захисту прав споживачів у зазначеній сфері визначаються відповідним нормативним актом – Законом України «Про захист прав споживачів» [4], що передбачено ст. 8 Закону України «Про електронну комерцію» [3], а уповноваженим з цих питань органом є Держспоживзахист – Державна служба України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів, що діє на підставі відповідного Положення [38]. Проте фактичне підпорядкування цієї служби Міністерству аграрної політики та продовольства (Мінагрополітики), як і її назва, свідчать про орієнтацію на захист прав споживачів продуктів харчування, а відсутність у цієї служби реальних можливостей (включно з відповідними повноваженнями, фахівцями, що знаються і на цифрових технологіях, і на різноманітних групах товарів, торгівля якими здійснюється через мережу Інтернет, малоефективну процедуру застосування санкцій) зумовлюють низьку ефективність її діяльності. В Концепції державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року [39] визнається складність та довготривалість механізму розгляду скарг споживачів в Україні, відсутність системи реалізації європейського принципу презумпції невинності споживача, доступної та прозорої системи досудового розгляду скарг і реагування на результати незалежних споживчих досліджень і, відповідно, необхідність створення умов для ефективного, доступного і оперативного досудового/альтернативного врегулювання споживчих спорів, забезпечення спрощеної процедури судового розгляду таких спорів та можливості подання колективних/групових спорів споживачів. Відтак вплив на порушників прав споживачів у сфері е-торгівлі є малоефективним через відсутність дієвого механізму, який дав би можливість споживачеві самостійно відстоювати свої права або звертатися за допомогою до уповноважених органів. Отже, захист прав споживачів в Україні ще не

[3] Згідно з затвердженим Урядом у вересні 2019 р. Положенням про Мінцифри України [9] останнє має виконувати функції центрального засвідчувального органу, проте це положення набирає чинності одночасно з набранням чинності актом Кабінету Міністрів України про перехід функцій центрального засвідчувального органу від Міністерства юстиції.

став пріоритетом для держави, попри проголошення [39] важливості цієї проблеми, яка у сфері ЦЕ набуває нового звучання з огляду на її вже згадані характерні риси.

Особливості захисту прав споживачів у сфері ЦЕ пов'язані із специфікою е-торгівлі (застосуванням інформаційно-комунікаційних технологій), що, своєю чергою, зумовлює і відповідні вимоги: а) наявність уповноважених органів, що опікуються певними питаннями застосування таких технологій у сфері економіки, та закріплення за ними права застосовувати до порушників у визначених законом випадках адміністративно-господарські санкції; б) обов'язковість досудового розгляду конфлікту/спору, якщо він прямо чи опосередковано пов'язаний з використанням згаданих технологій; в) можливість оскарження рішень уповноважених органів до вищестоящого органу чи до суду; г) право уповноважених органів безпосередньо звертатися до суду у разі відмови порушника виконати припис такого органу щодо припинення порушення чи сплати санкцій, а також у випадках, коли закон передбачає виключно судовий порядок застосування окремих їх видів. Разом з тим, завдання цифровізації економічної (як і інших) сфер суспільного буття [1] сприймається державними органами та суб'єктами господарювання однобоко: головне для них – цифровізуватися, а подолання цифрової нерівності, зумовленої значно меншими (порівняно з представниками е-бізнесу) цифровими можливостями споживачів – питання другорядне. Ігнорувалися й відповідні акти ЄС (зокрема, Директиви «Про електронну комерцію» [40]), в тому числі положення про необхідність створення державою контактних пунктів, доступних принаймні за допомогою електронних засобів, з яких одержувачі послуг та постачальники послуг можуть отримати відповідну інформаційну допомогу (загальну інформацію як про контрактні права та обов'язки, так і про механізми подання скарг та відшкодування збитків у випадку спорів, включаючи практичні аспекти, залучені при використанні таких механізмів; детальну інформацію про органи, об'єднання чи організації, від яких вони можуть отримати подальшу інформацію чи практичну допомогу, а також про ефективні досудові механізми розгляду конфліктів/спорів, в тому числі найбільш адекватних ЦЕ – онлайн процедур).

В цілому закріплення у відповідному Законі України [41] орієнтації України на адаптацію свого законодавства до права ЄС на практиці реалізується недостатньо, про що свідчать проігноровані українським законодавством вищезгадані положення Директиви «Про електронну комерцію», а також відсутність у вітчизняному законодавстві положень щодо альтернативних процедур врегулювання/ розгляду конфліктів/спорів в режимі онлайн, передбачених низкою актів ЄС, в першу чергу, Регламентом № 524/2013 «Про врегулювання спорів за участю споживачів онлайн» (далі – Регламент № 524/2013 [31]), Директивою № 2013/11 «Про альтернативне вирішенні спорів за участю споживачів» (далі – Директива № 2013/11 [32]).

Електронне (або онлайн/Online Dispute Resolution, далі – ODR) вирішення спорів, порядок якого регулюється згаданими актами ЄС, – це сукупність методів врегулювання спорів (конфліктів) із застосуванням Інтернет-технологій, що належить до одного з видів альтернативного вирішення спорів. За прийнятою в ЄС термінологією [31; 32] онлайн вирішення спорів (ODR) є одним з видів альтернативних способів вирішення спорів (ADR), який проводиться повністю в режимі онлайн. Власне, онлайн процедура може використовуватися і за традиційних способів – уповноваженими органами та/або судом, а, отже, її можна вважати специфічною процедурою вирішення спорів/врегулювання конфліктів, що може використовуватися самостійно як вид ADR, а також при розгляді певних категорій спорів уповноваженими органами та судом. Разом з тим, в чистому вигляді онлайн процедури поки що використовуються як альтернативні традиційним, за окремими винятками, що все ще (принаймні, в нашій країні) залишаються пілотними проектами.

З огляду на відсутність в Україні більш-менш ґрунтовного регулювання порядку застосування таких процедур, варто звернутися до досвіду ЄС і, зокрема, до положень вищезгаданих Регламенту і Директиви, на стислій характеристиці яких доцільно зупинитися.

Регламент № 524/2013, розроблений Європейською комісією з метою надання допомоги онлайн-споживачам і онлайн-продавцям вирішити свої договірні спори поза судом, за низькою ціною, простим і швидким способом:

– застосовується до позасудового розгляду спорів на базі платформи ODR щодо договірних зобов'язань, які ґрунтуються на онлайнових контрактах про продаж чи обслуговування (надання послуг);

– *платформа ODR* – це інтерактивний веб-сайт, доступ до якого можна отримати в електронному вигляді і безкоштовно на всіх офіційних мовах ЄС, забезпечення доступності якої та надання нею відповідної інформації громадянам та підприємствам ЄС покладено на Комісію ЄС (далі – Комісія) через відповідні веб-сайти;

– платформа ODR забезпечує: подання скарги в електронній формі; повідомлення відповідача про скаргу; ідентифікацію компетентного об'єкта ДОПОГ/ ADR (доступні та прозорі організації з вирішення спорів із застосуванням процедури ADR, які створюються на довгостроковій основі для вирішення спорів, мають бути зареєстрованими в електронній формі на платформі ODR і відповідати вимогам Директиви № 2013/11) і передання йому скарги; безоплатне пропонування сторонам та

підрозділам ДОПОГ електронних інструментів ведення справ щодо розгляду спорів через платформу ODR та переклад необхідної для цього інформації; забезпечення сторонам можливість надання відповідної (необхідної для розгляду спору) інформації в електронній формі; систему зворотного зв'язку, що дозволяє сторонам висловлювати свої погляди на функціонування платформи ODR, на об'єкт ADR; інтерактивне керівництво щодо порядку подання скарг через платформу ODR; інформацію про пункти ODR та їх контактні дані; статистичні відомості про результати розгляду спорів, що були передані суб'єктам ДОПОГ через платформу ODR;

– підтримку/допомогу (зазвичай інформаційного характеру) у вирішенні спорів, зумовлених скаргами, які подаються через платформу ODR, надають контактні пункти ODR (щодо прав та обов'язків сторін за договорами продажу та обслуговування, про функціонування платформи ODR, щодо процесуальних норм, що застосовуються суб'єктами ДОПОГ; про інші способи вирішення спору, якщо останній не може розглядатися з використанням платформи ODR);

– процедура розгляду спорів передбачає: подання скарги в електронній формі, що має відповідати вимогам ст. 8 Регламенту; обробка скарги (якщо дотримані встановлені вимоги) та передання відповідачеві скарги та передбачених ст. 9 Регламенту відомостей (в т.ч. щодо погодження сторонами об'єкта ADR), інформацію про об'єкт/об'єкти ДОПОГ, що мають повноваження на розгляд скарги, якщо такі були зазначені в поданій скарзі або визначені платформою ODR; отримана від сторони-відповідача необхідна для розгляду спору інформація без затримки передається платформою ODR стороні-позивачу, а також автоматично і без затримки скарга передається погодженому сторонами об'єкту ДОПОГ;

– розгляд спору: організація/об'єкт ДОПОГ в обумовлені в ст. 8 Директиви 2013/11 / EU строки має завершити процедуру, не вимагаючи, як правило, фізичної присутності сторін або їх представників (якщо процедурні правила не передбачають таку можливість і сторони не погоджуються), а також без затримки передати платформі ODR відповідну інформацію (про: дату отримання скарги; предмет спору; дату завершення та результат процедури ADR);

– інформація про спір, передбачена ст. 11 Регламенту, зберігається в базі даних із забезпеченням їх конфіденційності та безпеки, а доступ до неї надається для визначених цим актом цілей (ст. 10) і лише: а) об'єкту ДОПОГ, якому передається спір в установленому Регламентом порядку; б) контактним пунктам ODR відповідно до цілей їх діяльності; в) Комісії з метою контролю за використанням та функціонуванням платформи ODR; персональні відомості зберігаються в базі даних лише протягом часу, необхідного для дотримання цілей, для яких вони були зібрані, і для забезпечення доступу суб'єктів спору до своїх особистих даних з метою реалізації своїх прав; такі відомості обов'язково автоматично видаляються з бази даних не пізніше як через шість місяців після дати розгляду спору на платформі ODR;

– обов'язок поінформування споживачів відповідно до ст. 14 Регламенту покладається на створених в межах ЄС: (а) торговців, що беруть участь в онлайн контрактах на продаж чи обслуговування (надання послуг), та (б) торгові майданчики, що мають надавати на своїх веб-сайтах легкодоступне для споживачів електронне посилання на платформу ODR, а також зазначати адреси своєї електронної пошти;

– державами – членами ЄС має встановлюватися відповідальність за недотримання вимог зазначеного Регламенту у вигляді ефективних, пропорційних та стримуючих штрафних санкцій та мають забезпечуватися ефективні заходи щодо їх застосування на базі платформи ODR.

Подібне регулювання в Україні відсутнє, попри проголошення завдання щодо адаптації українського законодавства до права ЄС [38]. Загалом справа щодо способів врегулювання/вирішення конфліктів/спорів у сфері ЦЕ виглядає так: на перший погляд, згадана в Директиві про електронну комерцію специфіка ніби врахована (застосовується і позасудовий порядок, що забезпечується компетентними органами, і судовий). Проте альтернативні позасудові процедури, особливо їх онлайн різновид, поки що не сприйняті, як і передбачені правом ЄС засоби подолання цифрової нерівності шляхом забезпечення учасників ринку (особливо найбільш вразливих з них – споживачів) відповідною інформацією щодо їх цифрових прав та порядку їх реалізації. Доводиться сподіватися, що новостворене Міністерство цифрової трансформації значною мірою забезпечить вирішення проблеми подолання цифрової нерівності у сфері економіки, хоча в цілому успішне вирішення цього завдання потребує адекватного правового забезпечення.

Вирішення порушених тут проблем вбачається у кодифікованому акті про ЦЕ (ним може бути Закон про ЦЕ або Кодекс ЦЕ [42, с. 183]), в якому мають бути прописані (нарівні з іншими положеннями щодо ЦЕ, включно з її суб'єктним та об'єктним складом, особливостями встановлення договірних відносин в електронній формі, відповідальністю тощо) також:

– специфіка правового статусу та відповідальності віртуальних підприємств шляхом закріплення положень щодо: реєстрації власників та фактичних користувачів бізнес-сайтів, а також відповідального за використання бізнес-сайта учасника віртуального підприємства, який має контролювати використання

такого ресурсу учасниками підприємства з тим, аби надати відповідну інформацію споживачам або уповноваженому у сфері ЦЕ органу (щодо особи, яка розмістила певну інформацію, в тому числі щодо укладеного електронного договору, з позначенням часу її надання); забезпечення завдяки цьому визначення учасника віртуального підприємства, що порушив права та законні інтереси електронного споживача (електронного контрагента) і має нести відповідальність згідно із законодавством: встановлення санкцій, що можуть застосовувати до зазначених осіб у разі порушення ними своїх обов'язків, пов'язаних з використанням бізнес-сайта;

– основні засади як традиційного порядку врегулювання/вирішення конфліктів/спорів, так і застосування онлайн процедур з урахуванням положень згаданих Регламенту та Директиви ЄС, порядок проведення яких може регулюватися окремим актом;

– система уповноважених у сфері ЦЕ органів з чітким розмежуванням між ними повноважень щодо контролю за певним сегментом ЦЕ з метою виявлення порушень та застосування до порушників передбачених законом санкцій з можливістю оскарження подібних рішень у судовому порядку та ключовий (у вищезгаданій системі) орган, що має координувати діяльність інших уповноважених у сфері ЦЕ органів, та забезпечувати функціонування подібної до тієї, що використовується в ЄС, платформи ODR;

– заходи щодо подолання цифрової нерівності у сфері ЦЕ шляхом покладення обов'язків на уповноважені органи та суб'єктів е-бізнесу щодо інформування учасників відносин ЦЕ (і насамперед, е-споживачів) щодо їх цифрових прав, порядку їх реалізації та особливості застосування щодо певних процесів (у разі: замовлення товарів/робіт, послуг; їх оплати; необхідності повернення неякісного/некомплектного товару; подання скарги у разі порушення прав та законних інтересів споживача/покупця; оскарження рішень уповноважених органів тощо).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80/page2 (дата звернення: 17.02.2018).
2. Поняття віртуального підприємства. URL: http://www.ukr.vipreshebnik.ru/economika-pidpr/2558-ponyattya-virtualnogo-pidpriemstva.html (дата звернення: 04.10.2019).
3. Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 р. // Відомості Верховної Ради України. 2015. № 45. Ст. 410.
4. Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. 1991. № 30. Ст. 379.
5. Вимоги у сфері електронних довірчих послуг: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 7 листопада 2018 р. № 992. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/992-2018-%D0%BF (дата звернення: 04.10.2019).
6. Деякі питання оптимізації системи центральних органів виконавчої влади: постанова Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2019 р. № 829. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/829-2019-%D0%BF (дата звернення: 26.09.2019).
7. Визначено основні напрямки діяльності Мінцифри. URL: http://www.auc.org.ua/novyna/vyznacheno-osnovni-napryamky-diyalnosti-mincyfry (дата звернення: 25.09.2019).
8. Уряд затвердив Положення про Міністерство цифрової трансформації. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/news/uryad-zatverdiv-polozhennya-pro-ministerstvo-cifrovoyi-transformaciyi (дата звернення: 26.09.2019).
9. Положення про Міністерство цифрової трансформації України: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 18 вересня 2019 р. № 856. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP190856.html (дата звернення: 09.10.2019).
10. Кузьміна М. М. Правове регулювання захисту прав споживачів в Інтернет-торгівлі // Право та інновації. 2014. № 3(7). С. 36–42.
11. Язвінська О. М. Цивільно-правова відповідальність за порушення законодавства про захист прав споживачів // Економіка та управління на транспорті. 2016. Вип. 2. С. 255–261.
12. Желіховський В. Поширення електронної комерції в Україні. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/07zveku.pdf (дата звернення: 27.01.2019).
13. Олег Титамир. Чому в Україні захист прав споживачів є здебільшого фіктивним? URL: https://delo.ua/opinions/chomu-v-ukrajini-zahist-prav-spozhivachiv-je-zde-352134/ (дата звернення: 13.05.2019).
14. Шаблієнко А. С. Основні проблемні питання адміністративно-правового регулювання у сфері електронної комерції. URL: http://applaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/4-10-2015/item/351-osnovni-problemni-pytannya-administratyvno-pravovoho-rehulyuvannya-u-sferi-elektronnoyi-komertsiyi-shabliienko-a-s (дата звернення: 07.05.2019).

15. Юридична відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері та основи інформаційної деліктології: монографія / І. В. Арістова, О. А. Баранов, О. П. Дзьобань та ін.; за заг. ред. проф. К. І. Бєлякова. Київ: КВІЦ, 2019. 344 с.

16. Вінник О. М. Особливості врегулювання конфліктів/ спорів у сфері цифрової економіки та електронного бізнесу // Підприємництво, господарство і право. 2019. № 6. С. 73–80.

17. Полатай В. Ю. Вирішення спорів у мережі Інтернет. Альтернативний спосіб. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/9803/2/Polatay.pdf (дата звернення: 13.06.2019).

18. Карпенко О. І. Що таке і як працює платформа ODR Європейського Союзу? URL: http://aphd.ua/publication-170/ (дата звернення: 13.06.2019).

19. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18. Ст. 144.

20. Про телекомунікації: Закон України від 18 листопада 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. 2004. № 12. Ст.155.

21. Про радіочастотний ресурс України: Закон України від 1 червня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. 2000. № 36. Ст. 298.

22. Про електронні довірчі послуги: Закон України від 5 жовтня 2017 р. // Відомості Верховної Ради України. 2017. № 45. Ст. 400.

23. Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України: Закон України від 23 лютого 2006 р.// Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 258.

24. Публічний договір (для суб'єктів господарювання приватного права) про надання кваліфікованої електронної довірчої послуги формування, перевірки та підтвердження чинності кваліфікованого сертифіката електронного підпису чи печатки кваліфікованому надавачеві електронних довірчих послуг (для суб'єктів господарювання приватного права). URL: https://czo.gov.ua/registration-documents (дата звернення: 04.10.2019).

25. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 5 квітня 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. 2007. № 29. Ст. 389.

26. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скорочення переліку видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню: Закон України від 18 вересня 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/102-20 (дата звернення: 04.10.2019).

27. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Голос України, 2003. 12–13 березня.

28. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. // Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

29. Концепція розвитку електронного урядування в Україні: затв. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2017 р. № 649-р. // Офіційний вісник України. 2017. № 78.

30. Голова Civil Resolution Tribunal презентувала ВРП досвід створення першого у світі суду, де усі спори вирішуються в онлайн-режимі. URL: http://www.vru.gov.ua/news/3276 (дата звернення: 22.08.2019).

31. Regulation (EU) № 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) № 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013R0524 (дата звернення: 22.08.2019).

32. Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR). URL: https://eur- lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF (дата звернення: 22.08.2019).

33. Вирішення спорів у режимі онлайн: Київський районний суд Одеси може стати пілотним судом для впровадження онлайн-правосуддя. URL: https://lexinform.com.ua/sudova-praktyka/odeskyj-sud-vyrishuvatyme-spory-v-onlajn-rezhymi/ (дата звернення: 22.08.2019).

34. Елизавета Гогилашвили. Украинский стартап дня: онлайн-платформа по разрешению споров Pinky Solutions. URL: https://bit.ua/2017/11/ukrainskij-startap-dnya-onlajn-platforma-po-razresheniyu-sporov-pinky-solutions/(дата звернення: 22.08.2019).

35. Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації: затв. Указом Президента України від 23 листопада 2011 р. № 1067/2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1067/2011 (дата звернення: 20.08.2019).

36. Положення про Адміністрацію Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2014 р. № 411. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2014-%D0%BF (дата звернення: 22.08.2019).

37. Положення про Міністерство юстиції України: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 228. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-%D0%BF (дата звернення: 13.08.2019).

38. Положення про Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2015 р. № 667. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/667-2015-%D0%BF (дата звернення: 13.08.2019).

39. Концепція державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року: схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 р. № 217-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/217-2017-%D1%80 (дата звернення: 13.08.2019).

40. Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію») від 8 червня 2000 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_224 (дата звернення: 15.05.2019).

41. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. 2004. № 29. Ст. 367.

42. Вінник О. М. Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу. Монографія. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2018. 212 с.

РЕАЛІЗАЦІЯ КОНЦЕПЦІЇ КОРПОРАТИВНОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

УДК 346.12:316.66
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.24

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

Honcharenko O. Implementation of the corporate social responsibility concept in Ukraine

The article deals with topical issues of implementation of the concept of corporate social responsibility in Ukraine. It is emphasized that the concept of corporate social responsibility is the direction of changes in the legal provision of self-regulation of economic activity.

Corporate social responsibility is an important component of a business strategy not only for state, or individual enterprise, but also for civil society. Corporate social responsibility includes the voluntary establishment of norms for social corporate responsibility and the definition of the mechanism, means of its implementation. Corporate social responsibility, in an enterprise, is realized by its own efforts. The state encourages efforts to implement the «common good» and «common interest». Thus, the state seems to «outsource» some of its tasks to private entities. In this case, it focuses on the creation of common principles of coexistence, coordinates and controls corporate social responsibility activities. The subjects of economic activity detail in their provisions the mechanism of realization of the social function of the state. The practice of developed countries to the concept of goods, the quality of goods today includes certain «ethical» characteristics; compliance with tax laws, labor, anti-corruption, etc. To this end, it has become common practice to audit the company. Observance of labor rights and guarantees should also be a compulsory task for Ukrainian companies in the development of corporate social responsibility.

It is proposed to amend a number of legal acts: The Law of Ukraine «On Business Societies», the Economic Code of Ukraine. Article 49 «Responsibility of Entrepreneurs» of the Commercial Code of Ukraine should be supplemented with part 3 of the following content: «… 3. Entrepreneurs comply with corporate social responsibility and serving non-financial reporting, leading socially responsible business activities in accordance to international agreements and legislation of Ukraine». Such changes will actualize the implementation of the standards of the Association Agreement and facilitate the implementation of the rules on corporate social responsibility in practice.

Keywords: concept of corporate social responsibility, self-regulation, economic activity, legal support.

У статті розглянуто актуальні питання реалізації концепції корпоративної соціальної відповідальності в Україні. Акцентовано, що концепція корпоративної соціальної відповідальності є напрямом змін у правовому забезпеченні саморегулювання господарської діяльності.

Корпоративна соціальна відповідальність – це важлива складова бізнес-стратегії не тільки держави, окремого підприємства, а й громадянського суспільства. Корпоративна соціальна відповідальність

включає добровільність встановлення норм про соціальну корпоративну відповідальність та визначення механізму і засобів її реалізації. Корпоративна соціальна відповідальність на підприємстві реалізується власними силами. Держава заохочує докладати зусиль для реалізації «загального блага», «загального інтересу». Таким чином, держава ніби «передає» частину своїх завдань приватним суб'єктам. У цьому випадку вона зосереджує увагу на створенні загальних принципів співіснування, координує та контролює діяльність у сфері корпоративної соціальної відповідальності. Суб'єкти економічної діяльності деталізують у своїх положеннях механізм реалізації соціальної функції держави. Практика розвинених держав до поняття товару, якості товару включає на сьогодні певні «етичні» його характеристики; дотримання податкового законодавства, трудового, антикорупційного тощо. З цією метою звичною практикою стало проведення аудиту компанії. Дотримання трудових прав та гарантії має бути обов'язковим завданням і для українських компаній в аспекті розвитку корпоративної соціальної відповідальності.

Запропоновано внесення змін до низки нормативно-правових актів: Закону України «Про господарські товариства», Господарського кодексу України. Статтю 49 «Відповідальність суб'єктів підприємництва» Господарського кодексу України потрібно доповнити частиною 3 такого змісту: « …3. Підприємці дотримуються положень корпоративної соціальної відповідальності та подають нефінансову звітність, ведуть соціально відповідальну господарську діяльність, відповідно до міжнародних договорів та законодавства України». Такі зміни актуалізують імплементацію норм Угоди про асоціацію та сприятимуть реалізації норм щодо корпоративної соціальної відповідальності на практиці.

Ключові слова: концепція корпоративної соціальної відповідальності, саморегулювання, господарська діяльність, правове забезпечення.

В умовах глобалізації, європеїзації та глокалізації відбувається формування особливостей змістового та інструментального наповнення культури підприємницької діяльності. Слід констатувати розширення цього розуміння за допомогою категорій саморегулювання, корпоративної соціальної відповідальності, комплаєнсу, добросовісності та чесного ведення справ, державно-приватного партнерства. Науково-технічний прогрес спричиняє появу нових понять, явищ, прискорену зміну культури суспільства, що й впливає на формування культури підприємця. А. Гоцалюк зазначає: «Соціальна відповідальність підприємця – це інструмент нових цінностей, нової інноваційної культури, який виник на основі саморегулювання» [1, с. 19].

Проблематику корпоративної соціальної відповідальності в Україні висвітлювали такі вчені: О. Бакалінська, О. Беляневич, М. Кужелєв, І. Лукач, Н. Марущак, О. Сохацька, А. Токунова, В. Щербина та ін. Однак це питання потребує детального розгляду з огляду на реалізацію концепції сталого розвитку в Україні.

У зарубіжній науці зазначається: «Впровадження корпоративної соціальної відповідальності – це не тільки можливість для бізнесу подолати виклики економічного спаду, але й підвищити його конкурентоспроможність за рахунок зниження витрат на бізнес, поліпшення управління, підвищення потенціалу попиту та забезпечення кращих умов постачання. Економічна відповідальність – це засіб, за допомогою якого підприємство має намір підтримувати та зміцнювати свою конкурентну позицію на ринку, збільшувати продажі та протидіяти викликам, що виникають у взаємодії з клієнтами, постачальниками, акціонерами. Реалізація екологічних елементів КСВ вимагає модифікації технологій, продуктів, процесів і бізнес-моделей, щоб уникнути негативного впливу на природне середовище» [2, с. 157]. В. Хауфлер підсумовує: «Збільшення економічної конкуренції в поєднанні з потужною загрозою транснаціональної активності підштовхують фірми до розробки нових політичних стратегій. За останнє десятиліття все більша кількість корпорацій прийняли політику саморегулювання галузі − корпоративні кодекси поведінки, соціальні та екологічні стандарти, а також системи аудиту та моніторингу. Публічна роль приватного сектору досліджує феномен саморегулювання промисловості через три різні випадки – навколишнє середовище, робочу силу та конфіденційність інформації – де корпоративні лідери, схоже, сходяться на саморегуляції промисловості як належну реакцію на конкурентні тиски» [3]. Отже, концепція корпоративної соціальної відповідальності є напрямком змін у правовому забезпеченні саморегулювання господарської діяльності.

Корпоративна соціальна відповідальність – це важлива складова бізнес-стратегії не тільки держави, окремого підприємства, а й громадянського суспільства. А. Токунова приходить до висновку, що «…закріплюється необхідність розвитку підприємницького сектору лише в поєднанні з дотриманням низки захисних норм щодо прав людини, довкілля тощо» [4, с. 126].

Резолюцією A/HRC/RES/17/4 Ради ООН з прав людини від 16 червня 2011 року затверджені Керівні принципи ООН у сфері бізнесу та прав людини, що відносяться до системи норм «м'якого права». Визнаючи можливість того, що діяльність бізнес-структур може потенційно мати вплив на сферу прав людини, документ встановлює, що: держави мають обов'язок захищати від порушень

прав людини з боку бізнесу; бізнес-структури мають обов'язок поважати права людини; постраждалі від таких порушень мають право на доступ до ефективних засобів правового захисту [5]. За даними Міністерства юстиції, першим кроком для імплементації Керівних принципів в Україні стане проведення національного оцінювання базових показників в сфері бізнесу та прав людини – National Baseline Assessmentґ [6].

Долучаючись до реалізації Порядку денного сталого розвитку на період до 2030 р., у 2017 р. прийняли спільну декларацію про Новий європейський консенсус щодо розвитку «Наш Світ, Наша Гідність, Наше Майбутнє» [7], у якій запобігання порушенням прав людини та просування Керівних принципів ООН закріплено як один із напрямів роботи в межах підрозділу 2.3 «Процвітання – Всеохоплююче та стале зростання та робочі місця» загальної платформи дій.

У «Керівництві ОЕСР для багатонаціональних підприємств» наголошується, що «підприємства повинні сприяти економічному, екологічному і соціальному прогресу з метою досягнення сталого розвитку» [8]. Н. Марущак констатує: «XXI ст. стало періодом широкомасштабного розвитку галузі КСВ. Великі корпорації мають повністю укомплектовані відділи КСВ та наймають на роботу менеджерів та консультантів, що займаються цією сферою суспільних відносин. Розвиваються юридичні та аудиторські фірми, які мають КСВ як основний напрямок своєї діяльності. Університети та наукові школи проводять конференції та дослідження в сфері КСВ» [9, с. 219–220].

ОЕСР пропонує транснаціональним корпораціям вести соціально відповідальний бізнес, екологічна складова якого ґрунтується довкола ідеї сталого розвитку і передбачає розвиток екологічного менеджменту, екологічної освіти та турботу про наслідки впливу діяльності компаній на довкілля та на здоров'я і безпеку людей [10, с. 167].

Корпоративна соціальна відповідальність продовжує залишатися важливою бізнес-концепцією і в світі посиленої глобалізації можна зустріти серед великих компаній у більшості країн світу [11, с. 34]. КСВ – це, перш за все, про отримання кращої продуктивності [12, с. 120]. Саймон Рейх вказує: «Проблема корпоративної соціальної відповідальності починає розглядатися не з точки зору наявних PR-ресурсів, а з позиції формування репутації підприємства та створення сприятливих умов для його майбутнього розвитку. При цьому підприємство у своїй діяльності починає орієнтуватися не на забезпечення високого рівня прибутку у короткостроковій перспективі, а на створення необхідних умов для забезпечення довгострокового сталого розвитку та зростання, яке базується на врахуванні інтересів всіх зацікавлених сторін» [13, с. 509].

Можна навести такий приклад розвитку соціальної відповідальності у зарубіжній компанії. У 1993 р., після широкого занепокоєння щодо умов праці в країнах Латинської Америки мережа одягу Gap Inc. та її постачальники прийняли кодекс практики, щоб забезпечити етичне виробництво своєї продукції. Кодекс передбачав, що, якщо постачальники не виконають його рецепти, то це призведе до скасування бізнес-завдань та до повідомлень до відповідальних органів. Спочатку кодекс був малоефективним, оскільки єдине виконання було здійснено через власну систему внутрішнього моніторингу Gap, яка була серйозно дефектною. Однак у 1995 р. низка неурядових організацій приділили увагу експлуатації працівників Центральної Америки та посилила тиск на Gap, щоб забезпечити виконання цього кодексу. В результаті, Gap значно покращила свої положення про виконання. Важливо, що ця компанія дозволяє третій стороні моніторинг умови праці. Цей приклад показує, що, не дивлячись на визначені положення та механізми самоконтролю, дієвість саморегулівних кодексів буде малоефективною, якщо суб'єкти господарювання є недобросовісними. Тому важливим моментом є контроль щодо його виконання із залученням третьої сторони – неурядових організацій. Дотримання трудових прав та гарантій має бути обов'язковим завданням і для українських компаній в аспекті розвитку корпоративної соціальної відповідальності.

Слід додати, що практика розвинених держав до поняття товару, якості товару включає на сьогодні певні «етичні» його характеристики; дотримання податкового законодавства, трудового, антикорупційного тощо. З цією метою звичною практикою стало проведення аудиту компанії. Наприклад, одне з таких повідомлень: «Українська компанія UGears почала переговори з Disney навесні 2017 р. За час переговорів українська компанія двічі пройшла аудит Disney. Корпорація звертала увагу на прозорість бізнесу, повне податкове навантаження, середню зарплату на підприємстві та соціальну атмосферу, в якій працюють співробітники (особливо працівники цеху і складу). Знаково, що UGears – перша компанія за останні 22 роки, кому Disney дозволив залишити свій бренд на пакуванні» [14].

Корпоративна соціальна відповідальність на підприємстві реалізується власними силами. Держава заохочує докладати зусиль для реалізації «загального блага», «загального інтересу». Таким чином, держава ніби «передає» частину своїх завдань приватним суб'єктам. У цьому випадку вона зосереджує увагу на створенні загальних принципів співіснування, координує та контролює діяльність у сфері корпоративної соціальної відповідальності. Суб'єкти економічної діяльності деталізують у своїх положеннях механізм реалізації соціальної функції держави. Тобто держава

«уповноважує» суб'єктів економічної діяльності виконувати певні її завдання за допомогою непрямого регулювання, але від імені цих суб'єктів. Така діяльність виконується як на користь держави, суспільства, окремих осіб, так і на користь суб'єктів економічної діяльності.

Корпоративна соціальна відповідальність є частиною стратегії Європи 2020, яка повинна підтримувати постійний сталий розвиток у Європі. Це має допомогти створити конкурентну модель європейської економіки, протиставляючи її швидко зростаючій економіці азіатських країн [15, с. 50].

Відповідно до ч. 3 ст. 293 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами «Сторони докладають зусиль для спрощення торгівлі товарами з метою сприяння сталому розвитку, зокрема товарами, які є предметом «чесної та етичної торгівлі», а також тими, що пов'язані з принципами корпоративної соціальної відповідальності та підзвітності» [16]. А у ст. 422 цієї Угоди прямо встановлено: «Сторони сприяють встановленню корпоративної соціальної відповідальності та звітності, а також заохочують ведення соціально відповідальної господарської діяльності» [17].

Суб'єкти економічної діяльності, які діють у межах корпоративної соціальної відповідальності, у переважній більшості випадків бажають співпрацювати з такими ж суб'єктами. У бізнес середовищі склалася ситуація, коли довіра до компаній, які реалізують корпоративну соціальну політику, є більш високою, ніж до компаній, які не мають такої політики. Отже, горизонтальні відносини характеризується високими стандартами корпоративної соціальної відповідальності. Наприклад, Кодекс корпоративної етики та принципів товариства з обмеженої відповідальністю «ХФК «Біокон» передбачає такі положення: здоров'я та безпека праці, заборона дискримінації та переслідування, заборона дитячої праці, навколишнє середовище; керування небезпечними речовинами та матеріалами; повторне використання; цілі в захисті навколишнього середовища; принципи щодо боротьби з корупцією та інші [18].

Корпоративна соціальна відповідальність включає добровільність встановлення норм про соціальну корпоративну відповідальність та визначення механізму і засобів її реалізації.

Важливим моментом корпоративної соціальної відповідальності є подання нефінансової звітності. М. Кужелєв вважає: «Корпоративна соціальна звітність у широкому розумінні – це сукупність звітів компанії, що охоплюють інформацію не тільки про результати економічної діяльності, але також соціальні й екологічні показники. Таким чином, корпоративний соціальний звіт – це публічний інструмент інформування власників, персоналу, ділових партнерів, інвесторів і кредиторів, а також суспільства про те, як і якими темпами корпорація реалізує закладені у своїх стратегічних планах розвитку цілі економічної стабільності, соціальної стабільності й екологічної безпеки» [19, с. 104].

В аспекті acquis communautaire, acquis ЄС є розгляд положень Директиви 2014/95/ЄС Європейського парламенту та Ради від 22 жовтня 2014 р., що вносить поправки до Директиви 2013/34/ЄС щодо розкриття нефінансової та різноманітної інформації деякими великими підприємствами і групами, вказується на обов'язковість подання нефінансового звіту великими підприємствами, які представляють інтерес для суспільства, в яких на дату складання балансу значення такого критерію, як середня кількість працюючих протягом фінансового року, досягає 500 осіб [20]. На підтримку заслуговує думка І. Лукач, яка зазначає: «...Директива має бути адаптована належним чином…Додаток XXXV до розділу 13 «Законодавство про заснування та діяльність компаній, корпоративне управління, бухгалтерський облік та аудит» містить зобов'язання України поступово наблизити своє законодавство до законодавства ЄС протягом 3-х років з моменту дії цієї Угоди, Директиви № 2006/43/ЄС Європейського парламенту та Ради від 17.05.2006 про обов'язковий аудит річних рахунків та консолідованих рахунків, що вносить зміни до директив Ради № 78/660/ЄЕС та № 83 /349/ЄЕС та яка скасовує Директиву Ради № 84/253/ЄЕС. Угода про асоціацію вступила в силу до 1 вересня 2017 р.; саме тому положення Директиви 2014/95/ЄС повинні бути виконанні до 1 вересня 2020 р.» [21, с. 96–97]. О. Сохацька зазначає: «Соціальний аудит – це аналіз ефективності соціальних програм і проектів корпорації, а також перевірка їх відповідності обраним інструкціям і стандартам (наприклад, AA1000, ISAE 3000 або «Global Reporting Initiative»), тобто верифікація соціальної звітності. Спектр сучасної корпоративної звітності досить широкий і різниться як за структурою й змістом, так і за цільовим призначенням. Практика українських корпорацій свідчить про те, що на більшості підприємств створюються тільки бухгалтерські форми звітності, складання яких законодавчо визначене, а корпорацій, що готують нефінансові звіти відповідно до міжнародних стандартів «GRI» або «AA 1000», одиниці [22, с. 123]. Загалом, ще з 1992 р. Україною реалізується напрям щодо гармонізації та адаптації законодавства України із acquis communautaire Європейського Союзу.

Приклади подання добровільної нефінансової звітності сьогодні є неодинокими. Так, знаходимо таке: «Нефінансовий звіт 1+1 медіа став результатом добровільної ініціативи компанії, а не наслідком вимог акціонерів чи міжнародних партнерів. Він відкриває суспільству головні аспекти діяльності групи за останні 4 роки з акцентом на 2016 рік та структурує результати проектів, які були реалізовані в межах 5 основних стратегічних напрямків корпоративної соціальної відповідальності: Щасливі співробітники, Чисте довкілля, Якісна освіта, Здорова нація та Повага до авторських прав» [23].

Актуальним питанням залишається внесення змін у законодавство України щодо подання обов'язкової нефінансової звітності щодо корпоративної соціальної відповідальності в аспекті виконання Угоди про асоціацію з ЄС. Прогнозованими є зміни до Закону України «Про господарські товариства», а саме до ст. 18 «Облік та звітність товариства». Вказану статтю слід доповнити частиною 3 такого змісту: «Товариство, середня кількість працюючих якого протягом фінансового року досягає 500 осіб, складає та подає річну нефінансову звітність щодо впливу його діяльності на відносини у сфері: екології, соціальній, питань зайнятості, поваги прав людини, боротьби з корупцією та хабарництвом». Крім того, слід внести зміни і до Господарського кодексу України, а саме до ст. 49 «Відповідальність суб'єктів підприємництва», та доповнити частиною 3 такого змісту: « …3. Підприємці дотримуються положень корпоративної соціальної відповідальності та подають нефінансову звітність, ведуть соціально відповідальну господарську діяльність відповідно до міжнародних договорів та законодавства України». Такі зміни актуалізують імплементацію норм Угоди про асоціацію та сприятимуть реалізації норм щодо корпоративної соціальної відповідальності на практиці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Гоцалюк А. А. Роль саморегулювання у формуванні інноваційної культури // Вісник Національної академії керівних кадрів культури і мистецтва. 2018. № 2. С. 16–20.
2. Simanaviciene Z., Kontautiene R., and Simanavicius A. Assumptions of Corporate Social Responsibility as Competitiveness Factor. Montenegrin Journal of Economics Vol. 13, No. 3 (2017). P. 149–160.
3. Haufler V. A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Carnegie Endowment for International Peace, 2001. 160 p.
4. Токунова А. Керівні принципи ООН у сфері бізнесу і прав людини як правовий інструмент забезпечення сталого розвитку України // Підприємництво, господарство і право. 2018. № 12. С. 125–129.
5. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework: Annex to the Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie on 21 March 2011 № A/HRC/17/31. URL: http:// www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/17/31&Lang=E (дата звернення: 22.08.2019).
6. Міністерство юстиції розпочало роботу над імплементацією Керівних принципів ООН у сфері бізнесу та прав людини. URL:https://minjust.gov.ua/news/ministry/ministerstvo-yustitsii-rozpochalo-robotu-nad-implementatsieyu-kerivnih-printsipiv-oon-u-sferi-biznesu-ta-prav-lyudini-v-ukraini. (дата звернення: 22.07.2019).
7. The New European Consensus on Development «Our world, our dignity, our future»: Joint Statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the European Commission, done in Brussels on 7 June 2017. URL: https://ec.europa.eu/ europeaid/sites/devco/files/european-consensuson-development-final-20170626_en.pdf. (дата звернення: 20.08.2019).
8. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 2011. URL: http://www.oecd. org/dataoecd/43/29/48004323.pdf. (дата звернення: 10.08.2019).
9. Марущак Н. В. Еволюція концепції корпоративної соціальної відповідальності // Європейські перспективи. 2012. № 2 Ч.1. С. 213–221.
10. Ільїна Г. В. Парадигмальні трансформації корпоративної соціальної відповідальності в умовах глобальних процесів // Бізнес Інформ. 2012. № 10. С. 165–169.
11. Welford R. Corporate Social Responsibility in Europe North America and Asia. Journal of Corporate Citizenship. 2005. P. 34. URL: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.594.115&rep=rep1&type=pdf. (дата звернення: 22.08.2019).
12. Fang-Mei Tai, Shu-Hao. Corporate Social Responsibility. Chuang iBusiness Vol.06 No.03(2014). P. 120. URL: http://file.scirp.org/pdf/IB_2014091916083406.pdf. (дата звернення: 22.08.2019).
13. Reich S. When firms behave «responsibly», are the roots national or global? In: International Social Science Journal. Vol. LVII. № 3 (185). 2005. P. 509–528.
14. Українська компанія UGears створила 4 моделі дерев'яних 3D-пазлів спеціально для Disney. URL:https://vezha.net.ua/business/vidteper-ukrayinski-derevyani-3d-pazli-mozhna-znajti-u-magazinax-disney/ (дата звернення: 22.08.2019).
15. Kotowska B., Martyniuk T. Reporting of corporate social responsibility in SMES sector in Poland // Вісник ЖДТУ. 2015. № 2 (72). С. 49–58.
16. Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part: International agreement 2014/295/EU L 161/4 EN Official Journal of the European Union 29.5.2014. URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/november/tradoc_155103.pdf. (дата звернення: 22.08.2019).

17. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони 27.06.2014 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 20.08.2019).

18. Кодекс корпоративної етики та принципів компанії ТОВ «ХФК «Біокон». URL: http://www.biocon-bc.com/ua/about/kodeks-korporativnoj-etiki/. (дата звернення: 22.08.2018).

19. Соціальний звіт корпорації: перспективи впровадження в корпоративну практику України // Науковий вісник НЛТУ України. 2013. Вип. 23.14 С. 103–108.

20. Директива 2014/95/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 22 жовтня 2014 року, що вносить поправки до Директиви 2013/34/ЄС щодо розкриття нефінансової та різноманітної інформації деякими великими підприємствами і групами. URL: http://msfz.ligazakon.ua/magazine_article/FZZ00125. (дата звернення: 12.08.2019).

21. Лукач І. В. Законодавче закріплення нефінансового звіту в контексті Угоди про Асоціацію. Актуальні проблеми господарського права і господарського процесу: матеріали круглого столу (м. Київ, 9 листопада 2018 р.). К.: Видавництво Ліра-К, 2018. С. 95–99.

22. Сохацька О. М. Корпоративне управління в Україні: теоретико-методологічні аспекти / О. М. Сохацька, Н. П. Тарнавська, А. М. Тибінь та ін. Тернопіль: Вид-во «Економічна думка», 2007. 360 с.

23. Група «1+1 МЕДІА» презентувала перший звіт з корпоративної соціальної відповідальності серед медіа компаній України. URL: https://tsn.ua/ukrayina/grupa-1-1-media-prezentuvala-pershiy-zvit-z-korporativnoyi-socialnoyi-vidpovidalnosti-sered-mediakompaniy-ukrayini-1098210.h (дата звернення: 12.08.2019).

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ В ЕПОХУ ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ

УДК 34.096
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.25

Єфремова К. В.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Yefremova K. Legal regulation of artificial intelligence in the era of digital economy

The article analyses some legal issues of artificial intelligence. In the first part of the paper, author provides classification and overview of the interdisciplinary research in this field. The next part of the paper illustrates artificial intelligence legal issues and provides approaches to mitigate these challenges. In particular, author examines artificial intelligence influence on the protection of personal data, intellectual property rights and civil liability.

Contemporary research on the risks of AI use is classified by the author into the following types: a) industry research, reflecting the possibilities and risks of introducing AI in existing branches of law; b) instrumental research, when the consequences of the implementation of AI are evaluated from the standpoint of individual legal institutions; c) an integrated approach to the development of specialized “robotics” (Robolaw), taking into account the requirements of cyber ethics and existing software rules implemented in machine algorithms by default.

The author defines the gaps of the economic and legal regulation of the use of AI in entrepreneurial activity related to anti-competitive actions.

In terms of the use of AI technologies, the author concludes that there are three main hypotheses which determine the main content of scientific approaches to the improvement or reform of legal systems, namely: 1) AI is the object of legal relations; 2) AI is a legal entity; 3) AI and works can be both an object and a legal entity (like the concept of an enterprise, which can be an object as a complete property complex or entity created in any legal form). The author concludes that the development of artificial intelligence requires changes in the legal framework.

Key words: digital economics, artificial intelligence, self-learning automated system, responsibility, results of intellectual activity, personal data, digital cartels.

У статті досліджено важливу науково-практичну проблему правового регулювання штучного інтелекту в цифровій економіці. Розглянуто галузеві правові ризики, пов’язані з використанням заснованих на штучному інтелекті програм. Проаналізовано наслідки імплементації автоматизованих

систем та виявлені проблеми регулювання штучного інтелекту відповідно до положень антимонопольного законодавства, законодавства про захист персональних даних і права інтелектуальної власності.

Ключові слова: цифрова економіка, штучний інтелект, автоматизована система, що самонавчається, відповідальність, результати інтелектуальної діяльності, персональні дані, цифрові картелі.

Стрімкий розвиток технологій сприяє появі нових методів виробництва, розширенню ринків та не менш швидкому розвитку цифрової економіки. Технології штучного інтелекту впроваджуються в робочі процеси будь-якої індустрії. Однією з актуальних проблем сьогодення є питання про роль та місце штучного інтелекту в системі суспільних правовідносин, що регулюються різними галузями права.

Штучний інтелект (далі – ШІ) впроваджується з метою підвищення якості бізнес-процесів та поліпшення діяльності підприємств. Компанії використовують ШІ, щоб створити віртуальних помічників або співрозмовників с клієнтами – чат-ботів. Останні розробляються з метою виконання стандартних операцій. У сфері управління даними ШІ дозволяє контролювати і стежити за даними компанії. Так, технології ШІ можуть стежити за станом обладнання, що знижує ризики ушкоджень або раптових поломок.

Для успішної роботи компаніям необхідно прогнозувати і аналізувати ринок, але через велику кількість даних виявляти закономірності стає важче. У цьому й допомагає ШІ – завдяки вмінню навчатися він може аналізувати великі за обсягом дані та якісно прогнозувати, використовуючи предиктивну аналітику.

У фінансовій сфері технології знижують витрати, мінімізують ризики, а також забезпечують прогнозування. У рітейлі ШІ впроваджують, щоб оптимізувати логістику, знизити витрати, поліпшити обслуговування клієнтів і аналізувати попит. Інноваційні рішення допомагають оптимізувати якість продукції та прискорити темп виробництва.

Це стосується всіх без винятку сфер діяльності, в тому числі й тих, які вже не один рік прогресують за рахунок інновацій: транспортних і логістичних систем, страхових і фінансових послуг, енергетики та робототехніки на виробництві.

На думку О. Кравцової, є три основні сфери, де алгоритми ШІ застосовуватимуться найактивніше саме в Україні. Перша – держава, яка формує політику та пріоритети, державні замовлення, залучення інвестицій та фінансування проектів. Наприклад, використання систем ШІ в публічних сервісах, формування політики відкритих даних, розробка програм підтримки стартапів з ШІ та залучення їх до GOVTech-діяльності. Другою сферою є бізнес, який завдяки гнучкості, якісному менеджменту і високій швидкості впровадження може розбудовувати машинне навчання, IoT, AR/VR, робототехніку. Третя сфера – державно-приватне партнерство, яке експерти вважають найбільш оптимальним варіантом формування нової індустрії. Тут мова йде про розвиток ШІ для освоєння космічного простору, смарт-міста, нової енергетики і транспорту [1].

Передові методи аналізу даних машинного навчання і технологій штучного інтелекту відкрили можливість створення програм, які в процесі самонавчання стають незалежними від свого творця. Такі програми можуть генерувати результати, що не охоплювалися задумом розробника, але стали можливі завдяки узагальнюючій здатності, яка лежить в їх основі алгоритму.

Узагальнююча здатність алгоритму – це здатність на підставі приватних спостережень робити загальні висновки. Дана здатність становить сутність машинного навчання [2].

Впровадження інтернету речей ставить питання перевизначення правосуб'єктності в умовах, коли речі, оснащені належним технічним інструментарієм, здатні здійснювати повний спектр необхідних операцій і взаємодій без участі людини (що прямо пов'язане з використанням так званого штучного інтелекту і схожих технологій).

Як слушно зауважує О. М. Вінник, використання цифрових технологій всупереч інтересам суспільства та/або з порушенням прав та законних інтересів окремих осіб загрожує як громадянському суспільству, так і цифровій економіці [3, с. 12]. Це пов'язано із необхідністю вирішення нових проблем, зумовлених використанням нових цифрових технологій, які неможливо урегулювати вже існуючими класичними нормами моралі та права.

Слід зазначити, що «сильний» штучний інтелект, що володіє свідомістю [4], до сих пір не створений, так само як досі жодному алгоритму не вдалося пройти тест Тьюрінга [5], що використовується для визначення, чи наділена машина власним інтелектом.

Зараз створено лише «слабкий» штучний інтелект – алгоритм, здатний узагальнювати масив навчальних даних і на підставі цього узагальнення робити прогнози щодо раніше невідомих йому прикладів[4]. Таким чином, з метою цієї статті поняття «штучний інтелект» або автоматизована система, що самонавчається, використовується в сенсі, актуальному для справжнього етапу розвитку

[4] Прикладами програм, заснованих на ШІ, можуть бути безпілотні транспортні засоби та літальні апарати, алгоритми ідентифікації осіб і розпізнавання рукописного введення, голосові асистенти.

науки і техніки, а саме як програма, яка завдяки ітеративному навчанню на великих масивах даних здатна створювати незалежні від задуму розробників результати.

Створення алгоритмом, заснованим на ШІ, результатів, що не охоплювалися задумом розробника, актуалізувало дискусію про загально-теоретичні питання, такі як правосуб'єктність ШІ, дискримінація алгоритмом ШІ людей за різними ознаками, відповідальність під час використання ШІ. З'явилися також питання, специфічні для окремих галузей права, наприклад: хто є правовласником творів, створених ШІ, хто несе відповідальність за «цифрові» картелі, створені в автоматичному режимі алгоритмами ШІ без участі людини, та інші питання щодо розподілу відповідальності.

Сучасні дослідження ризиків застосування ШІ можуть бути класифіковані на такі види, як: а) галузеві дослідження, що відображають можливості та ризики імплементації ШІ в існуючі галузі права [6]; б) інструментальні дослідження, коли наслідки впровадження ШІ оцінюються з позицій окремих правових інститутів (відповідальність, персональні дані, кібербезпека) [7]; в) комплексний підхід до розробки спеціалізованого «права роботів» (Robolaw) з урахуванням вимог кібернетичної етики та існуючих програмних правил, імплементованих у машинні алгоритми за замовчуванням [8].

До першого виду досліджень може бути, зокрема, віднесено оцінку наслідків імплементації автоматизованих систем і проблем регулювання ШІ відповідно до положень антимонопольного законодавства, законодавства про захист персональних даних і права інтелектуальної власності. Наприклад, під сумнівом може залишатися доцільність надання роботам (ШІ) прав автора під час створення результатів інтелектуальної діяльності. Дати однозначну відповідь на це питання важко, в тому числі в силу зовнішніх ефектів, пов'язаних з тим, що регулювання ШІ в рамках однієї з галузей права може відбиватися на інші галузі.

До другого виду досліджень відносяться розробки в галузі регулювання автономних і напівавтономних транспортних систем [9], автоматизованих біржових консультантів (robo-advising) [10], банківської діяльності [11], застосування ШІ в корпоративних процедурах [12]. Слід зазначити, що спеціалізоване регулювання окремих ШІ-технологій може не дати бажаного результату в зв'язку з малим вивченням і високою динамікою розвитку технологій. У цьому випадку важливо врахувати функціональні та інституційні зміни, що визначають застосування технологій.

У межах третього виду досліджень розглядаються визначальні потенційні регуляторні стратегії питання щодо суб'єктності ШІ та взаємодії людини і робототехніки в процесі прийняття рішень.

У кожній спеціалізованій галузі права фахівці намагаються дати відповідь на питання щодо змін у правилах правового регулювання, які виявляють ШІ і роботи. Типове обговорення полягає у тому, що поява творів, створених роботами, вимагає зміни норм, які надають захист «автору», що явно не застосовується до роботів [13].

На думку Є. А. Войниканиса, О. В. Семенової та Г. С. Тюляєва, правові ризики застосування ШІ можна згрупувати на два типи залежно від етапу життєвого циклу ШІ: етап навчання ШІ – правові ризики, що виникають в процесі збору, зберігання і аналізу даних системами штучного інтелекту (оцінка ризиків ex ante); етап експлуатації ШІ – правові ризики, що виникають у процесі експлуатації ШІ. Наприклад, проблема відповідальності, що виникає в результаті використання програм ШІ, питання приналежності виняткових прав на результати, створених ШІ (оцінка ризиків ex post) [14].

Наведена класифікація є допустимою через те, що зараз навчання і експлуатація алгоритму ШІ відбуваються окремо: спочатку програма ітеративно навчається на наборі даних (етап навчання), і лише по завершенню навчання розробник програми запускає програму в експлуатацію, наприклад розміщує програму в Play Market або App Store для скачування користувачами (етап експлуатації). Іншими словами, алгоритми самонавчального до моменту експлуатації, а не під час експлуатації. Застосовувані сьогодні алгоритми не піддаються навчанню під час експлуатації: розробник спочатку в ході розробки навчає алгоритм на даних, після чого навчена версія алгоритму використовується без будь-яких змін до тих пір, поки не буде замінена заздалегідь навченою новою версією алгоритму.

Правові ризики, що виникають на етапі навчання алгоритму штучного інтелекту, розглянемо на прикладі права інтелектуальної власності. Однією з проблем, які виникають на етапі навчання алгоритму, є питання про те, хто є правовласником програми ШІ. Штучний інтелект, як уже було зазначено вище, навчається на великих масивах даних. Під час навчання відбувається підстроювання параметрів алгоритму під навчальну вибірку (великий масив даних), ці підібрані параметри і є результатом процесу навчання (ключовий компонент для успішної експлуатації ШІ). Тому виникає питання, чи є створений алгоритм ШІ похідним твором від бази даних, на якій він навчався. Відповідь на це питання не є очевидною. Якщо алгоритм ШІ вважати похідним твором від бази даних, розробнику важливо отримувати ліцензію на базу даних, яка допускає створення похідних творів.

На етапі експлуатації правові ризики застосування ШІ проявляються в інших аспектах. Найболючішими є питання, пов'язані з відповідальністю за заподіяння шкоди життю або здоров'ю під час експлуатації ШІ, зокрема: чи можна покласти відповідальність на розробника програми ШІ або виробника товару, що працює на підставі ШІ? За яких умов відповідальність може бути

покладена на користувача системи ШІ? Ці питання виходять за межі нашого дослідження, тому ми розглянемо дані ризики на прикладі таких правових інститутів, як відповідальність за антиконкурентні дії та картельні змови.

Все частіше для досягнення антиконкурентних угод використовуються цифрові технології. Зокрема, на більш ніж 2000 аукціонах в РФ були виявлені аукціонні роботи, збиток від яких склав десятки мільярдів рублів [15]. На жаль, така офіційна інформація щодо України поки відсутня, але цифри також вражаючі.

Дійсно, програми часто використовуються для змови на торгах: наприклад, створюються аукціонні роботи, які запрограмовані на мінімальне зниження від початкової ціни контракту. Все частіше використовуються також цінові роботи, які відстежують ціну товару конкурентів і встановлюють аналогічну ціну на свій товар.

«Цифрові картелі» виступають абсолютно новим явищем. Аріель Езрачі, професор Оксфорда і фахівець в антимонопольному праві, зазначає, що цифрові картелі – це змова крупних виробників, яка стала наслідком використання програм, заснованих на ШІ [16].

Ключовою особливістю ШІ є те, що він діє самостійно за незалежним від розробника і користувача сценарієм. Тому у галузі антимонопольного права ШІ розглядається як новий інструмент, який потенційно може сприяти змові господарюючих суб'єктів і монополізації ринку. Так, цифрові картелі відкривають можливість змови без участі людини, в автоматичному режимі. Наприклад, два господарюючих суб'єкти починають використовувати засновану на ШІ програму з метою оптимізації ціноутворення. Однак програма ШІ в якості самої оптимальної стратегії обирає стратегію підтримки ціни на рівні ціни конкурентів. Підсумком є змова в автоматичному режимі, що стався без участі самих господарюючих суб'єктів.

Ключове питання, пов'язане з цифровими картелями, полягає в пошуку відповіді на запитання, хто є суб'єктом відповідальності за таку змову в автоматичному режимі. Чи можна вважати відповідальними за змову розробників програми або господарюючих суб'єктів, які її використовують? Чи можна взагалі говорити про відповідальність даних осіб, тому що розробники й суб'єкти, які використовують подібні програми, можуть зовсім не мати наміру вступити в змову?

Існує ще одна дуже суперечлива проблема з Децентралізованою автономною організацією (скорочено DAO) або Децентралізованою автономною корпорацією (скорочено DAC). Правовий статус децентралізованої компанії в закордонних юрисдикціях ще не визначений, але він стоїть на порядку денному, в тому числі й в Україні.

DAO – організація, керована комп'ютерними програмами «розумних контрактів». Компанія побудована за горизонтальним принципом, коли кожен учасник організації є повноправним співвласником, наділений рівними повноваженнями, але в традиційному сенсі немає виконавчого органу [17].

Інструментом управління компанії є блокчейн, у якому записуються фінансові операції, всі правила ведення бізнесу, порядок прийняття рішень з будь-яких питань та алгоритми будь-яких дій. Уся взаємодія всередині компанії здійснюється за допомогою розумних контрактів. Такі програми повністю регулюють діяльність DAO та самостійно приймають юридично значущі рішення.

DAO принципово відрізняється від звичайної корпорації через свою децентралізовану структуру: немає посадових осіб, які виконують організаційні, адміністративні чи регулюючі функції, тому за корпоративною позицією неможливо знайти відповідальну особу [18].

Повна відсутність відповідальності таких суб'єктів, як розробник, виробник або користувач, створює серйозну проблему для існуючої правової доктрини. У зв'язку з цим розглядається можливість і доцільність визнання штучного інтелекту юридичною особою.

Схожі ідеї поступово набирають силу, в тому числі в резолюції Європейського парламенту від 16 лютого 2017 року з рекомендаціями Комісії за цивільно-правовими правилами в галузі робототехніки 2015/2103 (INL), яка пропонує ввести нову правову категорію «електронна особистість» з автономним штучним інтелектом, а також в законопроекті Конгресу США «Принцип фундаментального розуміння юзабіліті і реалістичної еволюції штучного інтелекту 2017 року» (або «Закон про майбутнє штучного інтелекту 2017 року»).

Як зазначає О. Е. Радутний, що такий підхід до ШІ, на перший погляд, може здатися дивним. Але те ж саме стосується й іншого віртуального утворення, а саме юридичної особи. Ніхто ніколи не бачив її, ми знаємо про її існування завдяки діям людини. Однак це не заважає юридичній особі бути суб'єктом правовідносин [18, с. 138–153].

Згаданий Проект Резолюції Європейського парламенту передбачає покласти основну частку відповідальності на виробника і зобов'язати виробників та власників таких безпілотних автомобілів мати страховку. Однак проект також передбачає поділ відповідальності між виробником і власником залежно від ситуації та наділення роботів статусом «електронних особистостей», які володіють специфічними правами й обов'язками. Можна стверджувати, що проект Резолюції пропонує надати роботам права людини замість встановлення нормальних правових рамок їх використання і застосування [19].

Зазначений проект встановлює загальні та етичні принципи розвитку галузі робототехніки і штучного інтелекту для використання в громадянському суспільстві, що повинні враховуватися у випадках соціального, екологічного впливах та впливу на здоров'я людей робототехніки і могли б забезпечити відповідність дій роботів правовим, етичним стандартам і стандартам безпеки.

Виходячи зі змісту дискусій про перспективи правового регулювання в умовах застосування технологій ШІ, можна зробити висновок про наявність трьох основних гіпотез, які визначають основний зміст наукових підходів до вдосконалення або реформування правових систем, а саме: 1) ШІ є об'єктом правовідносин; 2) ШІ є суб'єктом правовідносин; 3) ШІ та роботи можуть бути як об'єктом, так і суб'єктом правовідносин (на кшталт поняття підприємство, яке може бути об'єктом як цілісний майновий комплекс або суб'єктом господарювання, створеним у будь-якій організаційно-правовій формі).

На сьогодні універсальної відповіді на усі поставлені у статті питання не існує. Однак очевидно, що розвиток машинного навчання прискорює та актуалізує пошук відповідей на ці питання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Кравцова О. Вперед у майбутнє: чому уряд повинен звернути увагу на штучний інтелект. Економічна правда, 2019. URL: https://www.epravda.com.ua/columns/2019/09/4/651230/ (дата звернення: 20.08.2019);
2. Balcan M. Machine Learning. Generalization Abilities: Sample Complexity Results. URL: https://www.cs.cmu.edu/~ninamf/courses/601sp15/sc-2015.pdf (дата звернення: 17.08.2019).
3. Вінник О. М. Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу. Монографія. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2018. С. 212.
4. Russel S., Norvig P. Weak AI: Can Machines Act Intelligently? Strong AI: Can Machines Really Think? / Artificial Intelligence. Modern Approach. 3rd Edition. Pearson Education Limited, 2016. P. 1020–1034.
5. Тест Тьюрінга. Вікіпедія. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Тест_Тюрінга (дата звернення: 20.08.2019).
6. De Cock M., Buning L. Belder and de Bruin R. Mapping the Legal Framework for the introduction into Society of Robots as Autonomous Intelligent Systems / The Law of the Future and the Future of Law. The Hague, Hiil, 2012.
7. Balkin J. M. The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data / *Ohio State Law Journal*, 2017. Vol. 78. Forthcoming. Yale Law School, Public Law Research Paper № 592. URL: https://ssrn.com/abstract=2890965 (дата звернення: 1.09.2019).
8. Palmerini E. RoboLaw: Towards a European framework for robotics regulation / Robotics and Autonomous Systems, 2016. Vol. 86. P. 78–85.
9. Peng T. Global Survey of Autonomous Vehicle Regulations. AI Technology & Industry Review. 2018; Medium. URL: https://medium.com/syncedreview/global-survey-of-autonomous-vehicle-regulations-6b8608f205f9 (дата звернення: 07.08.2019).
10. Miller R. M. Don't Let Your Robots Grow Up to Be Traders: Artificial Intelligence, Human Intelligence, and Asset-Market Bubbles / Journal of Economic Behavior and Organization, Forthcoming. URL: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.415220 (дата звернення: 07.08.2019).
11. Wall L. D. Some Financial Regulatory Implications of Artificial Intelligence / Federal Reserve Bank of Philadelphia. 2017. URL: https://www.philadelphiafed.org/-/media/bank-resources/supervision-and-regulation/events/2017/fintech/resources/some-financial-regulatory-implications-of-artificial-intelligence.pdf?la=en (дата звернення: 20.08.2019).
12. Möslein F. Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law (September 15, 2017). in: Woodrow Barfi eld and Ugo Pagallo (eds), Research Handbook on the Law of Artifi cial Intelligence, Edward Elgar, (2017/18, Forthcoming). URL: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3037403 (дата звернення: 27.08.2019).
13. D. Levy, Robots Unlimited, Life in a Virtual Age (2006) by A K Peters, Ltd. P. 397. URL: https://www.worldcat.org/title/robots-unlimited-life-in-a-virtual-age/oclc/58526310 (дата звернення: 29.08.2019).
14. Войниканис Є. А., Семенова О. В., Тюляев Г. С. Штучний інтелект і право: виклики та можливості самонавчальних алгоритмів. Вісник ВГУ, 2018. Серія: Право. № 4. С. 137–148.
15. Андрей Цариковский: ФАС скорректирует свою нормативную базу и методы работы. URL: http://emc.fas.gov.ru/press-tsentr/publikatsii/1857-andrej-tsarikovskij-fas-skorrektiruet-svoyu-normativnuyu-bazu-i-metody-raboty (дата звернення: 07.09.2019).
16. Ezrachi A., Stucke M. Two Artifi cial Neural Networks Meet in an Online Hub and Change the Future (Of Competition, Market Dynamics and Society). Oxford Legal Studies Research Paper, 2017. № 24/2017. URL: https://www.competitionpolicyinternational.com/two-artificial-neural-networks-meet-in-an-online-hub-and-change-the-future-of-competition-market-dynamics-and-society/ (дата звернення: 07.09.2019).

17. Decentralized Autonomous Corporation. URL: https://www.eoscanada.com/en/knowledge-base/dac (дата звернення: 10.09.2019).

18. Radutniy Oleksandr. Adaptation of criminal and civil law in view of scientific-technical progress (Artificial Intelligence, DAO and Digital Human) Проблеми законності. 2019. Вип. 144. 200 с.

19. Марія Коваль. Електронна особистість: навіщо ЄС обговорює права роботів. Європейська правда. 2017. URL: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:J9uwbkvAGoQJ: https://www.euro-integration.com.ua/experts/2017/01/24/7060539/+&cd=3&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=safari (дата звернення: 07.09.2019).

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ УЧАСНИКІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ ЗА ПОРУШЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ

УДК 347.45/.47
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.26

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

Sishchuk L. Responsibility of participants of business associations for violation of the corporate agreement

The article analyzes the scientific perspectives on civil liability and corporate agreement. It is determined that, in case of violations of the statutory regulations governing, the exercise of subjective civil rights and / or non-compliance with the corresponding duties, there is a need to protect them in the manner prescribed by law, The possibility of defining measures of civil liability in corporate agreements is considered, which is conditioned by ensuring effective and transparent management in the company, corporate control, settlement of corporate conflicts and more. Determined that the activities of civil liability can be divided into general and special. Argued that the activities of civil liability should be determined not only by law, and can be fixed in the company's charter and corporate contract detailing the possibility of applying a measure of liability depending on the violation of one or another way of exercising corporate rights, which is defined by a corporate agreement.

It was determined that summarizing the number of corporate agreements concluded in the practical sphere and determination of feasibility of applying certain civil liability measures under such agreements are possible only for the results of such cases in courts. However, the existence of a large number of such corporate disputes is hardly possible to indicate. At the same time, some examples of case law can be called.

Determined that ceneral measures of civil liability, namely the payment of penalties and damages, it is advisable to apply if the corporate agreement defines the procedure for the management of property corporate rights, payment of monetary compensation - in the management of non-property (organizational) rights. Along with the general civil liability measures to the members of the company for breach of the terms of the corporate agreement, special measures can be applied, namely the sale and purchase of shares, the terms of which should be directly stated in the company's charter and / or corporate agreement.

Keywords: corporate agreement, civil liability measures, compensation of damages, payment of penalty, payment of compensation, purchase and sale of corporate rights.

У статті проаналізовано наукові погляди щодо цивільно-правової відповідальності і корпоративного договору. Визначено, що заходи цивільно-правової відповідальності можуть бути поділені на загальні і спеціальні. Аргументовано, що заходи цивільно-правової відповідальності визначено не тільки законом, вони повинні бути закріплені у статуті товариства та корпоративному договорі з деталізацією можливості застосування того чи іншого заходу відповідальності залежно від порушення того чи іншого способу здійснення корпоративних прав, визначеного корпоративним договором.

Ключові слова: корпоративний договір, заходи цивільно-правової відповідальності, відшкодування збитків, сплата неустойки, виплата компенсації, купівля-продаж корпоративних прав.

Здійснення суб’єктивних цивільних прав супроводжується дотриманням особою принципів, меж та форм, що визначаються законодавством. Вступаючи у цивільні правовідносини, особа реалізує суб’єктивне право, якому кореспондує обов’язок іншої особи вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення. У разі порушення нормативних приписів, що визначають порядок здійснення суб’єктивних цивільних прав та/або невиконання кореспондуючих обов’язків, виникає потреба у їх захисті в

передбаченому законом порядку, тобто за допомогою застосування належної форми, засобів і способів захисту, зокрема й заходів цивільно-правової відповідальності.

Не вдаючись до детального аналізу поняття відповідальності, в тому числі цивільно-правової, варто погодитися з науковим твердженням, що цивільно-правову відповідальність необхідно розглядати крізь призму охоронного правовідношення. Ю. В. Соколовська зазначає, що така відповідальність реалізується в рамках державного примусу шляхом звернення до юрисдикційних органів, але водночас доводить, що цивільно-правова відповідальність може настати для боржника й у добровільному порядку, оскільки відповідно до загальних засад, закріплених у ст. 3 і ч. 3 ст. 509 ЦК України, суб'єкти цивільних правовідносин мають право вільно, на власний розсуд, обирати лінію належної поведінки й добровільно брати на себе відповідальність у разі порушення принципів реального і належного виконання зобов'язання [10, с. 7].

Разом із тим у літературі правові засоби, які можуть застосовуватися у зв'язку із здійсненням особою протиправного діяння, порушенням суб'єктивного права і (або) законного інтересу, поділяють на три групи: заходи, що зачіпають виключно права потерпілого, наприклад визнання права; заходи, що зачіпають як сферу потерпілого, так і сферу правопорушника, наприклад, відшкодування збитків, стягнення неустойки, присудження до виконання обов'язку в натурі; заходи, що зачіпають виключно сферу правопорушника, наприклад позбавлення права. Перша група правових засобів включає тільки заходи захисту. Друга група включає і заходи захисту, і заходи відповідальності. Засоби, віднесені до третьої групи, є заходами відповідальності [1, с. 159].

Тому ключовим питанням при визначенні способів захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів є розмежування заходів захисту і заходів відповідальності у разі виникнення потреби їх застосування. О. О. Кот перспективною вважає ідею функціонально-цільового критерію для розмежування мір відповідальності та інших заходів захисту суб'єктивних цивільних прав, з урахуванням того, що метою відповідальності не є покарання правопорушника. Якщо відновлювальна функція інших заходів захисту полягає у відновленні порушеного суб'єктивного права, то аналогічна функція цивільно-правової відповідальності виконує компенсаційну функцію і стосується не самого порушеного права, а майнової сфери потерпілого [5, с. 239]. Ю. В. Соколовська також зазначає, що основна функція заходів захисту полягає в забезпеченні, стимулюванні належного виконання обов'язків учасниками цивільного обороту до моменту вчинення правопорушення або до моменту його припинення. Відповідальність є додатковим обтяженням і не може замінювати первісний обов'язок на новий. У зв'язку з цим заходи захисту і заходи цивільно-правової відповідальності охоплюються поняттям «способи захисту», що не поглинають, а доповнюють одне одного [10, с. 7]. Варто погодитися з наведеними твердженнями, адже, для прикладу зазначеного, згідно з ч. 1 ст. 552 ЦК України сплата (передання) неустойки не звільняє боржника від виконання свого обов'язку в натурі.

Щодо способів захисту корпоративних прав, то О. В. Бігняк зазначає, що їх перелік містить як загальні способи (наприклад, визнання недійсними правочинів), так і спеціальні способи захисту (наприклад, примусове виключення зі складу учасників, витребування акцій з незаконного володіння), які передбачені в окремих правових нормах та відображають специфіку корпоративних прав [1, с. 161]. Оскільки корпоративні права реалізуються учасниками підприємницьких товариств у внутрішніх відносинах компанії через їх вплив на корпоративне управління, а способи здійснення корпоративних прав визначаються не тільки законом, а й внутрішніми локальними актами та корпоративними договорами, то доцільно розглянути можливість визначення заходів цивільно-правової відповідальності у корпоративних договорах, що укладаються між учасниками підприємницького товариства для створення сприятливих умов щодо здійснення своїх корпоративних прав та/або забезпечення ефективного та прозорого управління в товаристві, забезпечення корпоративного контролю, врегулювання корпоративних конфліктів тощо.

Зокрема, В. В. Васильєва зазначає, що корпоративний договір покликаний регулювати відносини саме щодо управління корпоративними правами, тобто йдеться про узгодженість дій учасників юридичної особи корпоративного типу у сфері реалізації ними організаційного спектру повноважень, що становлять зміст корпоративних прав [4, с. 225]. Тому визначення корпоративного договору слід формулювати, виходячи із загального розуміння категорій «правочин» та «договір», вирізняючи його з-поміж інших договорів за допомогою окреслення специфіки предмета договору [4, с. 226]. При цьому М. К. Галянтич вказує на те, що корпоративні договори не можуть міняти корпоративну структуру, порядок прийняття корпоративних рішень, встановлені корпоративні правила, оскільки вони визначаються правопорядком в розрахунку на третіх осіб. Їх умови не можуть суперечити законодавчим заборонам, природі договірних відносин або суспільним інтересам [2, с. 47]. Відповідно і наслідком їх порушення є заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань у вигляді відшкодування збитків, способів забезпечення виконання зобов'язань, що випливають з такого договору [2, с. 48]. Тому варто проаналізувати особливості застосування заходів цивільно-правової відповідальності у контексті їх визначення у корпоративному договорі.

В юридичній літературі зауважено, що нині у колективів корпорацій є всі передумови, щоб наповнити свої правові норми власним вольовим змістом. Підставою для цього є законодавче закріплення презумпції «дозволене все, що не заборонене». Багато питань, як зазначає Ю. М. Жорнокуй, що виникають в процесі діяльності товариства, не можуть бути врегульовані в рамках статуту [3, с. 85]. Тому варто погодитися з М. С. Федорко, що інститут корпоративного договору може бути досить дієвим інструментом вирішення внутрішніх конфліктів при здійсненні управління підприємством, і його закріплення у вітчизняному законодавстві є позитивним кроком [12, с. 242].

У чинному ЦК України відсутнє поняття «корпоративний договір» як родове правове явище, що могло б бути застосовуваним для всіх підприємницьких юридичних осіб і законодавчо закріпленим на кодифікованому рівні. Водночас, розкриваючи зміст таких договір, в практичній сфері завжди йдеться про договори між акціонерами та договори між учасниками товариств, предметом яких є корпоративні права та способи їх здійснення в компанії. Правове регулювання щодо корпоративних договорів можна віднайти у Законі України «Про акціонерні товариства», відповідно до якого за договором між акціонерами його сторони зобов'язуються реалізувати у спосіб, передбачений таким договором, свої права та/або утримуватися від реалізації зазначених прав (ч. 1 ст. 26-1); а також у Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», у ст. 7 якого вказується, що договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації (далі – корпоративний договір), є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі.

У зв'язку з цим, як слушно зазначає Н. В. Щербакова, практичним залишається питання відповідальності за порушення змісту (умов) корпоративного договору [13, с. 127]. Адже предмет корпоративного договору – комплексний, в якому слід врахувати всі складові: відповідні права та повноваження учасників; правові рамки обмеження прав та обов'язків; правила поведінки, за якими відбувається здійснення та реалізація таких прав та повноважень [13, с. 130]. Зокрема, Ю. М. Жорнокуй зауважує, що особливе місце у разі укладення корпоративного договору займає так звана тупикова ситуація. У загальних рисах її можна охарактеризувати як неможливість досягнення акціонерами згоди за ключовими моментам діяльності АТ [3, с. 84].

У п. 10.5 зразкового Кодексу корпоративного управління для приватних і сімейних компаній в Україні зазначено, що у разі виникнення корпоративного конфлікту між акціонерами, кожний з яких володіє значним пакетом акцій (більш як 25%) щодо ключових питань діяльності Компанії (формування органів управління, використання прибутку, визначення стратегії розвитку Компанії тощо), виникає суттєва загроза як для нормального здійснення операційної діяльності Компанії, так і для її репутації. Слід розуміти, що чи не єдиним шляхом вирішення такого конфлікту є продаж однією зі сторін належних їй акцій за справедливою ціною. З метою практичної реалізації такого механізму Компанія та її акціонери, що володіють значними пакетами акцій, повинні заздалегідь визначити та зафіксувати у внутрішніх нормативних документах *та/або акціонерних угодах* визначення так званої тупикової ситуації та порядок дій у разі її виникнення [7, с. 38]. У зазначеному Кодексі також окреслено можливі варіанти вирішення корпоративного конфлікту, а саме: в п. 10.7 вказано, що у разі виникнення «тупикової ситуації» сторони конфлікту можуть бути зобов'язані: протягом певного строку провести переговори за обов'язкової особистої участі кінцевих бенефіціарів щодо можливості розподілу активів та зобов'язань Компанії таким чином, щоб не завадити її бізнесу та не порушити інтересів інших акціонерів; у разі, якщо переговори не призведуть до вирішення конфлікту, будь-який з акціонерів, що володіє більш як 25% акцій Компанії, може запропонувати будь-якому іншому акціонерові, що володіє більш як 25% акцій Компанії, придбати в нього належний йому пакет акцій Компанії. Акціонер, що отримав таку пропозицію, повинен у певний строк укласти угоду про придбання та у повному обсязі виконати її умови, або продати акціонерові, що звернувся з пропозицією, весь власний пакет акцій Компанії на умовах пропозиції (укласти угоду та у повному обсязі виконати її умови) [7, с. 39].

І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що одним із прикладів таких ситуацій є ігнорування акціонерами скликання загальних зборів і недопустимість за українським законодавством знижувати вимоги до кворуму, що перешкоджає діяльності АТ та вимагає врегулювання «тупикових ситуацій» («deadlocks»). Серед способів, якими досягається розв'язання проблем, найбільш поширеним є Russian roulette (російська рулетка) – акціонер, який не може дійти згоди з іншим акціонером (як правило, це власники значних пакетів акцій) стосовно питань управління, направляє останньому пропозицію про покупку його пакету акцій. Реакція на таку пропозицію може бути у вигляді обрання однієї з двох моделей: продати свій пакет акцій на запропонованих умовах або, навпаки, викупити у акціонера-оферента його пакет на тих самих умовах [11, с. 177].

Якщо звернутися до норм законів, у яких містяться положення про корпоративні договори, то прямих вказівок щодо можливості застосування таких спеціальних заходів цивільно-правової відповідальності, спрямованих на майнове позбавлення порушника корпоративних прав, не передбачено. Більше того,

тільки у ч. 6 ст. 26-1 Закону України «Про акціонерні товариства» визначено, що договором між акціонерами можуть передбачатися способи забезпечення виконання зобов'язань, що випливають з такого договору, та заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань. Крім того, у п. 7 цієї самої статті Закону вказано право сторін договору між акціонерами вимагати відшкодування завданих збитків, стягнення неустойки (штрафу, пені), виплати компенсації (фіксованої грошової суми або суми, що підлягає визначенню в порядку, передбаченому договором між акціонерами). У Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» такі положення взагалі відсутні. Тому положення про визначення обов'язку продати акції (частки) чи викупити акції (частки) може міститися в локальних документах товариства та/або корпоративному договорі, оскільки це не суперечить ЦК України та відповідає положенням ч. 7 ст. 26-1 Закону України «Про акціонері товариства» про застосування інших заходів відповідальності у зв'язку з порушенням умов договору.

Прикладом практичного застосування таких спеціальних заходів відповідальності можна навести акціонерну угоду від 21.02.2006 р., що була укладена між ПАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» та Swissport International Ltd, згідно з п. 10.1.1 якої встановлено, що дія не обмежена за терміном та угода залишається чинною до моменту ліквідації товариства, та згідно з п. 9.2.1. – у разі, якщо невиконання за визначеними підпунктами угоди не усунуто протягом 30 днів, відведених на усунення невиконання, сумлінний учасник матиме можливість, але не зобов'язаний, купити всю частку власності не виконуючого учасника за ціною, яка дорівнює справедливій ринковій ціні. У справі № 5011-62/8101-2012 за позовом ПАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» до Swissport International Ltd. та ТОВ «Свіспорт Україна» (в подальшому «ІНТЕРАВІА») про визнання договору частково недійсним прийнято рішення: позовні вимоги ПАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» задовольнити частково та укласти договір купівлі-продажу частки у статутному капіталі між Swissport International Ltd. та ПАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» на визначених у судовому рішенні умовах [8].

Втім для українського цивільного законодавства, коли йдеться про заходи цивільно-правової відповідальності, як уже зазначалося, більш притаманними є заходи, що стосуються грошових виплат, як то: відшкодування збитків, сплата неустойки, виплата грошової компенсації. Відшкодування збитків займає особливе місце серед форм цивільно-правової відповідальності. За загальним правилом, боржник зобов'язаний відшкодувати кредиторові збитки у повному обсязі. Стягнення неустойки застосовується незалежно від наявності збитків. Розмір даного заходу відповідальності на відміну від збитків не підлягає доведенню і носить яскраво виражений характер. Зазвичай встановлюється у законі або конкретизується у договорі. Неустойка вважається способом забезпечення виконання зобов'язань і мірою відповідальності у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язань.

У контексті застосування зазначених заходів цивільно-правової відповідальності у разі порушення суб'єктивного корпоративного права більшість вчених висловлюють позицію, що їх складно застосувати у практиці. Зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що збитки проблематично довести через визначення витрат і, насамперед, не отриманих доходів, тим паче, якщо ця угода стосується не майна, а організаційних прав акціонера, а неустойка – дуже сумнівна, оскільки навряд чи взагалі в таких угодах може передбачатися, бо вони, по суті, не носять майнового характеру [11, с. 181].

В юридичній літературі вказується, що саме компенсація як спосіб забезпечення виконання корпоративного договору вбачається більш переважною. Н. В. Щербакова зазначає, що наявність в корпоративному договорі умови про компенсацію в твердій сумі, як способу забезпечення його виконання, не дозволить суду знизити розмір договірної неустойки згідно з ч. 3 ст. 551 ЦК України, а також не потребує доведення розміру спричинених збитків [13, с. 128]. М. С. Федорко також дотримується зазначеної позиції вказуючи, що специфіка предмета корпоративних договорів, немайновий характер зобов'язання, зумовленого зазначеним договором, є тими чинниками, які практично унеможливлюють оцінку наслідків такого порушення у грошовій формі. Так, при порушенні домовленості голосувати у визначений корпоративним договором спосіб, доказати як самі збитки, так і обґрунтувати їх розмір виявляється практично неможливим [12, с. 242].

В цілому погоджуючись із вказаною думкою, варто зауважити, що узагальнити кількість укладених корпоративних договорів у практичній сфері та визначити доцільність застосування тих чи інших заходів цивільно-правової відповідальності за такими договорами можливо тільки за результатами розгляду таких справ у судах. Втім наявність значної кількості таких корпоративних спорів навряд чи можливо вказати. Водночас поодинокі приклади з судової практики можна назвати.

Зокрема, згідно з Постановою Вищого господарського суду України від 03 червня 2015 року у справі № 922/5191/14 про визнання недійсними пунктів договору судами першої та апеляційної інстанцій встановлено, що 23 вересня 2013 року між ОСОБА_6 (Сторона 1) і ОСОБА_7 (Сторона 2), а також ТОВ «Завод покрівельних матеріалів «Акваізол» (Сторона 3) та ТОВ «Едельвейс» (Сторона 4) було укладено попередній договір, відповідно до умов якого ОСОБА_7 зобов'язується в строк не

пізніше 27 грудня 2013 року укласти з ОСОБА_6 основний договір купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) ТОВ «Едельвейс» на умовах, встановлених попереднім договором. Зі змісту п.1.1 попереднього договору вбачається, що предметом основного договору купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) мали бути корпоративні права у розмірі 50% статутного капіталу та інші корпоративні права ТОВ «Едельвейс». Зазначена частка у статутному капіталі належить ОСОБА_6 на підставі статуту ТОВ «Едельвейс» (нова редакція). Відповідно до п. 4. 2 попереднього договору від 23 вересня 2013 року у разі, якщо основний Договір купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) у розмірі 50% статутного капіталу ТОВ «Едельвейс» не буде укладено у термін до 27 грудня 2013 року, у зв'язку з будь-якими діями Сторін, направленими на ухилення від укладення та нотаріального посвідчення основного договору купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) та/або договорів поруки, застави та іпотеки на викладених у цьому попередньому договорі умовах, то Сторона, яка ухиляється, зобов'язана сплатити іншій стороні штраф у розмірі 10% суми грошового забезпечення, зазначеного у п.1.2 розділу I цього договору, в строк не пізніше 15 січня 2014 року. За результатами розгляду цієї справи суд дійшов висновку, що сторонами спору є фізичні особи – громадяни ОСОБА_7 та ОСОБА_6, а спір між ними ґрунтується виключно на нормах цивільного права у зв'язку з досягненням попередньої домовленості щодо купівлі-продажу належної на праві власності частки у господарському товаристві. За суб'єктним складом та правовою природою спірних правовідносин даний спір не можна визнати таким, що на нього поширюється юрисдикція господарських судів України [9].

Хоча у зазначеній справі йдеться про попередній договір, визначений ст. 635 ЦК України, адже на момент укладення договору на законодавчому рівні не передбачалася можливість укладення корпоративного договору між учасниками ТОВ, а втім попередній договір містив ознаки корпоративного договору. До порівняння, відповідно до ч. 3 ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає.

Водночас наведений приклад із судової практики є свідченням того, що такий захід цивільно-правової відповідальності як сплата неустойки може мати місце у практичному застосуванні, якщо предметом корпоративного договору є корпоративні права, що мають бути куплені та/або продані на умовах, визначених учасниками товариства – сторонами корпоративного договору у разі недотримання цих умов чи порядку їх визначення такими суб'єктами, адже у даному випадку акцент ставиться на майнову складову корпоративних прав.

Якщо звернутися до норм іноземного законодавства, то, для прикладу, типовий зміст акціонерних угод за швейцарським правом визначається колом питань, в числі яких йдеться й про наперед визначені збитки на випадок порушення договору акціонерів. Саме в угоді прийнято передбачати санкції для акціонерів-порушників, що можуть бути застосовні у випадку наявності факту порушення, навіть за відсутності економічних втрат. До таких санкцій віднесено обов'язок виплатити певну грошову суму, передати визначену річ чи надати певну послугу, відмовитися від певного права чи його здійснення, продати свої акції іншим акціонерам. Ці санкції заслуговують на увагу і, можливо, запозичення у вітчизняну практику акціонерних угод. Застосовуються також штрафні санкції, хоча суд вправі їх зменшувати, якщо вважатиме надмірними [6, с. 77].

Таким чином, поряд із такими загальними заходами цивільно-правової відповідальності, що можуть застосовуватися до учасників підприємницького товариства за порушення умов корпоративного договору, як то: відшкодування збитків, виплата неустойки чи виплата грошової компенсації, варто виділити й спеціальні заходи, а саме, купівля-продаж продаж акцій/часток у статутному капіталі, умови застосування яких слід прямо закріплювати у статуті товариства та/або корпоративному договорі. Щодо загальних заходів цивільно-правової відповідальності, то такі санкції як сплата неустойки чи відшкодування збитків доцільно застосовувати, якщо корпоративним договором визначається порядок управління майновими корпоративними правами, виплата грошової компенсації – при управлінні немайновими (організаційними) правами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бігняк О. В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні: дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук за спеціальністю 12.00.03. Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2018. 501 с.

2. Галянтич М. К. Законодавство України про корпоративні договори між учасниками товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю. Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства. Збірник наукових праць за матеріалами XVI Міжнародної науково-

практичної конференції. НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України; за ред. док. юрид. наук, акад. НАПрН України В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2018. С. 45 – 48.

3. Жорнокуй Ю. М. Окремі питання застосування категорії «акціонерний договір». Корпоративні правочини: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, 27–28 вересня 2013 року. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2013. С. 82 – 87.

4. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики: монографія. Васильєва В. А., Зеліско А. В., Луць В. В., Саракун І. Б.., Сіщук Л. В. [та ін.]; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2017. 612 с.

5. Кот О. О. Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав: дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук за спеціальністю 12.00.03. Київ, 2017. 550 с.

6. Нецька Л. С. Про акціонерні угоди. Корпоративні правочини: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, 27–28 вересня 2013 року. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2013. С. 73 – 82.

7. Окунєв О. Корпоративне управління в приватних та сімейних компаніях: посібник. 2012. 182 с.

8. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 25. 09. 2014 р. Справа № 5011-62/8101-2012.

9. Постанова Вищого господарського суду України від 03 червня 2015 року. Справа № 922/5191/14. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/44724062 (дата звернення: 19.07.2019).

10. Соколовська Ю. В. Учасники підприємницьких товариств як суб'єкти цивільно-правової відповідальності у корпоративних відносинах: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук. Івано-Франківськ. 2019. 20 с.

11. Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр. Х.: Золоті сторінки, 2012. 696 с.

12. Федорко М. С. Відповідальність за порушення корпоративного договору: окремі зауваження. Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу: Збірник наукових праць за матеріалами XVII Міжнародної науково-практичної конференції. НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України; за ред. док. юрид. наук, академіка НАПрН України В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2019. С. 240 – 244.

13. Щербакова Н. В. Питання змісту корпоративного договору. Міжнародний журнал «Право і суспільство»: за ред. док. юрид. наук, проф. Васильєвої В. А. Випуск 8. Івано-Франківськ: Фоліант, 2018. С. 123–132.

ОБРАННЯ ЕФЕКТИВНОГО СПОСОБУ ЗАХИСТУ У РАЗІ ПРИПИНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

УДК 347.191
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.27

Хоменко В. О.,
кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Khomenko V. Remedies used for the termination of business entity under a court decision.

The paper focuses on remedies of civil rights and interests used for the termination of business entities under a court decision study. The author notes that current wording of the Article 16 of the Civil code of Ukraine enabled Ukrainian courts to determine an effective remedy in cases stipulated by law, and the provisions of Article 5 of the Civil procedural code of Ukraine and Article 5 of the Economical procedural code of Ukraine which provide the possibility to use an effective remedy.

The author studies main remedies used for the termination of business entites under the caselaw of Ukrainian courts and civil doctrine which are: (1) declaring the invalidity of the articles of association, (2) declaring the invalidity of the articles of incorporation, (3) declaring the invalidity of the record of incorporation of an entity etc.

The evolution of legal regulation of the remedies used for termination of a business entity is studied. It is noted that there is no unified standard for the grounds, which shall result for a business entity termination and correspondent remedies in a case for legal entity termination under a court decision. Thus, such standard existed under the Article 38 of the Law of Ukraine «On state registration of legal entities and individual entrepreneurs», but was actually excluded by adoption of new edition in the Law of Ukraine «On state registration of legal entities, individual entrepreneurs and public organizations».

Key words: remedies, business entity, entity, termination of an entity, liquidation, court decision.

Стаття присвячена способам захисту, що застосовуються з метою припинення господарського товариства на підставі рішення суду. Зазначається, що наразі спостерігається відмова від вичерпних переліків способів захисту цивільних прав та інтересів. Зокрема, можливість визначення способу захисту порушеного, невизнаного або оспорюваного права у договорі не вирішила проблеми ефективності способів захисту, оскільки сторони рідко можуть передбачити конкретні юридичні наслідки порушення суб'єктивних прав, спосіб порушення відповідного права тощо. Обґрунтовується, що обрання способу захисту, який застосовується у разі припинення господарського товариства на підставі рішення суду, залежить від підстави постановлення судового рішення, наслідком якого має бути припинення господарського товариства. Зокрема, порушення, які мали місце при створенні юридичної особи, за умови неможливості їх усунення, зумовлюють застосування такого способу захисту, як визнання недійсною державної реєстрації юридичної особи.

Ключові слова: припинення господарського товариства, способи захисту, рішення суду, припинення юридичної особи.

Обрання способу захисту, наслідком якого може бути припинення господарського товариства як суб'єкта права, є актуальною проблемою правозастосування у сфері корпоративного права. Зокрема, це пов'язано із перманентними змінами законодавства про припинення господарського товариства. Так, підстави ліквідації юридичної особи (зокрема, і господарського товариства) та належні способи захисту, правовим наслідком застосування яких було припинення юридичної особи, передбачались ст. 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців». Прийняття нової редакції Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб–підприємців та громадських формувань» не містить аналогічної за змістом норми. Крім цього, наведені питання не були предметом включення до інших нормативних актів, що зумовило відповідну прогалину у чинному законодавстві. Доволі часто зазнавали змін ст. 104, 110 ЦК України, ст. 55^1, 59, 239, 247 ГК України та ст. 19 Закону України «Про господарські товариства».

Можемо констатувати, що процедура припинення господарського товариства на підставі рішення загальних зборів є відносно зрозумілою та передбачуваною. Водночас, процедура припинення господарського товариства на підставі рішення суду, навпаки, викликає доволі багато проблем у правозастосовній практиці.

Значні проблеми у правозастосуванні спричиняє обрання способу захисту, який сторони використовують з метою захисту прав та інтересів у разі припинення господарського товариства. Слушною вбачається думка щодо необхідності точного формулювання предмета позову, пов'язаного з ліквідацією юридичної особи [1, с. 75]. Втім не менш важливим є правильне обрання способу захисту під час припинення господарського товариства на підставі рішення суду. Вочевидь, такий спосіб захисту повинен бути ефективним та сприяти реальному поновленню порушених прав та інтересів потерпілих осіб. Наведене обумовлює **актуальність** теми дослідження.

Питанням ліквідації юридичних осіб на підставі рішення суду присвячено дослідження таких вчених, як: Л. М. Дорошенко, С. С. Дуканов, К. О. Ісаєва, П. О. Повар, Н. С. Саніахметова, В. С. Щербина, Я. М. Шевченко та ін.

Необхідно врахувати, що відсутність легітимного переліку способів захисту у справі про припинення господарського товариства не свідчить про неможливість їх застосування з огляду на тенденції розвитку способів захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів у цілому.

Способи захисту цивільних прав та інтересів передбачені ст. 16 ЦК України та ст. 20 ГК України. Важливо додати і ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, якою передбачено право на ефективний засіб юридичного захисту.

Чинна редакція ст. 16 ЦК України надала можливість суду визначати ефективний спосіб захисту у визначених законом випадках: суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом *чи судом* у визначених законом випадках (абз. 2 ч. 2).

До того ж, актуальні редакції ст. 5 ЦПК України та ст. 5 ГПК України встановлюють аналогічні правила, (1) надаючи суб'єктам цивільного обороту можливість формулювати спосіб захисту, відмінний від способів захисту, прямо встановлених законодавством у договорі; (2) надаючи право суду визначити спосіб захисту самостійно.

Водночас спосіб захисту у справі про припинення господарського товариства має бути ефективним (тобто таким, що спрямований на відновлення порушеного, невизнаного або оспорюваного права) та належним (відповідним самому порушенню).

Зазначимо найбільш поширені способи захисту, що використовуються у разі припинення господарського товариства на підставі рішення суду за даними Єдиного державного реєстру судових рішень (далі – ЄДРСР). Так, аналіз судових рішень дозволяє дійти висновку про найбільшу застосовність

таких способів захисту, як визнання недійсним статуту[5] юридичної особи, визнання недійсним свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи[6], визнання недійсним запису про державну реєстрацію; визнання недійсною державної реєстрації господарського товариства тощо. Наведені вимоги можна визначити умовно традиційними у практиці національних судів України.

Тлумачення норми ст. 110 ЦК України дає підстави для висновку про формулювання у відповідній позовній вимозі заінтересованої особи терміна-поняття *про ліквідацію*. Водночас аналіз даних ЄДРСР дає підстави стверджувати, що така матеріально-правова вимога у позові не є поширеною та зустрічається, як правило, в контексті ліквідації акціонерного товариства за позовом Національної комісії цінних паперів та фондового ринку (далі –НКПФР) на підставі п. 13 ч. 4 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства».

У контексті викладеного зазначимо наступне.

По-перше, норми про примусову ліквідацію господарських товариств містилися в актах спеціального законодавства та передбачали застосування способів захисту, про які йшлося вище (визнання недійсним статуту, визнання недійсним свідоцтва про державну реєстрацію, визнання недійсним запису про державну реєстрацію тощо[7]). Тобто, існував легітимізований зв'язок між ліквідацією господарського товариства та застосуванням судом наведених способів захисту. По-друге, незастосування судами у резолютивних частинах рішень терміна-поняття *про ліквідацію* пояснюється правовою природою припинення загалом та ліквідації зокрема, адже припинення (ліквідація) розглядається одночасно як процес (процедура) та як юридичний факт.

Наведемо окремі випадки розгляду судом саме вимоги про припинення господарського товариства.

Так, варто звернути увагу на постанову ВГСУ від 25 жовтня 2007 р. у справі №15/81-07[8] [2], яка демонструє **неефективність** обрання такого способу захисту як припинення (реорганізація) господарського товариства.

Позивачем у зазначеній справі був учасник ТОВ, який мотивував вимоги про примусову реорганізацію ТОВ незаконністю прийняття рішення про перерозподіл часток у статутному капіталі відповідного товариства з подальшим незаконним рішенням про виключення позивача зі складу учасників.

У той же час, примусова реорганізація в такому випадку не забезпечувала поновлення порушених прав позивача.

Зауважимо і про рішення господарського суду Дніпропетровської області від 12 серпня 2010 р. у справі № К7/87-10 [3], у якому розглядались зустрічні вимоги про припинення товариства з обмеженою відповідальністю у зв'язку з тим, що статутний капітал відповідного товариства не був сформований у строк, встановлений законом.

Наведене судове рішення ґрунтується на застосуванні вимог **належності** способу захисту, що обирається у справі про припинення господарського товариства, а також демонструє складність доведення належності такого способу захисту, як припинення господарського товариства у разі порушення цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. Так, у мотивувальній частині цього рішення цитується ст. 110 ЦК України, яка встановлює підстави ліквідації юридичної особи за судовим рішенням.

Відтак важко беззаперечно погодитись із тезою Л. М. Дорошенка про оптимальність примусової ліквідації господарського товариства у таких випадках у зв'язку тим, що припинення господарського товариства припиняє і корпоративний конфлікт [4, с. 76–77], адже окрім відповідності ознакам ефективності та належності, спосіб захисту, що застосовується судом, має бути співмірним із наслідками порушення цивільного права та (або) охоронюваного законом інтересу.

Необхідно зазначити, що наслідком застосування судом такого способу захисту, як припинення господарського товариства, є його припинення як суб'єкта права, або, як подекуди стверджують представники корпоративного права, його «смерть», що зумовлює припинення усіх корпоративних правовідносин, а не лише корпоративного конфлікту. Наведене зумовлює обережність у застосуванні такого способу захисту, як припинення господарського товариства[9].

---

[5] Виокремлення статуту з-поміж інших установчих документів, передусім, пов'язано із найбільшою поширеністю товариства з обмеженою відповідальністю та акціонерного товариства поряд із іншими видами господарських товариств.

[6] Зауважимо про скасування інституту свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи у чинному законодавстві, що зумовлює виключно історичний контекст наведеного способу захисту. Аналогом цього способу захисту можна вважати визнання недійсною державної реєстрації юридичної особи або запису про неї.

[7] Зокрема, йдеться про ст. 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців», який викладено у новій редакції із зміною назви на Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб–підприємців та громадських формувань».

[8] Попри застарілість наведеної постанови, правова позиція залишається актуальною.

[9] Хоча додамо, що саме таким шляхом, а саме шляхом встановлення можливості припинення корпоративного конфлікту припиненням господарського товариства, пішло законодавство РФ, адже відповідно до п. 5 ст. 61 ЦК РФ будь-який із учасників має право звернення до суду з вимогою провести примусову ліквідацію товариства на підставі неможливості досягнення цілей, постановлених при веденні бізнесу.

Разом з цим слід говорити і про застосовність припинення юридичної особи як способу захисту прав у інших правопорядках. Так, ліквідація компанії судом у разі, якщо суд вважає, що справедливим буде ліквідувати компанію, передбачена ст. 122 Закону Великої Британії про неплатоспроможність. Конкретизація цих положень міститься у ст. 125 (2) цього Закону, відповідно до якої ліквідувати компанію можна у разі, якщо у відсутність інших способів захисту така ліквідація є справедливою [5, с. 103].

Справедливість та обґрунтованість ліквідації компанії як критерій застосування відповідного способу захисту встановлено також Законом про компанії Республіки Кіпр (пункт f ст. 211) [5, с. 103].

Широкі межі судового розсуду при застосуванні такого способу захисту, як ліквідація компанії з обмеженою відповідальністю, встановлено ст. 211 Кодексу про комерційні компанії Польщі, відповідно до якої ліквідація можлива у разі наявності *важливих причин* [6, с. 140].

У науковій літературі зазначається, що ліквідація компанії вважалась основним способом захисту у США, водночас, зважаючи на надмірну жорстокість наведеного способу захисту, суди почали застосовувати більш м'які способи захисту [5, с. 103–104].

Безпосереднє обрання способу захисту, який застосовується у разі припинення господарського товариства на підставі рішення суду, залежить від підстави постановлення судового рішення, наслідком якого має бути припинення господарського товариства.

Наприклад, порушення, які мали місце при створенні юридичної особи, за умови неможливості їх усунення, зумовлюють застосування такого способу захисту, як визнання недійсною державної реєстрації юридичної особи[10].

У юридичній літературі звертається увага на недосконалість такої підстави для ліквідації господарського товариства на підставі рішення суду, як визнання недійсною державної реєстрації юридичної особи у зв'язку з тим, що при створенні юридичної особи мали місце порушення закону чи інших правових актів, якщо ці порушення є неусувними чи такими, яких неможна позбутися [7, с. 219].

Так, йдеться про оціночний характер таких термінів як *неусувні* та *неможна позбутися*, а також складність застосування такого способу захисту в окремих видах припинення (наприклад, під час поділу).

Необхідно додати, що ст. 110 ЦК України оперує поняттям *порушення, допущені при реєстрації юридичної особи*, а у ст. 21 ЦК України йдеться про *суперечність із актами цивільного законодавства* та *порушення цивільних прав або інтересів.* Вбачається, що додатковим критерієм можливості визнання недійсним запису про державну реєстрацію необхідно визначати порушення прав та законних інтересів осіб.

Так, ст. 21 ЦК України передбачає визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування. Водночас, доволі складно визнати державну реєстрацію актом органу державної влади, зважаючи на те, що акт органу державної влади покликаний врегулювати певні питання, а запис про державну реєстрацію – лише виконати функцію засвідчення відповідного факту для третіх осіб[11].

На нашу думку, неусувні порушення законодавства (якщо при цьому порушуються права або інтереси особи) є підставою припинення господарського товариства, що обумовлено необхідністю підтримання сталості цивільного обороту. Саме у цьому, на нашу думку, полягає логіка законодавця, який шляхом надання державному реєстратору права на позов про припинення юридичної особи презюмує порушення права особи (держави) при зверненні до суду із відповідним позовом.

Отже, необхідність підтвердження порушення прав позивача при визнанні недійсним запису про державну реєстрацію юридичної особи з її подальшою примусовою ліквідацією ускладнить процедуру ліквідації господарського товариства на підставі рішення суду та спричинить наявність значної кількості господарських товариств, які не здійснюють діяльності, не відповідають ознакам юридичної особи, але містяться у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб–підприємців та громадських формувань через штучно ускладнену процедуру припинення.

Аналогічний за змістом спосіб захисту передбачений ч. 5 ст. 21 Закону України «Про охорону праці», яка передбачає можливість скасування державної реєстрації підприємства.

На думку І. М. Кучеренко, скасування державної реєстрації – це термін, який передував вже не передбаченому законодавством способу захисту у вигляді визнання недійсним запису про державну реєстрацію. Відтак, зазначена вище норма Закону України «Про охорону праці» оперує архаїчним терміном, який не відповідає чинному законодавству [7, с. 214–216].

Важливо зазначити і про такий спосіб захисту, як визнання недійсними установчих документів юридичної особи.

---

[10] Хоча п. 2 ч. 1 ст. 110 ЦК України передбачає у такому разі ліквідацію юридичної особи за позовом учасника юридичної особи або відповідного державного органу.

[11] Викладена позиція підтверджується судовою практикою. Так, ВГСУ у постанові від 30 березня 2017 р. у справі № 909/504/16 за позовом банку до ТОВ про визнання недійсним рішення загальних зборів про припинення шляхом поділу, зокрема, звернув увагу, що банк не обґрунтував право неучаснику товариства втручатися у діяльність загальних зборів учасників цього товариства шляхом надання вказівок, або заборон тих чи інших рішень загальних зборів, в тому числі, й рішення про поділ [8]. Аналогічні за своїм змістом твердження містяться у постанові ВГСУ від 14 грудня 2016 р. у справі № 922/863/16 [9].

На думку І. М. Кучеренко, з рішення про визнання недійсним статуту юридичної особи виявляється, що юридична особа вважається такою, що не була створена. Зазначений юридичний факт зумовлює наявність численних питань щодо долі майна юридичної особи, правочинів, які вона укладала, прав та обов'язків (зокрема щодо виконання податкових зобов'язань), виплати заробітної плати тощо. До того ж, застосування зазначеного способу захисту має наслідком не лише припинення цивільної правосуб'єктності, але і припинення процесуальної правосуб'єктності юридичної особи [7, с. 216–217].

Вбачається, що юридичні наслідки визнання недійсними статутних документів юридичної особи принципово не відрізняються від наслідків застосування одночасно двох способів захисту: визнання недійсними статутних документів юридичної особи та скасування її державної реєстрації.

На думку С. С. Дуканова, віднесення ліквідації в силу визнання акта реєстрації недійсним до категорії примусової, зумовлює визнання того факту, що юридична особа все ж таки «відбулась» і є правоздатним учасником цивільних правовідносин [10].

Крім того, наслідки визнання недійсними статутних документів господарського товариства за відсутності норми про здійснення примусової ліквідації юридичної особи на підставі визнання державної реєстрації недійсною, яка була передбачена попередніми редакціями ст. 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців», вбачаються ще складнішими, адже безпосередній зв'язок між ліквідацією як законодавчо визначеною формою припинення юридичної особи та визнанням недійсними статутних документів відсутній.

Зазначимо, що, як правило, визнання недійсним статуту господарського товариства як спосіб захисту використовується одночасно із визнанням недійсним відповідного рішення загальних зборів господарського товариства, що, на нашу думку, є виправданим.

Невирішеним залишається питання щодо можливості застосування зазначених способів захисту як окремого предмета позову (без вимоги про ліквідацію господарського товариства). На нашу думку, враховуючи відсутність законодавчих вимог щодо об'єднання вимог про визнання недійсними установчих документів (або запису про державну реєстрацію юридичної особи) такі вимоги можуть заявлятись окремо, а суд, відповідно, може постановити рішення про визнання недійсними установчих документів без ліквідації юридичної особи.

Додамо, що законодавчі вимоги щодо застосування у сукупності наведених способів захисту відсутні. Таким чином, позивач може обрати як один, так і декілька способів захисту залежно від того, який спосіб захисту (сукупність способів захисту) він вважає ефективним.

Втім, правова природа юридичної особи, установчі документи (або запис про державну реєстрацію) якої визнано недійсними, залишається невизначеною, адже правова підстава її існування фактично зникає. На нашу думку, це дає підстави дійти висновку, що в такому випадку йдеться про *квазіприпинення* у зв'язку з відсутністю легітимної підстави для існування.

Враховуючи викладене вище, необхідним вбачається визначення на законодавчому рівні юридичних наслідків застосування судом конкретних способів захисту. На нашу думку, таким наслідком має бути ліквідація господарського товариства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Повар П. О. Правове регулювання ліквідації підприємств в Україні: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.04. К., 2009. 229 с.

2. Постанова Вищого господарського суду від 25 жовтня 2007 року у справі № 15/81-07. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1092368 (дата звернення: 16 вересня 2019 року).

3. Ухвала Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 10 листопада 2010 року у справі К7/87-10. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/12245539 (дата звернення: 17 вересня 2019 року).

4. Дорошенко Л. М. Ліквідація товариства як спосіб виходу з корпоративного тупіка. Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу. Збірник наукових праць за матеріалами XVII Міжнародної науково-практичної конференції. 27–28 вересня 2019 року, м. Івано-Франківськ, 2019. С. 74–79.

5. Ісаєва К. О. Ліквідація господарського товариства як спосіб захисту прав його учасника: можливість застосування досвіду зарубіжних країн в Україні. Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу. Збірник наукових праць за матеріалами XVII Міжнародної науково-практичної конференції. 27–28 вересня 2019 року, м. Івано-Франківськ, 2019. С. 102–106.

6. Labno Michal. Claim for the dissolution of a limited liability company. Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу. Збірник наукових праць за матеріалами XVII Міжнародної науково-практичної конференції. 27–28 вересня 2019 року, м. Івано-Франківськ, 2019. С. 139–141.

7. Суб'єкти цивільного права. За загальною редакцією академіка АПрН України Я. М. Шевченко. Х.: Харків юридичний, 2009. 632 с.

8. Постанова Вищого господарського суду України від 30 березня 2017 року у справі № 909/504/16. ULR: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65704401 (дата звернення: 17 вересня 2019 року) .

9. Постанова Вищого господарського суду України від 14 грудня 2016 року у справі № 922/863/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63470827 (дата звернення: 17 вересня 2019 року).
10. Дуканов С. С. Аннулирование государственной регистрации как основание для ликвидации юридического лица // Хозяйство и право. 2002. № 7. С. 125–128.
11. Саніахметова Н. О. Підприємницьке право. К.: А.С.К., 2001.
12. Коломієць О. О. Цивільно-правове регулювання діяльності фізичної особи–підприємця: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2003.
13. Дуканов С. С. Гражданско-правовое регулирование прекращения юридических лиц в Российской Федерации: дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2005.

АДВОКАТУВАННЯ КОНКУРЕНЦІЇ ТА СУЧАСНІ ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ

УДК 34.09:338.22
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.28

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

Chernenko O. Competition advocacy and modern information technologies
Competition is a powerful tool for the market economy. Competition advocacy is a direction of state competition policy. Competition advocacy is seen as a set of activities of the competitive bodies of the state aimed at strengthening the competitive environment of the commodity markets.
Among the main tools of competition advocacy are: holding seminars and conferences; publication of thematic collections, monographs, translations of foreign books, articles that reveal the content and role of competition policy; support of the official website of the Antimonopoly Office on the Internet, preparation of videos, informative stories on competition policy issues. In Ukrainian society, the level of legal knowledge of citizens on antitrust and competition policy is rather low. Therefore, steps must be taken to improve the effectiveness of competition advocacy through the Internet. In addition, the support of the media will contribute to the effectiveness of advocacy.
Information technologies are the important components of competition advocacy. Information technologies contribute to the formation of a competitive culture in the society, the strengthening of the competitive environment, the implementation of state competition policy.
Keywords: competition advocacy, Antimonopoly Committee of Ukraine, economic competition, competition low, competition policy.

Статтю присвячено дослідженню питань, пов'язаних із сучасними інструментами адвокатування конкуренції.
Ключові слова: адвокатування конкуренції, Антимонопольний комітет України, економічна конкуренція, конкурентне законодавство, конкурентна політика.

Конкуренція – це потужний інструмент ринкової економіки, рушійна сила, яка примушує товаровиробників підвищувати ефективність виробництва, знижувати виробничі затрати, підвищувати якість продукції (товарів, робіт, послуг), прискорювати впровадження новітніх досягнень науки і техніки, проводити організаційні та структурні зміни в ході підприємницької діяльності [1, с. 233].

Адвокатування конкуренції є напрямом конкурентної політики держави, який в розвинених країнах почав формуватися у 70-х роках XX ст. Адвокатування конкуренції здійснюється через механізми, що не відносяться до системи антимонопольного примусу, і розвивається на основі інформування та роз'яснення суб'єктам ринку переваг конкуренції. Нині лише антимонопольне регулювання є вже недостатнім для створення ефективного конкурентного середовища, тому останніми роками адвокатування конкуренції набуває популярності в Україні.

Дослідженню питань, пов'язаних з адвокатуванням конкуренції, присвячені праці таких вчених, як: В. Базилевич О. Бакалінська, Г. Лозова, В. Клименко, Г. Филюк та ін.

Метою наукової статті є дослідження ролі інформаційних технологій у адвокатуванні конкуренції.

Адвокатування конкуренції розглядають як набір видів діяльності конкурентних органів держави, спрямованих на зміцнення конкурентного середовища товарних ринків за допомогою використання механізмів, які прямо не належать до системи примусу щодо дотримання встановлених правил і орієнтовані, насамперед, на усвідомлення суб'єктами господарювання вигід конкуренції, у

тому числі внаслідок впливу на інші державні організації [2]. Крім того, вітчизняні науковці наголошують, що рівень обізнаності бізнесу та громадськості щодо норм законодавства безпосередньо залежить від заходів, які вживаються з метою адвокатування конкуренції.

Серед основних інструментів адвокатування конкуренції виділяють:

1) проведення семінарів і конференцій, спрямованих на ознайомлення і пояснення норм антимонопольного законодавства серед представників як бізнесу, так і органів влади тощо;

2) здійснення в друкованих і електронних ЗМІ кампанії, спрямованої на роз'яснення переваг конкуренції, у тому числі, розміщення інформаційних і аналітичних матеріалів, спрямованих на попередження порушень антимонопольного законодавства і законодавства про рекламу і висвітлення результатів діяльності антимонопольних органів;

3) видання тематичних збірок, монографій, перекладів іноземних книг, статей, що розкривають зміст та роль конкурентної політики;

4) підтримка офіційного сайту антимонопольного відомства в мережі Інтернет, періодичне розкриття через сайт істотної інформації про діяльність антимонопольних органів;

5) підготовка відеороликів, інформаційних сюжетів у новинах, виступів представників Антимонопольного комітету України з питань конкурентної політики та конкурентного законодавства на телебаченні, радіо та в Інтернеті (форуми, Web-конференції тощо) [3].

Адвокатування конкуренції є невід'ємною складовою сучасної конкурентної політики, а тому основним завданням держави є створення умов для системного його розвитку в країні. На ефективність адвокатування конкуренції в країні впливають фактори економічного, соціально-політичного, культурного характеру. Як показали дослідження, ефективність адвокатування конкуренції у разі застосування сучасних інформаційних технологій зростає.

Слід звернути увагу на досвід Польського антимонопольного відомства у сфері адвокатування конкуренції на основі використання сучасних інформаційних технологій. У 2009 р. польське конкурентне агентство запустило пропагандистську кампанію конкуренції, в межах якої на 20 найбільших національних і місцевих ТВ і радіоканалах транслювалась реклама під назвою «The Joke». Вона була створена відомим польським аніматором і спрямована проти незаконної фіксації цін: як можна уникнути серйозних санкцій шляхом застосування в рамках програми пом'якшення відповідальності. Після гучного успіху було підготовлено спеціальний відеоролик для школярів і студентів про роль і принципи конкуренції, який демонструється у вільному доступі в Інтернеті на сайті «YouTube». Крім того, розробляються та поширюються відповідні комікси та цілий ряд рекламних роликів. Проводиться активна політика відкритості в Інтернеті і у Великій Британії. За допомогою відеохостингу «YouTube» у червні 2011 р. Управління сумлінної торгівлі Великої Британії (OFT) оприлюднило 40 хвилинний фільм під назвою «Зрозуміти закон про конкуренцію». Цей фільм доповнює друковані керівні принципи конкурентного відомства за допомогою загального подання конкуренції в доступній та зрозумілій формі[4].

Переважна більшість урядів розглядає впровадження інформаційно-комунікаційних технологій як критично важливий фактор економічного розвитку, серед них: США, Канада, Велика Британія, Росія, Китай, Індія, Японія тощо, які мають відповідні програми (зокрема, США − «національна інформаційна інфраструктура»; Британія − «інформаційна магістраль»; Росія – «електронна Росія»; Японія − «інформаційна інфраструктура»), які є одними з найвпливовіших і найскладніших механізмів державного регулювання [5, с. 341–350].

У республіці Молдова було створено Національну агенцію із захисту конкуренції (далі – НАЗК), яка основним пріоритетом своєї діяльності визначає просування конкурентної культури в суспільстві. На думку представників НАЗК, конкурентна культура повинна поширюватися в суспільстві в цілому так, щоб кожний член суспільства розумів, для чого існує конкурентне законодавство, як його потрібно виконувати і які переваги це включає як для окремої фірми, так і держави в цілому. Для підвищення конкурентної культури необхідно забезпечити прозорість діяльності антимонопольного органу. Важливо, щоб інформація про найважливіші події та справи антимонопольного органу широко висвітлювалася в пресі. Наприклад, керівництво та представники НАЗК Молдови беруть участь в телевізійних та радіо програмах, постанови Адміністративної ради НАЗК публікуються в «Офіційному моніторингу Республіки Молдова», резонансні справи висвітлюються на сторінках ділових газет та журналів («Apă-Canal Chişinău»). Функціонує і постійно оновлюється офіційна веб-сторінка (www.anpc.md), видається інформаційно-аналітичний журнал, який знайомить читачів з останніми новинами в сфері національного та світового конкурентного середовища, результатами діяльності НАЗК, думками національних та міжнародних експертів. Для забезпечення вищого рівня комунікацій між НАЗК Молдови та суб'єктами адвокатування конкуренції створено консультативно-експертні органи, зокрема це Комісія експертів у галузі реклами. Крім того, фахівці НАЗК весь час зайняті удосконаленням конкурентного законодавства, розробляються зміни та доповнення до Закону про захист конкуренції, Закону про державну допомогу тощо [6].

У прогресивній міжнародній практиці можна знайти чимало шляхів використання різноманітних методик опитування у соціальних мережах. Цими інструментами можуть бути фокус-групи, веб-сайти,

екзит-поли, інтерв'ю (особисто або по телефону), моніторинг і оцінка висвітлення певних проблемних питань у ЗМІ. Одним з перспективних напрямків Інтернет вважають онлайнові фокус-групи, які є якісними дослідженнями методом фокус-груп в мережі Інтернет у вигляді форуму, чату чи переписки електронною поштою. Методи досліджень через Інтернет мають ряд істотних відмінностей від традиційних. По-перше, під час проведення досліджень через Інтернет немає можливості спостерігати за невербальною реакцією респондентів. Проведення онлайнових фокус-груп є неможливим без спеціальних програмних продуктів та відповідного технічного обладнання. Велика проблема якісних досліджень – анонімність респондента, оскільки майже відсутня можливість перевірити, хто бере участь у фокус-групі [7].

Незважаючи на багатоваріантність проведення якісних опитувань, їх практична реалізація на сьогодні є доволі складною для нашої країни. Першим кроком повинно стати створення баз даних існуючих та потенційних респондентів. Інтернет відкриває для дослідників багато нових можливостей. Серед переваг онлайн-опитувань є географічна віддаленість: можливість опитати респондентів, які проживають в географічно віддалених районах без виїзду модератора. Проте слід враховувати, що Інтернет-користувачі у певному регіоні не обов'язково репрезентують його населення.

Досвід американських дослідників говорить про те, що респонденти через Інтернет дають більш чесні відповіді, не намагаючись догодити чи справити враження на модератора. Респондент сам вирішує, коли йому взяти участь у дослідженні, і це підвищує якість відповідей [8].

Незважаючи на вищенаведене, слід зазначити, що в українському суспільстві, за оцінками експертів, спостерігається ще досить низький рівень правових знань громадян, недостатня обізнаність із питаннями антимонопольно-конкурентної політики. Тому необхідно вжити заходів щодо підвищення ефективності адвокатування конкуренції через мережу Інтернет. Для цього необхідно залучити професійних кадрів у сфері ІТ та організувати належну підготовку співробітників АМКУ у сфері нових інформаційних технологій; вдосконалити веб-сайт АМКУ, що надасть його користувачам можливість проглядати бази даних справ за участю АМК, що сформовані за ланцюжками (порушення, рішення, припис, адміністративні постанови, суди) [9].

З метою ефективності адвокатування конкуренції необхідно звернути увагу і на розширення цільової аудиторії адвокатування. Так, залучення молоді, особливо студентства, яке є активним споживачем інформаційних технологій, сприятиме формуванню проконкурентної ідеології у майбутніх бізнесменів.

Крім того, ефективності адвокатування буде сприяти підтримка засобів масової інформації. Так, за допомогою журналістів є можливість роз'яснювати широким верствам населення взаємозв'язок між конкуренцією та добробутом споживачів. Звісно, для досягнення цієї мети потрібен комплексний та системний підхід до роботи із засобами масової інформації.

Таким чином, можна зробити висновок, що інформаційні технології є важливою складовою адвокатування конкуренції і їх використання на належному рівні буде сприяти формуванню у суспільстві конкурентної культури, зміцненню конкурентного середовища, а отже і реалізації конкурентної політики держави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Економічна теорія: Політекономія: підручник / за ред. В. Д. Базилевича [7-ме вид., стер.]. К.: Знання–Прес, 2008. 719 с.

2. Лагутін В. Д., Бакалінська О. О., Вертелєва О. В. та ін. Конкуренція і конкурент на політика: категорії та поняття; за ред. В. Д. Лагутіна. К.: КНТЕУ, 2009. 320 с.

3. Клименко В. В., Лозова Г. М. Організаційно-методологічні засади механізму адвокатування конкуренції. URL: http://jrnl.nau.edu.ua/index.php/SR/article/view/4396 (дата звернення: 30.09.2019).

4. Скробищ М. Адвокатирование конкуренции как фактор развития эффективной конкурентной политики // Материалы Междунар. конф. по конкуренции под эгидой БРИК. Казань, 31 августа− 2 сентября 2009 года. URL: http://www.bric-competition.ru/ page. php?id=70 (дата звернення: 30.09.2019).

5. Стратегічні виклики XXI століття суспільству та економіці України : У 3 т. / за ред. акад. НАН України В. М. Гейця, акад. НАН України В. П. Семиноженка, чл.-кор. НАН України Б. Є. Кваснюка. К.: Фенікс, 2007. 564 с.

6. Кэраре В. Адвокатирование конкуренции как фактор эффективной конкурентной политики (Опыт Республики Молдова) // Материалы Междунар. конф. по конкуренции под эгидой БРИК. Казань, 31 августа–2 сентября 2009 г. URL: http://www.briccompetition.ru/page.php?id=116 (дата звернення: 30.09.2019).

7. Чабан Лариса. Онлайнові фокус-групи як сучасний інструментарій реалізації заходів адвокатування конкуренції // Конкуренція, 2013. №3. С. 12–18.

8. Advocacy Toolkit. Part II: Effective Communication of a Competition Advocacy Message : (11th Annual Conference of the ICN, Rio-de-Janeiro, April 2012) / ICN advocacy working group. – Riode-Janeiro: 2012. 36 p. URL: http://www.internationalcompetitionnetwork. org/uploads/2011-2012/competition%20 advocacy%20toolkit%20part%202%20draft.pdf (дата звернення: 30.09.2019).

9. Лозова Г. Сучасні напрями та перспективи розвитку адвокатування конкуренції в Україні // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Економіка. 2012. Вип. 143. С. 40–43. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKNU_Ekon_2012_143_14 (дата звернення: 30.09.2019).

НОВИЙ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ІНСТРУМЕНТ МОДИФІКАЦІЇ ДВОСТОРОННІХ УГОД ПРО УНИКНЕННЯ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ

УДК 347.73:336.225.676
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.29

Зайчук О. В.,
доктор юридичних наук, академік НАПрН України, головний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

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

Zaichuk O., Korol V. New International legal instrument of bilateral treaties for the avoidance of double taxation modifying

The article 1 of the Constitution of Ukraine, which proclaims Ukraine, among others, as a «social state», remains the declaration to a far greater degree. Starvation childbirth payments, retirement and disability pensions, hand-to month salaries of teachers, scientists, doctors and health care staff in public sector became a reality for Ukrainian society. Constant justification of the state concerning the failure to fulfil social and economic obligations properly is the lack of budget means. Indeed, Ukraine can be identified as the Law Income Country, however, in the absence of accurate statistical data, the highly-probable a priori statement can be delivered. Its quintessence is what losses of Ukrainian budget, particularly concerning income tax revenues, are comparable to if not superior tranches of International Monetary Fund's loans to Ukraine. Such unfavourable trend is determined by implementation of tax planning strategies by companies aimed at tax avoidance in Ukraine by means of profit shifting to low or no-tax jurisdictions.

In 2016 Ukraine joined OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan implementing BEPS minimum standards, namely: Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, taking into Account Transparency and Substance; Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances; Action 12: Mandatory Disclosure Rules; Action 14: Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective. In its turn, in April 2019 Ukrainian Parliament ratified the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (Action 15 of BEPS Action Plan).

Having regard to the above, the article is dedicated to the general concept and legal aspects of Multilateral Instrument developed within OECD/G20 BEPS Project in order to modernize a huge number of bilateral tax treaties (agreements) for eliminating double taxation worldwide. Alongside this, some peculiarities of its application on bilateral level with the member states of European Union, which is considered to be the regional strategic partner of Ukraine, are researched.

Paying attention to such key term as «Tax Agreements Covered by the Multilateral Convention», it's discovered that not all existing bilateral tax agreements for eliminating double taxation between Ukraine and EU member states will be modified by means of this Convention's rules implementation. In spite of Notification of Ukraine indicating that, it wishes the bilateral tax agreements with all EU member states to be covered by the Convention a range of them, more specifically, Austria, Germany, Netherlands, Spain didn't adopt the analogue legal position in relation to the same agreements with Ukraine.

Nowadays bilateral tax agreements shall execute twin challenge – on the one hand, to eliminate double taxation, on the other hand, to prevent creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax avoidance. Taking into account the importance of international treaty preamble for the purpose of its proper interpretation according to the relevant rules of Vienna Convention on the Law of Treaties, it's described the effects of bilateral tax agreements' existing preambles modification. Attention is focused on the application of such type of compatibility clause as «in place of or in the absence of» as illustrated by the bilateral tax agreement between the governments of Ukraine and France.

Keywords: Multilateral Instrument, Bilateral Tax Treaties, BEPS Action Plan, Tax Avoidance, Compatibility Clause

Статтю присвячено концептуально-правовим засадам Багатосторонньої конвенції ОЕСР про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування. Імплементація цього міжнародного багатостороннього правового інструменту як уніфікації, так і гармонізації передбачає внесення узгоджених змін до двосторонніх угод про уникнення подвійного оподаткування більше ста вісімдесяти

держав світу. При цьому однією із пріоритетних цілей удосконалення правового режиму міжнародного оподаткування визначено попередження ухилення або уникнення оподаткування внаслідок реалізації резидентами та нерезидентами різноманітних схем податкового планування, що суттєво зачіпає економічні інтереси держав, які зазнають суттєвих втрат надходжень бюджетів.

Увагу в статті сфокусовано на виявленні кола двосторонніх угод з державами – членами ЄС, які підлягатимуть модифікації або залишатимуться незмінними, незважаючи на імплементацію Багатосторонньої конвенції Україною та усіма державами – членами ЄС. Також розкрито особливості внесення змін до двосторонніх угод про оподаткування внаслідок застосування різних клаузул сумісності на прикладі Конвенції урядів України та Франції.

Ключові слова: багатосторонній інструмент, двосторонні угоди про оподаткування, план заходів BEPS, уникнення оподаткування, клаузула сумісності.

Розробка та застосування багатосторонніх міжнародно-правових інструментів уніфікації та гармонізації у сфері приватноправових відносин з іноземним елементом вже давно стало звичним правовим феноменом. У свою чергу, в публічно-правовій сфері міжнародного оподаткування, важливість якої для забезпечення економічних інтересів держав важко переоцінити, ключова роль належить двостороннім міжнародним договорам (конвенціям, угодам).

Нинішній історичний етап характеризується безпрецедентним об'єднанням зусиль переважної більшості держав світу в «боротьбі» з проблемою глобального масштабу – розмиванням податкової бази та виведення прибутків з-під оподаткування (Base Erosion and Profit Shifting). Це здійснюється свідомо юридичними та фізичними особами на усіх континентах та у гігантських обсягах із застосуванням широкого спектру схем, у тому числі формально-юридично правомірних.

Саме двосторонні договори про уникнення подвійного оподаткування покликані виконати двоєдину актуальну місію – з одного боку, усунути економіко-правові ризики несправедливого та обтяжливого подвійного оподаткування доходів від здійснення зовнішньоторговельної, інвестиційної, інноваційно-технологічної та інших видів діяльності, з іншого боку – запровадити легальні та легітимні правові бар'єри для недопущення втрат податкових надходжень державними бюджетами від ухилення (evasion) або уникнення (avoidance) оподаткування.

Кожною державою укладено десятки двосторонніх договорів про уникнення подвійного оподаткування, внаслідок чого сумарно у світі їх налічується декілька тисяч. Забезпечити у розумні строки якщо не уніфікацію, то зближення правових режимів міжнародного оподаткування як компаній, так і фізичних осіб шляхом удосконалення цієї множини міжнародних договорів виключно у форматі двосторонніх переговорів держав є об'єктивно неможливим.

На розв'язання загальної проблеми спрямовано не зовсім характерний для практики у сфері права міжнародних договорів багатосторонній інструмент, а саме Багатостороння конвенція про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування. Зазначену Конвенцію розроблено у межах реалізації глобальної ініціативи Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) і Великої двадцятки (G20) та ратифіковано Україною у 2019 році.

У межах загальної проблеми варто виділити одну з її ключових складових у межах євроінтеграційного вектора нашої держави. Вона полягає у тому, що завершення Україною та державами – членами ЄС процедур ратифікації або застосування інших інструментів імплементації Багатосторонньої конвенції не породжуватиме автоматичного застосування її норм до усіх чинних між ними двосторонніх угод про уникнення подвійного оподаткування.

Викладене вище зумовлює мету статті, якою є розкриття концептуально-правових засад, на яких ґрунтується Багатостороння конвенція про виконання заходів, що стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування, а також особливостей її застосування у двосторонніх відносинах з окремими державами – членами ЄС.

Для досягнення цілей статті доцільним є звернення, насамперед, до автентичного тексту Багатосторонньої конвенції (Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Erosion and Profit Shifting – BEPS) [1] та її офіційного перекладу, релевантних нормативно-правових актів України, аналітичних матеріалів Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР). Оскільки на нинішньому етапі питанням імплементації Плану заходів BEPS у цілому та особливостям Багатосторонньої конвенції зокрема в Україні увага приділяється, переважно, юристами-практиками транснаціональних компаній, які надають в Україні послуги, у тому числі, у сфері міжнародного оподаткування бізнесу [2, 3, 4], у представленому науковому форматі ця проблематика розглядається уперше.

Європейський Союз як суб'єкт міжнародного публічного права, який є, наприклад, однією зі сторін багатосторонніх угод СОТ, не є стороною Багатосторонньої конвенції, беручи участь у групах ad hoc у статусі спостерігача. Отже, розв'язання усього комплексу проблем, пов'язаних з подвійним

оподаткуванням та уникненням оподаткування на двосторонньому рівні належить до компетенції кожної держави – члена ЄС.

Відповідно до інформації, яка міститься у листі Державної фіскальної служби України від 02.01.2018 № 78/7/99-99-01-02-02-17 «Щодо міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування» [5], після набуття незалежності набрали чинності міжнародні договори про уникнення подвійного оподаткування майже з усіма державами – членами ЄС. У цьому переліку відсутня Іспанія, у відносинах України з якою діє Договір СРСР, оскільки відповідно до ст. 7 Закону України «Про правонаступництво України» від 12.09.1991 № 1543-XII Україна застосовує договори СРСР про уникнення подвійного оподаткування, що діють до набуття чинності новими договорами.

Усі без виключення держави – члени ЄС підписали Багатосторонню конвенцію, водночас, станом на 17 липня 2019 р. зазначена конвенція набрала чинності для значно меншого кола держав (Австрії, Бельгії, Фінляндії, Франції, Ірландії, Люксембургу, Мальти, Нідерландів, Польщі, Словакції, Словенії, Швеції, Великої Британії) [6]. Це означає, що до набрання чинності цієї Конвенції як для України, так й інших держав – членів ЄС, до їхніх двосторонніх угод про оподаткування, на які поширюється її дія, не вноситимуться зміни. Виходячи з офіційного автентичного тлумачення, яке міститься у пп. «а» п. 1 ст. 2 Багатосторонньої конвенції, термін Угода про оподаткування, на яку поширюється дія Конвенції, означає угоду про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доходи, незважаючи на те, чи угодою також охоплені інші види податків, наприклад, на капітал.

У свою чергу, кожна держава на свій розсуд визначає коло таких угод, на які вона бажає поширити дію Багатосторонньої конвенції, що може породжувати асиметричні наслідки. Як ілюстративний приклад можна навести Конвенцію між Україною і Королівством Нідерландів про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і майно, яку було ратифіковано Законом № 332/96-ВР від 12.07.96. Відповідно до інформації, яка міститься у спеціальній базі даних ОЕСР, Нідерланди не включили зазначену двосторонню Конвенцію з Україною до переліку угод, на яку поширюється дія Багатосторонньої конвенції, що виключає застосування її норм у повному обсязі [7]. Аналогічна ситуація має місце й у відносинах з деякими іншими державами –членами ЄС, зокрема, Австрією, Німеччиною, Іспанією, які також не включили угоду з Україною до переліку угод, на яку поширюється дія Багатосторонньої конвенції. Отже, попри те, що Україна надіслала повідомлення до ст. 2 Конвенції, що відповідно до абзацу «іі» підпункту «а» п. 1 ст. 2 Україна бажає, щоб дія Конвенції поширювалася на її угоди про оподаткування, у тому числі, з Королівством Нідерландів, Австрією, Німеччиною, Іспанією, дія Конвенції не поширюватиметься на її угоди про оподаткування з цими державами.

На сучасному етапі, поряд із виконанням Україною зобов'язань з імплементації так званого Мінімального стандарту Плану заходів BEPS [8], значення має також захід 15 «Розробка багатостороннього інструменту». Такий інструмент й набув форми згаданої вище Багатосторонньої конвенції про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування, яка набрала чинність з 1 липня 2018 р. У свою чергу, 4 квітня 2019 р. набрав чинності Закон України щодо ратифікації цієї Багатосторонньої конвенції [9], що, однак, не означає, що її введено для України в дію. Відповідно до ст. 35 Багатосторонньої конвенції строки введення її в дію диференційовано у дві групи:

1) щодо податків, які утримуються у джерела доходів і виплат із сум, сплачених або перерахованих нерезидентам (дивіденди, проценти, роялті тощо) – після першого дня наступного календарного року, що починається з останньої із дат набирання Конвенцією чинності для держав, між якими є чинною двостороння Угода про оподаткування;

2) стосовно усіх інших податків, які стягуються державою (наприклад, податок на прибуток резидента однієї держави від підприємницької діяльності на території іншої держави без створення постійного представництва), для податків, стягнених щодо відповідних податкових періодів – з/або після закінчення періоду у шість календарних місяців з найбільш пізньої з дат, коли ця Конвенція набуває чинності для кожної з Договірних юрисдикцій Угоди про оподаткування.

Здійснення таких правових кроків з боку України слід розглядати у контексті превалювання зовнішніх детермінант. Йдеться, по суті, про зовнішній тиск з боку іноземних та міжнародних партнерів, насамперед, Європейського Союзу для удосконалення як законодавства України у контексті його гармонізації з acquis ЄС, так й імплементації багатосторонніх правових інструментів, спрямованих на регулювання міждержавних відносин, які зачіпають приватні економічні інтереси суб'єктів транскордонного бізнесу. Так, у 2018 р. Міністром фінансів України наголошувалось на необхідності виконання мінімального стандарту BEPS для того, щоб не потрапити у небажаний офшорний список ЄС. До того ж зазначалось, що очікуване підписання і ратифікація Багатосторонньої конвенції, яка дозволяє оперативно та одночасно внести зміни в усі необхідні двосторонні угоди про уникнення подвійного оподаткування (яких в Україні понад 70) – це виконання двох з чотирьох кроків мінімального стандарту BEPS [10].

Актуалізуючи питання необхідності прийняття Багатосторонньої конвенції, в її преамбулі слушно зазначено, що уряди втрачають значні надходження від податку на прибуток підприємств внаслідок агресивного міжнародного податкового планування, в результаті якого прибутки штучно виводяться з-під оподаткування до місць, де вони не підлягають оподаткуванню або податки на них знижені [11].

У загальній концептуальній площині цією Конвенцією вносяться зміни до угод про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доходи, що дозволить забезпечити гнучку уніфікацію, яка не повною мірою є притаманною для міжнародного публічного права. Цей процес здійснюватиметься як у багатосторонньому форматі (у межах обов'язкового мінімального стандарту приєднання), так і двосторонньому (в частині вибору ідентичних факультативних положень з конкретними державами – партнерами за Багатосторонньою конвенцією).

Дійсно, до позитивних концептуально-правових засад Багатосторонньої конвенції варто віднести її «гнучкість» (flexibility), що відображає застосування диспозитивного методу правового регулювання. Так, держави мають право, зокрема, обирати застосування однієї або сукупності правових норм, які закріплено у відповідних статтях з різними диспозиціями. Наведене твердження можна проілюструвати на прикладі ст. 6 «Мета Угоди про оподаткування, на яку поширюється дія цієї Конвенції», в якій закріплено дві норми у п. 1 та п. 3, у яких передбачено дві самостійні складові преамбули двосторонніх угод про уникнення подвійного оподаткування. При цьому в держав є достатньо широке поле для правового маневру, оскільки вони можуть включити як обидві складові до таких угод, так і лише одну з них.

Не зупиняючись на усталеній практиці у сфері права міжнародних договорів, коли держава реалізує своє право зробити застереження про незастосування певних норм Конвенції, варто звернути увагу на інший дієвий підхід. Віднесення його до концептуально-правових засад дозволяє державам самостійно визначати, наскільки їхнім національним економічним інтересам відповідають ті правові механізми, які передбачено у варіативній частині Конвенції, та, у випадку позитивного висновку, прийняти офіційне рішення про їх застосування через імплементацію відповідних норм. Один із таких механізмів передбачено у частині VI «Арбітраж», застосування якої є відкритою можливістю для держав, які є сторонами Конвенції. Україна не повідомляла Депозитарій про застосування цієї частини до своїх двосторонніх угод про оподаткування, на які поширюється дія Конвенції, внаслідок чого вона не підлягатиме застосуванню у двосторонніх відносинах з державами, які асиметрично прийняли офіційне рішення про застосування частини VI «Арбітраж».

Виходячи з того, що класичною парною категорією щодо диспозитивного методу у теорії права є імперативний метод правового регулювання, для забезпечення цілісності дослідження доцільним вбачається визначити роль останнього у формуванні концептуально-правових засад Багатосторонньої конвенції. Визначальний аспект у цьому контексті полягає в обов'язковості забезпечення абсолютно усіма юрисдикціями так званих «мінімальних стандартів», які стосуються ключових питань, насамперед, попередження зловживання міжнародним договором (treaty abuse) та механізму вирішення спорів. Попри обов'язковість прийняття міжнародно-правових зобов'язань, особливістю Багатосторонньої конвенції є те, що досягнення кінцевої спільної мети, як то, зокрема, унеможливлення зловживання договором, може бути здійснено державами через запровадження різних механізмів на рівні міжнародних договорів або актів національного законодавства. У такому контексті варто вести мову, скоріше, про міжнародно-правову гармонізацію та проводити асоціативну паралель з таким видом актів вторинного законодавства ЄС, як директиви, які, на відміну від інструментів уніфікації – регламентів, є інструментом саме гармонізації у межах acquis ЄС.

Модифікація чинних норм двосторонніх угод може мати місце виключно у випадку, якщо у процесі імплементації Багатосторонньої конвенції кожна держава офіційно висловила аналогічну правову позицію. Крім цього, особливістю нормотворчої техніки є безпосереднє закріплення у її нормах різних, а конкретніше чотирьох формулювань особливих умов (застережень) – «клаузул сумісності», що зумовлює різні алгоритми в частині модифікації (змін) двосторонніх угод або ж залишення їх норм у незмінній чинній редакції.

Згадана вище з ілюстративною метою ст. 6 Багатосторонньої конвенції щодо самостійних складових преамбули угод про оподаткування може здаватись лише відносно важливою з огляду на квазідекларативний характер закріплених у ній норм. Водночас, цей аспект необхідно розглядати у більш широкому та вагомому контексті, що доцільно розкрити на конкретному прикладі, зокрема, у відносинах із одним із лідерів ЄС – Францією.

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, по-перше, договір повинен тлумачитись, у тому числі, у світлі його об'єкта і цілей (які містяться саме у преамбулі), по-друге, з метою тлумачення договору контекст охоплює, насамперед, текст договору, включаючи його преамбулу.

З моменту набрання чинності у 1999 р., Конвенція між Урядом України і Урядом Французької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і майно містила преамбулу наступного змісту: «бажаючи укласти Конвенцію про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і майно і підтверджуючи своє прагнення до розвитку та поглиблення взаємних економічних стосунків, домовились про таке…» [12].

У свою чергу, у п. 1 ст. 6 Багатосторонньої конвенції передбачено інший текст преамбули, а саме: «Маючи намір усунути подвійне оподаткування стосовно податків, на які поширюється дія цієї Угоди, без створення можливостей для повного звільнення від оподаткування або зменшення оподаткування шляхом податкового ухилення або уникнення (у тому числі, шляхом неправомірного використання угод з метою отримання пільг, передбачених цією Угодою, задля отримання непрямої вигоди резидентами третіх юрисдикцій)» [13].

У тому випадку, якщо правові позиції обох держав щодо цього аспекту будуть ідентичними, відповідно до п. 5 ст. 6 Багатосторонньої конвенції до їхньої двосторонньої Угоди про оподаткування буде внесено зміну шляхом включення нового тексту преамбули, передбаченого у п. 1 ст. 6 цієї Конвенції. Якщо ж правові позиції України та Франції щодо цього аспекту не будуть узгоджуватись, то текст преамбули, передбачений у п. 1 ст. 6 Багатосторонньої конвенції, все одно підлягатиме застосуванню, однак, з тією особливістю, що він не замінятиме, а підлягатиме включенню додатково до існуючого тексту преамбули. Наведене ілюструє особливість однієї з клаузул сумісності при модифікації двосторонніх угод про оподаткування, передбаченої у ч. 2 ст. 6 Багатосторонньої конвенції, а саме «замість або за відсутності» («in place of or in the absence of»). Вона породжує саме такі передбачені Конвенцією наслідки, які відрізнятимуться від застосування інших формулювань клаузули, наприклад, «applies to» або «modifies», коли норми Конвенції лише змінюють чинні норми двосторонніх угод без їх заміни у повному обсязі.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити основний висновок, що Україна не випала з траєкторії глобального тренду, спрямованого на модернізацію правового інструментарію на рівні двосторонніх міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування та, водночас, недопущення зловживання міжнародними договорами суб'єктами транскордонної діяльності. Це має на меті забезпечити економічні інтереси (у тому числі економічну безпеку) держав через унеможливлення або хоча б зменшення втрат державними бюджетами податкових надходжень від реалізації юридичними та фізичними особами стратегій податкового планування для уникнення або мінімізації оподаткування у транскордонній площині.

Враховуючи те, що низка важливих векторів у межах Плану заходів BEPS виходять за межі Мінімального стандарту, який імплементується Україною, у подальшому вбачається доцільним дослідження проблематики, яка актуалізується внаслідок розгортання одного з основних сучасних глобальних трендів – діджиталізації економіки, яка є предметом Заходу 1 «Відповіді на податкові виклики цифрової економіки».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting. URL: https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf (дата звернення: 05.08.2019).

2. Податково-юридична практика EY. Новини міжнародного оподаткування: Україна приєдналась до Багатосторонньої конвенції MLI, 24 липня 2018 р. URL: https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-tax-legal-newsletter-24-july-2018-ukr/$FILE/ey-tax-legal-newsletter-24-july-2018-ukr.pdf (дата звернення: 01.05.2019).

3. MLI підписано. Тестуємо міжнародні структури на стійкість, 27 липня 2018 р. URL: https://www2.deloitte.com/ua/uk/pages/press-room/press-release/2018/multilateral-convention-tax-treaty.html (дата звернення: 02.05.2019).

4. MLI: нові правила міжнародного оподаткування для українського бізнесу, 11 березня 2019 р. URL: https://www.pwc.com/ua/uk/publications/assets/flash-reports/2019/fr_1103_uk.pdf (дата звернення: 05.06.2019).

5. Лист Державної фіскальної служби України від 02.01.2018 № 78/7/99-99-01-02-02-17 «Щодо міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування». URL: http://sfs.gov.ua/diyalnist-/mijnarodne-/chinni-dvostoronni-mijuryado/328349.html (дата звернення: 15.06.2019).

6. Signatories and parties to the Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting. Status as of 17 July 2019. URL: https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf (дата звернення: 01.08.2019).

7. MLI Matching Database: «The agreement would not be a «Covered Tax Agreement» because Netherlands has not included it in its notification». URL: https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm (дата звернення: 21.07.2019).

8. Мінфін розробив дорожню карту реалізації Плану дій BEPS. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/news/249982923 (дата звернення: 15.06.2019).

9. Про ратифікацію Багатосторонньої конвенції про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування: Закон України від 28.02.2019 № 2692-VIII // Відомості Верховної Ради України. 2019. № 12. Ст. 64.

10.Данилюк О. Україна має виконати мінімальний стандарт BEPS, щоб не потрапити в офшорний список ЄС. URL: https://www.minfin.gov.ua/news/view/ukraina-maie-vykonaty-minimalnyi-standart--shchob-ne-potrapyty-v-ofshornyi-spysok-ies--danyliuk?category=mizhnarodne-spivrobitnictvo&subcategory=mizhnarodni-podatkovi-vidnosini (дата звернення: 16.05.2019).

11.Багатостороння конвенція про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування (офіційний переклад). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376_001-16 (дата звернення: 18.01.2019).

12. Конвенція між Урядом України і Урядом Французької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і майно. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/250_001(дата звернення: 07.08.2019).

13. Supra note, 11 (дата звернення: 10.08.2019).

ПІДТРИМНИЙ РОЗВИТОК ЯК ПРАВОВА ОСНОВА ЕКОЛОГІЧНОСТІ ЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИН

УДК 346.548:349.6
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.30

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

Popovych T. Supporting development as a legal basis for ecological economic relations

In the context of social crises, ever louder are calls for reducing the rate of economic development, the transition to a sustainable development, rational use of non-renewable natural resources and creation of favorable conditions for the protection of renewable resource. In countries, where poverty has not yet created a social crisis, environmental hazards and threats to human life are the risk factors.

Now we should talk about ecology, environmental and human security not from the point of view of the natural sciences, but by incorporating these ideas into economy and law. Ecological balance of the planet Earth can be created only through rational and effective management structures in social and economic sectors.

It is not a question of a compromise type of greening started in the 1960s, the essence of which is in environmental components existing solely for industrial needs, with the application of the principle of payment for them. The situation is further complicated by the fact that greening of this type is based on the status quo of the preference to private property over the public interest.

In September 2015 the 70th Session of the UN General Assembly in New York hosted the UN Summit, which outlined a new vision for development by 2030 and defined 17 Supportive Development Goals. Supportive development ideology aims at combining elements such as economic development, income growth and the welfare of people, especially poverty reduction and, of course, ecologization of all spheres of life.

It is proposed to be guided by the threefold concept of sustainable ecological, socio-economic development, although it should be noted that this concept cannot be implemented without proper legal regulation of environmental issues in conducting economic activities from the level of small communities to the level of big business.

This requires proper organization of legal work on the part of the state for the education of legal culture of an individual, a member of community, business, part of the collective forms of social organization and so on.

Keywords: goals of supportive development, greening of economy, legal work, legal culture, consumer use of natural resources, biodiversity, norms of use of natural resources, principle of payment for use of natural resources.

В умовах суспільних криз щоразу гучніше лунають заклики до скорочення темпів економічного розвитку, про перехід до сталого (пітримного) розвитку, раціональне використання невідновних природних ресурсів та створення сприятливих умов для охорони відтворюваних ресурсів.

У вересні 2015 р. в рамках 70-ї сесії Генеральної Асамблеї ООН у Нью-Йорку відбувся Саміт ООН, під час якого було надано загальне бачення нових орієнтирів розвитку до 2030 р. та визначено 17 Цілей підтримного розвитку. Пропонується керуватися триєдиною концепцією підтримного еколого-соціально-економічного розвитку, хоча слід зазначити, що ця концепція не може реалізовуватися без належного правового врегулювання питань охорони довкілля при веденні господарської діяльності від рівня малих громад до рівня великого бізнесу. Це потребує організації відповідної правової роботи зі сторони держави для виховання правової культури окремої людини, що є членом громади, представником бізнесу, входить до колективних форм організації суспільства тощо.

Ключові слова: цілі підтримного розвитку, екологізація економіки, правова робота, правова культура, споживацьке використання природних ресурсів, біорізноманіття, норми (нормативи) використання природних ресурсів, принцип платності використання природних ресурсів.

Про використання природних ресурсів відповідно до вжиткових (практичних) потреб людство замислювалося з самого початку існування. Недарма у повір'ях і звичаєвому праві багатьох народів існували заборони на надмірний вилов риби, добування тварин, вирубку дерев тощо. Так само у цих джерелах ретельно визначалися моральні норми ощадливого ставлення до природи (довкілля). У доіндустріальні часи економічний розвиток суспільства не створював особливих проблем в екології, але в подальшому дедалі нагальнішим поставало питання співвідношення отримання вигоди та нанесення шкоди людині й природі. «Природними» вважалися провали (сповільнення) в економіці, що призводили до зменшення негативного впливу на екологію планети.

Після світової економічної кризи 1929–1933 рр. продовжилося екстенсивне використання природних і людських ресурсів. Запанував так званий дикий капіталізм (вільний ринок), який орієнтувався лише на прибуток, максимальне панування у певних сферах, максимальний технологічний розвиток і не враховував негативний вплив на суспільство та довкілля. Найкращим варіантом розвитку людства, звичайно, є економічно зважений шлях розвитку з максимальним врахуванням екологічних потреб, тобто оптимальне співвідношення технологічного розвитку, створення комфортних умов життя, економічної вигоди, безпеки людини і довкілля.

Останнім часом часто висловлюються думки про те, що вільний (лібертаріантський) розвиток економіки є максимально ефективним і забезпечує стабільність довкілля та суспільства. Тобто це щось альтернативне, орієнтоване не на ринкову економіку і не на контрольовану державою економіку, а має засновуватися на моральних засадах, добросовісності та суспільній кооперації задля суспільного блага.

На нашу думку, у вільному розвитку слід розрізняти економічний та суспільний аспекти. Така позиція засновується на нашому (українському) досвіді суспільного (спільного) управління. Так, навіть у часи війн та постійних руйнувань державності на території України на рівні малих соціумів (хутори, слободи, села, міста, групи населених пунктів) українці демонстрували ініціативи зі створення власних інститутів соціальної взаємодії для управління власними територіями. З приходом централізованих структурних утворень ці локальні інститути соціальної взаємодії нівелювалися, але в умовах чергових суспільних криз вони знову актуалізувалися. Це той аспект вільного розвитку суспільства, що дозволяє створювати належні правові засади для функціонування промислового виробництва та збалансування економічних та екологічних правовідносин. Лише людина як індивідуум суспільства може потребувати цього балансу, що спричинить відгук: пропозиція стане відповідати такому суспільному запиту.

В економіці та розвитку ринків збуту товарів і послуг превалює централізоване управління процесами, оскільки на рівні окремих територіальних утворень важко запланувати рівний розвиток. Така ситуація виникає об'єктивно, бо різними є погодні умови, ресурсне наповнення, кількість населення, потреби в товарах (послугах) тощо. Лише централізоване (часто з виходом за межі держави) стратегічне та тактичне планування економіки дозволяє створити умови стабільності держави, матеріального забезпечення населення та розвитку суспільства.

Нам (українцям) слід відмовитися від міфу про благо капіталізму, про перевагу та ефективність приватних підприємств перед державними, оскільки за останні роки ці тези призвели лише до номенклатури, криміналізації економіки, збідніння населення. Чимдалі частіше українці звертаються до власних ресурсів для забезпечення свого існування. Провал суцільно централізованої економіки та наступного вільного підприємництва потребує раціональної та об'єктивної переоцінки. Йдеться не про перерозподіл ресурсів, сфер впливу чи інше, а про переорганізацію деспотичних та орієнтованих на прибуток підприємств чи навіть галузей економіки.

В умовах суспільних криз найкращим варіантом може стати максимальний розвиток місцевого самоврядування на місцях (без «феодального» впливу) для організації суспільства та його взаємозв'язок з центральними структурами організації суспільства для економічного розвитку.

У цьому контексті слід також вийти за межі нашої держави і звернути увагу на світовий розвиток. Настав той час, коли у людства є вибір: об'єднання у демократичні та екологічно спрямовані спільноти або фізичне руйнування планети Земля. Ми цілком можемо жити в суспільстві, структурованому на основі спільнот різного рівня, використовуючи уже існуючі або новітні технології для життєзабезпечення та матеріального добробуту кожного. Інакше ми ризикуємо втратити особисту та економічну свободу через олігархат світового рівня, що засновується на максимальному отриманні прибутків та тиранії.

У тих країнах, де бідність ще не створила суспільної кризи, таким фактором стане екологічна небезпека і загроза життю людини. Тому нині слід говорити про екологію, безпеку довкілля та людини не тільки з точки зору природничих наук, а й впроваджувати ці ідеї в економіку та право. Екологічний баланс на планеті Земля може бути створений лише на основі раціонального та ефективного управління як соціальними структурами, так і галузями економіки.

Слід також розглянути ще одну ідею, яку часто експлуатують не лише в Україні, а й у світі. Йдеться про екологізацію компромісного типу, розпочату у 60-ті роки XX ст. Екологізація стала чимось таким вибілюючим у сфері підприємництва (бальзамом на душу для людства), хоча сутність полягає у тому, що природа для індустріальних магнатів є джерелом природних ресурсів для їх власного розвитку. Йдеться лише про загравання із суспільством та ходу з меншим опором, яку підтримують міжнародні організації, екологічні лобісти та владні структури окремих держав.

Така екологізація компромісного типу вже призвела до збільшення кількості вуглецю в атмосфері, ризиків знищення екваторіальних лісів (тих, що утворюють основну масу кисню на землі), зменшення озонового шару, зменшення обсягу питної води, до хімічних (кислотних) дощів, шкідливих харчових складників у продуктах, неврівноважених сільськогосподарських методів виробництва, що призводять до опустелювання та засолювання ґрунтів. Ситуація ускладнюється ще тим, що екологізація такого типу засновується на статусі кво переваги права приватної власності над суспільними інтересами.

Екологізація, що засновується лише на змагальності, свободі та саморегулюванні, призведе до екологічної катастрофи. Так само забюрократизована та дуже ієрархізована соціальна структура призводить до неповороткості, слабкого реагування і того самого результату.

Суспільство має шукати альтернативи. Так, бездумне зростання, накопичування та споживання, що виявляється у зведенні нових гідроелектростанцій, атомних електростанцій, доріг замість лісів, будинків замість міського рекреаційного ландшафту, має протиставлятися протестними рухами та соціальними ініціативами на рівні окремих соціумів. Тут слід зазначити, що ми не маємо говорити про суспільство як абстрактне і загальне, оскільки кожне суспільство у горизонтальному (державному) та вертикальному (історичному) розрізах є унікальним і неповторним. У цьому контексті варто розрізняти два поняття – суспільство та осуспільнення, а саме: 1) суспільство як комплекс відносин, який не варто ототожнювати з ринком і торгівлею, оскільки воно існувало і до ринкових відносин в епоху зародження людства як біологічного виду; 2) осуспільнення або узагальнення певних процесів (соціалізація, еволюція та інші процеси, що є супутніми і створюють суспільство).

Одним із процесів осуспільнення є перехід суспільства до *підтримного розвитку*, що є розвитком вчення В. Вернадського про ноосферу. Вчення про ноосферу у 90-ті рр. XX ст. було взято за основу та стало тією платформою, якою скористалися лобісти екологізації для напрацювання триєдиної *концепції підтримного еколого-соціально-економічного розвитку*. Узагальнення цієї концепції були зроблені всесвітніми самітами ООН (за участі понад 180 країн світу, багатьох міжнародних організацій та провідних учених) у 1992 р. в Ріо-де-Жанейро [1] (з продовженням ідеї у 2002 р. – в Йоханесбурзі). А у вересні 2015 р. в рамках 70-ї сесії Генеральної Асамблеї ООН у Нью-Йорку відбувся Саміт ООН, під час якого було надано загальне бачення нових орієнтирів розвитку до 2030 р. та визначено 17 Цілей підтримного розвитку.

Ідеологія підтримного розвитку спрямована на поєднання таких елементів, як економічний розвиток, зростання доходів і доброту людей праці, особливо – зменшення бідності, злиднів і, звичайно, екологізація всіх сфер життя. Це гарні ідеали, але, на думку Ю. Щербака, ми навіть не знаємо, наскільки серйозно сьогодні постають перед нами ці екологічні питання, оскільки Міністерство екології України позбавлене важелів контролю над певними монополіями і підприємствами – туди не потрапляють жодні інспекції, перевірки і взагалі мало відомо, що там відбувається. Хоча, як він зазначає, модернізація технологій, яка відбувається у нас на деяких підприємствах, сама по собі позитивна, оскільки набагато частіше враховує екологічну складову, ніж у інших країнах [2].

Слід керуватися триєдиною концепцією підтримного еколого-соціально-економічного розвитку, яка має спрацювати таким чином.

1. Економічний напрям має забезпечити оптимальне використання обмежених ресурсів та застосування різного роду зберігаючих технологій для створення такого доходу, який би забезпечував принаймні збереження (не зменшення) будь-якого капіталу (фізичного природного, або людського).

Ще у XX ст. передбачалося, що перехід до інформаційного суспільства має зумовити до зміни структури сукупного капіталу на користь людського, збільшуючи нематеріальні потоки фінансів, інформації та інтелектуальної власності. Нині фактично так і є. У той самий час, ми ще не відмовилися від надмірного «споживацького» ставлення до природи (природних ресурсів), забуваючи, що деякі з них є невідновними.

Для того, щоб відбувався розвиток нової «нематеріальної» економіки, слід виходити не лише з дефіциту (обмеженості) природних ресурсів, а й враховувати наростання обсягів інформації та знань людства, що чимдалі набувають якостей товару та є найбільш затребуваними в економіці. Даний напрям має забезпечити правове регулювання норм і квот на споживання природних ресурсів з урахуванням мінімальних потреб економіки (у разі збільшення потреби плата за користування має встановлюватися за суттєво підвищеними коефіцієнтами (50, 100, 200), що призведе до втрати економічної вигоди).

2. Екологічний напрям. Тут сталий розвиток має забезпечити цілісність біологічних і фізичних природних систем, їх життєздатність та відтворюваність, від чого залежить глобальна стабільність усієї біосфери. Тобто йдеться про біоти та біорізноманіття, що, за визначенням ООН (Конвенція про охорону біорізноманіття), є різноманітністю живих організмів з усіх джерел, включаючи, серед іншого, наземні, морські та інші водні екосистеми і екологічні комплекси, частиною яких вони є. Йдеться також про різноманітність у рамках виду, між видами і різноманітність екосистем. Особливого значення набуває здатність таких систем самооновлюватися й адаптуватися (пристосовуватися) до різних змін. Це є противагою збереженню в зафіксованому статичному стані або деградації (втраті) біологічної різноманітності.

Суттєвими для цього напряму є видове багатство та рівність. Видове багатство типово визначається кількістю видів у певному угрупованні, екосистемі чи географічній області. Часто біологи виражають даний показник як співвідношення особин (видів) до площі. Рівність характеризує співвідношення розподілу особин між видами в групах, біотах. Інколи цю рівність називають вирівнюванням, що є не досить вдалим перекладом з англійської Evenness. Рівність краще назвати рівномірністю розселення, що характеризує ступінь структурної різноманітності системи незалежно від території.

Суттєвим у цьому блоці правовим напрямом на найближчі роки має стати стимулювання державою меценатських, грантових та інших «безкорисливих» проектів, що не лише забезпечать охорону (відтворення) окремих природних ресурсів чи видів тварин (рослин), а й створять умови для виживання мікробіот аж до збереження видового різноманіття не лише в Україні.

3. Соціальний напрям орієнтований на людський розвиток, на збереження стабільності суспільних і культурних систем, на зменшення кількості конфліктів у суспільстві. Людина, що є частиною природного світу, має переважати та бути не об'єктом, а суб'єктом розвитку. Одночасно саме від людини залежить збалансування усіх трьох напрямів концепції пітримного розвитку, оскільки вона бере участь у процесах формування своєї життєдіяльності та економічних процесах, прийнятті й реалізації рішень зі збереження довкілля та/чи неспоживацького відношення до нього, а також контролює їх виконання. Важливе значення для забезпечення цих умов мають (і матимуть) справедливий розподіл благ між людьми (врахування GINI-індексу щодо розподілу національного доходу всередині окремої країни, коефіцієнту нерівності в суспільстві та інші), свобода вираження думок та толерантність у суспільстві, збереження культурного потенціалу країн і його розмаїття у світовому масштабі, збереження світових надбань людства.

Підводячи підсумок, слід зазначити, що триєдина концепція підтримного розвитку не може реалізовуватися без належного правового врегулювання питань охорони довкілля при веденні господарської діяльності від рівня малих громад до рівня великого бізнесу. Це потребує організації відповідної правової роботи зі сторони держави для формування правової культури окремої людини, що є членом громади, представником бізнесу, входить до колективних форм організації суспільства тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Декларація Ріо-де-Жанейро щодо навколишнього середовища та розвитку, прийнята Конференцією ООН з навколишнього середовища та розвитку, Ріо-де-Жанейро, 3–14 червня 1992 р. (Текст Декларації взято з сайту Організації Об'єднаних Націй). URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml; https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_455 (дата звернення: 21.05.2019).

2. Щербак Ю. Політика всіх президентів України ігнорувала інноваційний розвиток держави. URL: https:// hvylya.net/interview/yuriy-shherbak-politika-vsih-prezidentiv-ukrayini-ignoruvala-innovatsiyniy-rozvitok-derzhavi.html (дата звернення: 21.05.2019).

3. Конвенція про охорону біорізноманіття, ратифікована Законом України № 257/94-ВР від 29.11.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030 (дата звернення: 21.05.2019).

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В ЄС

УДК 346.22:332.021
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.31

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

Frankova A., Historical roots of legal regulation of public procurement in the EU

The article is devoted to presentation of periodization of rulemaking development in the EU on the field of public procurement, legal analysis of each stage of the public procurement system formation and their general characteristics.

Start of the public procurement system in the EU was gradual since it depended on many factors, including development of market system economy of each member, the willingness of the states to open borders and markets and the level of development of legal framework.

The European Economic Community Treaty of 1957 laid the foundation for creation of a common market between the member states. The first law governing the public procurement in the EU was enshrined in the Treaty of Rome of 1957, which established the inadmissibility of any discrimination by the member states of the Treaty.

The first stage of the development of the law on the field of public procurement was marked by the separation of principles, standards of public procurement. At this stage, directives governing the procurement of goods and works were adopted, including the Directive No. 77/62/EU dated December 21, 1976. «On the Harmonization of Procedures of Granting of Government Goods Supply Contracts» and the Directive No. 71/305 dated July 26, 1971 «On the Harmonization of Procedures of Granting of Government Work Contracts».

The second stage of law development was marked by the adoption of the Directive No. 90/531/EES dated September 17, 1990 «On the Procedure of Procurement by Enterprises Undertaking Activities in the Fields of Transport, Water Supply, Electric Power Supply and Telecommunications», and the amendments were made to the Directives that entered the first stage (the Directive No. 77/62/EES dated December 21, 1976 and the Directive No. 71/305 dated July 26, 1971).

The next stage was marked by the fact that the scope of the European Law applied to the service sector. To support it, the Directive No. 92/50/EES dated June 18, 1992 «On the Harmonization of Procedures of Granting of Service Contracts» was adopted. At this stage, actions, concerning the development of the first Directive that must integrate the field of procurement of goods, works and services, were made.

An accomplishment of the fourth stage was the reformation of the European Law in the field of procurement, the codification of the directives, which resulted in the adoption of the Directive No. 2004/18/UN dated March 31, 2004 «On the Harmonization of Procedures of the Conclusion of Government Work, Goods Supply and Service Rendering Contracts».

The last stage was marked by the adoption of the following Directives: No. 2004/18/UN and No. 2004/17/UN. For the first time, the Directive No. 2014/23/UN dated February 26, 2014 «On the Granting of Concession Contracts» began to regulate the concession contracts. In addition, the Directive No. 2007/66/UN dated December 11, 2007 «On Amendments to the Directives No. 89/665/EES and No. 92/13/UN» introduced a mechanism for the protection of public procurement participants.

Thus, the development of the EU Law had gradual nature, and was aimed at the elimination of shortcomings in the enforcement of the European Law, the improving of laws of existing directives, the implementation of new standards, which had a positive impact on market relations between the member states.

Key words: public procurement, EU, history and stages of public procurement development.

Стаття присвячена висвітленню періодизації розвитку нормотворчості в ЄС у сфері публічних закупівель, правовому аналізу кожного етапу формування системи державних закупівель та представлена їх загальна характеристика.

Ключові слова: публічні закупівлі, ЄС, історія та етапи розвитку публічних закупівель.

Постановка завдання. Метою даної статті є дослідження та аналіз відповідних етапів історії розвитку публічних закупівель ЄС.

Методологія. У процесі дослідження використано методи теоретичного узагальнення і порівняння, аналізу для визначення: стану законодавчого забезпечення та особливостей проведення публічних закупівель в ЄС.

Формування системи державних закупівель в різних країнах світу відбувалося не одночасно і значно залежало від розвитку приватного і державного секторів економіки і законодавчої бази [3].

Історія становлення норм європейського права, що регулюють сферу державних закупівель, починається з політичного рішення шести європейських держав (Бельгія, Німеччина, Італія, Люксембург, Нідерланди, Франція) почати будівництво спільного ринку. Дане рішення знайшло своє відображення в Договорі про заснування Європейського об'єднання вугілля і сталі 1951 р., а потім в Договорі про заснування Європейського економічного Співтовариства 1957 р, де ст. 2 була закріплена одна з основних цілей Співтовариства – створення спільного ринку. Загальний ринок розумівся як простір, де гарантується свобода пересування факторів виробництва (ст. 48 і 67). Тоді ж держави – члени ЄЕС визначили основні кроки щодо досягнення цієї мети – Договір про ЄЕС закріплює чотири основні свободи: свобода пересування товару, послуг, капіталу і осіб. Держави – члени ЄЕС, висловивши прихильність вищепереліченим принципам, прийшли до розуміння необхідності ліквідувати тарифні і нетарифні бар'єри у взаємній торгівлі [5].

Говорячи про історичний контекст розвитку законодавства Європейського Союзу про державні закупівлі, необхідно пам'ятати, що мета наднаціонального регулювання полягає в тому, щоб відкрити ринки державних закупівель для господарюючих суб'єктів з інших держав – членів Союзу. Перші норми, які хоч якось регулювали державні закупівлі в ЄС, були закріплені в Римському договорі 1957 року (нині – Договір про функціонування Європейського Союзу) у вигляді загальних принципів. Серед іншого, Римський договір забороняв державам–членам дискримінацію стосовно інших держав-членів, наприклад, шляхом збереження за національними компаніями контрактів. Будучи закріпленими в установчому договорі, дані норми не вимагали імплементації з боку держав-членів. Однак цих норм-принципів явно було недостатньо для того, щоб відкрити ринки державних закупівель. Зокрема, на певному етапі історичного розвитку прийшло усвідомлення того, що необхідна прозора процедура присудження контракту, яка позбавляла б замовника можливості приховати якусь дискримінаційну поведінку під «мантією свободи дій». Крім того, вважалося за доцільне прийняття спеціальних положень, що дозволяють ущемленим учасникам торгів захищати свої права. Для забезпечення вищезгаданого і були прийняті на рівні спочатку Товариства, а потім і Союзу спеціальні Директиви. Аналіз еволюції законодавства ЄС про державні закупівлі на даний час набуває особливої актуальності в силу закінчення 18 квітня 2016 року строку для імплементації нового пакета директив, прийнятих в лютому 2014 року. Крім того, в умовах становлення Євразійського Союзу, а також з огляду на те, що багато положень російських законів у сфері державних закупівель були запозичені з директив Європейського Союзу, уявляється корисним проаналізувати досвід західних сусідів [4].

Римський договір 1957 р. закріплює свободу пересування товару, послуг, капіталу та осіб. Висловивши свою прихильність вищепереліченим принципам Товариства, держави-члени прийшли до розуміння необхідності ліквідувати всі тарифні і нетарифні бар'єри у взаємній торгівлі. Договором про заснування ЄС передбачається, що загальний ринок повинен створюватися поетапно, протягом перехідного 12-річного періоду (3 етапи по 4 роки). Для кожного етапу передбачається сукупність заходів, які повинні бути прийняті і здійснені в установленому порядку [6].

Початок 1-го етапу формування європейського права у сфері державних закупівель відноситься до першої половини 1960-х рр. Тоді Європейська комісія в Меморандумі Плану дій Співтовариства на другий перехідний період до загального ринку зробила висновки про те, що відсутність єдиного регулювання в сфері державних закупівель є серйозною перешкодою на шляху подальшого розвитку загального ринку. Європейська комісія запропонувала заходи щодо вирішення даної проблеми. В результаті було прийнято низку директив, що регулюють здійснення закупівель товарів і робіт, в тому числі Директива від 21 грудня 1976 № 77/62 / ЄС «Про гармонізацію процедур присудження державних контрактів на поставку товарів» (перша директива про закупівлю товарів, далі – Директива № 77/62) і Директива від 26 липня 1971 р. № 71/305 «Про гармонізацію процедур присудження Державних контрактів на виконання робіт» (перша директива щодо закупівлі робіт – Директива № 71/30512) [6].

У 1977 році були прийняті і закріплені в Директиві 77/62 / ЄС аналогічні норми, що регулюють контракти на поставку товарів. Вже тоді були закладені базові принципи правового регулювання державних закупівель в Європейському Союзі.

Директиви 71/305 і 77/62 не досягли поставлених перед ними завдань, оскільки національні ринки державних закупівель так і не були належним чином відкриті. Як підкреслила Європейська Комісія у зверненні до Ради з питань державних закупівель, зазначені директиви не були належним чином реалізовані в національне законодавство держав-членів. Серед причин, за якими результат Директив був визнаний незадовільним, називалися: неповідомлення про контракти в Офіційному журналі як результат дроблення контрактів (як навмисного, так і ненавмисного), незнання відповідних норм з боку замовників або явне нехтування цими нормами; зловживання винятками, що дозволяють проводити торги без конкурсного відбору (договірна процедура) замість відкритого або закритого конкурсу; дискримінаційні вимоги, що висуваються замовниками щодо відповідності національним технічним стандартам, виключаючи європейські стандарти і стандарти інших держав-членів (в

порушення принципу взаємного визнання), незаконне вилучення учасників торгів або дискримінаційне застосування умови присудження контракту [4].

У 1984 р. Комісія представила Раді Європейських Співтовариств звіт про результати застосування директив про постачання. У цьому документі була відображена досить похмура картина, освітила ряд недоліків: невиконання вимоги про розміщення оголошень про контракти в офіційному виданні Official Journal; незнання правил контрактними органами або їх навмисне відхилення від цих правил; зловживання винятками; дискримінують вимоги, зокрема, наполягання на національних стандартах; незаконна дискваліфікація постачальників або підрядників. З урахуванням цих фактів і «Білої Книги» (1985 рік), що підтвердило необхідність завершення формування Внутрішнього ринку, в кінці 1980-х на початку 1990-х років з'явилося нове законодавство про закупівлі. На основі цих нових законодавчих документів, а також у зв'язку з розширенням Європейського Союзу, в цей час вводяться поліпшені правила держзакупівель, а також адекватні заходи примусового виконання цих правил і санкції у разі їх порушення. Це нове покоління європейських правил не змінило основного характеру директив ЄС про постачання, основна їх мета полягала в тому, щоб зробити тендерний процес і присудження контрактів більш прозорим [3].

Наступний етап розвитку європейського права в сфері державних закупівель характеризується, в першу чергу, поширенням його дії на державні закупівлі послуг. Так, Радою міністрів була прийнята Директива від 18 червня 1992 № 92/50 / ЄС «Про гармонізацію процедур присудження державних контрактів на надання послуг». Крім того, почалася підготовка до створення єдиної директиви, яка об'єднала б регулювання державних закупівель як товарів, так і робіт, і послуг. Головним досягненням третього етапу розвитку європейського права в сфері державних закупівель стало поширення його дії на здійснення закупівель на надання послуг. Видання Директиви № 92/50 / ЄС відкрило можливість для уніфікації законодавства в сфері державних закупівель у всіх сферах і для створення єдиного механізму регулювання державних закупівель товарів, робіт і послуг [6].

Дана Директива додержувалася того ж принципу, що і Директиви про державні контракти на поставку товарів і державних контрактів на виконання робіт, зокрема обов'язкове повідомлення про контракти на території Співтовариства, заборона дискримінаційних технічних характеристик, здатних стати перешкодою для подачі заявок з інших держав-членів, і одноманітне й об'єктивне застосування процедур проведення торгів і присудження контракту. Директива № 92/50 передбачає новий вид присудження контракту – конкурс проектів, який проводиться з питань міського планування, архітектури, проектування цивільних об'єктів.

Згідно з Директивою № 92/50 державні контракти на надання послуг – це договори, які мають в якості свого предмета надання послуг, перелічених у Класифікаторі основних продуктів, який виданий Організацією Об'єднаних Націй і що включає в себе майже всі можливі види послуг, оскільки на рівні Союзу подібного Класифікатора не було.

Директива 92/50 стала першою, яка зробила спробу відкрити ринки державних закупівель послуг, однак з-під її дії були виведені як деякі окремо взяті договори (наприклад, договори про проведення арбітражу або примирення, трудові договори), так і концесійні послуги. Крім того, Директива розмежовує поняття «пріоритетні» послуги, до яких застосовується весь комплекс заходів, встановлених Директивою, і «непріоритетні», які підкоряються дії Директиви тільки в таких базових питаннях, як заборона дискримінації та прозорість проведення державних закупівель [4].

Роком пізніше (1993 р.) відбулася ще одна знакова подія для наднаціонального регулювання державних закупівель ЄС, а саме консолідація норм. Однак варто відразу зауважити, що консолідація була «галузевою». Іншими словами, з'явилися три нові Директиви: 93/36 про державні контракти на поставку товарів, 93/37 про державні контракти на виконання робіт, 93/38 про закупівлі в сфері водопостачання, енергетики, транспорту і зв'язку. Кожна із зазначених Директив об'єднувала всі попередні Директиви у відповідній галузі. Нові Директиви, крім власне консолідації, внесли невеликі зміни до регулювання державних закупівель в Європейському Союзі. В основному зміни стосувалися процесуальних аспектів, а також питань щодо приведення законодавства відповідно до міжнародних зобов'язань (йдеться, перш за все, про Угоду про державні закупівлі, що діє в рамках Світової організації торгівлі).

Таким чином, відразу кілька важливих подій стосовно регулювання державних закупівель в Європейському Союзі мали місце в кінці минулого століття [3].

Слід зазначити кодифікацію норм про закупівлі, яка була об'єднана у єдиний документ – директива від 31 березня 2004 № 2004/18ЕС «Про гармонізацію процедур укладення державних контрактів на виконання робіт, поставку товарів та надання послуг». А закупівлі в сфері життєзабезпечення регулювались нормами Директиви від 31 березня 2004 р. № 2004/17/ЄС «Про гармонізацію закупівельних процедур для компаній, зайнятих в сферах водопостачання, електроенергетики, транспорту і поштового обслуговування».

В результаті реформи системи державних закупівель в ЄС з'явився складний механізм, який регулює великий обсяг різних правовідносин. Незважаючи на те, що Директива № 2004/18 / ЄС звела докупи регулювання державних закупівель в трьох галузях – закупівля товарів, робіт і послуг, – акт вийшов громіздким і складним для сприйняття. Крім того, процеси лібералізації різних галузей економіки також повинні були знайти відображення в новій системі здійснення державних закупівель в ЄС. У зв'язку з цим європейські інститути змушені спростити існуюче нормативне регулювання державних закупівель, зробити його більш гнучким, що реагує на зміни, що відбуваються в рамках спільного європейського економічного простору [6].

Важливим етапом був перегляд вищеозначених директив у 2011 р. Так, у грудні 2011 р. Європейська Комісія запропонувала переглянути Директиви 2004/17 / ЄС та 2004/18 / ЄС, а також прийняти нову Директиву про концесійні угоди. Необхідно відзначити, що, перш за все, концесії регулювалися Директивою 2004/18 / ЄС, однак тепер європейський законодавець вирішив вивести їх в окремий документ. Крім того, перегляд наднаціонального регулювання державних закупівель виник через прийняття програми «Європа 2020: Стратегія для розумного, стійкого і всебічного зростання», в якій державні контракти відіграють ключову роль. Економічні, соціальні та політичні події, а також сучасні бюджетні обмеження в ЄС зробили необхідними зміни регулювання, по-перше, щоб зробити їх більш простими і ефективними для замовників і постачальників і, по-друге, щоб забезпечити краще співвідношення ціни і якості для державних закупівель з дотриманням принципів прозорості та конкуренції.

Директива 2014/24 / ЄС зберегла основні положення Директиви 2004/18 / ЄС, однак регулювання ряду аспектів проведення державних закупівель було адаптовано під сучасні реалії. Зокрема, нова Директива закріплює поступовий перехід до обов'язкового проведення тендеру в електронній формі, в той час як нині діюча передбачала рівний режим для «традиційних» і електронних засобів. Крім того, у всіх процедурах проведення закупівель були істотно скорочені терміни. Значно спростилися адміністративні процедури, пов'язані з подачею документів, з опублікуванням повідомлень, з переглядом вже підписаних контрактів. Особливу увагу нова Директива приділяє протидії корупції, шахрайству та конфлікту інтересів, а також створенню більш сприятливого режиму для малих і середніх підприємств [3].

Приєднання України до Угоди СОТ про державні закупівлі (далі – Угода СОТ) у 2016 р., що закріплено Законом України «Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі» від 16.03.2016 р., стало найбільшою подією, що здійснило вагомий внесок у формування міжнародно-правових джерел у сфері державних закупівель. Угода СОТ на сьогодні дозволяє проводити публічні закупівлі більш прозоро та якісно, зокрема на сьогодні Угода СОТ:

– створює умови для залучення іноземних інвестицій;

– дозволяє проводити організацію державних закупівель не лише за національними, але й за міжнародними стандартами;

– сприяє гармонізації вітчизняного законодавства у сфері державних закупівель;

– сприяє розвитку економіки та зростанню економічних показників;

– сприяє створенню рівних умов для участі у закупівлях як іноземного суб'єкта, так і вітчизняного суб'єкта;

– сприяє усуненню корупційних схем, а отже, і ефективному використанню державних коштів, державного бюджету.

Основне завдання Угоди СОТ – це створення сприятливого клімату для здійснення міжнародної торгівлі.

Однак слід зауважити, що положення Угоди СОТ поширюються не на всі публічні закупівлі, тому норми, що регулюють процедурні питання, діють не на абсолютну більшість публічних закупівель. Тому важливим, на мою думку, є:

– визначення пріоритетних напрямків міжнародної торгівлі;

– вивчення міжнародної практики та зарубіжного досвіду проведення публічних закупівель та успішне впровадження їх в українські реалії;

– проведення сумісних консультацій та інформування з приводу публічних закупівель;

– залучення міжнародних експертів задля успішного впровадження міжнародних стандартів публічних закупівель тощо.

Підводячи підсумок аналізу процесу становлення європейського права в сфері регулювання державних закупівель, необхідно зробити такі попередні висновки.

1. Державні закупівлі в ЄС є одним з найважливіших механізмів формування єдиного внутрішнього ринку ЄС, особливо в частині ліквідації нетарифних обмежень, що існують у взаємній торгівлі між державами – членами ЄС.

2. Розвиток права ЄС про державні закупівлі характеризується тенденцією до поступового розширення сфери його дії.

3. У 2014 р. в результаті проведення масштабної реформи системи правового регулювання державних закупівель почався новий – п'ятий етап розвитку права ЄС в галузі державних закупівель.

4. Розвиток системи державних закупівель в ЄС характеризується тенденцією до спрощення правової системи і її кодифікації – з'являється єдина директива, яка регулює державні закупівлі товарів, робіт, послуг.

5. Система правового регулювання державних закупівель в ЄС є комплексним механізмом, який регулює всі стадії здійснення закупівлі, включаючи планування, проведення процедур закупівлі та закінчуючи контролем за виконанням укладеного контракту [5].

Жодна країна не може стверджувати, що розробила ідеальне рішення, яке можна адаптувати в інших країнах. Однак, продовжуючи розвивати свою систему державних закупівель відповідно до стандартів ЄС, Україні корисно вивчити та проаналізувати досвід різних країн ЄС, особливо щодо складніших аспектів державних закупівель. Подальша модернізація української системи державних закупівель продовжить сприяти:

– поліпшенню умов для конкуренції на ринку державних контрактів в Україні через підвищення рівня законності, відкритості та неупередженості процесу укладення контрактів;

– забезпеченню кращого співвідношення ціни та якості при виборі переможця тендера на державні закупівлі;

– скороченню випадків корупції;

– удосконаленню системи управління;

– проведенню маркетингових досліджень щодо попиту та пропозиції на товари чи послуги на ринку для чіткого та ефективного планування закупівель та створення конкурентного середовища на ринку [1].

На сьогодні порядок проведення публічних закупівель в ЄС регулюється низкою Директив ЄС, основними з яких є:

– Директива про здійснення державних закупівель в державному секторі;

– Директива щодо закупівель в сфері комунального господарства;

– Директива про застосування процедур оскарження рішень про присудження договорів закупівлі товарів та робіт за державні кошти;

– Директива про застосування процедур оскарження рішень про присудження договорів закупівлі товарів та робіт за державні кошти щодо здійснення закупівельних процедур установами, які працюють у сферах водопостачання, енергетики, транспорту та телекомунікацій;

– Директива щодо закупівель в сфері оборони;

– Директива щодо укладання договорів концесії;

– Директива про електронне інвойсування (е-інвойсування) в державних закупівлях [2].

У статті було надано загальну характеристику історичним етапам розвитку законодавства ЄС у сфері публічних закупівель; проаналізовано переваги та недоліки законодавства ЄС в процесі його еволюції; надано оцінку стану законодавства ЄС та її вплив на загальний ринок збуту товарів, робіт та послуг.

Удосконалення законодавства ЄС у сфері публічних закупівель дозволяє відкривати нові кордони ринку збуту товарів, робіт, послуг та залучати нових суб'єктів публічних закупівель, в т.ч. сприяти поліпшенню стану законодавства у державах – членах Угоди про асоціацію.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Гризоглазов Д. В., Давидов І. А. Зарубіжний досвід здійснення державних закупівель // Науковий вісник Херсонського державного університету, 2016. Вип. 19 (1). С. 129–133.

2. Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС. Збірник директив ЄС з питань державних закупівель. URL: http://eupublicprocurement.org.ua/wpcontent/uploads/2015/02/EU-PP-DirectivesCompendium_UKR.pdf (дата звернення: 11.09.2019).

3. Кузнецова И. В. Учебно-методическое пособие по дисциплине «Управление государственными и муниципальными заказами» (для специальности 080504.65 «Государственное и муниципальное управление». Москва, 2007. URL: http//www.hse.ru/edu/courses/34471527.html (дата звернення: 11.09.2019).

4. Камалян А. М. Эволюция законодательства Европейского Союза о государственных закупках // Международный правовой курьер. URL: http://inter-legal.ru/evolyutsiya-zakonodatelstva-evropejskogo-soyuza-o-gosudarstvennyh-zakupkah-the-evolution-of-the-eu-public-procurement-law (дата звернення: 11.09.2019).

5. Пучкова А. П. Регулирование государственных закупок в праве Европейского Союза: дис. канд. юрид. наук: 12.00.10/ Московский Государственный Институт Международных отношений (Университет) Министерства Иностранных Дел Российской Федерации. М., 2018. 198 с.

6. Смазнова А. П. Причины и основные этапы формирования права ЕС в сфере государственных закупок // Вопросы экономики и права. 2017. № 3. С. 27–32.

ПРАВОВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ ЕЛЕКТРОННИХ ГРОШЕЙ НА РЕГІОНАЛЬНОМУ РІВНІ ЗА ПРАВОМ ЄС

УДК 347.21
https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.32

Шульгін А. А.,
аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Shulgin A. Legal regulation of the digital currency at EU regional level

This article analyzes the main theoretical approaches to the definition of digital currency as a financial institution. It is established that digital currency is a separate form of traditional money and is a separate form of settlement close to non-cash. The content of international legal regulation at the regional level of circulation of electronic money under the EU law is considered.

Digital currency is a new form of expression of traditional money. The peculiarity of this form lies in the physical properties of digital currency, in particular digital currency is required in digital form, which is fixed on a tangible medium (server, electronic card).

In the European Union digital currency is considered, first and foremost, as a new means of payment, a new kind of money. This necessitates banking regulation of the sphere of digital currency circulation. This is the reason for the separate from banking, liberal regime of regulatory regulation.

We have determined that the European Central Bank and the Bank of International Settlements have repeatedly emphasized that the issue of digital currency and the control of it should be carried out in compliance with clear terms and conditions, since uncontrolled emission of electronic money can adversely affect stability of a financial system and without functioning of the financial system. The problem of existence of digital currency as an economic and legal category is primarily due to the uncontrolled use of such an equivalent as «money» through their issue by private entities. In fact, the absence of a legal mechanism in the countries of the world to control circulation and issue of money possesses a threat to the stability of economic processes in the world. Moreover, such consequences can also be caused by unauthorized exchange of cash into electronic currency, which does not have a clear interbank rate and is technically viable by individuals whose level of social responsibility is much lower than that of public law entities, by unauthorized government or international bodies.

Thus, considering the legal regulation of circulation and issue of digital currency, we have established that there is no universal international treaty, convention or other international legal act that would regulate digital currency. Therefore, for now, the highest level of international legal regulation of digital currency is the regional level, an example of which is the regulation of the circulation of digital currency by a number of European Union directives dealing directly with digital currency and e-commerce. Therefore, a further direction of research on this issue is the further comparative analysis of regulation of domestic legislation on the issue of circulation of electronic money with EU regional norms.

Key words: Electronic money, money, money circulation, regional level, the theory of money

Статтю присвячено правовим підходам до визначення електронних грошей. Встановлено, що електронні гроші є окремою формою традиційних грошей та окремою формою розрахунків, наближених до безготівкових. Розглянуто зміст міжнародно-правового регулювання обігу електронних грошей на регіональному рівні за правом ЄС.

Ключові слова: електронні гроші, гроші, грошовий обіг, регіональний рівень, теорія грошей.

Електронні гроші є відносно новим економічним та правовим явищем. Так, електронні гроші як новий фінансовий інструмент з'явилися наприкінці 80-х років минуло сторіччя, що є логічним еволюційним етапом розвитку грошей як еквівалента вартості товару та послуг. Такий фінансовий інститут значною мірою прискорює здійснення розрахункових операцій, не обмежуючись лише певною країною, а також допомагає максимально зменшити витрати на їх емісію.

Електронні гроші є абсолютно новим способом здійснення розрахунків між суб'єктами приватного права, чим і зумовлюється відсутність універсального рівня міжнародного правового регулювання. Відповідне регулювання здійснюється на рівні окремих держав, виключенням є регулювання обігу електронних грошей на регіональному рівні, зокрема нормами права ЄС, які визначають не тільки порядок здійснення взаєморозрахунків електронних грошей між суб'єктами, а й визначають ряд вимог до емітента електронних грошей, що, у свою чергу, також входить у поняття обігу електронних грошей. Дане питання також потребує більш точного теоретичного визначення окремих класифікаційних ознак електронних грошей. Так, відкритим серед вчених-теоретиків залишається питанням щодо визначення форми здійснення розрахунків за допомогою електронних грошей.

Метою статті є визначення основних проблем правового регулювання електронних грошей на регіональному рівні за правом ЄС. Також мета статті полягає у тому, щоб на основі наявних

досліджень науковців щодо даного питання, а також наявного досвіду Європейського Союзу як унікальної міжнародної організації із наднаціональним правом з питань регулювання обігу електронних грошей проаналізувати та розкрити фінансову-правову сутність електронних грошей та перспективи їх правового регулювання.

До завдань статті відносяться: визначення місця електронних грошей серед інших об'єктів цивільних прав, визначення методів фінансово-правого регулювання обігу електронних грошей за законодавством ЄС; розгляд наслідків уніфікації правового регулювання електронних грошей нормами-директивами ЄС, якими здійснюється регулювання обігу електронних грошей.

Проблема міжнародно-правового регулювання електронних грошей, перш за все, була пов'язана із визнанням електронних грошей засобом для здійснення розрахунків. Спочатку, протягом певного часу, тривала дискусія щодо даного питання між науковцями [19, с. 156], потім дискусія перейшла на питання щодо форми, зокрема куди слід віднести електронні гроші – до готівкової чи безготівкової форми розрахунків. На думку одних науковців, електронні гроші слід вважати безготівковими грошима (В. Боєшотен, Г. Хеббінк) [20, с.18]; на думку інших науковців, електронні гроші слід вважати готівковим видом розрахунків, оскільки вони виступають електронним аналогом готівкових грошей, але мають вигляд файлів, що записані на носії (жорсткий диск комп'ютера, смарт-карта), а також містять характеристику купюри (номінал, серійний номер, дату випуску, найменування емітента) та захищається криптографічним протоколом і завіряється електронним підписом емітента (Д. Чаум [21, с. 41], О. І. Лаврушин [17, с. 35–37]). С. В. Овсейко, порівнюючи електронні гроші з готівковою та безготівковою формою грошей, визначає таке: готівкову форму поєднує з електронними грошима те, що з точки зору інформаційних систем вони є неперсоніфікованими об'єктами, а сторонами їх обігу виступають кредитори та боржники, у той час як відрізняє те, що готівкові гроші мають матеріальне вираження, та з юридичної точки зору є речами [18, с. 5]. Існує також позиція, що електронні гроші є новою формою грошей, яка перебуває на стадії розвитку [15, с. 139].

Наша позиція з приводу даного питання є такою. Електронні гроші слід відносити до форми, що є близькою до безготівкової форми розрахунків, оскільки їх електронні гроші перебувають у нематеріальній формі, а їх обмін або ж розрахунки потребують наявність оператора електронних грошей, що, у свою чергу, є характерним саме для безготівкового розрахунку.

Відповідно до підходу Європейського центрального банку електронні гроші – це грошова вартість, яка зберігається в електронному вигляді на технічному пристрої і може широко використовуватися для здійснення платежів підприємством іншим, ніж емітент, без необхідності використання при цьому банківських рахунків, але яка діє як наперед оплачений інструмент на пред'явника.

З урахуванням даного визначення проаналізуємо ознаки, властиві електронним грошам, і доведемо, що електронні грошові кошти виступають самостійним об'єктом цивільних прав у вигляді зобов'язальних прав, що істотно відрізняються від таких об'єктів цивільних прав, як грошові кошти.

Таким чином, електронні гроші – це грошові кошти, попередньо надані споживачу оператором електронних грошових коштів з метою виконання грошових зобов'язань споживачем перед третіми особами, що враховуються оператором електронних грошових коштів без відкриття банківського рахунку споживача, щодо яких споживач має право давати розпорядження виключно з використанням електронних засобів платежу.

Щодо безпосередньо правового регулювання на регіональному рівні нормами права ЄС, то у доповіді Ради Європейського грошово-кредитного інституту 1994 року для визначення передплачених багатофункціональних платіжних карток (електронних гаманців), а також усіх подібних технологічних продуктів [3] робочою групою з платіжних систем ЄС уперше було використано термін «електронні гроші». Так, з 1996 року «Банк міжнародних розрахунків» за підтримки Центральних банків Європи почав здійснювати постійний аналіз розвитку електронних грошей, як наслідок, було прийнято ряд рекомендацій та директив, які визначали поняття електронних грошей та їх суть. Відповідні заходи дали змогу дозволити випускати власні електронні гроші небанківським структурам, однак за умови, що контроль за такою емісією грошей шляхом ліцензування та іншими заходами контролю буде здійснюватися державою (Рекомендація Комісії № 97/489/ES, що стосується угод, які здійснюються з використанням електронних грошових платіжних інструментів, зокрема відносин між емітентом та утримувачем карт від 30.07.1997 [7], Директива 2000/46/ЄС від 18.09.2000 про регулювання діяльності інститутів – емітентів електронних грошей [1] тощо).

Відповідно до підходу визначення поняття «електронних грошей» Європейським центральним банком від 1998 р. електронні гроші – «грошова вартість, яка зберігається в електронному вигляді на технічному пристрої і може широко використовуватися для здійснення платежів підприємством іншим, ніж емітент, без необхідності використання при цьому банківських рахунків, але яка діє як наперед оплачений інструмент на пред'явника» [4].

Європейський центральний банк і Банк міжнародних розрахунків неодноразово наголошували, що емісія електронних грошей та запровадження контролю за нею має здійснюватися з дотриманням чітких правил і умов, оскільки неконтрольована емісія електронних грошей може негативно вплинути на стабільність фінансової системи та безперебійне функціонування платіжних систем [5].

У контексті вищезгаданих положень Європейським центральним банком у подальшому було сформульовано низку мінімальних вимог у сфері емісії та використання електронних грошей [6, с.1–2]. Зокрема, такими вимогами є:

– обов'язковість для емітентів електронних грошей бути об'єктами пруденційного нагляду;

– права та обов'язки клієнтів, продавців, емітентів та операторів мають бути чітко визначеними і відповідати вимогам відповідної юрисдикції;

– необхідність у дотриманні захисту електронних грошей від підробок;

– схеми з використання електронних грошей повинні бути захищеними від зловживання (наприклад, відмивання грошей);

– схеми щодо використання електронних грошей зобов'язані подавати до Центрального банку країни, а також емітенти таких грошей мають подавати будь-яку необхідну інформацію для забезпечення правильної кредитної політики;

– сумісність систем електронних грошей;

– забезпечення емітентами електронних грошей гарантій та страхування втрат.

Директива 2000/46/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей та пруденційний нагляд за ними від 18 вересня 2000 року визначає електронні гроші як грошову вартість, яка є вимогою до емітента і яка: (i) зберігається на електронному пристрої; (ii) емітується під час отримання грошових коштів у вартісному розмірі не меншому, ніж емітована грошова вартість; (iii) приймається як засіб платежу підприємствами, іншими ніж емітент [23]. Важливим у даному визначенні є наявний зв'язок між «традиційними» грошима та електронними, що втілюється в окремому незалежному один від одного обігу. Зокрема, визначено, що електронні гроші у своєму еквіваленті мають відповідати, або мають бути не меншими за традиційні гроші, які обмінюються, і за наслідком такого обміну все рівно можна використовувати такі гроші як засіб для платежу. Тобто навіть після обміну традиційних грошей на електронні головна сутність грошей як еквівалента не втрачається.

27 липня 2009 р. Рада Європейського Союзу затвердила нову директиву про електронні гроші (2009/110/ЄС) [8]. Цією новою директивою було скасовано попередню Директиву про електронні гроші (2000/46/ЄС) від 2000 року та внесено зміни до Директив про відмивання грошей (2005/60/ЄС) та про банківську консолідацію (2006/48/ЄС). З 30 квітня 2011 року положення нової директиви стали обов'язковими до виконання країнами – членами ЄС.

Така директива дає більш нейтральне визначення електронних грошей, а саме підпункт 2 статті 2 визначає електронні гроші як «грошову вартість, що представлено у формі вимоги до емітента, які зберігаються на електронному пристрої, в тому числі магнітному, та випускаються після отримання коштів з метою здійснення платіжних операцій та приймаються фізичною або юридичною особою, відмінною від установи-емітента електронних грошей».

Також відповідно до ст. 2 Директиви не лише банківські кредитні установи мають право емітувати електронні гроші, а й будь-яка юридична особа.

Визначено такі види установ, які можуть виступати емітентами електронних грошей:

1. Кредитні установи (із обмеженнями).
2. Спеціалізовані установи-емітенти електронних грошей.
3. Поштові установи.
4. Європейський Центральний Банк та національні центральні банки, якщо вони не виступають у ролі кредитно-грошової установи.
5. Держави – члени ЄС або їхні органи регіональної та місцевої влади.

Відповідно до ст. 19 Директиви усім іншим фізичним та юридичним особам, крім вищезазначених, заборонено здійснювати емісію електронних грошей.

Варто зазначити, що така Директива чітко розмежовує поняття кредитних установ та установ – емітентів електронних грошей. Важливо те, що право на емісію електронних грошей мали не тільки кредитні установи, а й окремі, спеціально створені установи.

Щодо видів діяльності, які дозволені компаніям – емітентам електронних грошей, то вищезазначеною Директивою встановлено менш жорсткі умови щодо діяльності установ, що емітують електронні гроші. Якщо відповідно до положень попередньої Директиви така установа не мала права здійснювати інші види діяльності, крім емісії електронних грошей, то відповідно до положень нової Директиви й інші види бізнесу, ніж лише випуск електронних грошей (ст. 6 Директиви про електронні гроші від 27.07.2009 р.). Перелік платіжних послуг також було розширено, зокрема було надано дозвіл на поєднання разом із емісією електронних коштів такої діяльності, як мережева торгівля, мобільний зв'язок тощо.

Також слід звернути увагу на Директиву ЄС про платіжні послуги 2015/2366/ЄС [2], оскільки Директива 2009/110/ЄС має посилання на дану Директиву стосовно таких питань:

– режиму пруденційного нагляду за діяльністю установ–емітентів електронних грошей;

– переліку платіжних послуг, які можуть здійснюватися емітентами електронних грошей (перелік наведено в Додатку до Директиви 2007/64/ЄС);

– процедур розгляду та задоволення скарг від власників електронних грошей, не пов'язаних із судовим розглядом.

З листопада 2009 р. дана Директива стала обов'язковою для всіх країн – учасниць ЄС. Варто звернути увагу на те, що не слід поєднувати поняття безготівкових розрахунків та розрахунків, здійснених за допомогою електронних грошей, оскільки нами було наведено позиції дослідників, які вважають електронні гроші як форму готівкових грошей, так і безготівкових. Однак по суті електронні гроші мають більше спільних ознак із безготівковими розрахунками, хоча є одна суттєва відмінність у таких операціях. Безготівкові розрахунки здійснюються за участю кредитно-банківської установи, розрахунки за допомогою електронних грошей здійснюються за участю небанківської кредитної установи (хоча можливі випадки, коли банк одночасно є емітентом електронних грошей).

Тому, повертаючись до Директиви ЄС про платіжні послуги, зазначимо, що метою такої Директиви було створення єдиних законодавчих умов щодо розвитку Єдиної Зони Платежів Євро (SEPA). Однак у процесі внесення поправок до директиви були визначені й інші цілі:

1) регулювання діяльності платіжних інституцій, зокрема тих платіжних інституцій, що надають платіжні послуги і не є при цьому банківськими установами та не потрапляють під регулювання;

2) захист споживачів та підвищення прозорості платіжних операцій;

3) посилення конкуренції шляхом відкриття національних ринків платіжних послуг для нових учасників і, таким чином, підвищення ефективності роботи платіжних інституцій.

Таким чином, регулювання обігу електронної валюти в ЄС здійснюється Директивою про електронні гроші 2009/110/ЄС та Директивою ЄС про платіжні послуги (2015/2366/ЄС).

Варто також зазначити застереження Європейської служби банківського нагляду, яка у грудні 2013 року випустила прес-реліз, у якому містилися офіційні застереження для споживачів стосовно ризиків, пов'язаних з купівлею, володінням та здійсненням операцій електронними валютами. Зокрема були визначені наступні ризики:

– відсутність в Європейському Союзі спеціального регулювання, яке могло б захистити споживачів від фінансових збитків, пов'язаних із закриттям компаній, які володіють відповідними електронними грошима;

– у разі здійснення платежів електронними грошима споживач не матиме прав на повернення грошових коштів в рамках європейського законодавства (наприклад, в разі відмови від таких операцій грошові кошти не будуть повернуті, як у випадку операцій з платіжними картами);

– якщо правоохоронними органами буде виявлено, що біржі обміну віртуальних валют використовуються з протизаконною метою (наприклад, заходи з відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом), то це може призвести до їх закриття в короткий термін, і споживачі не зможуть мати доступ або повернути свої електронні гроші;

– у разі вчинення шахрайства щодо електронних гаманців, які зберігають віртуальну валюту, що розміщуються на персональних комп'ютерах, ноутбуках і мобільних смарт-телефонах, їх власники не підпадають під відповідний захист європейського законодавства.

Отже, електронні гроші є новою формою втілення традиційних грошей. Особливість такої форми полягає у фізичних властивостях електронних грошей, зокрема електронні гроші перебувають у цифровій формі, що закріплені на матеріальному носієві (сервер, електронна картка).

Так, нами встановлено, що у Європейському Союзі електронні гроші розглядаються, насамперед, як новий засіб платежу, новий вид грошей. Це обумовлює необхідність банківського регулювання сфери обігу електронних грошей. Саме цим зумовлений окремий від банківського ліберальний режим нормативно-правового регулювання.

Нами було визначено, що Європейський центральний банк і Банк міжнародних розрахунків неодноразово наголошували, що емісія електронних грошей та запровадження контролю за нею має здійснюватися з дотриманням чітких правил і умов, оскільки неконтрольована емісія електронних грошей може негативно вплинути на стабільність фінансової системи та безперебійне функціонування платіжних систем [5]. Проблема існування електронних грошей як економіко-правової категорії, перш за все, обумовлена неконтральованістю використання такого еквівалента, як «гроші» шляхом їх емісії приватними суб'єктами. Фактично відсутність правового механізму щодо контролю обігу та емісії грошей створює загрозу стабільності економічних процесів у світі. Більше того, до таких наслідків також може призвести й несанкціонований державою чи міжнародними органами обмін готівкових грошей на електронну валюту, яка не має чіткого міжбанківського курсу, та технічну можливість для існування здійснюється приватними особами, рівень суспільної відповідальності яких значно нижче, ніж у публічних суб'єктів права.

Саме тому справедливим є формування Європейським центральним банком мінімальних вимог у сфері емісії та використання електронних грошей [6, с. 8]. А саме такими вимогами є:

– необхідність емітентам електронних грошей бути об'єктами пруденційного нагляду;

– права та обов'язки клієнтів, продавців, емітентів та операторів мають бути чітко визначеними і відповідати вимогам відповідної юрисдикції;

– необхідність у дотриманні захисту електронних грошей від підробок;

– схеми з використання електронних грошей повинні бути захищеними від зловживання (наприклад, відмивання грошей);

– емітенти електронних грошей мають подавати будь-яку необхідну інформацію для забезпечення правильної кредитної політики;

– сумісність систем електронних грошей;

– забезпечення емітентами електронних грошей гарантій та страхування втрат.

Так, в директивах Європейського Союзу вперше були закріплені нормативні вимоги до емітентів електронних грошей, які можна умовно класифікувати на три основні види:

1) управління емісією електронних платіжних інструментів та ведення електронних баз даних повинно відноситися до діяльності емітентів;

2) вимоги до достатності капіталу, зокрема, власні кошти повинні складати не менше 1 млн. євро і не менше 102 % по відношенню до вартості емісії електронних грошей;

3) зобов'язання емітентів повинні бути в повному обсязі інвестовані у встановлені активи, склад і структурне співвідношення яких жорстко регламентовані національним законодавством європейських країн.

Таким чином, розглядаючи правове регулювання обігу та емісії електронних грошей, нами встановлено, що універсального міжнародного договору, конвенції або іншого міжнародного нормативно-правового акта, який здійснював би регулювання електронних грошей, немає. Наразі вищим рівнем міжнародно-правового регулювання електронних грошей є регіональний рівень, прикладом якого є регулювання обігу електронних грошей низкою директив Європейського Союзу, присвячених безпосередньо електронним грошам та електронній комерції. Тому перспективним напрямом дослідження цього питання є подальший порівняльний аналіз регулювання нормами вітчизняного законодавства щодо питання обігу електронних грошей з регіональними нормами ЄС.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions // Official Journal of the European Communities. L 275/39. 27.10.2000 P. 39–43.

2. Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (Text with EEA relevance) URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2366/oj (дата звернення: 19.08.2019).

3. Working Group Payment Systems, Report to the European Nonetary Institute on prepaid card, 1994.

4. Report on Electronic Money // European Central Bank, August 1998. 51 p.

5. Overview of European Electronic Purse Products. European Committee for Banking Standards. – Brussels, March, 2000.

6. Electronic Money System Security Objectives// European Central Bank, Frankfurt at Main, 2003. May. P. 5–6, 8.

7. Commission Recommendation 97/489/EC of 30.07.1997 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder.

8. Директива Європейського парламенту та Ради Європи №2009/110/ЄС від 16.09.2009р. URL: http: //www.zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 19.08.2019).

9. Афоніна С. В. Електронні гроші: навч. посібн. СПб, 2001. 128 с.

10. Віталій Кравчук, Дмитро Науменко, Андрій Глибовець. Електронні гроші в Україні / Аналітичний звіт. К.: Альфа-ПІК, 2012. 64 с.

11. Дмитренко Ю. М. Правові засоби регулювання грошового обігу в Україні // Європейські перспективи. 2012. № 4. Ч. 1. С. 193–198.

12. Жириновский В. В. Деньги и цивилизация. М.: Омега, 1997. 453 с.

13. Кортаева Н. В. Электронные деньги: сущность, функции и роль в экономике // Социально-экономические явления и процессы. 2001. №12. С. 137–141.

14. Кочергин Д. А. Электронные деньги. М.: Маркет ДС, 2010. 325 С.

15. Лаврушин О. И. Деньги, кредит, банки: учебник. М., 2002. 369 с.

16. Овсейко С. В. Электронные деньги на современном этапе развития банковских технологий: дисс. … канд. экон. наук. Мн., 2010. 25 с.

17. Челноков В. А. Эволюция денег: денежные обращения в эпоху изменений. М.: Финансы и статистика, 2008. 238 с.

18. Boeschoten W.C. Electronic Money, Currency Demand and Seigniorage Loss in the G-10 Countries // De Nederlandshe Bank Staff Report. 1996. № 1. 18 pp.

19. Chaum D. Privacy and Social Protection in Electronic Payment System / Dorb J.A. (ed.) The Future of Money in the Information Age. Washington, Cato Institute, 1997. P. 41–49.

20. Electronic money. Consumer protection, law enforcement, supervisory and cross border issues // Basel. BIS, 1997. P. 5.

21. Survey of Developments in Electronic Money and Internet and Mobile Payments. Committee on Payment and Settlement Systems. Bank for International Settlements. Basel, 2004. March. P. 2.

Для нотаток

НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

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

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 20, 2020

Редактори **А. М. Шадріна, І. А. Янчук**

Оригінал-макет **С. В. Максименко**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки **С. В. Максименко**

Підписано до друку 31. 01. 2020 р. Формат 60х84/8
Обл.-вид. арк. 21,1 Тираж 300 прим. Зам. № 20-001

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.