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 18

КИЇВ 2018

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

Щорічний юридичний збірник наукових праць видається з 1999 р.

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

Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 18, 2018 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, 2018. 214 с.

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

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

Рекомендовано до друку вченою радою
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 2 від 28 лютого 2018 р.)

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

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

DOI: 10.32849/2409-9201.2018.18

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, 2018
© Автори статей

Зміст

Крупчан О. Д. Антиетатизм приватного права 5

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

Луць В. В. Системоутворююча роль категорії «договір» у приватному праві України 10

Бобрик В. І. Методологічні підходи до поняття «диференціація» в юридичній науці 14

Кочин В. В. Цивільно-правова таксономія юридичних осіб приватного права 18

Первомайський О. О. Кодифікація цивільного законодавства: проміжні результати та подальші перспективи 25

Примак В. Д. Система санкцій об'єктивного цивільного права 28

ІІ. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Барбара В. П. Особливі риси структури корпоративних правовідносин у цивільному праві України 35

Беляневич О. А. Особливості припинення іпотеки за участю майнового поручителя 40

Бесарабчик В. О. Цивільна правосуб'єктність закладу дошкільної освіти 48

Бичкова С. С. Заочний розгляд цивільної справи: сутність та умови 52

Гетманцев М. О. Законний інтерес в науці цивільного права 56

Дмитренко В. Ю. Динаміка іпотечного зобов'язання на стадії його виконання 59

Кот О. О. Особливості захисту особистих та інших немайнових прав 62

Лапечук П. І., Попович Т. Г. Проблеми забезпечення земельних прав в умовах регіональної нестабільності 69

Левківський Б. К. До питання посилення захисту прав дитини на утримання 72

Левківська С. А. Переважні права батьків в сімейному праві України 76

Миронова Г. А. Реформування інституту недієздатності в Україні 79

Помазанов А. В. Касаційне провадження у цивільному процесі України в контексті міжнародних стандартів судочинства 84

Резнік Г. О. Особливості реалізації повнолітніми дочкою, сином права на утримання 89

Сидоренко Д. І. Про підстави недійсності шлюбу за сімейним законодавством України та інших держав Європи 92

Сіщук Л. В. Управління корпоративними правами до прийняття спадщини 95

Скрипник В. Л. Немайнові блага як об'єкти цивільних прав 100

Шабалін А. В. Процесуальні питання апеляційного перегляду деяких ухвал у спрощеному цивільному судочинстві 105

Шевченко О. М. Релігійні організації як засновники навчальних закладів державного стандарту освіти 109

Штефан А. С. Речові докази у цивільному процесі 112

Штефан О. О. Витоки вчення про позов 115

III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Гриняк А. Б. Особливості договірного регулювання приватноправових відносин 121

Гуцуляк В. К. Умови договору підряду на проведення пошукових робіт 125

Диба О. В. Правова характеристика договору підряду на проведення проектних робіт 130

Заіка Ю. О. Договір охорони в системі цивільних договорів 134

Карнаух В. С. Розуміння свободи договору в контексті вчення про переддоговірні правовідносини 138

Міловська Н. В. Виникнення та етапи розвитку договірних відносин страхування..... 143

Федорченко Н. В. Роль договору у сфері надання туристичних та готельних послуг 148

Хобор Р. Б. Спірні питання укладення шлюбного договору за сімейним законодавством України..... 152

IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Галянтич М. К., Тилик Т. М. Поняття житлових прав 157

Гриняк О. Б. Особливості державної реєстрації права спільної власності подружжя на житло 161

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Васильєва В. В. Приватизація та корпоратизація: відмінність процесів і правових наслідків 166

Вишневська Ю. В., Гаєвець М. В. Удосконалення корпоративного управління в ПАТ «Українська залізниця»..... 169

Вінник О. М. Цифрова економіка: проблеми комплексного правового забезпечення..... 173

Дрішлюк В. І. Принципи здійснення господарського судочинства в світлі судової реформи 2017 року..... 178

Popovych T. International vision of standardization as means of regulating economic entities of terms of instability and globalization 185

Черненко О. А. Створення наглядових рад у державних підприємствах 190

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Король В. І. Міжнародна та внутрішньодержавна підсудність справ у спорах за зовнішньо-економічними контрактами 195

Микита І. Р. Універсальна та регіональна уніфікація у сфері міжнародного морського перевезення вантажів..... 198

Пленюк М. Д. Деякі форми міждержавного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування..... 205

Pozhodzhuk R. Internationalization of consumer law and consumer protection 209

АНТИЕТАТИЗМ ПРИВАТНОГО ПРАВА

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.1

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

У статті досліджується феномен антиетатизму у приватному праві, актуальність якого ґрунтується на протиріччях між інтересом держави та автономними суб'єктами громадянського суспільства. Висвітлюються загальні засади антиетатизму та визначаються актуальні напрями дослідження тематики антиетатизму у приватному праві.

Ключові слова: *антиетатизм, етатизм, приватне право, держава, громадянське суспільство.*

Антиетатизм – філософсько-політична течія, яка відображає погляди державного негативізму, відповідно до якого соціальний устрій є можливим без держави або її роль має бути зведена до мінімуму.

У сучасних умовах державу не можна розглядати як джерело соціального та морального лиха, що завжди лежить в основі антиетатичних поглядів, адже людська історія й досвід соціально-орієнтованих країн доводить доцільність саме соціально-державницького устрою. Але держава має приносити користь не лише політичній еліті, виступаючи засобом її збагачення й підкорення населення певної території. Вона має стати інструментом забезпечення загального соціального блага. Проте таке відношення до держави вже є проявом протилежних антиетатизму поглядів, тобто етатизму.

В літературі неодноразово зазначалось про те, що антиетатизм є споконвічною національною рисою української економічної й політичної ментальності, що виявляється в прагненні покладатися на себе, а не на державу чи її органи. Ця риса зумовлена етнічно й історично, адже майже тисячоліття на українських землях різні держави були, насамперед, органами чужорідного національного й соціального гноблення, а тому українці були вимушені самостійно вирішувати свої проблеми. Із набуттям Україною незалежності ситуація змінилась лише етнічно, адже держава стала інструментом не чужорідного, а внутрішньодержавного гноблення більшості населення національною політичною елітою. Саме тому антиетатизм продовжує бути однією з характерних ментальних рис українського суспільства. Яскравими прикладами тому є значний обсяг трудової еміграції українців до інших країн, виникнення різноманітних «сірих» схем дофінансування тих сфер, які традиційно є бюджетними, проте на які недостатньо виділяється бюджетних коштів (насамперед освіта та медицина) тощо.

Будь-яке право, як публічне, так і приватне, є породженням держави і не може існувати без держави. Без держави або за слабкої держави правові приписи втрачають свою юридичну природу (забезпечення можливістю застосування державного примусу) та стають нормами моралі чи іншими соціальними регуляторами. Саме тому приватне право не може існувати без держави чи у слабкій державі. В таких соціальних устроях приватне право, найвірогідніше, зведеться до звичаїв, які забезпечуються «правом сильнішого», тобто загрозою банального фізичного примусу.

Разом з тим в основі приватного права лежить ідея природного права, а тому приватне право, на відміну від публічного, є тією частиною права, що найменш залежить від держави. Воно регулює відносини між юридично рівними суб'єктами із застосуванням переважно диспозитивних засад, тобто в сфері приватного права його учасникам, зазвичай, надається можливість самостійно регулювати свої відносини. Імперативні ж правила в приватному праві є скоріш винятком, ніж нормою.

Дуже влучно характеризують приватне право відомі українські дослідники Є. О. і О. І. Харитонови, на думку яких воно:

«1) грунтується на визнанні людини (особи) самостійною цінністю: людина визнається не засобом, а метою права;

2) покликане регулювати відносини між приватними особами, забезпечуючи «суверенітет» кожної;

3) ставить на чільне місце приватний інтерес: акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні та рівності товаровиробників, захисті прав власників (у тому числі від сваволі держави);

4) виходить з можливості вільного волевиявлення приватних суб'єктів при реалізації їхніх прав;

5) припускає широке використання договірної форми регулювання цивільних відносин;

6) містить норми, які звернені до суб'єктивного права і забезпечують його судовий захист;

7) характеризується переважанням диспозитивних норм» [1, с. 107].

Внаслідок своєї природи приватне право виходить за межі окремих держав і набуває міждержавного значення. Прикладом цього є поява таких позадержавних систем регулювання як, наприклад, lex mercatoria, Інкотермс тощо. Отже, зв'язок приватного права з кожною конкретною державою є доволі умовним і проявляється переважно у вигляді окремих обмежень чи заборон, а також тоді, коли потрібно силою державного примусу забезпечити виконання приватноправових обов'язків на території конкретної держави.

Проте в рамках окремих країн приватноправові відносини залежать не лише від приватноправових норм, а й від публічно-правового регулювання, а також від діяльності окремих публічних інституцій, насамперед судів. Так, правові позиції вищого судового органу можуть звести нанівець окремі положення приватноправового закону, що маємо із застосування завдатку при укладенні попередніх договорів купівлі-продажу нерухомого майна. Багато положень податкового законодавства або законодавства про стягнення окремих зборів/платежів роблять фактично мертвими деякі приватноправові норми, оскільки їх застосування стає економічно невигідним. Так, в Україні фактично не укладаються договори про сплату аліментів, оскільки такі договори підлягають обов'язковому нотаріальному посвідченню, вартість якого (державне мито або плата приватному нотаріусу) становить 1% всієї суми аліментів за весь час їх отримання. При цьому фактично такий самий договір можна укласти в порядку укладення мирової угоди в рамках судового розгляду справи про стягнення аліментів, не витрачаючи на це взагалі будь-яких коштів.

Водночас проблема дослідження полягає у низці ризиків об'єктивного та суб'єктивного характеру, серед яких зупинимось на таких:

1) на розробку такої тематики відсутній запит з боку: будь-яких інститутів держави – глави держави, органів законодавчої, виконавчої або судової влади; органів місцевого самоврядування, переважної більшості громадянського суспільства тощо. У випадку розробки цієї теми окремими її результатами можуть скористатись у недобросовісний спосіб для обґрунтування руйнівної політики (реформ) щодо зменшення соціальних зобов'язань держави перед вчителями, медиками, науковцями, пенсіонерами, студентами, цілою категорією хворих тощо, що може спричинити застосування державної політики «соціал-дарвінізму», коли кожен має виживати сам, та виживають лише сильніші;

2) в умовах суттєвої примітивізації наукового дискурсу у вітчизняній правовій науці така тема буде сприйматись науковим співтовариством як заглиблення у наукові абстракції та формальний відрив наукової тематики.

Загальні засади антиетатизму можна вивести зі змісту принципу верховенства права, оскільки, як зазначено у доповіді Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) «Верховенство права» від 04.04.2011 № 512/2009 «предметом верховенства права є здійснення влади і стосунки між особою та державою».

У національному праві чітке звернення до ідеї антиетатизму (в тому числі й у сфері приватних відносин) простежується у ст. 19 Конституції України, згідно з якою «правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України».

Вищезгадані засади конкретизовані у рішенні Конституційного Суду України від 16.04.2009 № 7-рп/2009 у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 19, статті 144 Конституції України, статті 25, частини чотирнадцятої статті 46, частин першої, десятої статті 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування).

Зокрема, в абз. 5 п. 5 вищезгаданого рішення «Конституційний Суд України зазначає, що в Конституції України закріплено принцип, за яким права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка відповідає перед людиною за свою діяльність (ст. 3). Органи місцевого самоврядування є відповідальними за свою діяльність перед юридичними і фізичними особами (ст. 74 Закону). Таким чином, органи місцевого самоврядування не можуть скасовувати свої попередні рішення, вносити до них зміни, якщо відповідно до приписів цих рішень виникли правовідносини, пов'язані з реалізацією певних суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, і суб'єкти цих правовідносин заперечують проти їх зміни чи припинення. Це є «гарантією стабільності суспільних відносин» між органами місцевого самоврядування і громадянами, породжуючи у громадян впевненість у тому, що їхнє існуюче становище не буде погіршене прийняттям більш пізнього рішення, що узгоджується з правовою позицією, викладеною в абзаці другому пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 13 травня 1997 року № 1-зп у справі щодо несумісності депутатського мандата.

Ненормативні правові акти органу місцевого самоврядування є актами одноразового застосування, вичерпують свою дію фактом їхнього виконання, тому вони не можуть бути скасовані чи змінені органом місцевого самоврядування після їх виконання».

У ЦК України одним з виявів антиетатизму є ст. 19, в якій закріплено права на самозахист цивільних прав (неюрисдикційна форма захисту також є виявом антиетатизму): «1. Особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. 2. Способи самозахисту мають відповідати змісту права, що

порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства».

Отже, на нашу думку, висока ступінь самозахисту приватних прав є характерною ознакою громадянського суспільства, в якому приватне право виступає його елементом, який «органічно властивий йому, що слугує регулятором внутрішніх відносин у ньому і засобом забезпечення інтересів його членів стосовно одне одного» [1, с. 97].

Інтеграційні процеси, що відбуваються в Україні з метою адаптації вітчизняного законодавства до acquis ЄС, спрямовані на створення основних політико-правових та організаційних засад адаптації законодавства та забезпечення єдиних підходів до нормопроектування, які забезпечували б, у першу чергу, сприятливі економічні перетворення у державі. Корпоративне право як підгалузь приватного права має унормовувати ефективний механізм правового регулювання корпоративних відносин, які виникають у сфері підприємництва.

Водночас держава має бути зацікавлена в якісному регулюванні корпоративних відносин, адже вона як суб'єкт правовідносин є власником майна та учасником в багатьох підприємницьких товариствах. Держава виступає не лише регулятором корпоративних відносин, а й їх учасником. Тому нагальною залишається проблема переосмислення правового регулювання корпоративних відносин та пропозиції щодо їх удосконалення з урахуванням накопиченого досвіду країн ЄС, застосування чинного законодавства, результатів наукових досліджень та висловлених правових ідей.

Разом із тим слід вказати на позитивні аспекти правотворення у сфері корпоративного права. Йдеться й про норми ЦК України, більшість з яких носить диспозитивний характер з можливістю врегулювання корпоративних відносин в установчих документах та інших корпоративних актах юридичних осіб, відсутності централізованого впливу держави на їх управління тощо.

Водночас держава впродовж останніх років активно провадить роботу щодо корпоратизації стратегічно важливих державних підприємств, оскільки для економічного розвитку країни важливе значення має залучення іноземного капіталу на вітчизняний ринок капіталів. Зокрема, НАЕК «Енергоатом» у 2015 р. було розроблено і винесено на розгляд Кабінету Міністрів України проект Закону України про корпоратизацію Компанії. Необхідність переходу від унітарної форми до акціонерного товариства з 100% державною власністю обґрунтована не лише вимогами міжнародних кредиторів – ЄБРР, Євроатом та інших потенційних інвесторів у розвиток атомної енергетики в Україні, а й впровадженням з 2017 р. нового формату енергоринку.

У 2017 р. Національна комісія з цінних паперів і фондового ринку України прийняла рішення про реєстрацію випуску акцій ПАТ «Укрзалізниця», що зумовлено інтересом компанії до розбудови ефективної системи корпоративного управління, заснованої на відкритості, прозорості, це надасть можливість встановити персональну відповідальність керівників за конкретний напрям діяльності. Як зазначає керівництво ПАТ «Укрзалізниця», корпоратизація «відчинить двері» для іноземних інвесторів, що означає нові суттєві можливості оновлення залізничної інфраструктури за рахунок інвесторів, які відчують на собі клієнти, пасажири та вантажовідправники.

Варто відзначити й спробу корпоратизації «Укрпошти», яка у 2017 р. випустила акції вартістю 6,5 млрд грн. Таким чином, компанія перетворилася з державного підприємства в публічне акціонерне товариство, метою якого є залучення коштів на розвиток компанії, створення незалежної наглядової ради, вироблення нових стратегій в управлінні компанією, інвестування у нові програми, нові можливості щодо розпорядження нерухомістю, залучення інвесторів та партнерів тощо.

Отже, з наведеного випливає, що корпоратизація сприяє, з одного боку, удосконаленню системи корпоративного управління шляхом відділення менеджменту від власника та створення незалежного органу, а саме наглядової ради, що контролює діяльність менеджменту, сприяє реалізації корпоративних прав власників та створює механізми для усунення можливості зловживання тими ж корпоративними правами, а з іншого боку, надає можливість іноземним та вітчизняним інвесторам працювати з приватною, а не державною формою власності, яка є більш зрозумілою, та надає більше можливостей вільно укладати договори, в тому числі на біржах, продавати продукцію на ринку на підприємницьких засадах, а також залучати кредитні кошти тощо.

Підсумовуючи вищенаведене, можна однозначно стверджувати, що законодавчі зміни у сфері регулювання корпоративних відносин носять якісний позитивний характер, послаблюють вплив держави у правовому просторі та визначають її місце як юридично рівного учасника цивільних відносин поряд з іншими юридичними і фізичними особами брати участь у підприємницькій діяльності на приватноправових засадах за умови належної практичної реалізації запропонованих нововведень.

Значення держави, насамперед, полягає у правотворчій діяльності (напрацювання концепції структури законодавства, що охоплює сферу регулювання приватноправових відносин, формування змісту правових норм в приватному праві, визначення місця так званих комплексних галузей права у системі

приватного права тощо). Іншим напрямом є правореалізація у сфері приватного права, пов'язана з розвитком ринкової економіки, потреби якої, за великим рахунком, і забезпечує приватне право. Разом з тим приватне право є ресурсом, який здатний чинити як стримуючу, так і стимулюючу дію на економіку. Економіка об'єктивно привносить у сферу дії права і стає залежним від них, при цьому закони економіки, не виступаючи об'єктивними закономірностями, сприймаються через поведінку учасників суспільних відносин, на яку здійснюється вплив правовими засобами, які враховують/не враховують економічну ситуацію. Право не може визнаватися інструментом подолання економічної кризи, але цілком може виступити засобом зменшення масштабу і наслідків. Діяльність держави стосовно приватного права включає й формування стійкого розуміння того, що право – це не тільки обмежувальний і каральний механізм, що застосовується державою до правопорушників, а й система гарантій і заходів забезпечення особистих свобод, суб'єктивних прав, законних інтересів фізичних та юридичних осіб. Для приватноправової свідомості притаманний, перш за все, індивідуалізм, що захищається державою, коли державні завдання мають обмеження, пов'язані з інтересами індивідів, коли держава правовими засобами здатна обмежити і своє свавілля, і фактичні можливості соціально і економічно більш могутніх суб'єктів і навіть окремих груп. У цьому контексті необхідно виявити баланс між індивідуальними інтересами та інтересами групи, сумарні інтереси більшості не повинні мати визначального значення.

Вступаючи в епоху глобалізації і лібералізації торгівлі та інвестицій, інтеграції в економічній сфері (заснування Євросоюзу, запровадження єдиного громадянства, запровадження спільної грошової одиниці тощо), уніфікації правових систем, чітко усвідомлюється величезне значення правових відносин та зв'язків між державами. Така ситуація, у свою чергу, є передумовою для повсюдного розвитку інтернаціоналізації господарського життя, міжнародного співробітництва та цивільного обороту, а отже, і для розширення сфери участі держав як в публічно-правових, так і приватноправових відносинах, у тому числі ускладнених іноземним елементом. Нині спостерігається загальносвітова тенденція до скорочення участі держав у приватних міжнародних правовідносинах, оскільки компетентні органи більшості держав не бажають укладати угоди з іноземними приватними особами через можливу відповідальність за все держави в разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання, а іноземні приватні особи не бажають вступати в правовідносини з державами через складність (а іноді неможливість) залучення їх до відповідальності в своєму національному суді в силу судового імунітету. Приватне право втрачає будь-який сенс без такого елемента як держава.

Антиетатизм, у своєму крайньому вираженні як ідеологія тотального роздержавлення, є в принципі утопічною та шкідливою філософією, спрямованою на усунення держави зі сфери управління та обґрунтування анархізму. Втім ідеї поміркованого антиетатизму у вигляді обмеження впливу держави як політичного центру на соціальні, економічні, культурні, духовні тощо процеси суспільства та вивільнення здорових ініціатив знизу покладено в основу сучасної ліберальної правової доктрини країн Північної Америки та Західної Європи. Актуальність тематики антиетатизму у приватному праві ґрунтується на існуючих непримиримих протиріччях між інтересом держави, яка намагається привласнити собі роль управлінця з кількох конфліктуючих центрів, та автономними суб'єктами громадянського суспільства.

Сучасна європейська історія України пишеться в умовах нової парадигми правового регулювання суспільних відносин, яка ґрунтується на ключовій ідеї-принципі: не всі суспільні відносини потребують свого впорядкування державою, в умовах сучасного громадянського суспільства його громадяни у більшості випадків спроможні самостійно здійснювати свої права та обов'язки без надмірного імперативного втручання держави. До того ж договір стає дедалі більш важливим регулятором правовідносин, оскільки в сучасних умовах система соціальних зв'язків загалом та, як наслідок, система договірних приватних відносин стали набагато складнішими, різноманітнішими, з'явилася інваріантність інтересів та поведінки. За таких умов державне регулювання стало об'єктивно неспроможним залишатися єдиним видом правового регулювання. З'явилася об'єктивна необхідність доповнення зовнішнього впливу на цю систему суспільних зв'язків внутрішніми регуляторами, тобто встановлення ефективно діючих механізмів саморегулювання договірних приватноправових відносин.

На сучасному етапі розвитку України актуальним напрямом розвитку є створення, з одного боку, розвинутого громадянського суспільства європейського типу, з іншого – сильної держави, яка здатна гармонійно поєднати різнорідні інтереси учасників суспільних відносин в тих чи інших формах конкретно-історичної взаємодії, зокрема у вигляді консенсусів чи компромісів. Сучасне прочитання проблематики антиетатизму передбачає осмислення оптимальних способів організації суспільного життя в усіх його контекстах з точки зору головного питання – діалектики і меж автономії (свободи) особистості та публічного порядку. Адже ще на початку минулого століття в юридичній літературі була поширена думка, що кордони приватного і публічного права у дійсності безперестанку змінюються [2, с. 239].

Тому при обґрунтуванні і розробці моделі сталого розвитку, яка має бути покладена в основу новітнього руху сучасної України, тематика антиетатизму у приватному праві має зайняти важливе відповідне місце. Зокрема, вона потребує свого розроблення на таких актуальних напрямах, як: співвідношення приватних і публічних засад у приватноправовому регулюванні суспільних відносин; договір як універсальна форма правового регулювання у сучасному громадянському суспільстві, обмеження прямого втручання держави у приватні відносини особи і громадянського суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Приватне право як концепт: пошук парадигми. Одеса: 2014. 804 с.
2. Энциклопедия права проф. университета св. Владиміра кн. Е. Н. Трубецкого. Репринт с издания типографи С. С. Шевченко, Киев, 1901.

Krupchan O. Anti-statism of private law

The article researches the phenomenon of anti-statism in private law, the relevance of which is based on contradictions between the interest of the state and the autonomous subjects of civil society. The general principles of anti-statism and the actual directions of the research of anti-statism in private law are outlined in the article.

Keywords: anti-statism, statism, private law, state, civil society.

СИСТЕМОУТВОРЮЮЧА РОЛЬ КАТЕГОРІЇ «ДОГОВІР» У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.2

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

У статті з'ясовано поняття і сутність цивільно-правового договору, його місце в механізмі правового регулювання цивільних відносин. Висвітлено системоутворюючу роль категорії «договір» для підгалузей та інститутів цивільного права, а також для з'ясування відповідних понять в інших галузях права (як приватного, так і публічного).

Ключові слова: договір**,** цивільно-правовий договір**,** конструкція договору, зобов'язання, правова угода, механізм правового регулювання.

Конструкція договору стала одним із найвизначніших здобутків світової правової культури. Договір виступає як універсальна правова конструкція у механізмі правового регулювання суспільних відносин. Як інструмент правового регулювання договір, поряд із традиційним застосуванням у сфері приватного права, в сучасних умовах застосовується у сферах публічного права: конституційному, адміністративному, екологічному, фінансовому праві тощо (публічно-правові договори).

Особлива, феноменальна роль відведена договору в галузях приватного права, зокрема в цивільному праві. Як стверджує І. В. Бекленіщева, цивільно-правовий договір під впливом утвердження загальнолюдських гуманістичних ідеалів і принципів, ідеї прав людини та цінності особистості в сучасному суспільстві набуває сьогодні нове, невластиве для нього раніше значення, а саме, елемента загальноєвропейської правової культури [1].

Останніми роками цивільно-правова доктрина в Україні поповнилась низкою монографічних досліджень та навчальних видань, присвячених як загальним проблемам договірного права, так і окремим видам цивільно-правових договорів [2].

Разом з тим багато питань договірного регулювання як внутрішніх майнових, так і зовнішньоекономічних відносин залишаються недостатньо дослідженими або спірними. Це зокрема, саме поняття «цивільно-правовий договір», його місце в системі категорій цивільного права, питання свободи та меж договірного регулювання, способи забезпечення договірних зобов'язань, класифікація договорів, договірна відповідальність тощо. Такий стан теорії договірного права певною мірою обумовлений недосконалістю і суперечливістю договірного законодавства, зокрема деяких положень ЦК та ГК України, нестабільністю судової та господарської практики.

Договірне право – це серцевина (підгалузь) цивільного права як галузі українського права, яким регулюється система майнових та особистих немайнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Договір – одна з найдавніших правових конструкцій, що розвивалась одночасно з розвитком приватного права протягом багатьох віків.

Про сферу дії договірного права можна скласти думку, звернувшись, передусім, до положень ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. [3], відповідно до яких право, що застосовується до договору, охоплює: 1) дійсність договору; 2) тлумачення договору; 3) права та обов'язки сторін; 4) виконання договору; 5) наслідки невиконання чи неналежного виконання договору; 6) припинення договору; 7) наслідки недійсності договору; 8) відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором. Право, яке застосовується до форми договору, визначається відповідно до ст. 31 цього Закону.

Хоча зазначені положення стосуються регулювання договірних відносин у міжнародному приватному праві, вони такою самою мірою можуть застосовуватися до визначення сфери дії норм договірного права у внутрішньому цивільному обороті.

Про методологічну роль категорії «договір» свідчить передусім її місце у системі цивільного законодавства України. Сучасний стан законодавства України у сфері договірного права характеризується визначальною роллю Конституції України 1996 р., в якій закріплено принцип верховенства права, цивільно-правові засади регулювання відносин власності, свободу підприємницької діяльності тощо.

Як зазначено в ч. 1, 2 ст. 4 ЦК України, Конституція України становить основу цивільного законодавства, а основним актом цивільного законодавства є ЦК України. Положення про договір начебто «пронизують» своїм змістом нормативну основу майже усіх підгалузей та інститутів цивільного права. Так, в основному акті цивільного законодавства України – Цивільному кодексі 2003 р. – із загальних положень про зобов'язання (книга п'ята) виокремлено загальні положення про договори (гл. 52 і 53), а положення про окремі види договірних зобов'язань поміщено у підроз. 1 роз. III книги п'ятої ЦК (ст. 655–1143).

Договірних відносин стосуються й ті положення цивільного законодавства, які визначають зміст та обсяг цивільної правосуб'єктності фізичних, юридичних осіб та інших учасників цивільного обороту, норми про правочини, право власності, представництво, позовну давність тощо. Так, договори (зокрема купівлі-продажу, майнового найму тощо) є найбільш поширеною правовою формою розпорядження майном, що належить особі на праві власності. Крім того, більшість положень про зобов'язання і, зокрема, про способи забезпечення зобов'язань (неустойку, заставу, поруку, гарантію, завдаток, притримання) ґрунтуються на конструкції договору. Договори, зокрема ліцензійний і комерційної концесії, виступають як форми реалізації права інтелектуальної власності (гл. 75 і 76 ЦК). Спадковий договір дістав своє закріплення у гл. 90 книги шостої «Спадкове право» ЦК.

Положення про договори містяться в Сімейному, Земельному, Господарському кодексах, численних інших законах, указах Президента, постановах Кабінету Міністрів України, актах інших органів державної влади, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування, статутах господарських товариств, звичаях ділового обороту та інших регуляторах цивільних відносин (судова практика, моральні засади суспільства тощо).

Методологічне значення категорії «цивільно-правовий договір» для інших галузей законодавства полягає в тому, що закріплені у цивільному законодавстві загальні положення про зобов'язання і договори можуть субсидіарно застосовуватись до інших договірних відносин (в тому числі публічно-правових), якщо в галузевих нормах відсутні відповідні положення про договір. Так, за ст. 9 СК України чоловік і жінка, батьки дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі, відносини між якими регулює цей Кодекс, можуть врегулювати свої відносини за домовленістю (договором), якщо це не суперечить вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства. Як зауважив Є. О. Мічурін, категорія «договір» в сімейному праві детально не розроблена і запозичується з цивільного права, якщо положення окремого договору між учасниками сімейних правовідносин не суперечать засадам сімейного (цивільного) законодавства [4].

Особливості правового регулювання окремих видів господарсько-договірних відносин визначені у роз. VI ГК України стосовно договорів поставки, контрактації, енергопостачання, оренди і лізингу, міни (бартеру), збереження на товарному складі, перевезення вантажів, капітального будівництва та деяких інших. Хоч ГК та ГПК України оперують поняттям «господарський договір», однак в цих актах немає визначення господарського договору, як і немає одностайності у визначенні цього поняття в літературі з проблем господарського права.

Тим часом ГК України містить поняття майново-господарських зобов'язань як цивільно-правових зобов'язань, що виникають між учасниками господарських відносин під час здійснення господарської діяльності, внаслідок яких зобов'язана сторона має вчинити певну господарську дію на користь іншої сторони або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку. Майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених ГК України (ч. 1 ст. 175). Серед підстав виникнення господарських зобов'язань ч. 1 ст. 174 ГК називає господарський договір та інші угоди як передбачені законом, так і угоди, не передбачені законом, але такі, що йому не суперечать.

Оскільки майново-господарські зобов'язання, що виникають з договорів поставки, оренди, перевезення, капітального будівництва тощо, є цивільно-правовими, у законодавстві має забезпечуватись єдність їх правового регулювання. Чим, приміром, можна пояснити, що за одні й ті самі порушення сторонами зобов'язань з договорів будівельного підряду (капітального будівництва) неустойка за ст. 883 і 886 ЦК України має штрафний характер (стягується неустойка і відшкодовуються збитки у повному обсязі), а відповідно до ч. 1 ст. 322 ГК України вона має зарахувальний характер (збитки відшкодовуються в сумі, не покритій штрафними санкціями)?

Саме завдяки притаманним договору якостям як універсальному правовому засобу регулювання майнових і, певною мірою, особистих немайнових (цивільних) відносин забезпечується досягнення цілей, визначених учасниками цих відносин. На думку А. Б. Гриняка, договірне регулювання приватноправових відносин характеризується такими ознаками, як: а) воно є впливом норм права на поведінку суб'єктів договірного зобов'язання, узгодження їхніх потреб, інтересів щодо кожного з них та суспільства в цілому; б) це специфічна діяльність учасників щодо впорядкування відносин між собою шляхом дотримання правових норм та їх адаптації через прийняття індивідуальних рішень відповідно до цих норм; в) воно має конкретний, організований характер (здійснюється шляхом встановлення прав та юридичних обов'язків для суб'єктів договірних зобов'язань); г) має цілеспрямований та результативний характер, метою якого є стимулювання ефективного розширення сфери свободи договору та свободи підприємництва [5].

Відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Сутність договору у цивільному праві становить саме угода як погоджене волевиявлення двох чи кількох сторін,

спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Образно висловлюючись, слід зазначити, що угода (соглашение) сторін – це «душа» договору, «тіло» якого становлять погоджені в ньому умови, які становлять зміст договору. Ось чому у визначенні поняття договору, яке надано у ч. 1 ст. 626 ЦК України, термін «домовленість» доцільно замінити терміном «угода», який відображає сутність договору як правового явища.

Договір як юридичний факт є одним із визначальних елементів механізму правового регулювання майнових і, певною мірою, особистих немайнових цивільних відносин. З'ясування юридичних фактів – це, здебільшого, і є встановленням тих самих обставин, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну, припинення прав та обов'язків. Юридичні факти важливі й тому, що як «рушійна сила» вони не лише «запускають» механізм правового регулювання, а й виступають тією частиною, без якої не рухається жодна стадія цього механізму, починаючи від формування юридичних норм і закінчуючи правозастосуванням – особливою формою реалізації права [6].

Щодо поняття та структури механізму правового регулювання суспільних відносин у загальнотеоретичній та цивілістичній літературі висловлено різні за змістом міркування. Поняття механізму правового регулювання договірних відносин є відображенням загальноприйнятого у загальній теорії права розуміння правового регулювання як процесу, що триває, в ході якого здійснюється вплив права на суспільні відносини і який містить три ланки (стадії): 1) юридичні норми; 2) правові відносини і, зокрема, суб'єктивні права та юридичні обов'язки їх учасників; 3) акти реалізації прав та обов'язків.

Феноменальна ж роль договору полягає в тому, що його регулятивний вплив на інші елементи цього механізму проявляється, по суті, впродовж усього процесу правового регулювання цивільних договірних відносин. Передусім, правова модель майбутніх договірних відносин осіб закладається в нормах права та інших соціальних регуляторах (моралі, звичаїв ділового обороту, релігійних канонів, тощо). В законі передбачаються й певні умови (передумови), дотримання яких необхідне для того, щоб договір виконував свою роль регулятора конкретних відносин сторін. Йдеться, зокрема, про загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності (дійсності) правочину (договору) (ст. 203 ЦК України).

Договір є індивідуальним правовим актом, у якому абстрактна модель стосунків осіб, окреслена в загальних рисах у законі, наповнюється конкретним змістом, набирає своєї «плоті та крові». В цьому розумінні договір виступає як юридичний факт, що є однією з підстав виникнення суб'єктивних цивільних прав та обов'язків (правовідносин, зокрема зобов'язань) (ч. 2. ст. 11 та ч. 2 ст. 509 ЦК України).

Але характер дій, які має вчинити одна сторона в зобов'язанні на користь іншої (у двосторонніх договорах, таких як купівля-продаж, майновий найм, підряд тощо, кожна із сторін є одночасно і кредитором, і боржником), визначається передусім умовами (пунктами) договору, встановленими і погодженими сторонами, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства (ч. 1 ст. 628 ЦК України). Отже, конкретні права та обов'язки сторін, що становлять зміст договірного зобов'язання, зумовлені укладанням договору як юридичного факту і залежать від його змісту. Завдяки факту укладання договору вступають в дію й інші умови, які є обов'язковими для сторін відповідно до актів цивільного законодавства.

Існує безпосередній зв'язок договору як юридичного факту й з іншими елементами механізму правового регулювання цивільних відносин – актами реалізації суб'єктивних прав і обов'язків та способами їх захисту, зокрема з відповідальністю за порушення договірних зобов'язань.

Потреба в захисті договірних цивільних прав та обов'язків виникає в разі їх порушення сторонами договірного зобов'язання. Невиконання або неналежне виконання договірного зобов'язання оцінюється знову ж таки з точки зору відповідності його виконання умовам договору як тим, що визначені на розсуд сторін, так і тим, що є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Договором можуть бути обумовлені і санкції (зокрема неустойка, штраф, пеня) за порушення окремих його умов, якщо вони не передбачені у законі. За домовленістю сторін у договорі можливий відступ від принципу вини як підстави цивільно-правової відповідальності (ч. 1 ст. 614 ЦК України).

Отже, в механізмі правового регулювання договірних відносин договір є основною ланкою, яка тісно пов'язана з іншими елементами цього механізму і забезпечує його ефективність в цілому.

У розвитку інституту договору і, відповідно, договірного права в сучасних умовах помітна дія різних за характером і часто суперечливих тенденцій.

Так, з одного боку, в регулюванні майнових відносин розширюється свобода волевиявлення у визначенні сторонами своїх прав та обов'язків як ознака диспозитивного методу регулювання. Відповідно до ч. 3 ст. 6 ЦК України сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім тих положень, обов'язковість яких для сторін прямо випливає із самого акта законодавства чи його змісту або із суті правовідносин між сторонами. Серед загальних принципів цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України) названа свобода договору, яка полягає не лише у вільному укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору сторонами (ст. 627 ЦК України), а й у свободі вибору

форми договору, праві на укладення «непойменованих», «змішаних» договорів, можливості встановлювати способи забезпечення договірних зобов'язань, форми (міри) відповідальності за їх порушення тощо [7]. До того ж, звичайно, сторони мають враховувати вимоги ЦК України та інших актів законодавства, звичаї ділового обороту, вимоги розумності, добросовісності та справедливості.

Т. В. Боднар наводить приклади й обмежень дії принципу свободи договору правовими нормами та іншими регуляторами цивільних відносин, які стосуються як усіх елементів цього принципу, так і окремих із них [8].

Підкреслюючи розширення свободи волевиявлення сторін під час укладення договорів у певних сферах економічних відносин, зокрема тих, які в умовах командно-адміністративної системи формувались на основі планових приписів, не можна не відзначити й протилежну тенденцію, яка властива й сучасному договірному праву зарубіжних країн. Йдеться про те, що з метою захисту інтересів слабкої сторони договору та забезпечення збалансованого розвитку майнового обороту запроваджується низка обмежень дії принципу свободи договору, що проявляються, зокрема, в інтенсивному розвитку антимонопольного законодавства, законодавства про захист прав споживачів, державному регулюванні ціноутворення, регулюванні якості товарів, робіт і послуг тощо.

Важливим напрямом розвитку договірного законодавства України є його адаптація до стандартів Європейського Союзу [9]. Економічні інтеграційні процеси потребують відповідної правової інтеграції, зокрема, поступового наближення правового забезпечення майнових відносин товарного характеру в Україні до умов внутрішнього ринку ЄС, до правових засад і принципів, що діють на цьому ринку, з метою поєднання сполучності з нормами права ЄС та країн-членів, а згодом – гармонізації, а також уніфікації в деяких галузях [10]. Це стосується насамперед договірного права.

На сучасному етапі в Європі проводиться досить інтенсивна робота щодо підготовки єдиного Європейського цивільного кодексу, який може стати кульмінацією в уніфікації однієї з найважливіших галузей законодавства. Для входження до правового простору ЄС, зокрема до сфери договірного права, важливим є усунення дублювання та розбіжностей, які існують у регулюванні договірних відносин за Цивільним і Господарським кодексами України. Пріоритет тут має надаватись положенням Цивільного кодексу, які мають для договірного права загальний характер. Має бути проведена велика робота з ревізії та оновлення масиву нормативно-правових актів у сфері цивільного і господарського законодавства, а також договірної та судової практики щодо застосування цього законодавства.

Таким чином, категорія «договір» відіграє важливу методологічну роль не тільки для окремих інститутів та підгалузей цивільного права, а й під час тлумачення та застосування аналогічних понять в інших галузях приватного і публічного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 8.

2. Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.: за ред.. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Харків: Право, 2012; Окремі види договорів у сучасному законодавстві України: колективна монографія / за ред. О. С. Кізлової: Міжнар. гуман. ун-т, Одеса: ТЕС, 2013; Договір як універсальна форма правового регулювання / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016; Харьковская цивилистическая школа: о договоре / И. В. Спасибо-Фатєєва, О. П. Печений, В. И. Крат: монографія. Под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017; Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні: монографія / За заг. ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана; наук. ред. А. Б. Гриняк. Київ: 2017; Луць В. В., Великанова М. М. Договірне право України: навчальний посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2016.

3. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 422.

4. Мічурін Є. О. Цивілістика в сучасній юриспруденції / Вісник Національної академії правових наук України: зб. наук. пр. / Редкол.: О. В. Петришин та ін. Харків: Право, 2017. № 2 (89). С. 113.

5. Гриняк А. Б. Договір у механізмі правового регулювання приватноправових відносин / Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні: монографія / За заг. ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана; наук. ред. А. Б. Гриняка. Київ: 2017. С. 16–17.

6. Пленюк М. Д. Юридичні факти в механізмі цивільно-правового регулювання зобов'язань / Вісник Національної академії правових наук України: зб. наук. праць / Редкол.: О. В. Петришин та ін. Харків: Право, 2017. № 2 (89). С. 120–129.

7. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: навч. пос. Київ: Юстиніан. 2007. С. 47.

8. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання. Загальні положення. Київ: Юстиніан, 2007. С. 44–48.

9. 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.

10. Вишняков О. К. Апроксимація правового забезпечення цивільних майнових відносин в Україні до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу: дис. … док. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2008. С. 5.

Luts V. System-forming role of the category «contract» in the private law of Ukraine

The article clarified the concept and essence of a civil contract, its place in the mechanism of legal regulation of civil relationships, system-forming role of the category «contract» for industries and institutions of civil rights, but also to clarify the relevant concepts in other areas of law (such as private, and public).

Keywords: contract, civil contract, the construction contract, obligations, legal agreements, mechanisms of legal regulation.

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ПОНЯТТЯ «ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ» В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.3

Бобрик В. І.,

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

В статті висвітлюються методологічні філософські та загальнонаукові підходи до поняття «диференціація» в праві та правовій науці. Розкривається походження цього терміна та його загальнотеоретичне значення. Особлива увага приділяється діалектичній єдності диференціації та інтеграції права, які є парними категоріями (діалектичними протилежностями), а також диференційно-інтеграційним процесам, наслідком яких є формування системи права та окремих системних правових явищ.

Ключові слова: диференціація, диференціація права, інтеграція, система права, норма права.

Постановка проблеми. Термін «диференціація» не є правовим [13, С. 72] і нечасто застосовується в актах законодавства України. Проте вже тривалий час це поняття використовується у філософії, загальній науці (метанауці) та в різних природничих і суспільних науках (біології, хімії, математиці, етнографії, соціології, лінгвістиці тощо). Останнім часом це поняття дедалі частіше застосовується й правознавцями, і не лише при дослідженні проблем теорії права (системи права, спеціалізації права тощо), а й у галузево-правових науках (кримінальному праві, трудовому праві, процесуалістиці тощо). Проте застосування цього терміна в юридичній літературі не завжди є методологічно вірним, з огляду на що виникає потреба з'ясувати методологічні підходи до його розуміння та загальну сутність.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Диференціацію в загальній теорії права в контексті системи права та спеціалізації права досліджували такі науковці, як: С. С. Алексєєв, А. М. Асадов, К. А. Бєліков, Т. В. Драхенберг, О. В. Мартишин, А. І. Граціанов, С. А. Громов, Р. М. Дудник, В. Л. Кулапов, Є. Г. Потапенко, Н. М. Оніщенко, Д. Є. Петров, В. Ф. Попондопуло, А. М. Рабец, Н. В. Разуваєв, В. П. Реутов, І. Н. Сенякін, А. Ф. Черданцев, Г. Ф. Шершеневич, В. Ф. Яковлєв та інші. В рамках науки цивільного процесуального права проблемам диференціації судочинства та процесуального права приділяли увагу Н. А. Громошина, О. В. Слєпченко, Д. В. Слинько, О. С. Ткачук та інші. Проте в такому аспекті, як в цій статті, науковий аналіз диференціації в праві не проводився та в літературі не висвітлювався.

Метою дослідження є з'ясування загальних методологічних підходів до поняття «диференціація» в праві.

Виклад основного матеріалу. При визначенні поняття диференціації в праві потрібно насамперед звернутись до етимології та означення слова «диференціація», а також його філософського значення. Це слово походить від лат. «differentia», що українською мовою перекладається як «різниця», «відмінність», «багатоваріантність» тощо [1]. В Словнику української мови (СУМ-11) вказується таке означення слова «диференціація» – «поділ, розчленування чого-небудь на окремі різнорідні елементи» [28, с. 289].

У філософії поняття «диференціація» є поліаспектним, адже йому надається кілька значень: 1) поділ, розчленування, розшарування цілого на частини, різноманітні та різні форми і ступені; 2) виникнення нових органів, частин, наділених спеціалізованими функціями, наслідком чого є поступове ускладнення системи (зокрема організму) при розвитку; 3) послідовне визрівання якісних відмінностей, визначень [32, с. 58]. Філософи розрізняють функціональну диференціацію, в ході якої розширюється коло функцій, які виконуються елементами системи, що розвивається, і структурну, в ході якої в системі виділяються підсистеми, що реалізують ті чи інші функції. Іноді під диференціацією

розуміється диференційованість, тобто наявність в цілому сукупності спеціалізованих частин, рівнів, підсистем [33, с. 170].

Загальновизнано те, що поняття «диференціація» було введено у філософію та соціальні науки наприкінці XIX ст. англійським філософом і одним із основоположників соціології Г. Спенсером (Herbert Spencer), який запозичив його з природничих наук. Термін «диференціація» використовувався Г. Спенсером для обґрунтування його вчення про еволюцію та соціологічні теорії, в тому числі органічного походження держави. В широкому розумінні Г. Спенсер вважав, що диференціація – це поява з якоїсь однорідності різноманіття; розчленовування на форми і ступені; виникнення в організмі в процесі розвитку морфологічних і функціональних відмінностей. Вказане поняття він вживав для позначення антиподу інтеграції – виникнення цілісності, єдності в системі, заснованих на взаємодоповнюваності та взаємозалежності окремих елементів. Г. Спенсер розглядав диференціацію та інтеграцію як основні елементи всезагальної еволюції матерії від простого до складного, в тому числі на соціальному рівні. У праці «Основи соціології» Г. Спенсер розвинув положення про те, що первинні органічні диференціації відповідають первинним відмінностям у відносному стані частин організму, а саме, «знаходженню всередині». Описавши первинну диференціацію, Г. Спенсер сформулював дві закономірності цього процесу. Перша – залежність взаємодії соціальних інституцій від рівня організації суспільства: низький рівень організації характеризується слабкою інтеграцією частин, високий – сильнішою залежністю кожної частини від усіх інших. Друга – пояснення механізму соціальної диференціації та походження соціальних інституцій як наслідок того, що в індивідуальному, як і в соціальному, процес агрегації постійно супроводжується процесом організації, причому останній підпорядкований в обох випадках одному загальному закону, який полягає в тому, що послідовна диференціація відбувається завжди від більш загального до більш спеціального [9].

Ідеї Г. Спенсера про соціальну диференціацію розвивали в своїх дослідженнях багато інших соціологів, зокрема, Е. Дюркгейм, М. Вебер, С. Норт, Т. Парсонс, Н. Луман, А. Етціоні, С. Ейзенштадт, Ф. Ріггс та інші. В узагальненому вигляді їх погляди на соціальну диференціацію полягають в тому, що диференціацією є як наявний стан соціальної структури, так і процес, який веде до виникнення різних видів діяльності, ролей, груп, які спеціалізуються на виконанні окремих функцій, необхідних для самозбереження соціальної системи. Також в соціологічних джерелах є так звані таксономічні визначення диференціації, за яких цей термін позначає просто відмінності соціальних ролей, статусів, груп, організацій тощо [25, с. 142].

Внаслідок розвитку поглядів Г. Спенсера та інших філософів і соціологів термін «диференціація» набув значного поширення в метанауці, в якій він використовується спільно з «інтеграцією» як парні категорії. Так, В. К. Сидоренко та П. В. Дмитренко зазначають, що для багатьох наук нині є характерним діалектичне поєднання процесів диференціації та інтеграції наукових знань. Таке поєднання є проявом двох закономірностей людського пізнання: відобразити єдність і цілісність світу, з одного боку, виявити закономірності специфічних часткових структур матерії в її багатстві та різноманітності – з іншого. Перша тенденція характеризує процеси синтезу, інтеграції знань, друга – відображає процеси спеціалізації та диференціації. Диференціація та інтеграція, як дві взаємно протилежні тенденції в розвитку науки, своєрідно проявляють дію закону єдності та боротьби двох протилежностей у пізнанні. Ці дві тенденції не тільки взаємно виключають, а й передбачають, обумовлюють і збагачують одна одну, становлячи діалектичну єдність [26, с. 58–59].

Із загальнонаукової та методологічної точки зору будь-яка складна система постійно зазнає дії двох зустрічно-спрямованих сил – відштовхування та притягання. У філософському розумінні сила відштовхування пов’язана з дробленням елементів структури і ослабленням її цілісності, сила притягання спрямована на укрупнення компонентів системи, посилення її узгодженості і єдності. Діалектичне співвідношення тенденцій відштовхування та притягання у вигляді їх єдності, відмінностей, суперечностей і взаємодії в рамках одного цілого системного утворення виступає основою його прогресу [21, с. 98]. В цьому проявляється така закономірність діалектичного розвитку, як закон єдності та боротьби протилежностей.

Як зазначає А. М. Авер’янов, в діалектичній взаємодії процесів ділення та поєднання закладені передумови не тільки розвитку і вдосконалення, а й самого виникнення системи [3, с. 173]. Для появи системи необхідне існування певної сукупності елементів, які, з одного боку, утворені в результаті поділу якоїсь єдності, а з іншого – володіють тотожними властивостями, що дають можливість їх подальшого об’єднання в ціле. І в цьому плані видається правильною в методологічному відношенні висловлена А. М. Авер’яновим думка про те, що диференціація тотожності є необхідною умовою розвитку. Разом з тим, зазначає автор, відбувається процес ускладнення зв’язків між елементами, що диференціюються, їх субпідрядність, що і веде до становлення системи як цілого. Іншими словами, одночасно відбувається інтеграція диференційованих елементів [2, с. 46].

Поділяючи таке розуміння, російський дослідник диференціації та інтеграції структурних утворень системи права Д. Є. Петров зазначає, що за своєю суттю диференційно-інтеграційні

процеси, які протікають в системних явищах, є організаційними процесами. Їх завдання – організувати систему таким чином, щоб зробити генетичні, структурні, функціональні зв'язки між елементами (частинами) максимально повними, тобто ускладнити взаємозалежність між ними. Тим самим система стає організованим єдиним цілим [21, с. 98].

Особливу увагу процесам диференціації та інтеграції в складних системах приділяв один із основоположників системного підходу і науки тектології О. О. Богданов. Він вибудував загальну концепцію системи за допомогою виокремлення та аналізу двох найбільш істотних і універсальних системно-організаційних механізмів: формуючого та регулюючого. О. О. Богданов розглядав розходження та сходження форм, які стосуються вже не окремого комплексу і пов'язаних з ним організаційних процесів, а організаційних закономірностей, що враховують існування двох і більше комплексів. Його закон розходження (під назвою «системна диференціація» або «системне розходження») описує зміну системи, що складається з окремих частин і означає організаційний процес, пов'язаний зі зростанням відмінностей між елементами комплексу і появою дезінгресій – розривів внутрішніх зв'язків, що в результаті призводить або до дезорганізації всього комплексу, або до кардинальної його зміни [8].

Таким чином, категорія «диференціації» («розходження», «ділення») в загальній науковій методології розглядається в єдності з його парною категорією – «інтеграцією» («сходженням», «поєднанням»), яким відводиться особливе місце в загальнотеоретичному обґрунтуванні складних систем, в тому числі соціальних. До таких систем, безумовно, належать і право, і пов'язана з ним діяльність – юридична. Відтак загальнонаукові знання щодо «диференціації», з урахуванням її зв'язку з інтеграцією, і досвід їх застосування цілком придатні для використання в юридичній науці. Однак юридична наука не повинна дублювати чи некритично запозичувати відповідні загальнонаукові чи філософські знання, так само як і за допомогою софістичних прийомів намагатися через призму загальнонаукових категорій надати традиційним уявленням про правове буття нового розуміння чи форми. Саме тому категорія «диференціації» в загальноправовій і галузевих правових науках набуває свого особливого значення, що враховує специфіку відповідної сфери знань.

В теорії права доволі поширеними є погляди на диференціацію (чи спеціалізацію) права як категорію, що разом з інтеграцією обумовлює таку властивість права як системність, ділення права на галузі, а також визначає спеціалізацію права, законодавства та правового регулювання [5–7; 10–12; 15; 18; 20; 22–24; 27; 29; 35]. Так, С. С. Алексєєв спеціалізацію права вважає однією з його властивостей, одним із проявів власне правового розвитку, який втілює і зовнішні чинники, що впливають на право, і внутрішні потреби правової системи. Суть спеціалізації права вчений розкриває через «поділ праці між нормами», в результаті якого ті чи інші норми й їх комплекси дедалі більше зосереджуються на виконанні певних операцій, конкретизується зміст норм і одночасно відбувається інтеграція в регулюванні суспільних відносин. Основними, частково перехресними різновидами спеціалізації права С. С. Алексєєв називає:

– диференціацію (предметну та функціональну), тобто розгалуження нормативного змісту правового регулювання, набуття тією чи іншою його галуззю дедалі більш специфічних рис;

– конкретизацію, тобто деталізацію змісту нормативного регулювання, дедалі докладніше регулювання окремих сторін і елементів даних суспільних відносин;

– інтеграцію, тобто узагальнену регламентацію того єдиного, що збігається, що властиво групам суспільним відносин, їх принципам, засадам тощо.

У процесі спеціалізації відокремлюються групи норм, що виконують ті або інші функції при здійсненні правового регулювання. Процес спеціалізації обумовлює перетворення нормативної системи в кінці кінців на комплекс головним чином спеціалізованих нормативних положень; звідси – необхідність при аналізі окремої юридичної норми розуміти її спеціалізований характер і враховувати її зв'язки з багатьма іншими нормами-приписами [4, с. 37–38].

В. Л. Кулапов і Є. Г. Потапенко, досліджуючи теоретичні основи правової інтеграції, на основі положень розробленої С. С. Алексєєвим конструкції спеціалізації виключають інтеграцію як її форму [17, с. 12–13]. Такий підхід в цілому був підданий критиці Д. Є. Петровим, який наголошує на тому, що в такому разі ототожнюється змістовна та формальна сторони права. На його переконання, категорія «спеціалізація» має відображати процес ділення елементів системи законодавства, а поняття «диференціація» має слугувати з'ясуванню процесів поділу в системі права. З огляду на це зазначений автор вважає, що спеціалізація законодавства є однією з форм диференціації в праві, а не навпаки [21, с. 110–111].

Зважаючи на такі міркування, Д. Є. Петров дещо ширше розглядає диференціацію та інтеграцію в системі права, адже вважає їх одночасно тенденціями, процесами і закономірностями її розвитку. Як тенденції вони виражають можливість, свого роду «схильність» структурних утворень системи права розвиватися у відповідних напрямах. Як процеси вони представляють дану можливість, що стала реальним фактом. Диференціація та інтеграція є процесами, що проходили раніше і проходять в

системі права на сучасному етапі її розвитку. Як закономірності вони представляють дані реальні факти, набувають статусу необхідності. Вказаний автор зазначає, що стосовно системи права процеси диференціації та інтеграції ведуть до ускладнення структури права, утворення нових структурних елементів: норм, інститутів, галузей, появи нових внутрішніх зв'язків. Найпростіший приклад диференціації – це поява нового різновиду норм права, а інтеграції – це об'єднання низки норм в єдиний комплекс, в інститут права [21, с. 105, 107–108].

Г. Ф. Шершеневич вважав диференційно-інтеграційний процес основним механізмом правотворення. Він зазначав, що процес правотворення полягає саме в поступовій дедалі більшій диференціації права в сфері правил співжиття, в диференціації, що відбувається всередині права, і в інтеграції норм права, яка виражається в тому, що, незважаючи на постійне зростання числа норм права, відбувається поєднання і координування їх в інститути [34, с. 508].

Усвідомлюючи єдність процесів диференціації та інтеграції в праві та їх взаємозв'язок відповідно до діалектичного закону єдності та боротьби протилежностей, варто зосередитись й на їх відмінностях. Як зазначає Д. Є. Петров, основні відмінності процесів диференціації та інтеграції пов'язані з їх метою і спрямуванням обробки правового матеріалу. Правова інтеграція виражається в зближенні та об'єднанні правових приписів, її мета – створення загального уніфікованого в певній сфері суспільних відносин правового режиму. Процес диференціації, навпаки (інакше ці категорії не розглядалися б як діалектичні протилежності), полягає в дробленні та виділенні правових приписів. Мета диференціації в праві – всебічне врегулювання суспільних відносин з урахуванням їх соціально-економічної, політичної, регіональної та іншої специфіки [21, с. 106].

Висновки. Наведені вище підходи щодо диференціації в праві не можуть претендувати на роль універсального науково-правового підходу до даного поняття, адже не враховують те, що поділяються (розходяться) не лише елементи системи права, а й ті явища, які породжуються правом, зокрема правова діяльність. Тому загальне науково-правове поняття диференціації має відображати відповідну властивість будь-яких системних правових явищ, а також враховувати те, що диференціація права обумовлює диференціацію відповідних правових явищ (їх проявів). У такому контексті в юридичній науці диференціація має вживатися завжди для позначення закономірного та системного поділу права та інших правових явищ (кожного окремо) задля ефективного вирішення завдань, які стоять перед ними.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Differentia. Переклад та визначення в онлайн-словнику. Електронний ресурс. URL: https://uk.glosbe.com/la/uk/differentia (дата звернення: 15.10.2017).
2. Аверьянов А. Н. Категория «система» в диалектическом материализме. М., 1974. 70 с.
3. Аверьянов А. Н. Системное познание мира: методологические проблемы. М., 1985. 263 с.
4. Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. Т. 2. М.: «Юридическая литература», 1982. 360 с.
5. Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975. 264 с.
6. Асадов А. М., Драхенберг Т. В. К вопросу о телеологическом критерии дифференциации системы российского права // Проблемы права. 2012. № 2. С. 176–181
7. Беликов К. А. Дифференциация системы права: критика традиционных критериев, выдвижение новых подходов (с позиций субъекта права) // Юридическая мысль. Научно-практический журнал, 2007. № 3 (41). С. 5–16.
8. Богданов А. А. Тектология: (Всеобщая организационная наука). В 2-х кн. М.: Экономика, 1989. Кн. 1. 304 с.
9. Галушко К. Ю. Спенсер Герберт // Енциклопедія історії України: у 10-и т. / Редкол.: В. А. Смолій (голова) та ін.; Інститут історії України НАН України. К.: Наук. думка, 2012. Т. 9. С. 742.
10. Граціанов А. І. Процес систематизації та уніфікації законодавства і розвиток правової системи України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Національна академія внутрішніх справ України. К., 2004. 185 с.
11. Громов И. А., Мацкевич А. Ю., Семенов В. А. Западная теоретическая социология. СПб.: Ольга, 1996. 286 с.
12. Громов С. А. Соотношение частного и публичного права в российской системе права: тенденции дифференциации и интеграции: дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2004. 226 с.
13. Громошина Н. А. Дифференциация, унификация и упрощение в гражданском судопроизводстве. М.: Проспект, 2010. 264 с.
14. Давыдов Ю. Н. История теоретической социологии. Социология второй половины XX – начала XXI века. Учебное пособие для вузов. М.: Академический проект, 2010. 526 с.
15. Дудник Р. М. Галузева диференціація українського права: поняття, рівні і тенденції розвитку: дис.. … канд.. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2016. 209 с.

16. Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение / Пер. с франц., составление, послесловие и примечания А. Б. Гофмана. М.: Канон, 1995. 352 с.
17. Кулапов В. Л., Потапенко Е. Г. Теоретические основы правовой интеграции: монографія. М.: Юрлитинформ, 2011. 184 с.
18. Мартышин О. В. О дифференциации отраслей права // Труды Московской государственной юридической академии: сб. ст. М., 2002. № 9. С. 32–34.
19. Мірошниченко М. І. Історія вчень про державу і право: навч. посіб. / М. І. Мірошниченко, В. І. Мірошниченко; Нац. акад. внутр. справ України. К.: Атіка, 2001. 224 с.
20. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії. К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького, 2002. 352 с.
21. Петров Д. Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 2015. 505 с.
22. Попондопуло В. Ф. Проблемы единства и дифференциации российского права и законодательства // Российский юридический журнал, 2011. № 1 (76). С. 26–37.
23. Рабец А. М. Интеграция и дифференциация в праве // Труды Московской государственной юридической академии: сб. ст. М., 2002. № 9. С. 54–57.
24. Разуваев Н. В. Правовая система и критерии отраслевой дифференциации права // Правоведение, 2002. № 3. С. 31–55.
25. Российская социологическая энциклопедия / Под общ. ред. Г. В. Осипова. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. 672 с.
26. Сидоренко В. К., Дмитренко П. В. Основи наукових досліджень: навчальний посібник для вищих педагогічних закладів освіти. К.: ДІНІТ, 2000. 259 с.
27. Слинько Д. В. Загальнотеоретичні чинники диференціації системи процесуального права // Вісник Харківського національного університету ім. Каразіна. 2015. № 1151. Серія «Право». Вип. № 19. С. 21–25.
28. Словник української мови: в 11-ти томах. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Том 2, 1971. 452 с.
29. Специализация и унификация Российского законодательства. Проблемы теории и практики / Сенякин И. Н. Под ред. Байтин М. И. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1993. 194 с.
30. Тарент И. Г. Историко-философский анализ тектологии А. А. Богданова: дис. ... канд. филос. наук по специальности 09.00.03. Москва, 2003. 190 с.
31. Ткачук О. С. Реалізація судової влади у цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект: дис.. … док. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2016. 547 с.
32. Философская энциклопедия: в 5-и т. / глав. ред. Ф. В. Константинов. М.: Советская энциклопедия, 1962. Т. 2: Дизъюкция – комическое. 575 с.
33. Философский энциклопедический словарь / Гл. редакция: Л. Ф. Ильичёв, П. Н. Федосеев, С. М. Ковалёв, В. Г. Панов. М.: Советская энциклопедия, 1983. 840 с.
34. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1911. 698 с.
35. Яковлев В. Ф. Отраслевая дифференциация и межотраслевая интеграция как основы системы законодательства // Правоведение, 1975. № 1. С. 16–23.

Bobryk V. Methodological approaches to the concept of «Differentiation» in legal science

The article highlights methodological philosophical and general scientific approaches to the notion of «differentiation of law». The origin of this term and its general theoretical significance are revealed. Particular attention is paid to the dialectical unity of differentiation with the integration of law, which are paired categories (dialectical opposites), and also to differential-integration processes, the consequence of which is the formation of a system of law and individual legal phenomena.

Keywords: differentiation, differentiation of law, integration, system of law, rule of law.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ТАКСОНОМІЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПРИВАТНОГО ПРАВА

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.4

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

Статтю присвячено систематизації юридичних осіб приватного права та виділенню таких таксонів відповідно до класифікаційних критеріїв: підтип, рід, група, підгрупа, форма, допоміжна форма. Встановлено, що природні таксони надають можливість розмежувати цивільно-правові відносини щодо формування юридичної особи як організації (підтип), участі у підприємницьких та

непідприємницьких відносинах (рід), способу управління організацією (форма, допоміжна форма) та виокремлення корпоративних, членських та інших організаційних відносин. Синтетичні таксони виступають у ролі фікції з метою гармонізації приватних та публічних відносин за участі юридичних осіб.

Ключові слова: юридична особа приватного права, товариство, установа, таксон, організаційно-правова форма.

Інститут юридичної особи є системою відносин, існування яких забезпечує можливість реалізації різноманітних цивільних прав та інтересів; формою, що надає можливість відмежувати права та обов'язки засновників (учасників/членів) або набути відповідних благ. Вибір тієї чи іншої організаційно-правової форми або виду юридичної особи надає змогу найоптимальніше досягти поставлених цілей. Таким чином, дослідження системи цього інституту, визначення його складових має не лише методологічне значення в частині пізнання інституту, а й практичне значення – удосконалення правового регулювання статусу юридичної особи.

Перш за все, звертаємо увагу на те, що будь-яка система містить відповідні елементи, які мають сенс для всієї системи та відповідні зв'язки між собою. Таким чином, всі частини структурно охоплюються в одне ціле та пов'язані структурно-логічною послідовністю [10, с. 187–188]. Отже, виникає слушне запитання щодо ознак елемента системи інтституту юридичних осіб, тобто визначення таксону (від лат. taxere – оцінювати [13, с. 758]) першого рівня, що матиме найбільш спеціальні ознаки.

Таксономія елементів системи права є вагомим науковим та практичним завданням, оскільки надає можливість виділити юридично значущі складові, охопити їх єдиною ознакою та встановити системність їх взаємодії. До того ж, поділ та групування явищ може бути не лише корисним, а й створювати додаткові класифікаційні критерії та сукупності, що ускладнюватимуть розуміння правової дійсності.

Пошуки оптимальної класифікації юридичних осіб спричинено тим, що ЦК та ГК України закріпили різні підходи до системи юридичних осіб (суб'єктів господарювання), а спеціальне законодавче регулювання часом додає лише нові елементи, нехтуючи існуючими принципами побудови навіть цих двох систем. Додатковим аргументом на користь необхідності систематизації є правозастосовна практика, яка часом створює химерні «організаційно-правові форми» юридичних осіб (наприклад, комунальна наукова установа, що створюється як комунальне підприємство – ст. 7 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»), враховуючи часткову відкритість системи.

Проблематика систематизації та класифікації юридичних осіб полягає у тому, що: 1) відсутній єдиний законодавчий підхід до груп юридичних осіб; 2) безсистемні зміни законодавчого регулювання організацій, яким надається цивільно-правовий статус юридичних осіб.

ЦК України використовується такий поділ юридичних осіб: 1) види юридичних осіб (ст. 81); 2) організаційно-правова форма юридичних осіб (ст. 83); 3) підприємницькі та непідприємницькі товариства (ст. 84–85); 4) форми господарських товариств (ст. 113); 5) окремі види установ (абз. 2 ч. 3 ст. 83). І. М. Кучеренко, критикуючи законодавчий підхід до систематизації юридичних осіб приватного права, пропонувала визначати системоутворюючу організаційно-правову форму та види організаційно-правових форм [14, с. 20, 23].

Загалом, наукова систематизація та класифікація юридичних осіб приватного права розглядається в Україні відповідно до різних критеріїв [19, с. 227–231; 20, с. 239–246; 21, с. 144–150; 18, с. 236–242]. Незважаючи на їх детальну характеристику, звернемо увагу на такі аспекти:

1) найпоширенішими способами класифікації є: а) спосіб створення; б) мета діяльності; в) правовий режим майна юридичних осіб; г) кількісний склад засновників; ґ) організаційні ознаки; д) економічна залежність осіб;

2) існують специфічні підстави класифікації, наприклад, за ієрархією правового регулювання та економічним критерієм [18, с. 238, 242];

3) приділення окремої уваги видам або формам юридичних осіб, які розглядаються, або як підстава класифікації [19, с. 229; 20, с. 240–243], або як окреме правове явище [21, с. 171–189; 18, с. 242–250].

Важливим аспектом інституту юридичної особи є поняття «організаційно-правова форма», яке розглядається як:

1) визначена нормами права сукупність пов'язаних між собою елементів (ознак), яка дає підставу у зовнішньому прояві вирізнити один вид юридичної особи від іншого [14, с. 16–29];

2) система врегульованих у законодавстві трьох видів відносин, а саме тих, що виникають у середині підсистеми «засновників/учасників»; що виникають у середині підсистеми «юридична особа»; що виникають між названими підсистемами [12, с. 12.];

3) сукупність формоутворюючих особливостей: створення та припинення; правовий режим майна, система органів управління; здійснення прав учасниками (членами), обсяг відповідальності учасників (членів) за зобов'язаннями юридичної особи, мета діяльності тощо [8, с. 6].

Відповідно до ч. 2 ст. 16 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» *організаційно-правова форма юридичної особи* визначається відповідно до класифікації *організаційно-правових форм господарювання*, затвердженої центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері технічного регулювання. Так, відповідно до Класифікатора організаційно-правових форм господарювання (ДК 002:2004) від 28.05.2004 № 97 організаційно-правова форма господарювання – *форма здійснювання господарської (зокрема підприємницької) діяльності* з відповідною правовою основою, яка визначає характер відносин між засновниками (учасниками), режим майнової відповідальності по зобов'язаннях підприємства (організації), порядок створення, реорганізації, ліквідації, управління, розподілу одержаних прибутків, можливі джерела фінансування діяльності тощо. Таким чином, законом ототожнюється форма організації та форма діяльності, що методологічно є неправильним.

Поняття «організаційно-правова форма юридичної особи» відоме законодавству та науковій доктрині пострадянських держав. Вважаємо, що з точки зору таксономії це поняття у сучасному розумінні відповідає поняттю «вид юридичної особи», адже видом є підрозділ, що об'єднує низку предметів, явищ за спільними ознаками і входить до складу загального розділу – роду [5, с. 132]. Для загального розуміння інституту юридичної особи приватного права таксон «вид» доцільно використовувати лише для окреслення двопорядкових систем (наприклад, вид – рід), зокрема, при співвідношенні поняття «організаційно-правова форма» як базового виду та виокремлення родових груп.

Види юридичних осіб, що закріплюватимуться у законодавстві, передбачатимуть правове регулювання відносин, що є елементами юридичної особи як системи – ознаками будь-якої юридичної особи: 1) спосіб створення (організаційні відносини між засновниками, юридичною особою та органами публічної влади – порядок виникнення); 2) спосіб організації управління (організаційні відносини між учасниками/членами та юридичною особою, її органами – організаційна єдність); 3) спосіб набуття майна (майнові відносини між засновниками/учасниками/членами та юридичною особою – майнова відокремленість); 4) межі відповідальності засновників/учасників/членів (відносини відповідальності – самостійна відповідальність); 5) межі участі у цивільних відносинах юридичної особи та її учасників/членів (відносини представництва та набуття прав учасниками/членами, бенефіціарами/дестинаторами юридичної особи – самостійність участі у цивільному обороті).

Нині в основі поділу юридичних осіб прослідковується два основних критерії, застосування яких надає можливість виділити 1) підприємницькі та непідприємницькі юридичні особи; 2) корпоративні та унітарні юридичні особи. При цьому законодавством названі таксони не визначаються, тому характеризувати їх можливо лише на теоретичному рівні. Звернемося спершу до поділу на корпоративні та унітарні юридичні особи.

Термін «корпорація» має свої корені в лат. corpus – тіло та corporate – об'єднувати у тіло, тобто формою організації шляхом об'єднання певних елементів. Його використання в межах інституту юридичної особи передбачає створення організації шляхом об'єднання осіб або майна. Так, об'єднання публічних утворень, перш за все муніципій, а пізніше церков розглядалися як корпорації [13, с. 274–275], що у середньовіччі було використано папою Інокентієм IV при висуненні теорії «штучної особистості» (persona ficta) [14, с. 5–6].

А. В. Зеліско, визначивши поняття «корпоративна юридична особа», виокремлює вузьке та широке розуміння корпорації та робить висновок, що ознака корпоративності є іманентно притаманною характеристикою будь-яких підприємницьких юридичних осіб приватного права [6, с. 373–374]. Однак дослідниця не встановлює критичність цієї позиції щодо можливості охоплення поняттям «корпорація» всіх юридичних осіб, заснованих на участі (членстві), тобто усіх видів товариств.

О. І. Зозуляк, натомість, стверджує, що в межах непідприємницьких юридичних осіб є дві підгрупи: непідприємницькі юридичні особи корпоративного типу та непідприємницькі юридичні особи унітарного типу [8, с. 5]. При цьому під непідприємницькою юридичною особою корпоративного типу авторка розуміє юридичну особу, що має корпоративний устрій, членство в якій не є підставою виникнення цивільно-правового зобов'язання та не супроводжується виникненням в учасника такої юридичної особи корпоративних прав, що зумовлює відсутність додаткової майнової відповідальності засновників (учасників) такої юридичної особи за зобов'язаннями останньої [8, с. 27].

Корпоративний тип юридичних осіб ґрунтується на російському цивілістичному вченні, побудованому на доктрині середини минулого століття через поділ юридичних осіб на корпорації та установи [11, с. 3–4], яке втілилося у відповідну модифікацію в межах Концепції розвитку законодавства про юридичні особи РФ 2009 року (п. 2.11). Висновок авторки виглядає революційно, адже на його основі виникає новий таксон юридичних осіб замість непідприємницького товариства. Проте запропонований підхід має такі методологічні прогалини:

1) відсутність юридичного значення поділу за умови існування товариств та установ, а цінність проявляється лише у можливості відмежування юридичних осіб корпоративного типу від тих, які до них не належать [9, с. 104];

2) безпідставність виділення корпоративного устрою, зважаючи на те, що учасники не мають корпоративних прав, він передбачає лише членські відносини, а також певний споріднений підхід до управління, що включає в себе відповідний порядок формування органів управління, процедуру прийняття ними рішень тощо [9, с. 233], внаслідок чого здійснюється виключно заміна поняття «членства» на «корпоративність»;

3) порівняння відсутності корпоративних прав з відсутністю додаткової майнової відповідальності, хоча проблематика додаткової відповідальності притаманна саме суб'єктам корпоративних відносин, зокрема, у товариствах з додатковою відповідальністю, повних та командитних товариствах або під час підняття «корпоративної вуалі». Згаданий підхід відслідковується у названій Концепції РФ щодо зобов'язального характеру корпоративних відносин.

Нині в Україні доктринально сформовано поняття «корпоративні відносини». Наприклад, В. А. Васильєва розглядає юридичні особи корпоративного типу як договірно-статутні організації, учасники яких визначають порядок управління корпорацією – юридичною особою, створеною з метою отримання прибутку [4, с. 137], тобто поняття «юридична особа корпоративного типу» повністю відповідає поняттю «корпорація» – йдеться лише про підприємницькі товариства.

Ключовий поділ юридичних осіб приватного права здійснюється за ознакою організаційно-правової форми, що ґрунтується на можливості засновників (учасників) брати участь (ч. 2, 3 ст. 83 ЦК України), зокрема, управляти юридичною особою (ст. 97–101 ЦК України). Такий підхід продиктований різним підґрунтям створення юридичної особи: а) об'єднання (інкорпорація) інтересів; б) виділення майна для досягнення певної непідприємницької мети. При цьому виділення нового таксону, на наше переконання, призведе до оманливого розуміння правової природи участі у товаристві.

Ознака корпоративності можлива як методологічний прийом, який полягає у розумінні юридичної особи як об'єднання (товариства), зокрема, як зауважує В. І. Борисова, з метою оформлення, здійснення та захисту колективних інтересів засновників (учасників) юридичної особи [3, с. 90]. За допомогою цього прийому є змога поширювати окремі ознаки корпоративних відносин на відносини членства (участі) у непідприємницьких товариствах, зважаючи на вищий ступінь наукової розробки корпоративного права.

Розуміння будь-якої юридичної особи як корпорації притаманно правовим системам, які не зазнали істотних змін під впливом права компаній (company law), наприклад, неприбуткові корпорації (Not-For-Profit Corporation) у США. Корпорація в ЄС на сьогодні розглядається виключно в межах підприємництва та має такі ознаки: правосуб'єктність, обмеженість відповідальності, оборотоздатність часток, делегованість управління та інвестиційний характер власності [1, с. 6]. Як результат, названим ознакам відповідають закриті корпорації (Франція – SARL, ФРН – GmbH, Італія – Srl) та відкриті корпорації з оборотоздатними частками на ринку. Таким чином, корпоративне право є складовою права компаній.

Відносини участі є основою для таксону вищого рівня, зокрема, юридичних осіб, які розрізняться на основі їх субстрату: 1) для непідприємницького товариства – реалізація права на свободу асоціації (правова природа цих відносин виокремлена у категорію членства); 2) для підприємницьких – спосіб розподілу ризику (відповідальності) та порядок здійснення управління (корпоративність); 3) для установ – право на виділення майна для реалізації непідприємницької мети (організаційні відносини управління майном).

Відносно правового регулювання цивільно-правового статусу установ позитивним є прийняття Україною німецької концепції та відходження від концепції установи (учреждения), що існує в РФ (ч. 1 ст. 123.31 ЦК РФ), де вона розглядається через призму теорії фікції, а також через конструкцію юридичної особи не власника, що породжує дискусію, з одного боку, щодо заперечення німецької концепції установи [2, с. 357], з іншого – щодо необхідності її закріплення [22, с. 847–848].

У ФРН Цивільне уложення (далі – НЦУ) визначає установу (Stiftung) як одну з інституцій юридичних осіб, поряд з асоціацією, що вимагає виділення відповідного майна (Stiftungsgeschäft) та визнання установи компетентним органом публічної влади землі, де знаходиться установа (ч. 1 § 80). Передача (виділення) такого майна має відповідати ознакам, визначеним § 81 НЦУ, а також якщо гарантована довготривала і стійка мета установи не ставить під загрозу суспільне благо. У випадку встановлення строку існування установи, за який передане майно має бути спожите, обсяг такого майна має бути обґрунтованим протягом цього строку або забезпечувати не менше 10 років його існування.

Поняття установа, окрім закріпленого у ЦК України, використовується також в інших законодавчих актах, які регулюють спеціальний статус організацій як юридичних осіб, так і без цього статусу, наприклад: банківська установа, фінансова установа, наукова установа, установа виконання покарань тощо, яка окреслюється як «умовна назва (позначення) окремих юридичних установ» [9, с. 313]. Вважаємо, що йдеться не про умовну назву (позначення), а про помилкове та застаріле використання правової термінології, що потребує зміни відповідно до сучасного розуміння правових явищ та їх співвідношення на рівні загальноправового та галузевого узагальнення. Тобто названі вище організації не

повинні розглядатися як установи у розумінні певної організаційної-правової форми, а як відповідні інститути у широкому розумінні.

В останніх наукових дослідженнях трапляється думка, що серед непідприємницьких юридичних осіб слід виділяти так звані організації унітарного типу: 1) установа (юридична особа публічного права, яка створюється одним або кількома засновниками, які не беруть участі в управлінні нею, для досягнення мети, визначеної засновниками в різних сферах державного управління, та несуть субсидіарну відповідальність за її зобов'язанням [9, с. 327]); 2) заклад (юридична особа (як публічного, так і приватного права), що створюється одним або кількома засновниками, які не беруть участі в управлінні закладом, зобов'язані фінансувати його діяльність шляхом об'єднання майна для досягнення мети, визначеної засновниками в освітньо-науковій, історико-культурній та медичній сферах [9, с. 351]); 3) фонд (побудований на відсутності засад членства юридична особа, яка діє з метою накопичення (акумуляції) коштів на благодійні, освітні, екологічні, медичні та інші суспільно корисні цілі [9, с. 368]).

Однак такі думки слід сприймати з певними застереженнями: 1) яке приватноправове значення міститься у деталізації мети діяльності крім передбаченого ЦК України? 2) яка цивільно-правова різниця цих трьох видів «унітарних юридичних осіб»? Вважаємо, що це суто термінологічна проблема, а не проблема існування нових видів організаційно-правових форм. Доречно також згадати, що заклад і установа не є тотожними поняттями, оскільки установа – це одна із організаційно-правових форм непідприємницьких організацій, а заклад – умовне позначення [17, с. 319].

Цивільно-правовий статус приватної установи в Україні відповідає європейській доктрині та aquis ЄС, зокрема, щодо відсутності членства, цільового характеру майна та відповідної мети діяльності. Цієї організаційно-правової форми цілком достатньо для здійснення економічної діяльності, а виокремлення окремих видів, зокрема фондів та закладів, не відповідає ані вітчизняній, ані європейській правовій доктрині. Таке розуміння юридичних осіб щодо їх функціонального призначення надає можливість виокремити їх галузевий статус, а не окремий вид організаційно-правової форми, що потребує відповідних змін як у законодавстві, так і праворозумінні.

Поділ юридичних осіб приватного права лише на товариства та установи, підприємницькі та непідприємницькі, визначення їх окремих видів та форм у законодавстві без застосування відповідних таксонів не створює окремих перешкод у правозастосуванні. Виділимо лише проблематику розуміння організаційно-правової форми відповідно до ст. 83, 108 ЦК України та згаданій вище ч. 2 ст. 16 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань». Формування системи та таксонів цієї системи є здебільшого науковою розробкою з метою забезпечення єдності інституту юридичної особи.

Досліджуючи підприємницькі юридичні особи, А. В. Зеліско дійшла висновку, що вони поділяються на *типи* (правовий критерій, який є базовим для утворення окремих організаційно-правових форм): 1) товариство: 1. 1) акціонерне товариство; 1. 2) товариство з обмеженою відповідальністю; 1. 3) товариство з додатковою відповідальністю; 1. 4) повне товариство; 1. 5) командитне товариство; 2) кооператив – виробничий кооператив; 3) юридичні особи, які за характером внутрішніх відносин між ними та їх учасниками або членами є підприємницькими (мають право розподіляти прибуток між учасниками або членами): 3. 1) фермерське господарство; 3. 2) науковий парк; 3. 3) унітарне приватне підприємство [7, с. 5].

Така класифікація дещо розширює встановлену ЦК України систему підприємницьких товариств, проте виникає запитання щодо доречності виокремлення третього типу цих організацій, які хоч і мають специфіку створення, правового режиму майна, управління, корпоративних прав учасників, припинення [7, с. 6], однак навряд чи спричиняють наслідки, що впливають на систему, оскільки у такому випадку слід виділяти банки, ломбарди, страхові компанії тощо.

Щодо непідприємницьких юридичних осіб О. І. Зозуляк пропонує виділяти такі конструкції як: «група», «підгрупа», «організаційно-правова форма» та «вид» [8, с. 27]. Під групою розуміють усі непідприємницькі юридичні особи; далі в групі виділяються дві підгрупи, що, у свою чергу, поділяються на організаційно-правові форми, які також поділяються на відповідні види. Все це можна проілюструвати так: 1) непідприємницькі корпорації: 1. 1) громадські об'єднання: 1. 1. 1) громадські спілки; 1. 1. 2) громадські організації; 1. 2) споживчі товариства: 1. 2. 1) житлово-будівельні кооперативи; 1. 2. 2) споживчі кооперативи; 1. 2. 3) гаражні кооперативи; 1. 2. 4) дачні кооперативи; 1. 2. 5) обслуговуючі сільськогосподарські кооперативи; 1. 2. 6) садові та інші товариства; 2) непідприємницькі унітарні юридичні особи: 2.1) установа: 2. 1. 1) органи державної влади; 2. 2) фонди: 2.2.1) благодійні фонди; 2. 2. 2) екологічні фонди; 2. 2. 3) фонди соціального розвитку; 2. 3) заклади: 2. 3. 1) театри; 2. 3. 2) архіви; 2. 3. 3) бібліотеки; 2. 3. 4) музеї; 2. 3. 5) заклади освіти, науки; 2. 3. 6) медичні та інші заклади.

Така система створює більше запитань, ніж відповідей, адже незрозумілим є окреме введення споживчих товариств до системи непідприємницьких товариств, незважаючи на те, що споживче товариство є видом

кооперативу, а не узагальненням групи кооперативів; відсутність таких юридичних осіб як об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, бірж, саморегулівних організацій, недержавних пенсійних фондів та ін.; часткове виділення так званих функціональних видів юридичних осіб; нехтування законодавчою конструкцією установи як юридичної особи приватного права; корпоративність юридичних осіб та відсутність корпоративних прав у їх учасників тощо.

Систематизація юридичних осіб приватного права передбачає зведення до єдиної системи закріплених у законодавстві організаційно-правових форм юридичних осіб у їх традиційному розумінні як сукупності елементів, що надають можливість відрізнити одну *форму* від іншої. Гіпотезою систематизації є ідея групування юридичних осіб у форми відповідно до єдності таких ознак як спосіб створення; спосіб організації управління; спосіб набуття майна; межі відповідальності засновників/членів/учасників та власне юридичної особи.

Наступний поділ має відповідати таким правилам: 1) здійснюватися лише за однією ознакою; 2) члени поділу мають взаємно виключати один одного; 3) поділ повинен бути співмірним; 4) поділ має бути безперервним та вичерпним [15, с. 79–80]. При цьому систематизація може містити як природну (наукову), так і штучну (синтетичну) класифікацію відповідно до цивільно-правової природи відносин.

Поділ юридичних осіб здійснюється за дихотомічною ознакою порядку їх створення на юридичні особи публічного права та юридичні особи приватного права. Таким чином, таксоном цього поділу є *тип*, що характеризується підставою створення – установчий документ (юридичні особи приватного права) або розпорядчий акт (юридичні особи публічного права).

Наступною ознакою поділу юридичних осіб приватного права є субстрат створення, що надає можливість розрізняти такі *підтипи* організацій як товариства та установи. Товариства, у свою чергу, можуть бути поділені на *роди* – підприємницькі та непідприємницькі відповідно до мети їх діяльності та юридичної долі отриманих прибутків (доходів). Установа не має такого поділу та в силу природності мети створення є непідприємницькою.

Два наступні таксони мають штучний синтетичний характер групування (об'єднання), в основі яких виділяються *групи* підприємницьких товариств (господарські товариства), кооперативів (що займають проміжне становище відповідно до соціально-економічних ознак) та непідприємницьких товариств (тих, що створюються з метою реалізації публічних та приватних інтересів). Ці групи поділяються на *підгрупи*, зокрема, підприємницькі та непідприємницькі кооперативи; непідприємницькі товариства, що реалізують приватні особисті немайнові та майнові інтереси; непідприємницькі товариства, що мають владні повноваження, та такі, що не мають владних повноважень щодо реалізації суспільних інтересів.

Наступним таксоном є *форма* юридичної особи приватного права, що містить ознаку організаційно-правової форми, що надає можливість виділити серед: 1) підприємницьких товариств: повне товариство; командитне товариство; товариство з додатковою відповідальністю; акціонерне товариство; виробничий кооператив; 2) непідприємницьких товариств: асоціації; об'єднання співвласників; фонд; благодійна організація; політична партія; громадське об'єднання; саморегулівна організація; громадські формування; 3) установи, що доки є унікальними для систематизації. В межах кожної форми можуть виділятися *допоміжні форми*, наприклад, приватне акціонерне товариство та публічне акціонерне товариство (для акціонерних товариств), громадська організація та громадська спілка (для громадських об'єднань) тощо. Таким чином, природні таксони (тип, підтип, рід, форма та допоміжна форма) необхідні для побудови цивільно-правової системи юридичних осіб (як для впорядкування існуючих, так і з метою перспективи розвитку інституту юридичної особи), а синтетичні (група, підгрупа) – для додаткових цілей, наприклад, податкового, фінансового, адміністративного чи іншого регулювання відносин, які опосередковано впливають на їх цивільно-правовий статус, зокрема, на окремі елементи організаційно-правової форми.

Отже, обґрунтовуючи класифікаційний критерій, закладений у поділі, виділимо такі таксони юридичних осіб приватного права: 1) підтип – відповідно до субстрату (основи) створення юридичної особи приватного права; 2) рід – відповідно до мети створення та юридичної долі отриманого прибутку (доходу); 3) група – відповідно до економічних інтересів, що реалізуються юридичними особами; 4) підгрупа – відповідно до деталізації інтересів, які реалізуються, та наявності владних повноважень (можливості саморегулювання відносин в межах та поза межами організації); 5) форма – відповідно до організаційно-правової форми юридичних осіб приватного права, закріплених у законодавстві; 6) допоміжна форма – відповідно до специфіки відносин, які виникають відповідно до організаційно-правової форми. Таким чином, природні таксони надають змогу розмежувати цивільно-правові відносини щодо формування юридичної особи як організації (підтип), участі у підприємницьких та непідприємницьких відносинах (рід), способу управління організацією (форма, допоміжна форма) та розмежування корпоративних, членських та інших організаційних відносин. Синтетичні таксони виступають у ролі фікції з метою гармонізації приватних та публічних відносин за участі юридичних осіб.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Armour J., Hansmann H., Kraakman R. The Essential Elements of Corporate Law: What is Corporate Law? // The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. № 643. 7/2009. URL: http://www.law.harvard.edu/ programs/olin_center/papers/pdf/ Kraakman_643.pdf (дата звернення 20.09.2017).

2. Болдырев В. А. Конструкция юридического лица несобственника: опыт цивилистического исследования. Москва, Статут. 2012. 366 с.

3. Борисова В. И. Теоретико-методологические положения учения о юридических лицах // Методология исследования проблем цивилистики: сб. ст., посвящ. памяти проф. А. А. Пушкина / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченка. Харьков. Право. 2017. С. 74–91.

4. Васильєва В. Проблеми розвитку корпоративного права // Приватне право. 2013. № 1. С. 135–145.

5. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К., Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. 1440 с.

6. Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин. Монографія. Івано-Франківськ. 2016. 445 с.

7. Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин. Автореф. … док. юрид. наук. 12.00.03. Київ. 2017. 36 с.

8. Зозуляк О. І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти. Автореф. ... док. юрид. наук. 12.00.03. Київ. 2017. 36 с.

9. Зозуляк О. І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти: монографія. Тернопіль. Підручники і посібники. 2017. 432 с.

10. Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. 6-е изд. Москва: Изд-во СГУ, 2011. 512 с.

11. Корпорации и учреждения: сборник статей / Отв. ред. М. А. Рожкова. М.: Статут. 2007. 348 с.

12. Кочергіна К. О. Зміст організаційно-правових форм підприємницьких товариств: інтереси, функції, правові засоби. Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005.

13. Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов. Москва: Изд-во Эксмо, 2007. 944 с.

14. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права. Монографія. К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. 328 с.

15. Логіка. Підручник для студентів вищих навчальних закладів. В. Д. Титов, С. Д. Цалін, О. П. Невельська-Гордєєва та ін. За заг. ред. проф. В. Д. Титова. Х.: Право, 2005. 208 с.

16. Підопригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право. Підручник. Київ. Юрінком Інтер. 2006. 512 с.

17. Правове регулювання некомерційних організацій в Україні: монографія. За заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків, Право. 2013. 480 с.

18. Цивільне право України. Підручник. За ред. проф. Бошицького Ю. Л. та проф. Шишки Р. Б. (кер. авт. кол.). Загальна частина. К.: Видавництво Ліра-К, 2014. 760 с.

19. Цивільне право України. Підручник. У 3-х книгах. Книга перша. За ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. 2005. Одеса: Юридична література. 528 с.

20. Цивільне право України: академічний курс. Підруч. у 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. Вид. 2-ге, доп. і перероб. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. Т. 1. Загальна частина. 696 с.

21. Цивільне право. Підручник: у 2-х т. за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Х.: Право, 2012. Т. 1. 656 с.

22. Юридические лица в гражданском праве: юридические лица в российском гражданском праве (некоммерческие и коммерческие организации). Отв. ред. В. Н. Литвинкин, О. В. Гутников. Москва, Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации. 2013. 1024 с.

Kochyn V. Civil Law Taxonomy of Legal Entities of Private Law

The article is devoted to the systematization of legal entities of private law and the allocation of such taxa in accordance with the classification criteria: subtype, genus, group, subgroup, form, subform. It has been established that natural taxa allow differentiating civil legal relations in relation to the formation of a legal entity as an organization (subtype), participation in entrepreneurial and non-business relations (kind), way of managing an organization (form, subform), and distinguishing corporate, membership and other organizational relations. Synthetic taxa act as fictions in order to harmonize private and public relations with the participation of legal entities.

Keywords: legal person of private law, society, foundation, taxonomy, organizational legal form.

КОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПРОМІЖНІ РЕЗУЛЬТАТИ ТА ПОДАЛЬШІ ПЕРСПЕКТИВИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.5

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

У статті досліджуються проміжні результати останньої кодифікації цивільного законодавства. Приділяється увага окремим проблемам, що виникли в результаті здійснення кодифікації. Пропонуються можливі варіанти усунення виявлених проблем шляхом внесення змін до чинного законодавства.

Ключові слова: кодифікація, цивільне законодавство, конкуренція норм, правове регулювання.

З прийняттям Верховною Радою України Цивільного кодексу України [1] та подальшим набуттям чинності Кодексом з 01 січня 2004 р. формально завершився складний та доволі тривалий за часом процес кодифікації національного цивільного законодавства.

Необхідність проведення такої кодифікації не піддавалася сумнівам, оскільки Цивільний кодекс УРСР 1963 р. був розроблений з урахуванням ідеологічних засад соціалістичної юриспруденції, а тому він об'єктивно не міг розглядатися як кодифікований закон, що мав би стати засадничим нормативно-правовим актом для розвитку вже в незалежній Україні громадянського суспільства, з одного боку, а з іншого – ринкової економіки. Саме тому в Цивільний кодекс УРСР 1963 р. протягом останніх років його формальної чинності не вносилися зміни та доповнення.

Очікування від змісту майбутнього ЦК полягали в необхідності набуття ним статусу основного закону в сфері приватного права та забезпечення надійного легального підґрунтя для здійснення та захисту цивільних прав та інтересів учасників цивільних відносин, в першу чергу, особистих немайнових прав, прав приватної власності.

Труднощі та тривалість кодифікації цивільного законодавства історично підтверджуються тим, що не менш проблематичний процес прийняття Основного Закону України завершився ще в 1996 р. [2], в той час як чинний ЦК України був прийнятий ВР України лише в січні 2003 року.

За більш ніж десятилітню історію застосування норм чинного ЦК України можна стверджувати, що основні завдання, які ставилися його розробниками, були досягнуті (виконані). Водночас слід погодитися з думками, висловленими у фаховій літературі, стосовно того, що вже на етапі внесення змін до проекту тексту ЦК України в українському парламенті, а також у процедурі прийняття цього Кодексу були допущені помилки, які до цього часу значним чином впливають на ефективність застосування норм ЦК України [3].

Такими прорахунками на завершальному етапі кодифікації цивільного законодавства є:

– одночасне прийняття ЦК та ГК України в результаті політико-правового компромісу без визначення мети запровадження подвійного (дуалістичного чи квазідуалістичного) правового регулювання значного кола цивільно-правових відносин (речових, договірних, корпоративних тощо) двома різними кодифікованими законами та без пропонування правових механізмів (способів) усунення суперечностей між нормами цих двох кодексів;

– збереження регулювання сімейних відносин кодифікованим законом, який відрізняється від ЦК України, – Сімейним кодексом України, що був розроблений не на основі ЦК, а незалежно від нього.

Проте слід визнати, що розробка та прийняття згаданих кодексів вже є історією, що не може бути змінена. Тому зараз доречно зосередити увагу на проміжних результатах проведеної кодифікації цивільного законодавства та перших більш ніж 10-и роках застосування норм кодифікованого закону.

Зважаючи на таке, визначимо мету цього дослідження: встановлення проміжних результатів кодифікації цивільного законодавства перших років застосування норм чинного ЦК України, а також перспективи удосконалення ЦК України.

На початку дискусії щодо таких проміжних результатів необхідно констатувати, що в ЦК України та, звісно, в інші закони, зокрема в ГК та СК України, за поширеною національною традицією постійно вносилися та вносяться зміни, що певним чином впливає на зміст цих законів. Однак подібна нормотворча активність не усунула конкуретність та неузгодженість положень зазначених кодексів до цього часу, а тому першим проміжним результатом кодифікації 2000-х років можна визнати існування актуальної до цього часу проблеми або самого сенсу існування ГК та СК України разом із ЦК України, або неусунення суперечностей між ЦК України як основним актом цивільного законодавства (ч. 2 ст. 4 ЦК України) та зазначеними кодексами, що мають (мали б) йому відповідати як мінімум у засадничих положеннях.

Щоправда, внаслідок внесення змін до СК України можна стверджувати про існування своєрідної м'якої конкуренції між нормами ЦК та СК України, що не створює значних ускладнень у правозастосуванні. В той же час подібне твердження стосовно норм ЦК України, з одного боку, та ГК

України, з іншого, є, щонайменше, передчасним, а якщо уточнити, то взагалі помилковим. Звісно, судова та інша практика правозастосування запропонувала певні варіанти узгодження суперечливих норм останніх двох кодексів, однак вирішення таких неузгодженостей між нормами двох кодексів міститься, на нашу думку, все ж у відповідній нормотворчій діяльності, а не у практиці узгодження іноді явно суперечливих норм ЦК та ГК України.

До можливих варіантів вирішення проблеми множинності кодексів у сфері приватного права та, що важливіше, суперечності норм, які містяться в цих кодексах, є внесення істотних змін до чинного ЦК України, а саме доповнення його новими книгами, наприклад, «Сімейне право», «Корпоративне право», внаслідок чого зникне потреба в існуванні самостійного Сімейного кодексу України, а сенс існування ГК України з його сучасним змістом буде поставлено під ще більший сумнів, що в подальшому або стимулює до істотного редагування ГК України з метою визначення справжнього об'єкта та предмета його правового регулювання, або до припинення його чинності взагалі.

Сформулюємо припущення стосовно того, що одна із зазначених вище альтернатив кодифікації цивільного законодавства в найближчий час чи, можливо, все ж у певній віддаленій перспективі є неминучою, а тому доречно вести мову не про те, буде це, чи ні, а про прискорення цього процесу й обрання одного з цих варіантів з огляду на виявлені переваги та недоліки кожного з них.

У дискусії щодо проміжних результатів останньої кодифікації цивільного законодавства заслуговують на увагу також існуючі положення чинного ЦК України, стосовно більшості з яких вже напрацьоване не лише теоретичне обґрунтування їх змісту та суті, а також практика, у тому числі проблемна, застосування цих норм та положень.

У контексті останнього судження та обраного аспекту дослідження щодо проміжних результатів кодифікації цивільного законодавства вважаємо за необхідне зазначити таке.

1. Слід визнати якість та ґрунтовність норм ЦК (ст. 1-23), що вказують на більшість найбільш загальних положень. Проте впевнено можна констатувати, що частина з цих норм заслуговують на текстуальне редагування з метою усунення розумних сумнівів щодо ряду важливих моментів, а саме, цей розділ ЦК має бути доповнений низкою важливих норм.

Так зокрема, з тексту загальних положень ЦК України не випливає те, що в регулюванні цивільних відносин враховується загальновідомий принцип *верховенства права*. Безперечно, можна стверджувати, що його застосування не суперечить засадничим положенням, визначеним ст. 3 ЦК України та відповідає цим положенням, зокрема, розумності та справедливості. З іншого боку, вказівка та принцип *верховенства права* безпосередньо в тексті ЦК, на нашу думку, не погіршила, а лише покращила б текст вказаної чи іншої статті Кодексу.

Підтвердженням потреби легалізації принципу *верховенства права* безпосередньо в тексті ЦК є те, що в результаті прийняття нової редакції процесуальних кодексів, наприклад ЦПК України, поняття *верховенства права* неодноразово згадується в тексті цього кодифікованого закону в ст. 2, 10, 263 [4].

Іншим об'єктом можливого редагування загальних положень ЦК України є норми ст. 16 Кодексу, що містять перелік способів захисту цивільних прав та обов'язків. Вважаємо, що вже визнаним є твердження про те, що перелік способів захисту, на які вказується у тексті ч. 2 ст. 16 ЦК України, не може бути обмежений не лише текстом цієї статті, а також договором чи іншим законом, оскільки особа має право на застосування *ефективного* способу захисту її прав та інтересів незалежно від того, чи був такий спосіб захисту встановлений у ст. 16 ЦК України, договорі або іншому законі.

Вважаємо, що подібний підхід у визначенні способу захисту також заслуговує на свою легалізацію у тексті ЦК України з огляду на важливість цього положення.

У контексті положень ст. 92 Конституції України стосовно того, що лише законами України мають визначатися засади цивільно-правової відповідальності, слід вказати, що саме загальні положення ЦК України можуть бути доповнені нормами, які б регулювали притягнення особи до цивільно-правової відповідальності та вказували на загальні положення щодо умов та підстави та інших засад такої відповідальності. Врегулювання цих відносин певним спеціальним законом чи в межах іншого розділу ЦК України є менш привабливою, на нашу думку, моделлю правового регулювання цих важливих відносин.

2. Поява в чинному ЦК України книги другої «Особисті немайнові права фізичної особи» була, в свій час, сприйнята як вагомий еволюційний крок, що акцентує увагу на пріоритетах приватноправового регулювання, сучасності змісту ЦК України порівняно з ЦК УРСР 1963 року тощо.

Водночас слід відверто визнати, що значна кількість норм книги другої ЦК України у зв'язку з високим рівнем їх декларативності до цього часу не отримала широкого практичного застосування. Ще одна частина норм книги другої ЦК України фактично не отримала цивільно-правового змісту, що, незважаючи на їх практичну значущість, перешкоджає застосуванню цих норм для правового регулювання цивільно-правових відносин.

Наочним прикладом щодо останнього твердження є норми, які містяться в ст. 315 ЦК України «Право на мирні зібрання». Зазначені норми в частині першій та другій цієї статті не лише не містять самостійного змістовного навантаження, а що більш важливо, сформульовані радше як конституційно-

правові норми, що регулюють конституційно-правові, а не цивільно-правові відносини. Тому ця та інші подібні норми мають бути вилучені з тексту книги другої ЦК України.

Наведені міркування щодо положень книги другої ЦК вказують на потребу не стільки «консервації» існуючого змісту цієї частини Кодексу, скільки на необхідність їх істотного редагування (зміни) з метою більш ефективного врегулювання особистих немайнових відносин, що фактично становлять першу складову предмета цивільного-правового регулювання (ч. 1 ст. 1 ЦК України).

3. Якісно насичений зміст книги третьої ЦК, на перший погляд, не залишає місця для пропозиції щодо його подальшого удосконалення. Однак це лише перше та доволі спрощене уявлення про проблеми правового регулювання речових відносин.

Так, декларативними та неефективними в аспекті правового регулювання є норми ЦК щодо: довірчої власності (ч. 2 ст. 316 ЦК), набуття права власності юридичною особою приватного права (ст. 329 ЦК), права володіння (глава 31 ЦК). Безперечно, що мінімальність нормативного змісту перешкоджає не лише практичному застосуванню цих норм, а навіть їх тлумаченню.

Наприклад, важко сприймається твердження про право власності юридичної особи приватного права (ст. 329 ЦК), в той час, коли ці особи згідно з іншими нормами цивільного та іншого законодавства не є та не можуть бути власниками наявного у них майна. Власниками майна цих юридичних осіб є держава, відповідні територіальні громади, а тому зміст та сенс цієї норми ЦК України залишаються незрозумілими.

Декларативним та неповним є вказівка в тексті ЦК України на існування такого виду права власності, як довірча власність. Власне, в ЦК навіть не вказується на ту хоча б одну ознаку, яка відрізняє цей вид права власності від родового поняття – право власності, чи можливих інших видів права власності.

Важливим та цікавим в аспекті поняття права довірчої власності є також питання щодо змісту цього права. Однак текст чинного ЦК не містить відповідних положень й щодо цього питання.

4. Доволі прогресивними в середині 2000-х років виглядали положення книги четвертої «Право інтелектуальної власності», що створювали перспективу більш ефективного здійснення та захисту прав інтелектуальної власності.

Проте слід визнати, що «піратство» та інші порушення прав інтелектуальної власності з ухваленням ЦК України до цього часу не зникли. Крім того, на нашу думку, безпосередньо норми книги четвертої ЦК України вже втратили потенціал для посилення правових механізмів захисту прав інтелектуальної власності, й таке удосконалення на сьогодні здійснюється за рахунок ухвалення окремих нових спеціальних законів.

Необхідно також констатувати, що тривала (більше 10 років) чинність норм книги четвертої «Право інтелектуальної власності» так і не отримала такого очікуваного на той час наслідку, як ухвалення ряду спеціальних законів в новій редакції, які б враховували понятійні та термінологічні зміни в сфері права інтелектуальної власності. Внаслідок чого ЦК України, з одного боку, та спеціальні закони, з іншого – до цього часу не лише містять різну термінологію, а також залишаються істотно змістовно не узгодженими. Наприклад, в патентному праві об’єктом правового захисту згідно з ЦК України є патентні права, а відповідно до спеціальних законів таким об’єктом захисту залишається безпосередньо патент.

Висновки. Підсумовуючи наведені вище окремі приклади суперечностей між нормами ЦК України та нормами інших законів, а також факти прогалин чи інших вад регулювання цивільних відносин чинним ЦК України, можна дійти висновку щодо необхідності подальшого використання останнього як основного акта цивільного законодавства, який, однак, вже потребує удосконалення.

На розвиток своєї думки ще раз підкреслимо загальну успішність кодифікації вітчизняного цивільного законодавства 2000-х років, що мала своїм результатом прийняття та набуття чинності ЦК України 2003 року, який до цього часу є одним з найбільш сучасних за змістом кодифікованим законом українського законодавства. Водночас кодифікація як така, по-перше, передбачає не лише напрацювання, власне, кодексу, а також впорядкування та узгодження законодавства певної галузі права в цілому з урахуванням існування в цій галузі кодексу. Наведений вище приклад щодо проблем суперечностей між нормами книги четвертої ЦК України та спеціальними законами в цій підгалузі свідчить про те, що повноцінної кодифікацій в цій частині цивільного законодавства не відбулося ні в 2003–2004 рр., ні потім.

По-друге, кодифікацію, у тому числі цивільного законодавства, не можна розглядати як процес, що розпочинається винятково з метою ухвалення нового кодексу, а з прийняттям останнього – закінчується. Більш правильно говорити про кодифікацію як також про процес, що виявляється як у системній та систематичній діяльності з удосконалення чинного кодексу як закону, так і в приведенні іншого галузевого законодавства до змістовної відповідності кодексу.

Зважаючи на вищенаведені міркування, вважаємо за потрібне пропонувати проведення дискусії про сучасну кодифікацію цивільного законодавства, метою якої стане не розробка та прийняття нового ЦК України, а внесення важливих та необхідних на сучасному етапі змін до чинного ЦК України та іншого законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цивільний кодекс України: Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

2. Конституція України: Закон України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

3. Цивільний і Господарський кодекси: 2004–2014 рр. Монографія / І. В. Спасибо-Фатєєва, В. І. Крат, Ю. В. Мица та ін.; за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х.: Право, 2014. 204 с.

4. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України. Відомості Верховної Ради України, 2004. № 40–41, 42, Ст. 492. (у редакції від 03.10.2017 р.).

Pervomayskiy O. Codification of Civil Legislation: midline results and further prospects

The article analyzes the midline results of the last codification of civil law. It is noted on some issues that arose as a result of the implementation of codification. Proposed possible options for eliminating identified problems by amending the current legislation.

Keywords: codification, civil law, clash of norms, legal regulation.

СИСТЕМА САНКЦІЙ ОБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.6

Примак В. Д.,

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються актуальні питання правового регулювання цивільних охоронних відносин, визначення правових наслідків порушення суб'єктивних цивільних прав та інтересів у різного роду цивільних правовідносинах, установлення функціональних взаємозв'язків між системами способів цивільно-правового захисту, санкцій об'єктивного цивільного права і заходів цивільно-правової відповідальності.

Ключові слова: способи захисту суб'єктивних цивільних прав, санкції, цивільно-правова відповідальність, абсолютні цивільні відносини, регулятивні правовідносини.

Проблема забезпечення ефективного захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів завжди перебувала у фокусі уваги дослідників об'єктивного цивільного права й практики його застосування [1]. Водночас як у теорії, так і в судовій практиці донині залишається невирішеним питання щодо співвідношення й взаємодії різних способів захисту цивільних прав, цивільно-правових санкцій і заходів цивільно-правової відповідальності, які можуть бути застосовані у разі порушення як абсолютних, так і відносних (зобов'язальних) цивільних відносин. Тому метою наданої статті є виявлення системних взаємозв'язків між вищезгаданими елементами механізму захисту цивільних прав та інтересів – насамперед тими з них, що є санкціями за прийняття протиправних рішень, вчинення протиправних дій або бездіяльності.

У ст. 610 ЦК України, що відкриває гл. 51 цього Кодексу («Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання»), чітко окреслено коло правовідносин, що їх покликані регулювати норми означеної глави. Цього досягнуто завдяки наголосу на порушенні не будь-яких цивільних правовідносин, а саме зобов'язання. Таким чином, йдеться про захист суб'єктивних прав сторони у так званих відносних правовідносинах, які характеризуються визначеністю суб'єктного складу їх учасників – як кредитора, так і боржника. Тому положення гл. 51 ЦК України зазвичай не підлягають застосуванню у разі порушення абсолютних прав учасників цивільних відносин, тобто під час вчинення особою правопорушення, яке не пов'язане з невиконанням чи неналежним виконанням певного роду зобов'язання. Натомість у відповідних випадках захист абсолютних прав учасника цивільних відносин забезпечуватиметься переважно згідно з приписами спеціальних правоохоронних норм, що викладені, зокрема, у главах 20 «Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи», 29 «Захист права власності», 35 «Загальні положення про право інтелектуальної власності», 81 «Створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи», 82 «Відшкодування шкоди», 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України, а також у загальних положеннях гл. 3 ЦК України «Захист цивільних прав та інтересів».

Зазначене, втім, не виключає певну конвергенцію механізмів правового регулювання цивільних охоронних відносин, що виникають внаслідок порушення абсолютних і зобов'язальних регулятивних правовідносин. Про це свідчить і включення вітчизняним законодавцем до переліку ймовірних правових наслідків порушення зобов'язання такого способу захисту абсолютних (особистих немайнових за своїм змістом) цивільних прав, як відшкодування моральної шкоди (п. 4 ст. 611 ЦК України).

Аналогічний підхід простежується й у положеннях модельних актів європейського приватного права. Так, ст. 9:501 Принципів європейського договірного права (PECL) передбачає загальну можливість відшкодування моральної шкоди як однієї із складових втрат, завданих порушенням договірного зобов'язання. Те саме можна сказати і про захист інтересів учасників переддоговірних зобов'язань, оскільки за ст. 2:301 PECL відповідальність сторони, яка вела перемовини щодо укладання договору або перервала їх всупереч принципу добросовісності й чесного ведення справ, не обмежується певним заздалегідь визначеним видом втрат, завданих іншій стороні [2].

З'ясування питання про належність кваліфікації певних обставин саме як факту порушення зобов'язання може потребувати звернення до приписів гл. 48 ЦК України, які визначають загальні вимоги до належного виконання зобов'язання. Приміром, зі змісту ст. 526 ЦК України випливає, що правопорушенням є будь-яке недодержання зобов'язаною стороною умов договору, вимог ЦК України та інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться, яких боржник мав би дотримуватися при виконанні зобов'язання. Згідно з ч. 1 ст. 528 ЦК України порушенням зобов'язання вважатиметься виконання обов'язку, що його боржник повинен був виконати особисто, іншою особою за дорученням боржника. Чи не найбільш поширеною підставою застосування цивільно-правових санкцій є порушення встановлених строків виконання зобов'язання (тобто недотримання боржником вимог ст. 530 ЦК України), тому правові наслідки прострочення боржника законодавець окремо визначив у ст. 612 ЦК України.

Згідно з ч. 1 ст. 509 ЦК України за зобов'язанням боржник повинен вчинити на користь кредитора певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послуги, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. В силу цього цивільним правопорушенням вважатиметься будь-яке відхилення від обумовлених змістом зобов'язання параметрів предмета виконання. Водночас правового значення набувають не тільки додержання умови щодо передання, наприклад певного об'єкта цивільних прав (майнового блага), з приводу якого виникло зобов'язання, а й дотримання всіх інших застережених в договорі, або передбачених актами цивільного законодавства або звичайних для такого роду договорів чи відповідних характеру зобов'язання (його предмету) характеристик належного виконання.

Статтею 611 ЦК України передбачено різнопланові за змістом правові наслідки порушення зобов'язання, кожен з яких становить самостійну цивільно-правову санкцію і відповідає певному способу захисту порушених цивільних прав. Усі згадані у вказаній статті санкції відповідно до їх змісту становлять: 1) або заходи цивільно-правової відповідальності (відшкодування збитків та моральної шкоди – п. 4 ЦК України); 2) або заходи оперативного впливу (відмова від договору – п. 1 ст. 611 ЦК України); 3) або заходи, що спрямовані на зміну чи припинення зобов'язання і не є при цьому заходами оперативного впливу, оскільки передбачають винятково юрисдикційну форму реалізації. До цієї групи санкцій слід віднести розірвання договору (п. 1 ст. 611 ЦК України), включно з розірванням договору в разі його істотного порушення (ч. 2 ст. 651 ЦК України).

Оскільки наведений у ст. 611 ЦК України перелік способів захисту є відносно відкритим, потерпіла сторона вправі скористатися будь-яким іншим передбаченим у законі (ст. 16 ЦК України) чи у договорі способом захисту. При цьому слід ураховувати певну умовність розмежування санкцій, передбачених ст. 16 та ст. 611 ЦК України. Наприклад, названі в окремих пунктах ст. 611 ЦК України відмова від договору, зміна зобов'язання та згадане у ст. 16 ЦК України як спосіб захисту цивільних прав припинення зобов'язання надто тісно пов'язані одне з одним – відмова від договору є нічим іншим як окремим способом зміни чи припинення зобов'язання. Саме про це свідчить ч. 3 ст. 615 ЦК України, де зазначено, що внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання частково або в повному обсязі відповідно змінюються умови зобов'язання або воно припиняється.

Главу 51 ЦК України включено до розділу I «Загальні положення про зобов'язання» цього Кодексу, а тому її норми принаймні з формального погляду є загальними для всіх видів зобов'язальних правовідносин включно з тими недоговірними зобов'язаннями, що виникають з односторонніх правомірних дій. Більше того, її положення можуть бути поширені навіть на сферу виконання позадоговірних правоохоронних зобов'язань. Але окремі санкції, передбачені вказаною главою, зорієнтовані переважно на захист учасників договірних відносин. Тому значна їх частина не може бути застосована у сфері позадоговірних відносин узагалі. Не завжди винятком з цього правила постає навіть згадане у ст. 611 ЦК України відшкодування збитків, тому що принаймні у сфері недоговірних зобов'язань, що виникли з правомірних дій, зазначений захід найчастіше постає не як санкція (не як правовий наслідок недозволених, неправомірних дій), а як гарантія захисту інтересів особи, що потерпіла від правомірних дій іншої сторони (таких, скажімо, як зміна умов публічної обіцянки винагороди або конкурсу). До того ж зміст зазначеного способу цивільно-правового захисту повністю визначений у гл. 3 ЦК України, тож у разі потреби потерпіла сторона в такого роду відносинах на обґрунтування своїх вимог звертатиметься переважно не до положень гл. 51 ЦК України, а до ст. 22 ЦК України.

Водночас однаково придатними для захисту інтересів учасників як договірних, так і окремих видів недоговірних відносин можуть виявитися реституція й примусове виконання обов'язку в натурі (пункти 4, 5 ч. 2 ст. 16, ст. 620 ЦК України) і навіть стягнення процентів річних за прострочення виконання грошового зобов'язання (ч. 2 ст. 625 ЦК). Застосування зазначених санкцій теоретично цілком можливе й у разі несвоєчасної сплати боржником компенсації, присудженої на користь потерпілої особи відповідно до положень гл. 82 ЦК України («Відшкодування шкоди»). У такому випадку цивільно-правовий захист мав би поставати у формі стягнення номінальної суми боргу (виконання в натурі) і так званих інфляційних збитків, а також трьох процентів річних від суми простроченого боргу.

Недарма Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях (див., наприклад, рішення Європейського суду з прав людини від 23.01.2014 у справі «East/West Alliance Limited» проти України») постановляє, що зі спливом тримісячного строку, встановленого для сплати присудженої заявникові суми справедливої сатисфакції й «до остаточного розрахунку на цю суму нараховуватиметься простий відсоток (simple interest) у розмірі граничної позичкової ставки Європейського центрального банку, яка діятиме в період несплати, до якої має бути додано три відсоткові пункти» [3].

Враховуючи викладене продовжує дивувати вітчизняна судова практика, спрямування якої ілюструє правовий висновок, викладений у постанові Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 02.03.2016 у справі № 6-2491цс15: «Статтею 625 ЦК України визначено загальні правила відповідальності за порушення грошового зобов'язання, її дія поширюється на всі види грошових зобов'язань, якщо інше не передбачено спеціальними нормами, що регулюють суспільні відносини з приводу виникнення, зміни чи припинення окремих видів зобов'язань. Дія статті поширюється на порушення грошового зобов'язання, яке існувало між сторонами до ухвалення рішення суду. При цьому ч. 5 ст. 11 зазначеного Кодексу, в якій ідеться про те, що у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду, не дає підстав для застосування положень ст. 625 ЦК України у разі наявності між сторонами деліктних, а не зобов'язальних правовідносин. З рішення суду зобов'язальні правовідносини не виникають, оскільки вони виникають з актів цивільного законодавства, про що й зазначено в ст. 11 ЦК України, адже рішення суду лише підтверджує наявність чи відсутність правовідносин і вносить у них ясність та визначеність» [4]. Принаймні в теорії цивільного права теза про саме зобов'язальний характер деліктних правовідносин зазвичай не викликає суперечок [5, с. 10].

Розглянемо інший приклад, який стосується позадоговірних зобов'язань, які виникають внаслідок правомірних дій – переможець конкурсу має право вимагати від його засновника виконання свого зобов'язання у строки, встановлені умовами конкурсу (ч. 1 ст. 1156 ЦК України). Тож оскільки спеціальними правилами не встановлено інше, то у разі прострочення вручення йому винагороди, вираженої в грошовій сумі, переможець вочевидь має право вимагати не тільки виплати йому номінальної суми винагороди, а й збільшення її відповідно до індексу інфляції за весь час прострочення, а також сплати трьох процентів річних (ч. 2 ст. 625 ЦК України). Якщо ж йдеться про невиконання установником конкурсу обов'язку вручити переможцеві приз, що становить індивідуально визначену річ, тоді переможець може витребувати її від установника на підставі припису ч. 1 ст. 620 ЦК України.

Натомість принципова неможливість застосування у позадоговірних відносинах суто договірних санкцій та їх непридатність для захисту учасників означених відносин зумовлена самим змістом указаних санкцій. Скажімо, в тієї особи, котра не є ініціатором недоговірного зобов'язання, що виникло з односторонніх правомірних дій, немає й обов'язку щодо виконання певних дій на користь іншої сторони, а тому вона не потребує надання їй такого, наприклад, способу захисту, як відмова від зобов'язання. Також в силу самої суті цього різновиду зобов'язань сторона, що протистоїть їх ініціатору, не вправі вимагати їх зміни, позаяк не вона визначала й їх зміст. Крім того, за відсутності договірних відносин, звичайно, не можна говорити і про застосування неустойки та інших притаманних винятково договірним відносинам способів забезпечення виконання зобов'язань. Нічого тут не змінює та обставина, що у встановлених законом випадках додатковий захист кредитора у деліктному зобов'язанні може здійснюватися з використанням елементів договірних форм – скажімо, згідно з ч. 4 ст. 1195 ЦК України обсяг і розмір відшкодування шкоди, завданої потерпілому каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, може бути збільшений договором або законом. Адже застосування санкцій за порушення такого роду договору становитиме вже захист сторони у інших – договірних – відносинах, що припускає можливість визначення в договорі, наприклад, умови про забезпечення відповідного зобов'язання неустойкою (принаймні в частині додаткового обсягу відшкодування, що визначений в межах дозволеної законом домовленості сторін).

Отже, при вирішенні питання щодо придатності окремих санкцій як способу захисту учасників зобов'язальних правовідносин певного типу визначальну роль відіграє підстава виникнення зобов'язання. Так, у договірних відносинах сторони наділені можливістю вдатися до практично будь-яких засобів захисту та вправі домовитися про застосування всього спектра можливих санкцій – як майнових, так і організаційно-правових. Натомість у недоговірних зобов'язаннях захист цивільних прав та інтересів

їх учасників може здійснюватися винятково через застосування майнових санкцій у вигляді реституції, спонукання до виконання обов'язку в натурі та відшкодування у передбачених законом випадках збитків і сплати процентів річних за прострочення виконання грошового зобов'язання. Зазначені майнові санкції, а також відшкодування збитків, завданих правомірними діями (тобто в тому числі й як спосіб захисту, а не санкція), можуть бути застосовані і під час порушення обов'язку боржника в деліктних зобов'язаннях чи зобов'язаннях з безпідставного набуття або збереження майна і у зобов'язаннях, що виникають з односторонніх правомірних дій.

Правопорядок у сфері цивільних відносин передбачає такий стан, за якого їх учасники мають реальні можливості безперешкодно здійснювати належні їм в силу закону або згідно з договором цивільні права. Оскільки ж цивільні правовідносини становлять правовий зв'язок принаймні двох суб'єктів, один з яких є носієм певного суб'єктивного права, а на іншого покладено обов'язок, що кореспондує відповідному праву, то нормальний розвиток зазначених відносин вирішальною мірою залежить саме від належного виконання своїх обов'язків усіма їх учасниками. З огляду на таку взаємозалежність суб'єктивних прав і обов'язків цивільне законодавство визначає спеціальні правові засоби, що покликані забезпечувати належне виконання цивільних обов'язків, запобігати можливим порушенням цивільних прав та ефективно відновлювати їх у разі вчинення правопорушення.

Слід зазначити, що згідно з Принципами, дефініціями та модельними правилами європейського приватного права (Проектом спільної системи підходів, або DCFR) [6, с. 61, 63–64] реалізація принципу безпеки передбачає, серед іншого: у договірних зобов'язаннях – можливість вимагати примусового виконання в натурі невиконаного зобов'язання, зупинення виконання, припинення зобов'язання, зменшення ціни та стягнення завданих збитків; у позадоговірних зобов'язаннях – всемірний захист status quo (насамперед через відновлення потерпілої особи у позиції, у якій вона мала б знаходитися за відсутності правопорушення) та приділення особливої уваги захисту особистих немайнових прав (передусім йдеться про забезпечення фізичного благополуччя людини (здоров'я, фізичну цілісність, свободу), причому попутно наголошується на необхідності компенсації також і неекономічних втрат, яких зазнає потерпілий).

Отже, право має гарантувати можливість якомога повнішого усунення негативних наслідків вчиненого правопорушення та відновлення порушених прав. Саме цим визначається ефективність більшості способів захисту (крім тих, звичайно, що мають переважно превентивне спрямування), через застосування яких реалізується притаманна об'єктивному цивільному праву компенсаційна, або відновна, функція. Водночас ті самі правові засоби у більшості випадків можуть виконувати і запобіжну щодо можливих правопорушень, або забезпечувальну щодо додержання суб'єктивних прав і виконання обов'язків, правову функцію. При цьому обидві згадані функції, які становлять істотні характеристики правового впливу всього механізму цивільно-правового захисту, є настільки взаємозалежними, що у поєднанні постають як окремі вияви загальної охоронної функції.

Практичне значення цього взаємозв'язку підтверджують і підходи, закладені в актах уніфікації європейського приватного права, і досвід правового регулювання, набутий окремими зарубіжними країнами. Так, у ст. 10:101 Принципів європейського деліктного права (PETL) наголошується на тому, що відшкодування шкоди не тільки є компенсаційним грошовим стягненням, спрямованим (настільки, наскільки на це здатні гроші) на відновлення потерпілого у стані, в якому він мав би перебувати за відсутності правопорушення, а й слугує також меті запобігання заподіянню шкоди [7]. Коли ж йдеться про відшкодування немайнової шкоди, при якому в буквальному розумінні відновити попередній стан неможливо, тоді, наприклад, Федеральний суд Німеччини виходить з того, що присуджена компенсація має на меті «надати потерпілому почуття задоволення, а також примусити порушника утриматися від вчинення подібних дій у майбутньому (превентивна функція)» [8, с. 103–118].

Вагу охоронної функції цивільного права зримо демонструє та обставина, що значною мірою вже другу та всю третю главу ЦК України законодавець присвятив нормативному закріпленню правових засобів забезпечення виконання цивільних обов'язків та захисту цивільних прав. Скажімо, у ч. 3 ст. 14 ЦК України прямо вказано, що виконання цивільних обов'язків забезпечується, зокрема, встановленою договором або актом цивільного законодавства відповідальністю. Відповідно ж до ч. 1 ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Невичерпний перелік конкретних способів такого захисту наведений у ст. 16 ЦК України.

І така першорядна увага законодавця до питань захисту цивільних прав цілком виправдана, позаяк у разі відсутності достатньо дієвих засобів їх захисту, що були б спроможні запобігти вчиненню цивільного правопорушення, припинити його та відновити порушене право, регулятивний вплив цивільно-правових норм було б зведено нанівець. Однак, незважаючи на наявність в основних положеннях ЦК України спеціальної глави, цілком присвяченої питанням захисту цивільних прав та інтересів, окремі інститути цивільного законодавства передбачають специфічні способи цивільно-правового захисту, напряму в положеннях гл. 3 ЦК України начебто й не названі.

Усі відповідні окресленому нами функціональному спрямуванню правові засоби залежно від їх безпосереднього призначення в аспекті законодавчого регулювання цивільних відносин можуть поставати у формі або різноманітних способів захисту цивільних прав, або цивільно-правових санкцій, або заходів цивільної відповідальності. Причому засоби, що належать до кожної наступної з трьох указаних груп, є водночас лише специфічним утіленням, різновидом засобів попередньої групи. Приміром, кожен захід цивільно-правової відповідальності є нічим іншим як санкцією за вчинене цивільне правопорушення, а застосування будь-якої цивільно-правової санкції, своєю чергою, постає як форма реалізації окремого способу захисту цивільних прав.

Так, відшкодування збитків та моральної (немайнової) шкоди (п. 8 і 9 ч. 2 ст. 16, ст. 22 і 23 ЦК України) зазначаються серед переліку універсальних способів захисту цивільних прав та інтересів. Ці самі способи названі й серед правових наслідків порушення зобов'язання (п. 4 ст. 611 ЦК України), тобто їх визначено як різновиди цивільно-правових санкцій у договірних відносинах – правда, можна висловити певні застереження з приводу доречності закріплення такого роду юридичної кваліфікації щодо відшкодування моральної шкоди. Адже відшкодування моральної шкоди, передусім, є однією з двох основних форм позадоговірної відповідальності (ст. 1167 ЦК України), а відшкодування збитків одним з двох (поряд з відшкодуванням у натурі) можливих способів відшкодування майнової шкоди у деліктних зобов'язаннях (ст. 1192 ЦК України).

Цивільно-правовою санкцією і способом захисту водночас є й примусове виконання обов'язку в натурі (п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК України). У загальних рисах зв'язок цього правового засобу з фактом порушення зобов'язання, безпосереднім предметом якого є індивідуально визначена річ, встановлено у ч. 1 ст. 620 ЦК України: у разі невиконання боржником обов'язку передати кредиторові у власність або у користування річ, визначену індивідуальними ознаками, кредитор має право витребувати цю річ у боржника та вимагати її передання відповідно до умов зобов'язання. Щодо грошових зобов'язань, то тут спонукання боржника до виконання в натурі зазвичай природно втілюється у позові про стягнення з боржника суми основного боргу (ч. 2 ст. 625 ЦК України). Поряд з цим, як і відшкодування збитків, виконання в натурі знаходить своє відображення і в нормах інституту позадоговірної відповідальності – відповідно до ст. 1192 ЦК України суд за заявою потерпілого може зобов'язати особу, яка завдала шкоди майну, відшкодувати її в натурі, тобто передати річ того самого роду і такої самої якості, полагодити пошкоджену річ тощо.

Разом з тим у договірних та деліктних зобов'язаннях виконання в натурі виконує принципово відмінні функції. Адже якщо у розрізі позадоговірної відповідальності не виникає сумнівів у компенсаційному характері відповідного заходу, то примусове виконання договірного обов'язку має суто забезпечувальне спрямування і, як правило, позбавлене компенсаційних властивостей. Тобто навіть один і той самий (за зовнішньою формою) спосіб захисту цивільних прав у різних правовідносинах може виконувати різні функції, або, точніше, мати певні функціональні обмеження чи пріоритети.

Такий стан речей є цілком закономірним з огляду на те, що у вищенаведеному зіставленні йдеться про виконання в натурі в контексті надто відмінних одне від одного типів правовідносин – регулятивних в одному випадку та охоронних – в іншому. При цьому саме останні мають на меті відновлення порушеного майнового стану потерпілого, через що й виконання суб'єктом позадоговірної відповідальності його обов'язку в натурі об'єктивно виконує виразну компенсаційну функцію. Іншими словами, оскільки деліктне зобов'язання як таке є формою реалізації позадоговірної відповідальності, то й виконання в натурі обов'язку з відшкодування завданої майнової шкоди в даному випадку також постає як форма реалізації цієї відповідальності. І навпаки, виконання в натурі договірного зобов'язання не можна вважати заходом цивільно-правової відповідальності, оскільки воно є лише виконанням належного у регулятивних відносинах, тобто відносинах, що виникли з правомірних дій.

На відміну від наведених прикладів з відшкодуванням збитків та виконанням у натурі деякі способи захисту цивільних прав у принципі не можуть розглядатися як цивільно-правові санкції. Так, визнання права (п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України) здатне придатися учаснику цивільних відносин навіть безвідносно до будь-яких дій третіх осіб – скажімо, з огляду на втрату документа, що засвідчує право власності (ст. 392 ЦК України).

Отже, не кожен спосіб цивільно-правового захисту виконує одночасно і забезпечувальну (запобіжну), і компенсаційну функцію. Такого роду подвійний вплив здійснюють винятково цивільно-правові санкції (точніше, окремі з них – насамперед заходи цивільно-правової відповідальності), застосування котрих завжди є реакцією потерпілої особи на порушення її суб'єктивного права. Зазначене пояснюється хоча б тією обставиною, що потреба у відновленні майнового стану чи компенсації немайнових втрат учасника цивільних відносин виникає лише у зв'язку з заподіянням особі матеріальної чи моральної шкоди внаслідок фактичного вчинення цивільного правопорушення.

Втім як не всі способи цивільно-правового захисту є санкціями, так і не всі цивільно-правові санкції призначені здійснювати компенсаційну функцію. Наприклад, іноді порушення боржником свого договірного обов'язку носить такий характер, що кредитор хоча ще й не зазнає певних збитків,

але водночас виявляється зацікавленим у вжитті заходів, які б могли запобігти можливим матеріальним втратам чи, принаймні, були б здатні запобігти збільшенню їх обсягу. У зв'язку з цим він може бути наділений законом або договором правом вимагати зміни чи розірвання договору або відмовитися від нього в односторонньому порядку (ст. 651 ЦК України).

Про яку б цивільно-правову санкцію не йшлося, вона завжди поставатиме як певна форма вираження правових наслідків вчиненого правопорушення. Для боржника ці правові наслідки полягають або у виникненні нового чи додаткового (до раніше невиконаного) обов'язку, або у припиненні чи перетворенні його правового зв'язку з кредитором (потерпілим). Найчастіше (хоча й не завжди) санкції передбачають для зобов'язаної особи певні позбавлення, котрі втілюються або у такому собі перенесенні у майнову сферу боржника негативного результату вчиненого ним правопорушення (як це має місце під час відшкодування майнової та моральної шкоди), або через зміну всупереч чи незалежно від волевиявлення порушника його правового становища (серед іншого, у вигляді втрати обумовленого порушеним зобов'язанням права вимоги до кредитора).

Таким чином, цивільно-правові санкції можна поділити на дві групи: частина з них має виразно майновий характер, тоді як інші належать до заходів захисту організаційно-правового спрямування. До перших належать реституція, заходи відповідальності та примусове виконання обов'язку в натурі, а до других – численні заходи оперативного впливу (оперативні санкції), а також зумовлені порушенням зобов'язання розірвання договору та зміна його умов у юрисдикційному порядку.

Одночасно слід пам'ятати, що у дещо ширшому контексті до загального кола способів захисту цивільних прав крім санкцій належать також і різноманітні фактичні дії, що постають як превентивно-запобіжні заходи та заходи безпосередньої протидії протиправним посяганням на абсолютні цивільні права (ці останні пов'язані з можливістю здійснення фізичного впливу на самого правопорушника та / або належне йому майно). Звичайно, такого роду заходи мають чітко визначену сферу застосування – вони призначені для захисту винятково абсолютних цивільних прав і за своєю суттю є такими, що не можуть бути використані для захисту прав кредитора у зобов'язальних відносинах (наприклад, необхідна оборона як спосіб реалізації права на самозахист – ст. 19 і 1169 ЦК України).

І майнові, і організаційно-правові санкції об'єднує і надає можливість відмежувати від інших способів захисту цивільних прав наявність таких спільних рис. По-перше, підставою для застосування будь-якої санкції є порушення суб'єктивного цивільного права певної особи або – у прямо передбачених законом випадках – очевидна неминучість настання у майбутньому неможливості належного виконання боржником покладеного на нього обов'язку. Тому, приміром, відмова від договору, якщо вона є реалізацією наданого його учасникові права, але не зумовлена при цьому порушенням зобов'язання з боку іншої сторони, не є санкцією. Скажімо, згідно з ч. 2 ст. 1008 ЦК України довіритель або повірений мають право відмовитися від договору доручення у будь-який час. Тут, оскільки правомірність зазначеної дії не обумовлено жодними неправомірними діями іншого учасника цивільних відносин, то вона не може вважатися цивільно-правовою санкцією. По-друге, у тих випадках, коли реалізація будь-якої санкції не спирається на можливість застосування до правопорушника заходів державного примусу (під час невиконання ним свого обов'язку в добровільному порядку), її здійснення пов'язується з можливістю вчинення кредитором таких односторонніх дій, які в принципі не потребують втручання юрисдикційних органів.

На підставі викладеного можна дійти таких висновків.

1. Мета забезпечення реалізації права людини на доступ до ефективного засобу правового захисту зумовлює певну конвергенцію механізмів правового регулювання цивільних охоронних відносин, що виникають внаслідок порушення абсолютних і зобов'язальних регулятивних правовідносин. Внаслідок цього відшкодування моральної шкоди може супроводжувати порушення регулятивних зобов'язань, а відшкодування інфляційних втрат і сплата процентів за порушення грошового зобов'язання – забезпечувати належне виконання деліктного і кондикційного зобов'язання.

2. Цивільно-правові санкції залежно від їх спрямування на задоволення певних інтересів уповноваженої особи поділяються на дві групи негативних для правопорушника правових наслідків: одні з них мають суто майновий, тоді як інші – організаційно-правовий зміст.

3. Передбачені законодавцем способи захисту цивільних прав, цивільно-правові санкції та заходи цивільної відповідальності пов'язані одне з одними таким чином, що той чи інший правовий засіб, який належить до кожної наступної з трьох указаних груп, є водночас лише специфічним утіленням, різновидом правових засобів попередньої групи.

4. Підставою для застосування санкцій об'єктивного цивільного права є порушення суб'єктивного цивільного права чи законного інтересу певної особи або – у прямо передбачених законом випадках – очевидна неминучість настання у майбутньому неможливості належного виконання боржником покладеного на нього обов'язку.

5. Крім цивільно-правових санкцій, способи захисту цивільних прав та інтересів охоплюють різноманітні юридичні дії, спрямовані на забезпечення визначеності правового становища учасника

цивільних відносин, а також фактичні дії – як заходи превентивно-запобіжного змісту, так і заходи безпосередньої протидії протиправним посяганням на абсолютні цивільні права.

6. Охоронна функція об'єктивного цивільного права є природним виявом притаманного приватному праву принципу безпеки.

7. Ступінь реалізації компенсаційних та (або) превентивних властивостей охоронної функції цивільного права визначається насамперед змістом порушених регулятивних правовідносин, характером вчиненого правопорушення та його наслідків, а також призначенням застосованого способу захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Особливості захисту суб'єктивних цивільних прав: монографія / За ред. О. Д. Крупчана, В. В. Луця. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. 400 с.; Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов: монография / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Х.: Право, 2014. 672 с.; Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія. К.: Алерта, 2017. 494 с.

2. The Principles of European contract law. URL: http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1. to.3.2002/ (дата звернення: 21.11.2017).

3. Рішення Європейського суду з прав людини від 23.01.2014 у справі «East/West Alliance Limited» проти України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua /laws/show/974_994 (дата звернення: 28.12.2017).

4. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 02.03.2016 у справі № 6-2491цс15. URL: http://reyestr.court.gov.ua/ Review/56309766 (дата звернення: 17.12.2017).

5. Загорулько А. И. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданскго права. Х.: Консум, 1996. 112 с.

6. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). URL: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (дата звернення: 17.12.2017).

7. Principles of European Tort Law. URL: http://www.egtl.org (дата звернення: 18.12.2017).

8. Шрам Х.-Й. Общее личное право и возмещение нематериального вреда в немецком праве. Личные неимущественные права: проблемы теории и практики: сб. статей и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. К.: Юринком Интер, 2010. 1036 с.

Primak V. System of sanctions of objective civil law

The article deals with the actual issues of legal regulation of civil security relationships, stipulation of legal consequences of violations of subjective civil rights and interests in various civil legal relations, establishment of functional interrelationships between systems of remedy, sanctions of objective civil law and measure of civil liability.

Keywords: remedy, sanctions, civil liability, absolute civil relations, regulatory legal relations.

ОСОБЛИВІ РИСИ СТРУКТУРИ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.7

Барбара В. П.,
кандидат юридичних наук, суддя Верховного Суду України у відставці

Характерна риса корпоративних правовідносин полягає в тому, що для досягнення наслідків, встановлених їх правовою моделлю, є необхідність у системному поєднанні кількох самостійних фактів, які мають юридичне значення. Настання наслідку такого юридичного складу є результатом комбінованої дії всієї сукупності елементів, які входять до нього. Так, до моменту державної реєстрації юридичної особи всі правовідносини (зобов'язальні та речові) між її учасниками (засновниками) перетворюються в корпоративні, які поглинають в собі як речові, так й зобов'язальні.

В структурі корпоративних правовідносин створюються та отримують подальшу реалізацію юридичні відносини між учасниками (засновниками) щодо корпорації як об'єкта цивільних правовідносин, а також юридичні відносини між аналогічними особами, в яких корпорація виступає суб'єктом таких відносин. Така поліструктурність корпоративних правовідносин надає можливість визначити їх відповідну поліоб'єктність. Об'єктом корпоративних правовідносин виступає корпорація. Крім того, правовий інтерес сторони в корпоративному правовідношенні реалізується шляхом задоволення намагань особи, яка має відповідне право у формі вчинення дій (утримання від вчинення дій) з боку кредитора, тобто об'єктом таких відносин є її поведінка.

Ключові слова: корпорація, корпоративні правовідносини, цивільні правовідносини, об'єкти цивільних правовідносин, суб'єкти цивільних правовідносин.

Однією зі складних питань сучасної цивілістичної думки є теорія цивільних правовідносин. Наукові розробки цього напряму в цивілістиці були предметом активного творчого пошуку в 60 – 80 роках 20 століття. На сьогодні, на жаль, предметом досліджень науковців є переважно прикладний вектор розвитку цивільного права. Загальноцивілістичні юридичні конструкції, такі як правові відносини, їх об'єкт, суб'єкт цивільного права тощо залишені поза увагою. Водночас розвиток цивільно-правової науки стримується за відсутності їх сучасного розуміння, яке вже позбулося ідеологічної складової, має чітку орієнтацію на розвиток цивільного обороту в нашій державі. Тому з'ясування суті корпоративних правовідносин, розкриття їх змісту має суттєве значення для теорії цивільного права України, практики правозастосування.

Проблемним аспектам корпоративного права України приділена значна увага багатьох вчених різних напрямів правової думки, серед яких Н. С. Кузнєцова, В. А. Васильєва, В. С. Щербина, В. М. Кравчук, А. В. Коструба, І. В. Лукач та інші. Певною особливістю характеру їх досліджень є сприйняття предмета корпоративних правовідносин крізь призму цивільно-правової або господарсько-правової науки в цілому. При цьому детальної уваги дослідженню структури корпоративних правовідносин приділено не достатньо.

Метою цієї публікації є розкриття поняття корпоративних правовідносин в Україні через з'ясування структури корпоративних правовідносин в контексті їх цивільно-правової природи.

Отже, під корпоративними правовідносинами розуміємо засновану на участі в формуванні та реалізації правосуб'єктності корпорації форму індивідуально-предметних суспільних відносин, які виникають між корпорацією та її учасником (засновником), а також учасниками (засновниками) між собою відносно корпорації (право на участь і право у зв'язку з участю), в підґрунті яких саморегульовано сформована єдність організаційних, майнових та немайнових суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників таких правовідносин.

Розкриття поняття корпоративних правовідносин пов'язано з дослідженням підстав їх виникнення. Безперечно, що правові норми самі по собі не породжують корпоративних правовідносин. Для того, щоб суспільні відносини, а точніше, соціальні зв'язки членів суспільства успішно координувалися між собою у відповідному правовому контурі, необхідні правові підстави для їх виникнення.

З одного боку, такими підставами виникнення корпоративних правових відносин є юридичні факти, під якими розуміються фактичні обставини дійсності, з правовою моделлю яких пов'язано настання наслідку у вигляді виникнення, зміни або припинення суб'єктивних цивільних прав, юридичних обов'язків, а також правовідносин в цілому [1]. Але такий підхід до розуміння підстав виникнення корпоративних правовідносин не дозволяє розкрити структуру цих правовідносин. Проте наведене формулювання корпоративних правовідносин надає можливість умовно класифікувати підстави виникнення зазначених правовідносин на первісні і похідні.

Виходячи з класичної інтерпретації підстав виникнення речових прав, до первісних підстав виникнення корпоративних правовідносин слід віднести такі юридичні факти, які призводять до виникнення корпоративних прав вперше (такі, що виникають в процесі створення юридичної особи).

Похідні, в свою чергу, є такими, які приводять до виникнення корпоративних прав в процесі правореалізації обумовлених правовідносин. В процесі реалізації корпоративних правовідносин його учасники можуть дійти висновку про необхідність включення до складу засновників інших осіб. Тому вже похідною підставою виникнення нового корпоративного відношення є набуття корпоративних прав на підставі правочину (цивільно-правового договору, рішення про включення до складу засновників спадкоємця тощо). Наведене підкреслює комплексний характер корпоративних правовідносин, що знаходить свій прояв в парності «речового» та «зобов'язального» в їх структурі.

Якщо виникнення корпоративних прав у похідний спосіб у особи не викликає сумніву та пов'язано з її вступом до корпоративних правовідносин як учасника (засновника), акціонера корпорації на підставі цивільно-правового договору, то момент первісного правонабуття корпоративних правовідносин є дискусійним. Так, до цього в теорії цивільного права сформовано кілька наукових поглядів. *Відповідно до першого (О. М. Вінник, О. І. Харитонова) корпоративні правовідносини виникають в процесі створення юридичної особи.* Зокрема, В. М. Кравчук вважає, що в підприємницьких товариствах, в яких існує майнова або змішана участь, корпоративні правовідносини формуються поступово. Процес створення будь-якого товариства кількома особами розпочинається з укладання засновницького договору. Якщо участь у заснуванні беруть кілька осіб, то корпоративні відносини між ними виникають з моменту укладання засновницького договору. З цього моменту, на думку вченого, виникають так звані спеціальні корпоративні правовідносини, змістом яких є взаємні права та обов'язки, пов'язані зі створенням товариства [2]. Цей установчий договір є юридичним фактом, який породжує корпоративні правовідносини та є початковою стадією їх існування [3].

Дійсно, низка організаційно-правових форм юридичних осіб, серед яких повне та командитне товариство, створюється на підставі засновницького договору, укладання якого передує проведенню державної реєстрації юридичної особи та є необхідним юридичним фактом у розвитку корпоративних правовідносин. Така позиція, яка, до речі, має нормативне закріплення в законодавстві України, створює ілюзію моменту виникнення корпоративного правовідношення укладанням відповідного договору. Не викликає сумніву, що укладання засновницького договору є юридичним фактом, що впливає на розвиток таких відносин. Але чи є настання такого факту достатнім для виникнення корпоративного правовідношення? Навряд чи. Укладання засновницького договору є необхідною стадією формування корпоративних правовідносин. Вчинення цього правочину самостійного значення не має, отже, не призводить ні до виникнення об'єкта таких правовідносин, ні до «супроводу» існуючого. Укладання засновницького договору створює подальші юридичні передумови для виникнення корпоративних правовідносин, зокрема, проведення державної реєстрації підприємницького товариства відповідної організаційно-правової форми.

Характерна риса корпоративних правовідносин полягає в тому, що для досягнення наслідків, встановлених їх правовою моделлю, є необхідність в системному поєднанні кількох самостійних фактів, які мають юридичне значення. Наведена аргументація надає можливість зробити висновок, що укладання засновницького договору є юридичним фактом юридичного складу. До створення юридичної особи такий договір має зобов'язально-правову природу, який містить в собі певні організаційні індивідуально-правові норми. Тільки корпорація формує унікальні правові зв'язки зі своїми учасниками (засновниками), за посередництвом яких забезпечується її правосуб'єктність.

Зазначимо, що така природа речей характерна для всіх без винятку юридичних осіб. Зокрема, процес створення юридичної особи передбачає наявність таких юридичних фактів як прийняття індивідуального правового акта про створення підприємницького товариства, затвердження його статутних документів, проведення державної реєстрації юридичної особи, в деяких випадках це супроводжується укладанням засновницького договору. Відповідно до ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» створення юридичної особи в організаційно-правовій формі акціонерного товариства здійснюється за посередництвом таких юридичних фактів, в структурі накопичення юридичного складу: 1) прийняття зборами засновників рішення про створення акціонерного товариства та про закрите (приватне) розміщення акцій; 2) реєстрація Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку випуску акцій та видача тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій; 3) присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера цінних паперів; 4) укладення з депозитарієм цінних паперів договору про обслуговування емісії акцій або з реєстратором іменних цінних паперів договору про ведення реєстру власників іменних цінних паперів; 5) закрите (приватне) розміщення акцій серед засновників товариства і затвердження результатів такого розміщення, затвердження статуту товариства; 6) оплата засновниками повної вартості акцій; 7) реєстрація товариства та його статуту в органах державної реєстрації; 8) реєстрація Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій і отримання свідоцтва про державну реєстрацію випуску акцій; 9) отримання свідоцтва про реєстрацію випуску акцій; 10) видача засновникам товариства документів, що підтверджують право власності на акції [4].

Вказані елементи юридичного складу є відносно самостійними. Водночас вони в своїй сукупності формують цілісну систему правових відносин, елементи якої перебувають у взаємозв'язку

і взаємозалежності. При цьому настання наслідку юридичного складу є результатом комбінованої дії всієї сукупності елементів, які входять до нього. Функціонування окремого елемента юридичного складу щодо його кінцевої мети самостійного юридичного значення не має. Останній момент накопичення елементів юридичного складу трансформує його стан з фактичного в юридичний. Кількість елементів юридичного складу переходить в якість – юридичний склад створює наслідок, передбачений сторонами в правовій моделі їх поведінки. З моменту державної реєстрації юридичної особи всі правовідносини (зобов'язальні та речові) між її учасниками (засновниками) перетворюються в корпоративні, які поглинають в собі як речові, так й зобов'язальні, але трохи в іншій площині взаємовідносин.

Прихильники ж іншої точки зору (В. А. Васильєва) вважають, що виникнення корпоративних відносин безпосередньо пов'язано зі створенням юридичної особи, її інкорпорацією. Цієї позиції дотримується також законодавець, встановлюючи, що права учасників господарського товариства існують виключно стосовно юридичної особи, яка вважається створеною з моменту її державної реєстрації (ст. 87 ЦК України). З урахуванням вищенаведеної аргументації слід дійти висновку, що момент виникнення корпоративних правовідносин пов'язаний саме з моментом створення корпорації.

У свою чергу, момент припинення корпоративних правовідносин пов'язується з припиненням юридичної особи. Корпоративне право особи може бути припинено також на підставі відповідного правочину.

Наведене розкриває складну структуру корпоративних правовідносин в Україні. Таку складність специфікує об'єкт корпоративних відносин. Ним є корпорація. На відміну від інших, об'єктом яких є матеріальне благо в речовій формі, корпорація як об'єкт правових відносин не має матеріальної форми свого існування. Це юридична фікція, через сукупні ознаки якої здійснюється формування суб'єкта правових відносин, реалізація його волі зовні. Таким чином, ми можемо створити формулу корпорації об'єкта та одночасно корпорації суб'єкта правових відносин певного роду. Виключно в корпоративних відносинах їх об'єкт є одночасно суб'єктом інших правовідносин, в тому числі й тих самих корпоративних, в яких корпорація є об'єктом. Такий підхід до розуміння сутності корпоративних правових відносин надає змогу вести мову про їх полірівність.

В структурі корпоративних правовідносин створюються та отримують подальшу реалізацію юридичні відносини між учасниками (засновниками) щодо корпорації як об'єкта цивільних правовідносин, а також юридичні відносини між аналогічними особами, в яких корпорація виступає суб'єктом таких відносин.

Тобто, з одного боку, такі юридичні відносини формуються серед учасників (засновників) корпорації відносно корпорації, в яких остання є об'єктом. Безспірно, їх зміст пов'язаний з корпорацією, але активна частина таких відносин стосується діяльності її учасників (засновників). Розумно їх класифікувати за цією ознакою як зовнішні корпоративні відносини, оскільки остання, як суть природи таких відносин, не входить до їх кола як активний суб'єкт. До таких прав можемо віднести право на участь у розподілі майна при ліквідації корпорації, право на участь в управлінні корпорацією, переважні права при реалізації частки в статутному капіталі корпорації тощо.

З іншого боку, зміст таких корпоративних правовідносин складають юридичні зв'язки учасника (засновника) і корпорації. Зазначені правові відносини є внутрішніми корпоративними. На відміну від зовнішніх, їх активним суб'єктом виступає корпорація. До речі, до таких прав віднесено право на дивіденди, право на інформацію про діяльність корпорації, право на викуп належних акціонеру акцій тощо.

Така поліструктурність корпоративних правовідносин надає можливість визначити їх відповідну поліоб'єктність. Зовнішні корпоративні правовідносини мають свій об'єкт правового регулювання, в той час як внутрішні корпоративні правові відносини – свій. При цьому корпоративна природа таких відносин не змінюється. Оскільки зовнішні корпоративні правовідносини скеровані на регулювання зв'язків учасників (засновників) корпорації між собою відносно корпорації, то розумно передбачити, що задоволення їх інтересу забезпечується шляхом безпосереднього впливу на належне їм майно та за рахунок корисних властивостей відповідного матеріального блага. Навряд чи при вирішенні питання про об'єкт корпоративних правовідносин перевага буде на боці поведінки їх учасників, аніж речі. Враховуючи те, що правомочності носія речового права пов'язані з володінням речі, а також можливістю впливу на неї для задоволення інтересу управомоченого за рахунок корисних властивостей речей, саме вона і буде виступати в якості об'єкта права.

Отже, об'єктом корпоративних правовідносин виступає корпорація як певна сукупність речей, цінні папери (акції), частка в її статутному капіталі. Такі відносини є переважно речові.

Внутрішні корпоративні правовідносини характеризуються тим, що їх учасником стає корпорація як суб'єкт права. Перетворення об'єкта правовідносин у суб'єкт відповідних відносин пов'язано із формуванням кола цивільно-правових зобов'язань корпорації відносно її учасників (засновників). Відповідно, об'єкт таких відносин корелюється відносно нового учасника корпоративних правовідносин. На відміну від зовнішніх, правовий інтерес сторони в корпоративному правовідношенні реалізується шляхом задоволення намагань особи, яка має відповідне право у формі вчинення дій (утримання від

вчинення дій) з боку кредитора. На чолі кута ми маємо не предмет, а поведінку. Саме поведінка, на чому наполягав свого часу О. С. Іоффе, в цій частині корпоративних правовідносин виступає в ролі об'єкта правових відносин [5]. У свою чергу, вказані відносини мають зобов'язально-правовий характер. Такі дії індивідуально не визначені, не мають нормативної конкретики. Правова норма встановлює дискрецію поведінки учасника (засновника), але не визначає перелік його дій, необхідних для виконання. На таку особливість об'єкта корпоративних правовідносин звернув увагу свого часу А. А. Кулік. Автор акцентував увагу на тому, що жодним чином не визначені (і в принципі не можуть бути визначені) конкретні дії учасника з управління корпоративною організацією. Законодавець, зокрема, надає учасникам можливість брати участь в управлінні справами організації за допомогою участі з правом голосу в роботі загальних зборів, пред'явлення вимоги про скликання позачергових загальних зборів, самостійного скликання таких зборів, внесення пропозицій до порядку денного. Але ні норми права, ні положення статуту корпорації не встановлюють, яким чином учасник може або повинен голосувати за те чи інше питання, так само як і не містять конкретного переліку інших його дій з реалізації свого права на участь в управлінні справами суспільства. Не конкретизовані також дії по виплаті учасникам (засновникам) дивідендів, так само як і терміни, а також періодичність їх здійснення [6].

Таким чином, можемо дійти висновку, що об'єктом корпоративних правовідносин рівною мірою є речі та поведінка (вчинення дій або утримання від вчинення дій). Варто зазначити, що наведена думка з загальнотеоретичної позиції не є новаторською. Наприклад, Г. Ф. Шершеневич під об'єктом юридичного правовідношення розумів засіб реалізації інтересу. Такими засобами, на думку вченого, є: a) речі, тобто частина матеріального світу; b) дії інших осіб, які полягають в передачі речей, в особистих послугах тощо [7].

Свого часу І. Б. Новицький визначив об'єкт стосовно характеру цивільних правовідносин, зазначивши, що об'єктом речового правовідношення є річ, а об'єктом зобов'язального – дія, здійснення яких (утримання від них) кредитор має право вимагати від боржника [8]. Проте авторська новизна у визначенні поліоб'єктності є результатом встановлення природи корпоративних правовідносин як форми поєднання організаційних, майнових та немайнових складових, що надає змогу розглядати їх як парність абсолютних та відносних правовідносин та, відповідно, парність речових та зобов'язальних елементів як форма прояву наведених.

Не менш цікавим є ставлення до кола суб'єктів корпоративних правовідносин. На думку деяких вчених, коло суб'єктів корпоративних правовідносин не обмежується лише його учасниками. Останнім часом поширюється думка про віднесення до кола суб'єктів корпоративних правовідносин органів управління корпорацією [9; 10; 11] Така позиція ґрунтується на тому, що останні мають нормативно-визначену цивільно-правову деліктоздатність в сфері реалізації власної приватноправової компетенції.

Досліджуючи предмет та систему корпоративного законодавства, О. В. Гутніков зазначає, що важливим питанням в цьому напрямі є визначення структури корпоративних правовідносин. «Внутрішні корпоративні» відносини вчений умовно розподіляє на п'ять видів: відносини членів корпорації між собою; відносини між членами і власне корпорацією; відносини між корпорацією та керуючими (менеджментом); відносини між членами корпорації та керуючими (менеджментом); відносини між керуючими (менеджментом).

Створюючи таку «важку» конструкцію корпоративних правовідносин (визначення «внутрішньо-корпоративних», як нам здається, передбачає наявність «зовнішньокорпоративних відносин», про що О. В. Гутніков замовчує), вчений підкреслює, що корпоративні відносини не мають зводитись до вузького розуміння – як синонім членських відносин (учасник – корпорація) [12]. Вони знаходяться, на думку вченого, в іншій площині. На жаль, з'ясувати зміст цієї «площини», про що згадує О. В. Гутніков, так само як зміст так званих зовшіньокорпоративних відносин, існування яких є очевидним, та ідея, про яку також висловлюємося ми, нам не вдалось. Тому наведена позиція вченого здається недосконалою. Можливо йдеться про правові відносини корпорації з партнерами, кредиторами, персоналом, біржами, спеціалістами фондового ринку, державними органами, які здійснюють контроль над діяльністю корпорації. Саме такої думки дотримується О. О. Макарова класифікуючи корпоративні правовідносини за ознакою суб'єкта таким чином: між акціонерами – великими та міноритаріями; між акціонерами та акціонерним товариством, від імені якого діють органи управління (рада директорів, правління, директор); між акціонерним товариством – емітентом цінних паперів та інвестором; між акціонерними товариствами та державними органами [13].

Висловлюючи власну позицію з цього приводу, доцільно поставити під сумнів наявність корпоративної природи правовідносин між корпорацією та її органами управління. Не викликає сумніву, що органи управління корпорації не є носієм власної волі та не переслідують особистого інтересу в своїй діяльності, що є необхідним для визнання суб'єктом права. Водночас ми не можемо заперечувати можливості формування та реалізації правових відносин між корпорацією та її органами. Але це відносини іншого виду. Вони скеровані на врегулювання відповідних юридичних зв'язків у

зобов'язально-правовій сфері, трудовій тощо. Водночас для корпоративних правовідносин характерна комбінація зобов'язальних з речовими, що надає можливість їх специфікувати в системі цивільних правовідносин. Наведене свідчить, що ставитись до включення до кола суб'єктів корпоративних правовідносин органів управління корпорації (В. П. Мозолін), її посадових осіб (О. М. Вінник), філій та представництва (І. Б. Саракун) слід критично, оскільки прагнення кожного з них позбавлене власного інтересу, але обумовлено інтересом корпорації, яка реалізує його через вказані юридичні конструкції. Крім того, суб'єктом корпоративних правовідносин як видового щодо цивільних правовідносин поняття може бути виключно суб'єкт права.

Розумним є бачення поряд із учасниками (засновниками) корпорації серед суб'єктів корпоративних правовідносин також корпорації (Н. С. Кузнєцова). Остання, окрім наведеного, як вже встановлено, є суб'єктом цивільних правовідносин. Тому в проведеній класифікації наукових поглядів В. М. Кравчуком щодо кола суб'єктів корпоративних правовідносин найбільш послідовною, в контексті теорії цивільних правовідносин, є точка зору Н. С. Кузнєцової [14]. Суб'єктами корпоративних правовідносин є корпорація та її учасники (засновники). Правосуб'єктність корпорації реалізується опосередковано через органи її управління. Характер такої опосередкованості позбавлений корпоративної природи відповідних відносин цивільно-правового представництва.

Вважаємо за необхідне зробити низку узагальнень.

Корпоративне правовідношення як форма індивідуально-предметних суспільних відносин є поєднанням певних складових елементів, синтетична наявність яких в ньому специфікує останній. Це єдність організаційного, майнового та немайнового в структурі суб'єктивних цивільних прав та юридичних обов'язків, що складає зміст корпоративного правовідношення.

Структурним компонентом корпоративних правовідносин, що надає змогу виокремити їх серед інших тотожних композицій, є мета їх існування. Остання полягає в забезпеченні органічного зв'язку між окремими суб'єктами таких правовідносин (фізичні, юридичні особи, держава як суб'єкт цивільного права) та корпорацією як юридичною конструкцією, яка є формою реалізації певного (матеріального, нематеріального) інтересу осіб, що ініціюють її створення через наділення її правосуб'єктністю. В цьому полягає правова природа юридичної особи. Таким чином, для корпоративних правовідносин характерне в процесі їх правореалізації створення суб'єкта цивільного права, який відносно свого учасника (засновника) є об'єктом його інтересу, одночасно й суб'єктом корпоративних правовідносин відносно нього, а також суб'єктом інших правовідносин відносно третіх осіб.

Поставивши на чолі кута корпорацію як фактор «життєдіяльності» відповідних правовідносин (корпорація є одночасно об'єктом й суб'єктом, що є базовими елементами конструкції правового відношення), ми споріднюємо факт виникнення корпоративних правовідносин із фактом створення корпорації. Відповідно, припинення корпоративних правовідносин обумовлюється припиненням юридичної особи. Однак це не виключає настання моменту виникнення корпоративних правовідносин, так само як їх припинення відчуженням відповідних прав на користь третьої особи, придбання таких правовідносин. Як первісне, так й похідне правонабуття забезпечується юридичним складом, оскільки за посередництвом одного юридичного факту функціонування такої юридичної конструкції в правовій матерії неможливе. Однак, якщо для первісного набуття корпоративних прав вихідним елементом є інкорпорація юридичної особи, то для похідного – окрім такої інкорпорації, укладання правочину, відповідно до умов якого відбувається відчуження/набуття корпоративних прав.

Наведена складність надає можливість характеризувати корпоративні правовідносини як двосуб'єктні (суб'єктом корпоративних правовідносин є учасник (засновник) корпорації, та, власне, корпорація, проте суб'єктом інших видів цивільних правовідносин, зокрема деліктних, може бути й орган управління корпорації) та поліоб'єктні (матеріальне благо (речова складова) та поведінка суб'єктів (зобов'язальна складова)). При цьому така поведінка, як зміст об'єкта корпоративних правовідносин, на відміну від іншого матеріального блага, достатньо абстрактна. Природа корпоративних правовідносин підкреслює правильність позиції прихильників плюралістичної теорії об'єкта права. Зазначена складність структури корпоративних правовідносин дозволяє стверджувати про їх комплексний характер. Корпоративні правовідносини є поєднанням речового та зобов'язального компонентів в їх структурі, отже абсолютного та відносного.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Коструба А. В. Підстави виникнення корпоративних правовідносин: питання теорії і практики // Корпоративне право України та інших європейських країн: шляхи гармонізації: збірник наукових праць за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції (2–3 жовтня 2015 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, 2015. 321с.

2. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: монографія. Львів: Край, 2009. 664 с.

3. Мозолин В. П. О юридической природе внутрикорпоративных отношений // Государство и право. 2008. № 3. С. 28–37.

4. Про акціонерні товариства: Закон України № 514-VI від 17 серпня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. № 50. 2–8. Ст. 2432.

5. Иоффе О. С Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М: «Статут». 2000. 777 с.

6. Кулик А. А. Корпоративные права в системе гражданских прав: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. МГЮА. М., 2009. 278 с.

7. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Статут. 2005. 461с. (Классика российской цивилистики).

8. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. М.: Юрид. лит., 1950. 412 с.

9. Гущин В. В., Порошкин Ю. О., Сердюк Е. Б. Корпоративное право: учебник для юрид. вузов. М., 2006. 640 с.

10. Долинская В. В. Акционерное право: основные положения и тенденции. Монография. М., 2006. 736 с.

11. Хужокова И. М. Корпоративное право Российской Федерации. Курс лекций: учебн. пособие для вузов. М., 2004. 384 с.

12. Гутников О. В. Предмет и система корпоративного законодательства // Гражданское право и корпоративные отношения: материалы Междунар. науч.-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 90-летию видного казахстанского ученого-цивилиста Ю. Г. Басина (Алма-Аты, 13 –14 мая 2013 г.) / Отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы, 2013. 736 с. С. 170 – 194.

13. Макарова О. А. Корпоративное право: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2005. 432 с.

14. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: монографія. Львів: Край, 2009. 664 с.

Barbara V. Special aspects of the structure of corporate legal relations in civil law of Ukraine

A characteristic feature of corporate legal relations is that there is a need for a systematic combination of several independent facts of legal significance, in order to arrive to the consequences, set by its legal model. The arrival of the consequence of such legal components is the result of the combined effect of the entire set of elements that make part of it. Thus, during the state registration of a legal person, all the legal relations (binding and real) between its participants (founders) become corporate, which absorbs both – real and binding ones.

The legal relations between the participants (founders) regarding the corporation as the object of civil legal relations are created and being implemented, as well as legal relations between similar persons in which the corporation acts as the subject in the structure of corporate legal relations. Such a polystructural form of corporate legal relations allows us to determine its respective polyobjectivity. The object of corporate legal relations is the corporation. In addition, the legal interest of a party in the corporate legal relations is implemented by satisfying the efforts of a person who has the appropriate right in the form of commitments (abstention from commitment) from the lender side, that is, the object of such relations is his/her behavior.

Keywords: corporation, corporate legal relations, civil legal relations, objects of civil legal relations, subjects of civil legal relations.

ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ ІПОТЕКИ ЗА УЧАСТЮ МАЙНОВОГО ПОРУЧИТЕЛЯ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.8

Беляневич О. А.,

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

В статті досліджено особливості припинення іпотеки за участю майнового поручителя. Обґрунтовано, що інтерес майнового поручителя, який не суперечить засадам цивільного законодавства, підлягає захисту із застосуванням як способів, передбачених договором та законом, в тому числі ст. 16 ЦК України, ст. 20 ГК України, так і способу, не передбаченого законом, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного інтересу, характеру його порушення

та наслідкам, спричиненим цим порушенням. Аргументовано, що найбільш ефективним способом можна вважати припинення іпотечного правовідношення у випадку недобросовісності кредитора та боржника. Зміна у суб'єктному складі власників корпоративних прав (учасників господарського товариства – боржника), яка призводить до зміни відносин корпоративного контролю, має розглядатися в силу аналогії закону (ч. 1 ст. 523 ЦК України) як підстава припинення іпотеки за участю майнового поручителя, якщо останній не погодився забезпечувати виконання зобов'язання боржника внаслідок настання таких обставин.

Ключові слова: іпотека, майновий поручитель, акцесорне зобов'язання, інтерес майнового поручителя, припинення іпотеки.

Проблематика виконання та припинення акцесорних зобов'язань, зокрема іпотеки та поруки, залишається, як свідчить судова практика, актуальною. В умовах складної економічної ситуації в країні, тривалими проблемами із ліквідністю банків, зумовленими, серед іншого, існуванням значного відсотку в їх кредитних портфелях так званих токсичних кредитів, забезпечення яких є суто умоглядним, кількість правових конфліктів та судових спорів, що виникають у зв'язку із застосуванням норм законодавства про іпотеку, залишається стабільно високим. Водночас законодавець повинен гарантувати охорону та захист прав та законних інтересів усіх добросовісних учасників договірних відносин – і кредиторів, і боржників. З огляду на деякі проблеми правозастосування, які виникають при вирішенні спорів за участю майнового поручителя, метою цієї статті є визначення: особливостей забезпечувального зобов'язання за участю майнового поручителя, юридичного значення, які мають для відносин іпотеки за участю майнового поручителя зміни в правовому статусі боржника у випадку зміни власника корпоративних прав, а також способу, яким може бути захищений інтерес майнового поручителя, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Відповідно до визначень понять застави (ст. 572 ЦК України) та іпотеки (ст. 1 Закону України «Про іпотеку») в силу застави (іпотеки) іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому Законом «Про іпотеку».

За визначенням ст. 1 Закону України «Про іпотеку», майновим поручителем є особа, яка передає в іпотеку нерухоме майно для забезпечення виконання зобов'язання іншої особи-боржника. Іпотека за участю майнового поручителя (іпотекодавця) є видом забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні майнового поручителя (іпотекодавця).

Термін «майновий поручитель», який використовується в Законі України «Про іпотеку», схожий із терміном поручитель, під яким розуміється особа, яка відповідно до договору поруки поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку (ст. 553 ЦК)[1].

З легального визначення ст. 572 ЦК України випливає, що застава є заходом забезпечувального характеру, особливість якої виявляється в належності права застави до групи прав на чужу річ, відповідно, в його речовій природі. Ми будемо виходити з того, що правом застави визнається право на чужу річ, яке належить вірителю [кредитору] в забезпечення його права вимоги за зобов'язанням і яке виявляється в можливості *переважного* [порівняно із іншими кредиторами] задоволення із цінності цієї речі [1, с. 408], хоча в цивілістиці до цього часу триває дискусія щодо речової чи зобов'язальної природи застави.

Визнання застави речовим способом забезпечення зобов'язання є найбільш значущим. Такого погляду дотримується Верховний Суд України (далі – ВСУ): «… суть застави полягає у тому, що кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника.

Право застави – це право на чуже майно, внаслідок установлення якого власник може бути примусово позбавлений права на своє заставлене майно. Отже, застава – це один зі способів забезпечення виконання зобов'язання, особливістю якого є передача майна: заставодавець передає майно у заставу заставодержателю. Заставодавцем може бути як сам боржник, так і майновий поручитель – власник певного майна, *який має право на його відчуження*» [2].

Абсолютний характер застави (іпотеки) виявляється в тому, що:

- у кредитора виникає переважне право перед іншими кредиторами боржника;
- це речове право наслідує юридичну долю речі;
- право застави не дає заставодержателю (іпотекодержателю) правомочностей щодо володіння та користування річчю (майном), але заставодержатель має правомочність щодо позбавлення

[1] Як відомо з історії, на початковому етапі існування застави майно надавалося в заставу самим боржником, але пізніше також стала допускатися застава майна третьою особою, яка отримала назву речового поручителя (за аналогією із поручителем), тобто своєю назвою «майновий поручитель» – заставодавець зобов'язаний лише тому, що він не є боржником у забезпеченому заставою основному зобов'язанні.

заставодавця (іпотекодавця) його права власності у випадку невиконання боржником забезпеченого заставою основного зобов'язання.

Таким чином, застава, в тому числі іпотека за участю майнового поручителя, є речовим правом на чуже майно, реалізація якого кредитором за основним зобов'язанням може призвести до примусового позбавлення власника майна (майнового поручителя) права власності на належне йому майно.

Аналіз змісту гл. 49 «Забезпечення виконання зобов'язання» ЦК України дає підстави стверджувати, що порука та застава є різними за правовою природою видами забезпечення виконання зобов'язання, хоча мають *функціональну спільність*:

– порука та іпотека як акцесорні відносяться до зобов'язань, які мають *охоронну спрямованість* (вони є охоронювальними, а не регулятивними правовідношеннями) і є способами забезпечення майнових інтересів кредитора при невиконанні або неналежному виконанні основного зобов'язання боржником;

– вони передбачають *необхідність* (порука – ст. 553, ч. 1 ст. 554 ЦК) або *можливість* (іпотека – ст. 572 ЦК) залучення третіх осіб (поручителя, іпотекодавця) до реалізації механізму захисту кредитора;

– їх захисний механізм базується на *праві вимоги кредитора*, *а не на обов'язку виконання забезпечувального зобов'язання*. Це випливає з того, що обов'язок належного виконання зобов'язання покладений законом на боржника за основним зобов'язанням;

– виникнення охоронювального зобов'язання (охоронювального правовідношення) по забезпеченню інтересів кредитора в цих зобов'язаннях можливе лише при настанні відкладальної умови, якою є юридичний факт неправомірної поведінки боржника у вигляді невиконання або неналежного виконання ним основного зобов'язання.

Схожість поруки та іпотеки за участю майнового поручителя зумовлюється також існуванням, на нашу думку, в таких відносинах певного зв'язку між боржником та третьою особою (поручителем або майновим поручителем). І порука, і іпотека, по суті, є особливими формами прийняття на себе третіми особами чужого боргу, але додатковим чином, оскільки боржник залишається зобов'язаним перед кредитором. Відповідно, зв'язок між боржником та поручителем або майновим поручителем завжди має ознаки фідуціарності (довірительності), оскільки в тому чи іншому ступені випливає із взаємної довіри та припущення чесності боржника при веденні ним своїх справ[2].

Принципова відмінність поруки від застави (іпотеки) виявляється в такому.

Як випливає зі ст. 553–557 ЦК України, порука характеризується наявністю власного забезпечувального механізму. Зокрема, при поруці має місце залучення *додаткового боржника*, який поряд із основним відповідає перед кредитором за виконання зобов'язання боржником. При укладенні договору поруки виникає *множинність осіб на боці боржника*, і законодавець визначає солідарні обов'язки для них (якщо договором не передбачено субсидіарну відповідальність) [4, с. 682; 5, с. 482].

В науковій літературі завжди підкреслювалося, що *порука є формою вступу в чужий борг* [6, с. 259] (особливим різновидом інтерцесії, тобто прийняття на себе чужого боргу). Разом з тим поручитель хоча й відповідає солідарно із боржником, проте не безумовно, а лише у зв'язку із певним юридичним фактом – невиконанням основного зобов'язання боржником.

Особливістю застави (іпотеки) є те, що:

1) закон не визнає за заставодавцем (майновим поручителем) статусу солідарного боржника;
2) задоволення вимог кредитора можливе лише в межах цінності майна, переданого в іпотеку.

Порука та застава є самостійними видами забезпечення виконання зобов'язання, які мають різне нормативне регулювання. Застава не є видом поруки, відповідно, поняття «поручитель» та «майновий поручитель» не відносяться одне до одного як родове та видове. Такий погляд на поруку та заставу (в тому числі за участю майнового поручителя) домінує в судовій практиці.

Так, розгорнутий аналіз відмінностей поруки від іпотеки міститься в розділі II «Суб'єкти правовідносин з іпотеки» листа ВС України «Аналіз судової практики застосування судами законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна» від 01.02.2015 р. В зазначеному листі звертається увага зокрема на таке:

– Законом України «Про іпотеку» солідарної відповідальності боржника за основним зобов'язанням та майнового поручителя у разі порушення боржником зобов'язання не передбачено;

– частиною 1 ст. 11 Закону України «Про іпотеку» визначено, що майновий поручитель несе відповідальність перед іпотекодержателем за невиконання боржником основного зобов'язання виключно в межах вартості предмета іпотеки. Тобто обсяг відповідальності майнового поручителя обмежений вартістю майна, переданого ним в іпотеку, у зв'язку із чим збільшення обсягу відповідальності майнового поручителя неможливе;

– до майнового поручителя не можуть бути застосовані положення ч. 1 ст. 543, ст. 554 ЦК, до

[2] Це підтверджується історією питання. В давньому римському праві відносини застави майна розглядалися винятково як такі, що будуються на довірі (fides), і, власне, сам вид такої застави отримав спеціальну назву фідуцій. Фідуцірні договори застави і на цей час зберігають своє значення в англо-американській правовій сім'ї [3, с. 492].

іпотечних правовідносин також не застосовуються положення ч. 4 ст. 559 ЦК стосовно строку пред'явлення вимог до поручителя[3].

Для прикладу можна навести також правовий висновок, сформульований ВС України у постанові від 04.11.2015 р. у справі № 6-1534цс15: «Відповідно до статті 546 ЦК України застава (іпотека) та порука є різними видами забезпечення, тому норми, що регулюють поруку (ст. 553 – 559 цього Кодексу), не застосовуються до правовідносин кредитора з майновим поручителем, оскільки останній відповідає перед заставо-/іпотекодержателем за виконання боржником основного зобов'язання винятково у межах вартості предмета застави/іпотеки» [8].

Отже, застава, в тому числі іпотека за участю майнового поручителя, є речовим правом на чуже майно, реалізація якого кредитором за основним зобов'язанням може призвести до примусового позбавлення власника майна (майнового поручителя) права власності на належне йому майно. Схожість поруки та іпотеки за участю майнового поручителя полягає у фідуціарному (довірчому) зв'язку між боржником та третьою особою (поручителем або майновим поручителем). Разом з тим закон *не* визнає заставодавця (майнового поручителя) солідарним боржником і *не* надає кредитору права безпосереднього звернення до майнового поручителя із вимогою про виконання основного зобов'язання як до солідарного боржника.

Загалом наявність третьої особи у зобов'язаннях завжди є елементом, що ускладнює як нормативне регулювання зобов'язань, так і виконання забезпечених іпотекою основних зобов'язань.

Відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону України «Про іпотеку» у разі задоволення вимог іпотекодержателя за рахунок предмета іпотеки майновий поручитель набуває права кредитора за основним зобов'язанням. Отже, у відносинах іпотеки за участю майнового поручителя у останнього з'являється право вимоги до боржника за наявності відповідного *юридичного складу*: 1) невиконання основного зобов'язання боржником після звернення до нього кредитора із вимогою; 2) задоволення майновим поручителем вимог кредитора за рахунок предмета іпотеки.

До цього моменту у майнового поручителя відсутні будь-яке право (право вимоги) на відповідні дії боржника та кореспондуючий йому обов'язок боржника. Проте на всіх стадіях існування основного зобов'язання у майнового поручителя є інтерес щодо належного виконання боржником свого обов'язку перед кредитором. Такий інтерес є майновим, оскільки стосується права власності майнового поручителя на предмет іпотеки і не суперечить загальним засадам цивільного законодавства, в тому числі справедливості, добросовісності та розумності. Зважаючи на фідуціарний характер відносин між боржником та майновим поручителем, на який зверталася увага вище, вважаємо, що припинення юридичної особи боржника в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) може істотно впливати на легітимні інтереси майнового поручителя.

Легітимність інтересів майнового поручителя зумовлюється, насамперед, його суб'єктивним правом власності на майно, що є предметом іпотеки, яке може бути відчуженим у разі несправності боржника. Відповідно, майновий поручитель є заінтересованим у належному виконанні основного зобов'язання його сторонами і має легітимні очікування, в тому числі щодо добросовісності та розумності поведінки сторін основного зобов'язання.

Законодавець не визначає юридичну долю акцесорних зобов'язань за участю третіх осіб (поручителя та майнового поручителя) у випадку зміни в правовому статусі юридичної особи – боржника у випадку її припинення внаслідок реорганізації, хоча такі зміни безпосередньо впливають на інтереси цих осіб. Відповідно до ч. 1 ст. 598 ЦК України зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. За загальним правилом, акцесорні зобов'язання припиняються із припиненням забезпеченого ними зобов'язання Спеціальні підстави припинення акцесорних зобов'язань поруки і іпотеки встановлені ч. 1 ст. 559, п. 1 ч. 1 ст. 593 ЦК України, ст. 17 Закону України «Про іпотеку». Норма ж ч. 1 ст. 523 ЦК України повинна розглядатися як спеціальна підстава припинення акцесорних зобов'язань поруки та застави, встановлена законом.

Відповідно до ч. 1 ст. 104 ЦК України юридична особа припиняє свою діяльність в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. У разі реорганізації юридичних осіб майно, права та обов'язки переходять до правонаступника/правонаступників, які повинні кваліфікуватися як новий боржник/нові боржники. Як випливає із норм ч. 1 ст. 56 ГК України, ч. 1 ст. 104 ЦК України правовий інститут реорганізації регулює відносини, одночасно пов'язані із (1) припиненням тих юридичних осіб, що існують, та (2) створенням нових господарських організацій – учасників

[3] У зв'язку з цим вважаємо позицію ВС України, викладену в одній із судових постанов, щодо ототожнення поруки та застави помилковою та такою, що суперечить загальній практиці: «… згідно з нормами чинного (ч. 1 ст. 554, ч. 1 ст. 541, ст. 543 ЦК України) законодавства майновий поручитель та основний боржник, зобов'язання якого перед кредитором забезпечені заставою майна, що належить на праві власності майновому поручителю, відповідають перед кредитором солідарно. А відтак заставодержатель як кредитор має право вимагати виконання основного зобов'язання як від боржника і його майнового поручителя разом, так і від будь-кого з них окремо» [7].

господарського обороту (правонаступників). Правонаступництво завжди відображає зміну суб'єктного складу у цивільних (господарських) правовідносинах. Ця обставина позбавляє або може позбавити відносини нового боржника та майнового поручителя притаманної такому виду застави фідуціарності. У зв'язку з цим абсолютно логічним є правило ч. 1 ст. 523 ЦК України, відповідно до якого порука або застава, встановлена іншою особою, припиняється після заміни боржника, якщо поручитель або заставодавець не погодився забезпечувати виконання зобов'язання новим боржником.

Системно-логічне тлумачення норм ст. 104, 106–109 ЦК України, які регулюють злиття, приєднання, поділ та перетворення юридичної особи, та норм ч. 1 ст. 523 ЦК дають підстави стверджувати, що іпотека припиняється у випадку, коли заставодавець (майновий поручитель) не погодився забезпечувати виконання зобов'язання новим боржником, до якого перейшли обов'язки первісного боржника в порядку правонаступництва.

Слід визнати, що застосування традиційних інститутів цивільного законодавства, в тому числі загальних положень про зобов'язання, може виявлятися недостатнім для регулювання зобов'язальних відносин за участю суб'єктів, що належать до корпоративного сектору економіки (приватного, державного та комунального). Водночас уявляється безсумнівним те, що зміна у відносинах корпоративного контролю в господарському товаристві – корпорації (яким є акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю), яке є боржником у забезпеченому іпотекою зобов'язанні, може негативно вплинути на легітимний інтерес майнового поручителя. Зміна відносин корпоративного контролю в господарських товариствах може безпосередньо і негативно впливати на інтереси майнового поручителя у випадку, коли господарське товариство–боржник переходить під контроль кредитора, який впливатиме на прийняття боржником стратегічних управлінських рішень та загалом його підприємницьку діяльність[4].

З огляду на це вважаємо, що норма ч. 1 ст. 523 ЦК може бути за аналогією застосована як підстава припинення іпотеки у зв'язку із набуттям іншою особою контролю над боржником (вирішального впливу або можливості здійснення вирішального впливу на його господарську діяльність), якщо поручитель або заставодавець не погодився забезпечувати виконання зобов'язання новим боржником.

Законний інтерес майнового поручителя може порушуватися недобросовісною поведінкою сторін основного зобов'язання. На необхідність врахування критерію добросовісності поведінки кредитора вказав ВС України в одному з правових висновків: «Системний аналіз положень статей 3, 17 та 49 Закону «Про іпотеку» свідчить про те, що припинення іпотеки у зв'язку з застосуванням цього Закону є правом суду, рішення якого повинно прийматись з урахуванням конкретних обставин справи. При цьому слід ураховувати строк договору, розмір заборгованості, а також встановлені у справі обставини, а саме: чи продовжується дія кредитного договору після звернення стягнення на предмет іпотеки; чи звернуто на всю суму заборгованості за кредитом стягнення; які наслідки збереження або припинення іпотеки з огляду на інтереси обох сторін договору кредиту та договору іпотеки; підстави відмови іпотекодержателя від отримання предмета іпотеки; чи діють сторони добросовісно тощо. Факт того, що строк договору кредиту не сплинув, не може бути підставою для відмови від погашення повністю або частково заборгованості за рахунок нереалізованого за наслідками торгів предмета іпотеки, оскільки порушує права боржника на законне очікування прийняття предмета іпотеки в рахунок погашення заборгованості та штучно збільшує заборгованість боржника за кредитним договором [9].

Закон не визначає і не може визначати, в якій формі повинна бути виражена відмова кредитора прийняти запропоноване боржником виконання, що є цілком логічним. Тому про таку відмову як про порушення зобов'язання може свідчити поведінка кредитора, тобто будь-які дії кредитора або ухилення його від вчинення певних дій. Доказування факту прострочення кредитора і неправомірності його поведінки щодо відмови прийняти виконання за договором здійснюється за загальними правилами доказування, передбаченими процесуальним законодавством.

Оскільки майновий поручитель не є солідарним боржником, порядок пред'явлення вимоги кредитором відрізняється від того, що встановлений законом для відносин поруки (зокрема, кредитор не може заявити вимогу до іпотекодавця як до солідарного боржника за правилами ст. 555 ЦК).

Виходячи із загальних положень про зобов'язання загалом та заставу (іпотеку) зокрема, принципу добросовісності, кредитор не має права відмовитися від прийняття виконання від боржника з тим,

[4] За легальним визначенням, що міститься в ст. 1 Закону «Про захист економічної конкуренції», контролем є вирішальний вплив однієї чи кількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб. Через категорію вирішального впливу визначається контроль в ст. 2 Закону «Про банки і банківську діяльність», ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», ст. 1 Закону «Про інститути спільного інвестування». Однією з новел українського корпоративного законодавства є закріплення конструкції опосередкованого набуття права власності (п. 111 ст. 2 Закону «Про акціонерні товариства»).

щоб звернути стягнення на предмет іпотеки. Водночас, у разі звернення кредитора до боржника із вимогою про виконання основного зобов'язання, боржник зобов'язаний його виконати, оскільки конструкція застави не передбачає не тільки солідарності боржників, а й заміни іпотекодавцем боржника в основному зобов'язанні.

Відповідно до ч. 1 ст. 35 Закону України «Про іпотеку» у разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. В цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги.

У судовій практиці надсилання кредитором повідомлення найчастіше кваліфікується як необхідний елемент процедури звернення стягнення на предмет іпотеки. Так, ВС України звертає увагу на те що, вирішуючи спори цієї категорії, суду принципово необхідно встановити факт невиконання або неналежного виконання основного зобов'язання, лише за цієї умови суд й має право звернути стягнення на предмет іпотеки/застави у випадках, коли з матеріалів справи вбачається, що письмова вимога, передбачена ст. 35 Закону «Про іпотеку», банком іпотекодавцю *та*/або боржнику не направлялася, то позов про звернення стягнення на предмет іпотеки є передчасним, в його задоволенні може бути відмовлено. Тобто недотримання іпотекодержателем процедури звернення стягнення на предмет іпотеки є однією з підстав для відмови в позові [10]. Подібної позиції дотримується ВСС України, який роз'яснив, що «невиконання вимог частини першої статті 35 Закону України «Про іпотеку» не є перешкодою для реалізації права іпотекодержателя звернутись у будь-який час за захистом своїх порушених прав до суду (на відміну від інших способів звернення стягнення (частина третя статті 33 цього Закону), оскільки іпотекодавець у судовому засіданні має можливість заперечувати проти вимог іпотекодержателя, що відповідає положенням статті 124 Конституції України» [12]. Отже, виходячи зі змісту норм ЦК України, Закону України «Про іпотеку» та призначення іпотеки як правового інституту, кредитор повинен надіслати письмову вимогу про усунення порушення основного зобов'язання боржнику та майновому поручителю, але при цьому обов'язок виконання основного зобов'язання до майнового поручителя не переходить і місце боржника він не заступає».

Відповідно до ст. 15 «Право на захист цивільних прав та інтересів» ЦК кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання та право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу (ст. 16 ЦК).

В своїй основі кожен охоронюваний законом інтерес має речовий характер і пов'язаний із суб'єктивним речовим правом та речовим правом як таким. Інтерес полягає у збереженні свого права власності на майно, принаймні, у попередженні його неправомірного відчуження внаслідок недобросовісної поведінки інших осіб.

Як зазначив Конституційний Суд України, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 8 Конституції України, охоронюваний законом інтерес перебуває під захистом не тільки закону, а й об'єктивного права у цілому, що панує у суспільстві, зокрема справедливості, оскільки інтерес у вузькому розумінні зумовлюється загальним змістом такого права і є його складовою. Види і зміст охоронюваних законом інтересів, що перебувають у логічно-смисловому зв'язку з поняттям «права», як правило, не визначаються у статтях закону, а тому фактично є правоохоронюваними. У випадках, коли інтерес не підлягає охороні ані законом, ані правом, законодавець завжди прямо про це зазначає [12].

У ст. 16 ЦК України не розрізняються способи захисту цивільних прав та інтересів судом, тобто можна стверджувати, що захист інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства, можливий в будь-який із способів, передбачених для захисту цивільного права.

Частиною 2 ст. 20 ГК України встановлено, що кожний суб'єкт господарювання та споживач має право на захист своїх прав і законних інтересів. Права та законні інтереси зазначених суб'єктів захищаються способами, встановленими ст. 20 ГК України та іншими законами.

Захист легітимного інтересу майнового поручителя щодо збереження свого права власності на предмет іпотеки має ознаки превентивності. Це зближує такий захист майнового інтересу майнового поручителя із конструкцією превентивного захисту права власності, закріпленою в ст. 386 ЦК: власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення цією особою дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню.

У випадку встановлення судом недобросовісності кредитора та боржника суд може:

– захистити інтерес майнового поручителя найбільш ефективним способом, яким є припинення іпотечного правовідношення;

– у разі недодержання кредитором при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені ч. 2 – 5 ст. 13

ЦК України, зобов'язати його припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Питання про те, чи можна захистити цивільне право, отже і інтерес особи таким способом захисту, який не встановлений законом чи договором, було вирішено свого часу в судовій практиці ВС України.

Так, ВС України зазначив, що «законодавчі обмеження матеріально-правових способів захисту цивільного права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом.

Оскільки положення Конституції України та Конвенції мають вищу юридичну силу (ст. 8, 9 Конституції України), а обмеження матеріального права суперечать цим положенням, порушення цивільного права чи цивільного інтересу підлягають судовому захисту і у спосіб, не передбачений законом, зокрема ст. 16 ЦК України, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням» [13].

Виходячи із загальних засад цивільного законодавства та судочинства, права особи на захист у суді порушених або невизнаних прав, рівності процесуальних прав і обов'язків сторін (ст. 3, 12–15, 20 ЦК України), ВС України також сформулював таку правову позицію: «У разі невизнання кредитором права поручителя, передбаченого ч. 1 ст. 559 ЦК України, на припинення зобов'язання за договором поруки, таке право підлягає захисту судом за позовом поручителя шляхом визнання його права на підставі п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України. При цьому звернення особи до суду з позовом про визнання поруки такою, що припинена, на підставі ч. 1 ст. 559 ЦК України не є необхідним, проте такі вимоги можуть розглядатися судом у разі наявності відповідного спору» [14].

Враховуючи викладене, вважаємо, що інтерес майнового поручителя, який не суперечить засадам цивільного законодавства, так само підлягає судовому захисту із застосуванням як способів, передбачених договором та законом, в тому числі ст. 16 ЦК України, ст. 20 ГК України, а також способом, не передбаченим законом, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного інтересу, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням. Таким ефективним способом можна вважати припинення іпотечного правовідношення у випадку недобросовісності кредитора та боржника.

Підсумовуючи викладене вище, можна сформулювати такі висновки:

1. Застава, в тому числі іпотека за участю майнового поручителя, є речовим правом на чуже майно, реалізація якого кредитором за основним зобов'язанням може призвести до примусового позбавлення власника майна (майнового поручителя) права власності на належне йому майно. Схожість поруки та іпотеки за участю майнового поручителя полягає у фідуціарному (довірчому) зв'язку між боржником та третьою особою (поручителем або майновим поручителем). Разом з тим закон не визнає заставодавця (майнового поручителя) солідарним боржником і не надає кредитору права безпосереднього звернення до майнового поручителя із вимогою про виконання основного зобов'язання як до солідарного боржника.

2. Іпотека припиняється на підставі ч. 1 ст. 523 ЦК України у випадку, коли заставодавець (майновий поручитель) не погодився забезпечувати виконання зобов'язання новим боржником, до якого перейшли обов'язки первісного боржника в порядку правонаступництва. Зміна у суб'єктному складі власників корпоративних прав (учасників господарського товариства – боржника), яка призводить до зміни відносин корпоративного контролю (встановлення вирішального впливу на господарську діяльність з боку нового власника/власників корпоративних прав), повинна розглядатися в силу аналогії закону (ч. 1 ст. 523 ЦК України) як підстава припинення іпотеки за участю майнового поручителя, якщо останній не погодився забезпечувати виконання зобов'язання боржника внаслідок настання таких обставин.

3. Кредитор повинен надіслати письмову вимогу про усунення порушення основного зобов'язання боржнику та майновому поручителю, але при цьому обов'язок виконання основного зобов'язання до майнового поручителя не переходить і місце боржника він не заступає. Кредитор не має права відмовитись від прийняття виконання від боржника з метою одержання виконання від майнового поручителя і звернутись з вимогою безпосередньо до останнього, оскільки це суперечить розумності та добросовісності як загальним засадам цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України), сутності іпотеки та призводить до штучної заміни боржника в основному зобов'язанні. Якщо кредитор ухиляється від прийняття виконання основного зобов'язання боржником, він не має права звернутися до майнового поручителя із вимогою про виконання акцесорного (іпотечного) зобов'язання.

4. Інтерес майнового поручителя, який не суперечить засадам цивільного законодавства, підлягає захисту із застосуванням способів, передбачених договором та законом, в тому числі ст. 16 ЦК України, ст. 20 ГК України, а також способу, не передбаченого законом, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного інтересу, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням. Таким найбільш ефективним способом можна вважати припинення іпотечного правовідношення у випадку недобросовісності кредитора та боржника.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Статут, 2005. 461 с.
2. Постанова Верховного Суду України від 25.11.2014 р. у справі № 3-179гс14 за позовом ПАТ «ДНІПРОВАГОНРЕМБУД» до публічного акціонерного товариства «Банк Кредит Дніпро» про визнання недійсним договору застави. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/ 4FB43E2565868D F2C2257DA100244CA2 (дата звернення: 28.12.2017).
3. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. М.: «Статут», 1997. 848 с.
4. Цивільне право України. Підручник: у 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. 2-е вид., допов. і перероб. К.: Юрінком Інтер, 2004. Кн. 1. 736 с.
5. Цивільне право України: загальна частина / За ред. професорів І. А. Бірюкова і Ю. О. Заіки. К.: Алерта, 2014. 510 с.
6. Новицкий И. Б., Лунц А. А. Курс советского гражданского права. Общее учение об обязательстве. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1950. 416 с.
7. Постанова ВС України від 26.08.2014 р. у справі № 3-93гс14 за заявою публічного акціонерного товариства «Херсонгаз» до публічного акціонерного товариства «Індустріальна скляна компанія» про визнання банкрутом. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/932F FB96F92F096CC225 7D43002A65EB (дата звернення: 28.12.2017).
8. Постанова ВС України від 04.11.2015 р. у справі № 6-1534цс15 за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Фінансова компанія «БАЗЕЛЬ-ФІНАНС» до ОСОБА_1, відділу примусового виконання рішень Державної виконавчої служби України, третя особа – ОСОБА_2, про звернення стягнення на предмет іпотеки, звільнення майна з-під арешту, виселення. URL: http://www.scourt.gov.ua/ clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E237 68B44F0A9 5F5C2257EFA0026EF64 (дата звернення: 28.12.2017).
9. Постанова ВС України від 7.10. 2015 р. № 6-222цс15 у справі за позовом ОСОБА_1 до публічного акціонерного товариства «Райффайзен Банк Аваль» про припинення іпотеки. URL: http://www.scourt.gov.ua/ clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F7A691C7540A1194C2257EEB002DAF75 (дата звернення: 28.12.2017).
10. Лист ВСУ «Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин» від 07.10. 2010 р.
11. Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» № 5 від 30.08. 2012 р.
12. Пункти 3.4, 3.5 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 01.12. 2004 р. № 18-рп/2004.
13. Постанова ВСУ від 21.05.2012 р. у справі № 6-20цс11 за позовом ОСОБА_1 до публічного акціонерного товариства комерційного банку «Приватбанк», товариства з обмеженою відповідальністю «Россель», ОСОБА_2 про визнання договору поруки припиненим. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/ vsu/vsu.nsf/(documents)/9DE59BF19D53A7C8C2257C92003A6321(дата звернення: 28.12.2017).
14. Постанова ВСУ від 16.11. 2011 р. у справі № 6-134цс12 за позовом ОСОБА_1 до відкритого акціонерного товариства «Комерційний банк «Надра», третя особа – товариство з обмеженою відповідальністю «Торговий дім «Охтирський хліб» про визнання договору поруки припиненим. URL: http://www.scourt.gov.ua/ clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/4825D4D84348468FC2257C92003A6162 (дата звернення: 28.12.2017).

Belianeych O. Special aspects of termination of mortgage with the involvement of the property surety provider

The article studies special aspects of termination of mortgage with the involvement of the property surety provider. It is argued that pledge, including mortgage with the involvement of the property surety provider, is a proprietary right to property of another, performance of which by the creditor under principal obligation can lead to the compulsory disappropriation of the owner (property surety provider) of his property. The law does not recognize the pledger (property surety provider) as a joint debtor and does not give the creditor the right to approach the property surety provider directly with a demand to perform the principal obligation as to the joint debtor. It is reasoned that change in the structure of participatory interests' owners (participants of the company – the debtor) that lead to the change of corporate control relations (establishment of the decisive influence on the economic activity on the part of new owner/owners of the participatory interests) shall be considered pursuant to the analogy of law (Part 1 Art. 523 of the Civil code of Ukraine) as a ground of termination of mortgage with the involvement of the property surety provider in case the latter has not agreed to ensure performance of obligations

of the debtor due to the occurrence of such circumstances. It is reasoned that change in the structure of participatory interests' owners (participants of the company – the debtor) that lead to the change of corporate control relations (establishment of the decisive influence on the economic activity on the part of new owner/owners of the participatory interests) shall be considered pursuant to the analogy of law (part 1 of Art. 523 of the Civil code of Ukraine) as a ground of termination of mortgage with the involvement of the property surety provider in case the latter has not agreed to ensure performance of obligations of the debtor due to the occurrence of such circumstances. Should the creditor avoid the acceptance of performance of the principal obligation by the debtor, he does not have the right to approach the property surety provider with demand to perform accessory (mortgage) obligation. The interest of the property surety provider that is consistent with foundations of civil legislation is subject to protection with application of means provided for under contract and law, including Art. 16 of the Civil code of Ukraine, Art. 20 of the Economic code of Ukraine, as well as mean that is not provided by law, but is an effective remedy, i.e. such that corresponds to the content of the violated interest, nature of its violation and consequences that arose in connection with this violation. It is argued that termination of mortgage legal relation in case of bad faith of the creditor and the debtor can be considered as such effective mean of protection.

Keywords: mortgage, property surety provider, accessory obligation, interest of the property surety provider, termination of mortgage.

ЦИВІЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ЗАКЛАДУ ДОШКІЛЬНОЇ ОСВІТИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.9

Бесарабчик В. О.,

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

У статті з'ясовано сутність правосуб'єктності закладу дошкільної освіти як учасника цивільних правовідносин, висвітлено специфіку структурних елементів цивільної правосуб'єктності, порядок виникнення та припинення правоздатності та дієздатності закладів дошкільної освіти.

Ключові слова: цивільна правосуб'єктність, цивільно-правовий статус, правоздатність, дієздатність, непідприємницька юридична особа, установа, заклад.

Законом України «Про освіту» від 28 вересня 2017 року внесено суттєві зміни до цілої низки законів, у тому числі до Закону України «Про дошкільну освіту». Незважаючи на чисельні зміни, які зазнало законодавство у сфері освіти, залишаються не досить дослідженими положення, які впливають на формування сутності та змісту правового статусу закладу дошкільної освіти.

У науці цивільного права одним з найскладніших правових явищ залишається цивільна правосуб'єктність юридичних осіб. Висловлюються різні думки на визначення змісту цієї правової категорії. Законодавець не використовує поняття «цивільна правосуб'єктність», натомість у науці цивільного права його прийнято трактувати у двох аспектах: широкому та вузькому. У вузькому розумінні – це категорія, шо виступає об'єднуючим ланцюгом між цивільною правоздатністю та дієздатністю особи і в такому вигляді має своє закріплення в ЦК України, де передбачено, що юридична особа здатна мати такі самі цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ч. 1 ст. 91 ЦК України). Стаття 2 ЦК України закріплює суб'єктний склад цивільних правовідносин, що є проявом цивільної правосуб'єктності в широкому її трактуванні. На думку О. І. Зозуляк, цивільну правосуб'єктність слід розкривати як соціально-правову можливість особи бути учасником цивільно-правових відносин, яка забезпечується та гарантується державою. Наділення суб'єкта цивільною правосуб'єктністю є логічним продовженням того нерозривного зв'язку, який існує між державою та особою і надає останній необхідний комплекс цивільних прав та обов'язків у відносинах приватноправової сфери [1].

Цивільно-правовою доктриною терміна «правосуб'єктність» надається узагальнюючий зміст, який розкривається через поняття правоздатності та дієздатності. Так, О. С. Іоффе підкреслював, що витоки теоретичних уявлень про правосуб'єктність тісно пов'язані з категоріями «правоздатність» та «дієздатність» [2]. О. О. Красавчиков переконаний, що правоздатність проявляється у вигляді загальної основи, яка визначає характер та обсяг прав, що можуть знаходитись у володінні даного суб'єкта, але правове поняття правосуб'єктності складається із двох основних понять: правоздатності та дієздатності [3].

Таким чином, у сучасній теорії права ствердився підхід, відповідно до якого елементами правосуб'єктності визнаються правоздатність, дієздатність та деліктоздатність (остання часто включається до складу дієздатності).

Під правоздатністю розуміють здатність суб'єкта мати цивільні права та нести цивільні обов'язки. Як зазначає В. Д. Примак, правоздатність юридичної особи передбачає право організованого

учасника цивільних відносин породжувати для себе цивільні права та обов'язки через вчинення винятково правомірних дій чи правомірного утримання від їх вчинення. Водночас його свобода волі означає свободу на власний розсуд обирати будь-який з можливих варіантів дій, крім тих, внаслідок вчинення котрих може бути порушено визначені законом межі здійснення цивільних прав, зокрема, якщо відповідними діями буде завдано шкоди іншій особі [4].

Під час дослідження цієї проблеми думки правників розділились. Одні з них вважають, що установа має бути наділена загальною правоздатністю, інші ж доводять необхідність закріплення за нею спеціальної правоздатності. Так, закріплення в межах ЦК України загальної правоздатності щодо усіх юридичних осіб (ст. 91) слід сприймати з певними винятками з урахуванням видів цивільної правоздатності – загальної, спеціальної та виключної, які характерні для того чи іншого виду юридичної особи [5]. Статтею 86 ЦК України передбачено, що непідприємницькі товариства (споживчі кооперативи, громадські об'єднання, включаючи релігійні організації, профспілки тощо) поряд із своєю основною діяльністю можуть здійснювати підприємницьку діяльність за умов, що інше не встановлено законом, і ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню. Загальна правоздатність означає можливість для суб'єкта права мати будь-які цивільні права та обов'язки, які необхідні для здійснення діяльності, яка не суперечить закону. Таку правоздатність мають фізичні особи, а з моменту набуття чинності ЦК України – і всі юридичні особи приватного права незалежно від їх організаційно-правової форми, тобто вони наділяються можливістю мати такі самі цивільні права й обов'язки, що має і фізична особа, окрім тих, що за своєю природою можуть належати лише людині. Спеціальна правоздатність припускає наявність у юридичної особи лише тих прав та обов'язків, які відповідають меті його діяльності та прямо зафіксовані у його установчих документах.

Прибічником спеціальної правоздатності установ є також Д. С. Лещенко. Він обґрунтовує свою позицію, посилаючись на ч. 3 ст. 83 ЦК України. Науковець пропонує закріпити можливість обмеження правоздатності установ шляхом спеціального законодавства і змістом статутних документів [6]. Як зазначає В. І. Борисова стосовно непідприємницьких товариств та установ, надання їм загальної (універсальної) правоздатності не узгоджується із цільовим характером їх діяльності. Вказані юридичні особи повинні мати спеціальну (цільову) правоздатність, що означає: по-перше, можливість мати тільки ті цивільні права, які відповідають цілям діяльності установи і несуть у зв'язку з цією діяльністю обов'язки; по-друге, можливість здійснювати ті види підприємницької діяльності, які відповідають цілям установи [7].

Таким чином, доходимо висновку, що одні автори не вбачають підстав для звуження правоздатності для будь-яких видів і форм юридичних осіб, а тому визнають загальну правоздатність за всіма юридичними особами, а інші вважають, що діяльність юридичних осіб зумовлюється метою їх створення, і відстоюють закріплення за окремими видами юридичних осіб, включаючи певні види підприємницьких товариств, зокрема установ, спеціальну правоздатність.

На нашу думку, такий підхід щодо визнання загальної правоздатності за всіма юридичними особами не можна визнати виваженим, оскільки установи (заклади) створюються виключно для досягнення певної мети, а значить надання їм загальної (універсальної) правоздатності не узгоджується з цільовим характером їх діяльності. Так, по-перше, заклад дошкільної освіти створюється для досягнення мети, визначеної засновниками. Стаття 88 ЦК України закріпила вимогу зазначати в установчому акті мету установи та майно, яке передається їй та необхідне для досягнення цієї мети. Мета ж і завдання дошкільного закладу визначені прямо у законах України «Про вищу освіту» та «Про дошкільну освіту» – здійснення освітньої діяльності, забезпечення умовами, необхідними для отримання дошкільної освіти. По-друге, установа (заклад) як непідприємницька юридична особа може здійснювати підприємницьку діяльність лише остільки, оскільки це відповідає її статутній меті. І, по-третє, держава здійснює контроль за діяльністю установ (закладів).

Надання приватним закладам дошкільної освіти можливості здійснення підприємницької діяльності зовсім не означає, що їх правоздатність повинна бути загальною (універсальною), бо не всі з них взагалі можуть займатися підприємницькою діяльністю. Якщо ж така діяльність і буде здійснюватися, то вона має узгоджуватись (підпорядковуватися) з метою створення такого закладу: прибуток від підприємницької діяльності повинен спрямовуватися тільки на розвиток і функціонування цієї організації і не може бути розподілений між її засновниками.

З огляду на це принцип спеціальної правоздатності дошкільних закладів освіти полягає в тому, що вони можуть здійснювати тільки такі юридично значущі дії та відповідні обов'язки, які відповідають меті їх діяльності, передбаченій в статуті або на підставі рішення про його утворення та/або положення про нього, якщо такий заклад утворений фізичною особою – підприємцем або як структурний підрозділ, що функціонує у складі навчально-виховних комплексів незалежно від форми власності та юридичних осіб приватного права.

Аналізуючи поняття правоздатності щодо юридичних осіб, В. Д. Примак зазначає, що водночас із проголошенням загальної правоздатності за всіма юридичними особами ЦК України не заперечує можливості обмеження правоздатності будь-якої юридичної особи двома способами – нормативним або через засновницьке волевиявлення. Так, правоздатність установ (закладів) як окремого різновиду юридичних осіб приватного права, на думку вченого, обмежує безпосередньо ЦК України 2003 р. у ч. 3

ст. 83. Водночас визначена безпосередньо законом спеціальна (цільова) правоздатність цих юридичних осіб додатково теж може бути обмежена відповідним рішенням засновників чи вищого органу управління конкретної юридичної особи або самим фактом відсутності у неї ліцензії, необхідної для провадження певного роду діяльності або окремого її різновиду. ЦК України не містить також заборон відносно визначення засновниками юридичної особи певних цілей та предмета діяльності створюваної ними організації, фактично дозволяючи тим самим встановлення спеціальної (обмеженої) правоздатності для деяких юридичних осіб [8].

Виходячи з цього, можна дійти висновку, що дошкільні заклади освіти будь якої форми власності наділяються спеціальною (цільовою) правоздатністю безпосередньо на підставі закону.

Для характеристики правосуб'єктності юридичної особи є важливим і такий елемент, як дієздатність. Наявність в організації статусу юридичної особи має передбачати не тільки юридичну здатність, а й фактичну спроможність до набуття та здійснення тих цивільних прав і обов'язків, які випливають з її правоздатності. Саме цю здатність до набуття та здійснення своїми діями цивільних прав та обов'язків і визначають як цивільну дієздатність особи. Цивільній дієздатності юридичної особи присвячена ст. 92 ЦК України. Відповідно до цієї норми юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону.

В юридичній літературі триває дискусія з приводу часу набуття юридичною особою дієздатності. Одні вчені, зокрема В. Д. Примак, Д. М. Розанцева, І. Ф. Севрюгова, стверджують, що дієздатність юридичної особи виникає в момент появи юридичної особи, яка пов'язується з процедурою державної реєстрації [6]. Крім того, виникнення дієздатності юридичних осіб вже після їх державної реєстрації може відбуватися і залежно від інших підстав, зокрема отримання дозволів.

В. Д. Примак наполягає на визнанні практичної та теоретичної неспроможності традиційного погляду на незначущість відмінностей між правоздатністю та дієздатністю юридичної особи. Замість змішування право- і дієздатності вчений пропонує вести мову про адекватність наявного в юридичної особи обсягу дієздатності відповідним елементам правоздатності цього суб'єкта права. На його думку, «поглинання» дієздатності юридичної особи її правоздатністю абсолютно неможливо ще й тому, що правосуб'єктна організація, на відміну від фізичних осіб, набуває цивільної правоздатності не як певне «природне» право, а винятково у зв'язку з презумпцією наявності в юридичної особи реальних можливостей для реалізації відповідної юридичної властивості. Тобто набуття юридичною особою цивільної правоздатності передбачає одночасну наявність у неї мінімально необхідних фактичних можливостей (реальної спроможності) щодо здійснення своєї правоздатності на власний розсуд і власними діями. Якщо на етапі державної реєстрації організованого учасника цивільних відносин існування стану взаємної адекватності (відповідності, забезпеченості) його правоздатності та дієздатності може тільки припускатися, то при набутті юридичною особою права на здійснення діяльності, що підлягає ліцензуванню, таке співвідношення вказаних складових правосуб'єктності стає явним: орган ліцензування спочатку здійснює перевірку фактичної відповідності юридичної особи певним ліцензійним умовам і лише за наслідками цієї перевірки приймає відповідне рішення. У даному випадку визнання правоздатності організації у сфері ліцензованої діяльності залежить винятково від її фактичної здатності набувати та здійснювати відповідні права та обов'язки. Тобто встановлення факту наявності соціально-економічних передумов здійснення дієздатності (а отже, реалізації правоздатності) у відповідній сфері діяльності, безумовно, передує наданню відповідного цій дієздатності обсягу правоздатності [8].

Як зазначає Р. Б. Шишка, щодо окремих видів діяльності чинним законодавством передбачено ліцензування, патентування, акредитація чи квотування. Без отримання необхідних дозволів з боку уповноважених державних органів цією діяльністю займатись не можна. Отже, дієздатність у юридичної особи в цьому випадку виникає лише з отриманням таких дозволів [9]. Відправним посиланням для цього твердження є й п. 3 ст. 68 ЦК України, згідно з яким окремими видами діяльності, перелік яких визначається законом, юридична особа може займатися тільки після одержання спеціального дозволу (ліцензії).

Правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до Єдиного державного реєстру запису про її припинення (ч. 4 ст. 91 ЦК України). У ч. 3 ст. 11 Закону України «Про дошкільну освіту» зазначено, що заклад дошкільної освіти здійснює свою діяльність за наявності ліцензії на право провадження освітньої діяльності у сфері дошкільної освіти, виданої в установленому законодавством України порядку.

Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 2 березня 2015 р. було запроваджено ліцензування освітньої діяльності закладів освіти (п. 6 ч. 1 ст. 7). Згідно зі змінами, внесеними до цього положення Законом, для закладів дошкільної освіти освітня діяльність провадиться на підставі ліцензії, що видається органом ліцензування – обласними, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями, Радою Міністрів Автономної Республіки Крим (п. 2 ст. 43).

Таким чином, безумовно, можна погодитись з Р. Б. Шишкою, що дієздатність юридичних осіб, для діяльності яких потрібні спеціальні дозволи, є перманентною, тобто може розширюватись та звужуватись [9]. Якщо ж йдеться про установи, то це стосується, в першу чергу, освітніх закладів.

На нашу думку, дієздатність юридичної особи можна і слід розглядати як засіб реалізації правоздатності. Цивільна дієздатність закладу дошкільної освіти реалізується одним із можливих способів – через органи управління. Відповідно до ч. 2 ст. 24 Закону України «Про дошкільну освіту» управління закладом освіти в межах повноважень, визначених законами та установчими документами цього закладу, здійснюють: засновник (засновники), керівник закладу освіти, колегіальний орган управління закладу освіти, колегіальний орган громадського самоврядування, інші органи, передбачені спеціальними законами та/або установчими документами закладу освіти.

Звертаємо також увагу на те, що згаданим Законом суттєво збільшено кількість повноважень педагогічної ради відповідних закладів освіти. Рішення педагогічної ради вводяться в дію рішеннями керівника закладу. Тепер же дитсадки всіх форм власності будуть мати самоврядні колегіальні органи – наглядові (піклувальні) та педагогічні ради, батьківські ради тощо, які прийматимуть найважливіші рішення. Заклад дошкільної освіти та педагоги самостійно формуватимуть навчальні програми, які за поданням педагогічної ради затверджуватиме керівник закладу. Єдина вимога – їх відповідність державним стандартам освіти, прийнятих міністерством освіти й науки.

Засновник дошкільного закладу освіти – це орган державної влади від імені держави, відповідна рада від імені територіальної громади (громад), фізична та/або юридична особа, рішенням та за рахунок майна яких засновано заклад освіти або які в інший спосіб відповідно до законодавства набули прав і обов'язків засновника (п. 7 ч. 1 ст. 1). Керівник закладу дошкільної освіти здійснює безпосереднє управління закладом і несе відповідальність за освітню, фінансово-господарську та іншу діяльність закладу освіти. Повноваження (права і обов'язки) та відповідальність керівника закладу дошкільної освіти визначаються законом та установчими документами закладу освіти.

Виходячи з вищевикладеного, можна дійти висновку, що дієздатність у повному обсязі у закладах дошкільної освіти виникає з моменту отримання ліцензії на здійснення освітніх послуг, з якого дошкільний заклад може здійснювати як свою основну, так і додаткову діяльність, котра дозволена законом і засновником.

Таким чином, дошкільний заклад освіти стає правосуб'єктним з моменту свого створення, тобто в момент реєстрації стає не тільки правоздатним, а й дієздатним, і має можливість набувати цивільних прав та обов'язків, здійснюючи їх через відповідні органи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Зозуляк О. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти: монографія. Тернопіль: підручники і посібники, 2017. С. 135–136.
2. Иоффе О. С. Советское гражданское право: учеб. для юрид. ин-тов: в 2-х т. Ленинград: Изд-во Ленинград. ун-та, 1971. Т. 1. 472 с.
3. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. С. 37–39.
4. Примак В. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб у контексті їх цивільної правоздатності // Юридична Україна, 2003. № 12. С. 45.
5. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики: монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сіщук та ін.; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої; Нац. акад. правових наук України, Науково-дослід. ін-т приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака, Лабораторія проблем корпорат. права; ДВНЗ «Прикарпатський нац. ун-т ім. В. Стефаника», Навчально-наук. юрид. ін-т. Івано-Франківськ: Супрун В. П., 2017. С. 129.
6. Лещенко Д. С. Правовий статус установ у цивільному праві України: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. 196 с.
7. Борисова В. І. Установа як особлива організаційно-правова форма непідприємницьких юридичних осіб / Актуальні проблеми приватного права України: збірник статей до ювілею док. юрид. наук, профес. Н. С. Кузнєцової / відп. ред. Р. А. Майданик та О. В. Кохановська. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 51–74.
8. Примак В. Д. Обмеження правоздатності юридичної особи: питання дійсності правочинів та відповідальності за правопорушення // Юридичний вісник України. 2004. 4–10 вересня (№ 36). С. 15.
9. Шишка Р. Б. Новий погляд на підприємницьку правосуб'єктність // Вісник Університету внутрішніх справ. 1998. № 3–4. С. 265–274.

Besarabchyk V. Civil legal personality of the institution of preschool education

The article clarifies the essence of the legal personality of the institution of preschool education as a participant in civil law and the specifics of the structural elements of civil legal personality, the procedure for the emergence and termination of legal capacity and capacity of institutions of preschool education.

Keywords: civil legal personality, civil law status, legal capacity, capacity, non-entrepreneurial legal entity, institution.

ЗАОЧНИЙ РОЗГЛЯД ЦИВІЛЬНОЇ СПРАВИ: СУТНІСТЬ ТА УМОВИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.10

Бичкова С. С.,
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ

У статті аналізуються положення цивільного процесуального законодавства України та судова практика з метою визначення сутності заочного розгляду справи, а також умов його проведення. Крім того, виявляється різниця у правових наслідках неявки учасників справи у судове засідання. За результатами проведеної розвідки вносяться пропозиції щодо оптимізації положень Цивільного процесуального кодексу України.

Ключові слова: процесуальне законодавство України, заочний розгляд справи, пропозиції до ЦПК України.

Заочний розгляд справи відомий різним правовим системам світу, він також застосовувався свого часу і на теренах сучасної України [4, с. 671]. Повернутися до такої особливої процедури законодавця спонукала необхідність забезпечення справедливого та своєчасного розгляду і вирішення цивільних справ для того, щоб гарантувати недопущення як зловживання процесуальними правами відповідачами, так і затягування цивільного судочинства. Крім того, введення цього інституту відповідало і міжнародним стандартам. Зокрема, згідно із ч. 2 принципу 2 Додатку до Рекомендації № R (84) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення функціонування правосуддя, було рекомендовано: коли в ході судового провадження сторона поводиться недобросовісно і явно зловживає процедурою з очевидною метою затягнути провадження, суд має бути наділений повноваженнями невідкладно ухвалити рішення по суті справи [8, с. 328].

Проте, як-то кажуть, «не так сталося, як гадалося»: в окремих випадках розгляд справ у порядку заочного провадження не спрощує, а ускладнює процес та дає відповідачу можливість його затягнути, оскільки він має право на скасування заочного рішення судом, який його ухвалив, після чого справа розглядається в загальному порядку [7].

Але не тільки це затягує процес захисту порушених, невизнаних і оспорених прав, свобод та інтересів, адже суди за відсутності згоди позивача на заочний розгляд справи, зазвичай, відкладають її розгляд.

Існують на практиці й інші проблеми, пов’язані з недостатньою розробкою законодавчих положень, що регламентують заочний розгляд справи, складністю їх застосування в конкретній ситуації або неоднозначним їх тлумаченням.

Наукових праць, присвячених особливостям ухвалення заочного рішення у цивільній справі, наразі не так багато. Але не можна не сказати, що вчені оминають увагою зазначені питання. Так, відповідну тематику в своїх працях висвітлюють, зокрема, В. В. Комаров, В. М. Кравчук, Д. Д. Луспеник, Ю. В. Навроцька, І. В. Удальцова, О. І. Угриновська, С. Я. Фурса, Г. В. Чурпіта та інші.

Проте досить часто більшість проблем заочного розгляду або залишаються невирішеними, або запропоновані науковцями шляхи їх розв’язання не знаходять у законодавця належної підтримки і подальшої реалізації.

Враховуючи такий стан розробки, метою цієї статті стало визначення сутності заочного розгляду справи та умов ухвалення заочного рішення.

У тлумачному словнику слово «заочний» пояснюється як такий, що «відбувається за відсутності особи, якої що-небудь стосується», до того ж, відповідна особа бере участь у чомусь, не будучи присутньою [2, с. 315]. Виходячи з такого тлумачення, можна вважати будь-який судовий розгляд справи за відсутності хоча б одного її учасника заочним.

Проте у цивільному процесуальному законодавстві України відповідний термін розглядається дещо звужено. Адже законодавець встановлює різні наслідки неявки учасників справи у судове засідання та передбачає термін «заочний» лише у випадках розгляду справи за відсутності виключно відповідача і тільки у встановлених ЦПК України випадках.

Юридична література зважає на це й надає приблизно однакові визначення аналізованої процесуальної категорії. Зокрема, заочний розгляд справи у спеціальному розумінні – це розгляд і вирішення цивільної справи у порядку позовного провадження шляхом використання спрощеного варіанта процесуального регламенту: за відсутності відповідача, належним чином повідомленого про час і місце судового засідання, якщо від нього не надійшло повідомлення про причини неявки або якщо зазначені ним причини визнані судом неповажними, на підставі наявних у справі доказів і за згодою на це позивача [11, с. 517].

Отже, питання про заочний розгляд справи виникає у разі неявки відповідача у судове засідання. Всі інші умови при визначенні можливості проведення розгляду справи у такому особливому порядку встановлюються тільки після того, як відповідач не з’явився.

Верховний Суд України неявкою відповідача визнає його фактичну відсутність у залі судового засідання при розгляді справи по суті. При цьому найвищий суд у системі судоустрою нашої держави наголосив, що неявкою відповідача є його особиста відсутність, а також відсутність його представника. Неявка відповідача в судове засідання після оголошеної перерви, зупинення провадження у справі та поновлення її слухання не дає підстав для ухвалення заочного рішення, оскільки відповідач брав участь у попередніх засіданнях, йому роз'яснювали його права та обов'язки, він висловлював свою думку і ставлення до позовних вимог [7].

На сьогодні в ч. 1 ст. 280 ЦПК України визначено, що суд може ухвалити заочне рішення на підставі наявних у справі доказів за одночасного існування таких умов:

1) відповідач належним чином повідомлений про дату, час і місце судового засідання;

2) відповідач не з'явився в судове засідання без поважних причин або без повідомлення причин;

3) відповідач не подав відзив;

4) позивач не заперечує проти такого вирішення справи.

У попередній редакції відповідної норми замість умови про неподання відзиву відповідачем закріплювалася така: «від відповідача не надійшло заяви про розгляд справи за його відсутності, або повідомлені ним причини неявки визнані неповажними».

Відсутність на сьогодні в ч. 1 ст. 280 ЦПК України умови, пов'язаної з неподанням відповідачем заяви про розгляд справи за його відсутності, може посприяти зловживанню позивачем своїми правами. Адже відповідно до ч. 3 ст. 211 цього ж нормативно-правового акта учасник справи (у тому числі і відповідач. – *Уточнено нами. – С.Б.*) має право заявити клопотання про розгляд справи за його відсутності. Але оскільки наявність останнього не охоплюється умовами проведення заочного розгляду справи, формально позивач вправі клопотати про ухвалення заочного рішення навіть за наявності задоволеного судом відповідного клопотання відповідача. Зважаючи на це, доцільно доповнити умови проведення заочного розгляду справи фразою «відповідач не заявив клопотання про розгляд справи за його відсутності, або суд не задовольнив таке клопотання».

Як бачимо, усі умови, визначені в ч. 1 ст. 280 ЦПК України, мають одночасно існувати для виникнення у суду права ухвалення заочного рішення.

Проте у ч. 4 ст. 223 ЦПК України передбачено інше правило: у разі повторної неявки в судове засідання відповідача, повідомленого належним чином, суд вирішує справу на підставі наявних у ній даних чи доказів (постановляє заочне рішення).

В юридичній літературі вказують на конкуренцію аналізованих статей ЦПК України і вважають за потрібне усунути таку неузгодженість законодавства [5, с. 54].

Спробуємо розібратися в логіці введення в ЦПК України двох настільки різних правил. Так, у разі першої неявки відповідача із дотриманням інших умов, закріплених у ст. 280 ЦПК України, питань не виникає, оскільки можна відразу проводити заочний розгляд справи. Проте якщо відсутня хоча б одна умова, а відповідач і надалі не буде з'являтися до суду, останній може ніколи й не відбутися. Для запобігання такого розвитку подій законодавець, вбачається, і встановив правило про ухвалення заочного рішення у разі повторної неявки належним чином повідомленого відповідача.

Судами імперативна вказівка закону, закріплена у ч. 4 ст. 223 ЦПК України, зазвичай, ігнорується. Навіть більше – Верховним Судом України у Практиці ухвалення та перегляду судами заочних рішень у цивільних справах вказується, що суд може провести заочний розгляд справи лише за наявності всіх умов, визначених у ст. 224 ЦПК України [7] (на сьогодні – ст. 280 ЦПК України).

Однак є і винятки. Зокрема, Апеляційний суд м. Києва, розглянувши у відкритому судовому засіданні справу за апеляційною скаргою ОСОБА_2 на заочне рішення Дарницького районного суду м. Києва від 03 червня 2016 р. у справі за позовом про стягнення заборгованості за кредитним договором, зазначив, посилаючись на ч. 4 ст. 169 ЦПК України (на сьогодні – ч. 4 ст. 223 ЦПК України), що заочний розгляд справи можливий у випадку повторної неявки відповідача [10].

Також судам не слід забувати й про те, що такі самі наслідки, як і при повторній неявці в судове засідання відповідача, повідомленого належним чином, настають і в разі, якщо відповідач (його представник) залишить залу судового засідання (ч. 6 ст. 223 ЦПК України).

Вище викладене доводить, що для того, щоб уникнути різного тлумачення відповідних норм процесуального законодавства та задля запобігання виникненню проблем у їх застосуванні на практиці, потрібно узгодити їх між собою і внести зміни до ст. 280 ЦПК України, додавши до її змісту положення про можливість ухвалення судом заочного рішення у разі повторної неявки належним чином повідомленого відповідача, від якого не надійшло заяви про розгляд справи за його відсутності, або якщо повідомлені ним причини неявки визнані неповажними, а також у разі залишення відповідачем (його представником) зали судового засідання незалежно від наявності згоди на це позивача.

Як уже зазначалося, у ЦПК України передбачаються різні наслідки неявки учасників справи, у тому числі й сторін, у судове засідання.

Зокрема, перша неявка в судове засідання учасника справи, якого повідомлено про дату, час і місце судового засідання, якщо він повідомив про причини неявки, які судом визнано поважними, є підставою відкладення розгляду справи (п. 2 ч. 2 ст. 223 ЦПК України). У разі ж неявки в судове засідання учасника справи (його представника) без поважних причин або без повідомлення причин неявки суд розглядає справу за відсутності такого учасника справи (п. 1 ч. 3 ст. 223 ЦПК України).

Наведені норми поширюються на випадки неявки в судове засідання, у тому числі й позивача, й відповідача. А ось положення, закріплене у п. 1 ч. 3 ст. 223 ЦПК України, щодо повторної неявки в судове засідання учасника справи (його представника) незалежно від причин неявки, яка є підставою розгляду судом справи за відсутності відповідного учасника справи, відповідача уже не стосується. У разі повторної неявки в судове засідання відповідача, повідомленого належним чином, суд має постановити заочне рішення, про що вже йшлося вище.

Щоб не зупинятися детально на наслідках постановлення заочного рішення, зазначимо лише, що вони є достатньо специфічними порівняно із розглядом справи за відсутності учасника справи, яке не тягне за собою застосування особливих процедур. Так, основна відмінність заочного розгляду справи від розгляду, що відбувається за загальними правилами, полягає в тому, що в результаті суд ухвалює окремий вид рішення суду – заочне рішення, яке може бути переглянуто двома різними способами: тим самим судом, якщо відповідач подасть заяву про скасування заочного рішення, і судом апеляційної інстанції, якщо позивач здійснить своє право на оскарження заочного рішення в загальному порядку, встановленому ЦПК України. Також у законі передбачається можливість ухвалення повторного заочного рішення та закріплюється право його апеляційного оскарження і позивачем, і відповідачем (детальніше про це див. [1]). Крім того, у ЦПК України встановлений різний порядок набрання законної сили рішенням суду та заочним рішенням суду.

У зв'язку з цим ми поділяємо висловлену в юридичній літературі думку, згідно з якою суд має роз'яснити позивачу його право на заочний розгляд справи, охарактеризувати особливості такого розгляду та звернути увагу на правові наслідки ухвалення заочного рішення [4, с. 677].

Повертаючись до правових наслідків неявки учасників справи, ще раз нагадаємо й про можливість проведення заочного розгляду справи у разі неявки відповідача в судове засідання без поважних причин або без повідомлення причин та за наявності інших умов, що їх містить ч. 1 ст. 280 ЦПК України.

Окремо для повторної неявки позивача в судове засідання без поважних причин або неповідомлення ним про причини неявки встановлено такий наслідок, як залишення судом позовної заяви без розгляду, крім випадку, якщо від позивача надійшла заява про розгляд справи за його відсутності, і його нез'явлення не перешкоджає вирішенню спору (ч. 5 ст. 223 ЦПК України). Відразу зауважимо щодо цього, що позивач не позбавляється права звернутися до суду повторно (ч. 2 ст. 257 ЦПК України).

З огляду на зазначене виникають запитання: чи доцільно встановлювати настільки різні наслідки неявки сторін у судове засідання? Чи слід поширити положення про заочний розгляд і на випадки неявки позивача?

На думку І. В. Уткіної, якщо позивач пред'явив необґрунтований позов, то залишення заяви без розгляду навряд чи можна вважати ефективним. А тому, продовжує автор, підтримуючи думку М. А. Гурвіча та Г. Д. Васильєвої, тільки рішення про відмову у позові може задовольнити інтереси відповідача щодо відновлення визначеності права, що було розхитано таким позовом. У зв'язку із чим обґрунтованим і доцільним є закріплення в законі можливості ухвалення заочного рішення за відсутності будь-якої із сторін [9, с. 130–131]. Подібну позицію займає і Ю. В. Навроцька [6, с. 5].

Відповідна пропозиція, дійсно, є доречною, однак за умови, що є підстави для відмови у позові. В іншому випадку – проведення заочного розгляду за відсутності позивача може лише додатково затягнути судовий процес і замість захисту інтересів відповідача, навпаки, порушити їх. Зважаючи на це, вбачається, що слід залишити незмінними наслідки неявки належним чином повідомленого позивача.

До набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» законодавець не встановлював, яке повноваження мав реалізувати суд у разі першої неявки відповідача у разі заперечення позивача проти заочного розгляду.

Судова практика йшла шляхом відкладення в такому випадку розгляду справи. Верховний Суд України навіть чітко визначив: якщо позивач не погоджується на розгляд справи в порядку заочного провадження, то суд відкладає розгляд справи та направляє відповідачу, який не з'явився, повідомлення про час і місце нового судового розгляду [7]. Але на це у судів не було достатніх правових підстав, оскільки у ЦПК України не закріплювалося відповідної підстави для відкладення розгляду справи.

На сьогодні ситуація змінилася: законодавець визначив повноваження суду в окресленому випадку. Так, якщо проаналізувати норми чинної редакції ЦПК України (п. 1 ч. 3 ст. 223, ч. 1 ст. 280 ЦПК України), можна зрозуміти, що з першою неявкою відповідача, належним чином повідомленого про дату, час і місце судового засідання, без поважних причин або без повідомлення причин, якщо

він подав відзив, а також у разі, коли позивач заперечує проти заочного розгляду справи, суд має розглядати справу за відсутності відповідача в загальному порядку.

Зрештою, привертає увагу ще один цікавий, на нашу думку, аспект: крім того, що у ЦПК України закріплюються правила про заочний розгляд справи лише у випадку неявки у судове засідання відповідача, законодавець ставить «знак рівності» між категоріями «постановлення заочного рішення» і «вирішення справи на підставі наявних у ній даних чи доказів».

На відміну від нашого національного цивільного процесуального законодавства, наприклад, в Цивільному процесуальному уложенні Німеччини встановлюються правила ухвалення заочного рішення не тільки у разі неявки відповідача (§ 331), а й позивача (§ 330). Також у цьому законодавчому акті розрізняється ухвалення заочного рішення і вирішення спору на підставі наявних матеріалів справи: у § 331-а визначається право сторони клопотати про вирішення спору на підставі наявних матеріалів справи замість заочного рішення [3, с. 115–116].

Проте проведення детального компаративістичного аналізу законодавства різних держав щодо заочного розгляду справи виходить за межі цієї наукової розвідки і є одним із перспективних напрямів проведення самостійного дослідження.

Підсумовуючи, зазначимо: на сьогодні законодавче регулювання проведення заочного розгляду не є досконалим. Задля його покращення необхідно внести зміни, принаймні, до умов ухвалення заочного рішення, а також чітко розмежувати випадки застосування положень ч. 4, 6 ст. 223 і ч. 1 ст. 280.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бичкова С. С. Перегляд та оскарження заочного рішення в цивільному процесі України: проблеми теорії та практики // Часопис цивільного і кримінального судочинства, 2017. № 4 (37). С. 155–163.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови; уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. 1440 с.
3. Гражданское процессуальное уложение Германии – Deutsche Zivilprozessordnung mit Einführungsgesetz: Вводный закон к Гражданскому процессуальному уложению: пер. с нем. М.: Волтерс Клувер, 2006. 472 с.
4. Курс цивільного процесу: підруч. / Комаров В. В., Бігун В. А., Баранкова В. В. та ін.; за ред. В. В. Комарова. Х.: Право, 2011. 1352 с.
5. Марчук О. Л. Перегляд заочного рішення суду: деякі питання практичного застосування / О. Л. Марчук, О. В. Бондарчук-Ладна // Судова апеляція. 2016. № 4 (45). С. 52–61.
6. Навроцька Ю. В. Заочний розгляд справи в цивільному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Львів, 2008. 20 с.
7. Практика ухвалення та перегляду судами заочних рішень у цивільних справах // Верховний Суд України: Офіційний веб-сайт. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E32F4458CA0D0386C2257B7C00437718 (дата звернення: 25.12.2017).
8. Рекомендація № R (84) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення функціонування правосуддя (прийнята Комітетом Міністрів 28 лютого 1984 р. на 367-му засіданні заступників міністрів) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. К.: Юстон, 2015. С. 327–330.
9. Уткина И. В. Заочное решение в гражданском процессе. М.: Городец, 2003. 189 с.
10. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 03 листопада 2016 р. у справі № 753/15683/15-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62702620 (дата звернення: 25.12.2017).
11. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін.; за заг. ред. С. С. Бичкової. 2-ге вид., допов. і переробл. К.: Атіка, 2010. 896 с.

Bychkova S. Investigation by default of the civil case: the essence and conditions

The provisions of the civil procedural legislation of Ukraine and the judicial practice are analyzed in this article in order to determine the essence of the investigation by default of the case, as well as the conditions for its realization. In addition, the difference in legal consequences of parties absence at the court hearing is revealed. According to the results of the research, the appropriate proposals are made for optimization the provisions of the Civil Procedural Code of Ukraine.

Keywords: procedural legislation of Ukraine, trial in absentia, proposals to the Civil Procedural Code of Ukraine.

ЗАКОННИЙ ІНТЕРЕС В НАУЦІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.11

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

Стаття присвячена дослідженню та аналізу різних підходів щодо розуміння поняття «законний інтерес» у цивільному процесуальному праві. Зокрема розглянуто питання сутності інтересу та характеристику його властивостей.

Ключові слова: інтерес, законний інтерес, цивільне процесуальне право, цивільне судочинство.

Поняття «законні інтереси» міститься у тексті нормативно-правових актів, які відносять до 1906 р. Глава перша «Свода основных государственных законов Российской империи» від 23 квітня 1906 р., присвячена сутності верховної самодержавної влади, свідчить, що «Государю императору принадлежит помилование осужденных, смягчение наказаний и общее прощение совершивших преступные деяния, а также дарование милостей в случаях особых, не подходящих под действие общих законов, когда сим не нарушаются ничьи огражденные законом интересы и гражданские права» [1].

Одним з перших дослідників законного інтересу є М. О. Гурвіч, який дійшов висновку про те, що на відміну від матеріального суб'єктивного права охоронюваний законом інтерес є «вигода, забезпечена не нормою матеріального права, а охоронною, насамперед, процесуальною нормою» [2, с. 86]. Незважаючи на незначні розбіжності у трактуванні самого поняття «охоронюваний законом інтерес», більшість авторів одностайна у тому, що законним є охоронюваний правом інтерес, який не забезпечений конкретним суб'єктивним правом особи.

У своєму Рішенні № 18-рп/2004 від 01.12.2004 р. Конституційний Суд України визначив основні ознаки охоронюваного законом інтересу як правового феномену, який:

а) виходить за межі змісту суб'єктивного права;

б) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони;

в) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб;

г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальновизнаним принципам права;

д) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом;

є) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом.

Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним, а також надає його дефініцію. Охоронюваний законом інтерес – це прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам. У поєднанні інтересу та суб'єктивного права останнє виступає правовим інструментарієм реалізації цього інтересу. Значно складніша ситуація виникає, коли інтерес є, але конкретного інструментарію у вигляді суб'єктивного права щодо нього немає [3].

У науці існують різні визначення поняття «законні інтереси». В літературі вони кваліфікуються як «допустимі законом прагнення суб'єкта до досягнення певних благ» [4, с. 19], як «юридично передбачене прагнення до отримання тих благ, володіння якими дозволено законодавством» [5, с. 34], як «відбиті в законі інтереси» [6, с. 139], як «інтереси, які не знайшли прямого вираження в юридичних правах і обов'язках, але підлягають правовому захисту з боку держави» [7, с. 26].

Кожен інтерес, що охороняється суб'єктивним правом, є охоронюваним законом інтересом [8, с. 54]. Як слушно зазначив наприкінці минулого століття Н. А. Шайкенов, зміст існування суб'єктивного права як юридичного явища в тому і полягає, щоб надати особі ефективних правових засобів в її суспільних інтересах для задоволення потреб, а також для реалізації її інтересу, що охороняється державою [9, с. 119].

Законний інтерес дозволяє стверджувати про те, що право – далеко не всесильний регулятор всіх тих критеріїв ефективності впливу на суспільство, якими його намагаються наділити. Право не є істина, а лише варіант доцільності та є важливим елементом у діалектичному співіснуванні інтересів особистості, суспільства і держави. Разом з тим необхідно наголосити, що регулятивний характер несуть в собі не тільки правові приписи, а й такі феномени, до яких належить законний інтерес, який свідчить про те, що суб'єктивне право – далеко не єдиний спосіб опосередкування досягнень (прагнень) особистості.

Що ж стосується цивільного процесуального законодавства, то поширене раніше поняття «охоронюваний законом інтерес» та дещо спрощений його варіант «законні інтереси» відтепер у тексті ЦПК України не вживається. Натомість законодавець досить часто оперує категорією «інтерес» (наприклад ч. 1 ст. 1 ЦПК України), що, з нашої точки зору, є більш концентрованим виразом феноменології науково-теоретичного розуміння заінтересованості в цивільному процесі, а тому більше відповідає сутності досліджуваного комплексного поняття і, при цьому, не суперечить правилам законодавчої техніки. Варто зазначити, що цивільне процесуальне законодавство містить чисельні згадки досліджуваного поняття у різних текстуальних формах. Насамперед, це стосується процесуально-правового статусу як суб'єктів спірного матеріального, так і безспірного правовідношення, де категорія інтерес має первинне значення. Так, згідно з ч. 1 ст. 3 ЦПК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Інакше кажучи, можливість звернення до суду за захистом законодавець ставить у пряму залежність від наявності у особи певного інтересу.

Право визнає і захищає законні інтереси, але разом з тим воно не гарантує реалізацію кожного з них. Задоволення законного інтересу є для людини не менш важливим, ніж реалізація суб'єктивних прав, але законному інтересу не протистоїть конкретний обов'язок вести себе відповідним чином. Інтерес є саме тим феноменом, значення якого в юриспруденції є недостатньо розкритим та вивченим, особливо в галузевих науках, зокрема в цивільному процесуальному праві. Хоча за останні роки, необхідно констатувати, сучасна правова наука активізувала теоретичний пошук у сфері дослідження такого феномену, як інтерес, і наука цивільного процесуального права не є винятком [10, с. 19–23].

Необхідно зауважити, що вибір конкретного напряму дослідження категорії «законний інтерес» у праві, у першу чергу, залежить від обраної концепції праворозуміння. Це й пояснює свого роду той факт, що ні в загальнотеоретичному, ні в галузевому аспектах немає єдності думок вчених стосовно змісту даної категорії. Категорія «законний інтерес» як в загальній теорії права, так і в цивільному процесуальному праві характеризується різноплановістю і багатогранністю. Це пояснюється тісним зв'язком даної категорії з поняттям права, яке є досить складним і багатоаспектним явищем. У даному розумінні є очевидним той факт, що визначення змісту категорії «законний інтерес» залежить від суті самого праворозуміння. З цієї точки зору будь-який дослідник, який звертається до даної проблематики, не може обійтись без своєї попередньо викладеної базової позиції щодо сутності праворозуміння, оскільки саме воно обумовлює зміст даної категорії як в загальнотеоретичному, так і галузевому аспектах.

Потребують вирішення питання щодо сутності інтересу та характеристики його властивостей. Тим більше, що сутність і зміст інтересу розкриваються за допомогою багатьох визначень, причому не тільки в його юридичному розумінні – як законний інтерес, а й у філософському, соціологічному, історичному, доктринальному аспектах. Відповідно до множинності визначень категорії «інтерес» можна сформулювати і множинність понять, якими буде характеризуватись дана категорія з позицій природного чи позитивного права, об'єктивного чи суб'єктивного права.

Основна властивість інтересу, що визначає його фундаментальне значення для юриспруденції, полягає в тому, що інтерес відіграє роль спонукальної сили і є елементом структури діяльності, який проявляється також і в суспільних відносинах.

Відомий вчений С. В. Михайлов, досліджуючи категорію «інтерес» в цивільному праві, зазначав, що інтерес є потребою, що властива людині як соціальному суб'єкту, тобто потребою, що має соціальний характер [11, с. 22]. Саме така потреба виступає в якості інтересу. Соціальний характер потреби піднімає її до нового якісного стану – інтересу. Під соціальним характером, підкреслює вчений, в першу чергу розуміється суспільне значення і оцінка потреби, що стала інтересом. Завдяки суспільному середовищу потреби суб'єкта набувають соціальний характер. Безсумнівно, що інтерес, викликаний до життя суспільними причинами, задовольняється також через суспільні відносини.

Отже, в самому інтересі закріплена особлива, соціально значуща форма задоволення потреби. Саме цим визначається сутність самого інтересу.

Право є вольовим явищем, а отже його виникнення знаходиться у сфері вольової діяльності законодавця, в свідомості якого відображаються об'єктивно існуючі інтереси. Як правильно зауважує представник цивілістичної школи права В. А. Тархов, право в об'єктивному розумінні також є суб'єктивним, оскільки створюється людьми, хоч їх воля об'єктивно обумовлена [12, с. 120]. Тому логічним є те, що інтереси породжують, формують право («характер» права) і відображаються в ньому, оформляються у його правову оболонку, наповнюючись новим змістом як «законний інтерес», «охоронюваний законом інтерес». Іншими словами можна сказати, що інтерес пронизує, як правило, зміст норм права і є відповідно якістю права. А якість права, насамперед, визначається захищеністю прав людини в державі, останні з яких розглядаються як основоположні принципи сучасного конституційного ладу України.

Законні інтереси в цивільному процесі, хоч і мають певну самостійність та специфіку, але все ж є похідними від інтересів «матеріальних» і спрямовані на реалізацію і захист первісного матеріального права (інтересу) [10, с. 21]. Кожен носій визначеного інтересу задовольняє передусім свою потребу, а отже, інтерес кожного (особи, суспільства, держави) живе своїм життям. Тут йдеться про об'єднання різнопланових інтересів: інтересів особи, суспільства, держави, в результаті чого кожен досягає своєї власної мети [13, с. 67–68]. Разом з тим інтереси особистості, як і інтереси суспільства, багато в чому реалізуються завдяки державному інтересу, і навпаки. Г. Ф. Шершеневич у свій час писав: «необхідно визнати, що право існує, оскільки існує боротьба інтересів» [14, с. 13]. Отже, тотожні риси особистого, суспільного та державного інтересів наочно виявляються крізь призму права.

У висновку, не ототожнюючи інтерес і право, зазначимо, що взаємозв'язок різнорівневих інтересів, які спрямовані на задоволення відповідної потреби, обумовлює регулятивні властивості права та об'єднує різні інтереси. Там, де перетинаються інтереси і мотиви окремих людей, особистості і держави, постає проблема узгодження даних інтересів за допомогою права і, як наслідок, виникає необхідність правотворчості.

Отже, законний інтерес поєднує в собі як об'єктивні, так і суб'єктивні засади. Законний інтерес, з одного боку, пов'язаний з суб'єктивним ставленням особи до об'єктивно існуючої реальності, з іншого – сам інтерес є об'єктивною реальністю, яка усвідомлюється особою у зв'язку з її потребами.

Коло сформованих теоретичних підходів і проблем, пов'язаних з фундаментальним значенням категорії «законний інтерес» для галузевої правової матерії, робить актуальним необхідність звернення науки до комплексного розроблення теорії законного інтересу в цивільному процесуальному праві.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Полное Собрание Законов Российской Империи. Отделение I. № 27805, 1905. URL: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/apr1906.htm (дата звернення: 06.11.2017).
2. Гурвич М. А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия. Т. 3. М.: ВЮЗИМ, 1965. С. 63–88.
3. Охоронюваний законом інтерес: за матеріалами судової практики. URL: https://www.legalsatus.com/ohoronyuvaniy-zakonom-interes-za-materialami-sudovoyi-praktiki // LegalStatus, 2016 (дата звернення: 06.11.2017).
4. Ерошенко А. А. Судебная защита охраняемого законом интереса // Советская юстиция, 1977. № 13. С. 18–19.
5. Малеин Н. С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право, 1980. № 1. С. 27–35.
6. Тихомиров Ю. А. Теория закона. Москва: Наука, 1982. 255 с.
7. Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе / Отв. ред.: Патюлин В. А. М.: Наука, 1979. 229 с.
8. Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве. «Советское государство и право», 1967. № 1. С. 50–62.
9. Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, изд-во Уральского ун-та, 1990. 200 с.
10. Кройтор В. А. Категорія «законний інтерес» в цивільному процесі // Охоронюваний законом інтерес в цивільному праві та процесі: матеріали круглого столу, 16 грудня 2005 року. Харків: Харківський університет внутрішніх справ, 2006. 168 с.
11. Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве. М.: Статут, 2002. 205 с.
12. Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары: Чув. кн. изд-во, 1997. 322 с.
13. Гетманцева Н. Д. Інтерес в правовому регулюванні трудових відносин // Науковий вісник Чернівецького національного університету: збірник наук. праць. Вип. 618. Правознавство. Чернівці: Рута, 2012. С. 66–70.
14. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Лекции профессора Московского университета Г. Ф. Шершеневича, читанные в Московском коммерческом институте в 1909–1910 г. М., 1911. 83 с.

Getmantsev M. Legal interest in the science of civil processing law

The article is devoted to the study and analysis of various approaches to understanding the concept of «legitimate interest» in civil procedural law. In particular, the question of the essence of interest and the characterization of its properties is investigated.

Keywords: interest, lawful interest, civil procedural law, civil justice.

ДИНАМІКА ІПОТЕЧНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ НА СТАДІЇ ЙОГО ВИКОНАННЯ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.12

Дмитренко В. Ю.,
аспірант відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано динаміку іпотечного зобов'язання на стадії його виконання. Акцентовано увагу на чинниках, які впливають на динаміку зобов'язального іпотечного правовідношення. Розкрито сутність поняття «виконання іпотечного зобов'язання» та стадії динаміки іпотечного зобов'язання.

Ключові слова: іпотекодавець, іпотекодержатель, зобов'язальне іпотечне правовідношення, динаміка іпотечного зобов'язання, виконання іпотечного зобов'язання.

У системі зобов'язальних правовідносин є такий окремий вид, як зобов'язальні іпотечні правовідносини, поведінка сторін яких спрямована насамперед на виконання іпотечного зобов'язання.

У наукових працях учених-цивілістів (М. М. Агаркова, Т. В. Боднар, А. Б. Гриняка, В. В. Луця, І. Б. Утєхіна, Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, А. Р. Чанишевої, С. І. Шимон та інших) приділено належну увагу з'ясуванню загальних питань зобов'язальних правовідносин, зобов'язання та його виконання. Натомість проблематика динаміки іпотечного зобов'язання на стадії його виконання на сьогодні є недостатньо дослідженою.

Відсутність належного теоретичного підґрунтя призводить до неефективного законодавчого забезпечення та спричиняє проблеми у правозастосуванні. Особливості правової природи іпотечних правовідносин як правовідносин забезпечувального характеру не дозволяють повною мірою застосувати до вищезгаданих відносин теоретичні моделі цивільно-правового інституту виконання зобов'язання. Вказане вимагає наукового опрацювання та структурування особливостей іпотечного зобов'язання, зокрема його динаміки на стадії виконання.

Із урахуванням зазначеного, **метою** статті є аналіз динаміки зобов'язального іпотечного правовідношення та іпотечного зобов'язання на стадії його виконання та визначення чинників, які впливають на їх динаміку.

Виклад основного матеріалу. У багатьох працях представників науки цивільного права, присвячених зобов'язанню та зобов'язальним правовідносинам, ґрунтовно розглянуто різні аспекти цієї проблематики. Зокрема зазначено, що зобов'язальні правовідносини виникають на підставі двостороннього договору та включають у себе два зобов'язання – однієї та іншої сторони такого договору [1, с. 26]. Також звернено увагу на систему аналізованих правовідносин з виокремленням серед них двох груп зобов'язальних іпотечних правовідносин: зобов'язальні іпотечні правовідносини, які разом з речовими іпотечними правовідносинами утворюють правову конструкцію іпотеки; зобов'язальні правовідносини, які пов'язані з іпотекою, але виходять за її межі [2, с. 10].

Наше розуміння динаміки зобов'язального іпотечного правовідношення та іпотечного зобов'язання ґрунтується на підході Т. В. Боднар, яка у динаміці договірного зобов'язання виокремлює такі чотири стадії:

– стадія виникнення зобов'язального правовідношення;

– стадія існування договірного зобов'язання, на якій зобов'язальне правовідношення може зазнати змін;

– стадія виконання (здійснення, реалізації) договірного зобов'язання, у процесі якої правовідношення також може зазнати певних змін;

– стадія припинення договірного зобов'язання (зобов'язального правовідношення), у тому числі внаслідок його виконання (погашення) [3, с. 128].

З метою аналізу особливостей динаміки окремих підвидів зазначених правовідносин нами детально проаналізовано відповідні норми Закону України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. № 898-IV (далі – Закон № 898-IV) та встановлено, що на динаміку зобов'язального іпотечного правовідношення впливають:

– предмет іпотеки (ст. 5, 14–16);

– обсяг прав та обов'язків їх суб'єктів щодо предмета іпотеки (ст. 9–12);

– підстава припинення іпотеки (ст. 17);

– обсяг прав та обов'язків їх суб'єктів, які випливають із іпотечного договору, заставної, забезпечуються іпотечними цінними паперами тощо (ст. 13, 18–32);

– спосіб задоволення вимог іпотекодержателя на предмет іпотеки (ст. 33–51), в тому числі шляхом реалізації предмета іпотеки на електронних торгах тощо.

Щодо другої групи зобов'язальних іпотечних правовідносин, пов'язаних з іпотекою, але які виходять за її межі, – то вони мають іншу галузеву природу, зокрема, адміністративні – щодо державної реєстрації іпотеки, реалізації предмета іпотеки за рішенням суду; фінансові – стосуються податкової застави тощо. Їх динаміка обумовлена такими особливостями цих правовідносин, як: поєднання абсолютних і зобов'язальних (відносних); поєднання приватних (цивільних) та публічних (фінансових, адміністративних та інших) правовідносин, що підкреслює згаданий вище інститут податкової застави.

Отже, на динаміку іпотечних правовідносин впливає їх зобов'язально-правовий характер, який зумовлює наявність у них таких характеристик зобов'язання, як виникнення, зміна, виконання та припинення.

Очевидним є те, що на динаміку зобов'язального іпотечного правовідношення впливають його суб'єкти (зазвичай іпотекодавець та іпотекодержатель) та зміст, що виявляє взаємні права і обов'язки іпотекодавця та іпотекодержателя, які визначені в нормах Закону 898-IV. Йдеться, насамперед, про зобов'язання іпотекодавця перед іпотекодержателем забезпечити збереження предмета іпотеки – власним коштом здійснювати всі необхідні заходи з метою належного збереження предмета іпотеки (своєчасне проведення поточного ремонту, відновлення незначних пошкоджень, захист від незаконних посягань та вимог інших осіб, своєчасне повідомлення про будь-яку загрозу знищення, пошкодження, псування чи погіршення стану предмета іпотеки тощо) (ч. 2 ст. 3, ч. 1, 2 ст. 10).

Таким чином, сторони зобов'язального іпотечного правовідношення перебувають у специфічному для зобов'язальних правовідносин зв'язку, а саме: іпотекодавець зобов'язаний вчинити на користь іпотекодержателя певні дії, утриматися від певних дій, а іпотекодержатель має право вимагати від іпотекодавця виконання його обов'язку.

Тому, на підставі викладеного, можна констатувати, що важливою особливістю зобов'язального іпотечного правовідношення (як і іпотечного зобов'язання) є характерна для них динаміка (рух).

Застосовуючи зазначені вище положення Т. В. Боднар щодо стадій динаміки договірного зобов'язання до зобов'язальних іпотечних правовідносин та іпотечного зобов'язання, виявляємо, що початковою стадією їх динаміки є виникнення зобов'язального іпотечного правовідношення. Особливість цієї стадії полягає в тому, що підстави виникнення такого правовідношення обумовлені формою іпотеки, – аналізовані правовідносини, зазвичай, виникають з моменту укладення іпотечного договору, а у разі виникнення іпотеки на підставі закону – з моменту настання відповідного юридичного факту (ст. 24).

Цілком очевидно, що під час другої стадії – існування іпотечного зобов'язання – зобов'язальне іпотечне правовідношення може змінитися повністю або ж частково із можливою зміною як суб'єктів, об'єктів, так і прав та обов'язків його сторін.

Однак найповніше динаміка іпотечного зобов'язального правовідношення та іпотечного зобов'язання розкривається під час третьої стадії – виконання (здійснення, реалізації) іпотечного зобов'язання, у процесі якої зобов'язальне іпотечне правовідношення також може зазнати певних змін.

Науковці фіксують характерні особливості виконання зобов'язання, які визначають сутність його динамічного процесу. Так, Т. В. Боднар слушно зазначає, що під час виконання зобов'язання оцінюється сукупність дій (бездіяльність) боржника щодо виконання покладених на нього обов'язків відповідно до вимог закону, умов договору, звичаїв тощо [4, с. 74].

У зв'язку із зазначеним доречним є те, що окремі науковці пропонують розкрити зміст поняття «дії з виконання». Зокрема, на думку І. Б. Утєхіна, дії з виконання включають:

– дії, які є вчиненням надання, та дії, які є засобом контролю за якістю перших;

– дії, які становлять первинне надання, та дії, які є зустрічним наданням;

– надання, яке здійснюється контрагентами договору, надання, яке здійснюється третіми особами;

– виконання, яке збігається з моментом укладання договору, і яке не збігається;

– надання, яке має лише один предмет, та надання, яке має кілька предметів;

– виконання, яке має визначене зустрічне надання, та виконання, яке не має визначеного зустрічного надання [5, с. 13].

Викладене вище дозволяє виокремити ще один чинник, який впливає на динаміку іпотечного зобов'язального правовідношення та іпотечного зобов'язання, а саме: чи збігається, чи не збігається виконання зобов'язання з моментом укладання договору.

Дослідники цього питання наголошують на тому, що варто розрізняти:

– виконання зобов'язання – що є не одиничним випадком виконання, а накопичувальною сукупністю виконань (надань);

– виконання договору – полягає у здійсненні сторонами дій, які відповідають умовам договору та цивільного законодавства, є виконанням обов'язку та здійсненням прав за договором, внаслідок чого досягається певний результат, який мали на меті сторони під час його укладання [5, с. 12–13].

Такий підхід підтримує В. В. Луць, акцентуючи увагу та тому, що виконання договору полягає у здійсненні сторонами прав, виконанні ними обов'язків, що виникли із зобов'язання, заснованого на договорі [6, с. 95].

Подібною до зазначеної позиції є точка зору А. Б. Гриняка, який вважає, що передача як вчинення дій сторонами із здійснення прав набувача і виконання обов'язку відчужувачем є змістом зобов'язання, яке виникло з договору [7, с. 13].

Розглядаючи динаміку зобов'язального іпотечного правовідношення на стадії виконання іпотечного зобов'язання, також варто зауважити, що виконання іпотечного зобов'язання полягає насамперед у вчиненні активних дій сторін з його виконання, хоча воно може полягати у діях пасивних –

утриманні від вчинення певних дій. Це зумовило використання у цивілістичній літературі таких понять, як «активне і пасивне» виконання зобов'язання, «активна й пасивна» сторони зобов'язання (так Т. В. Боднар вважає їх різними поняттями [4, с. 74]) та різних типів суб'єктивних прав – активних і пасивних і відповідно активних та пасивних правовідносин [8, с. 24].

На думку Є. О Харитонова та О. І. Харитонової, активними є такі правові зв'язки, де суб'єктивне цивільне право полягає у можливості вимагати від боржника вчинити певні дії (а в разі невиконання – звертатися за захистом). Пасивні відносини – це такі, в яких існує право вимоги (утримуватися від вчинення певних дій), що підкріплене правом на захист, і, що головне – правова можливість суб'єкта права самому діяти певним чином («повне суб'єктивне право») [8, с. 24].

У питаннях, які нами розглядаються, орієнтуємося на підхід С. І. Шимон, який відповідає загальноприйнятій теорії зобов'язання, де активним суб'єктом завжди є кредитор – носій права (який завжди може вимагати незалежно від характеру обов'язку надати щось або утримуватися від дій), а пасивним – боржник (зобов'язаний підкоритися) [9, с. 189]. Саме тому, зважаючи на односторонній характер іпотечного зобов'язання, активним учасником процесу його виконання переважно виступає іпотекодавець.

На підставі проведеного дослідження можемо зробити такі **висновки**.

Виконання іпотечного зобов'язання – це: 1) сукупність дій іпотекодавця, які він зобов'язаний вчинити на користь іпотекодержателя (активне виконання) або ж утриматися від певних дій (пасивне виконання), а іпотекодержатель має право вимагати від іпотекодавця виконання його обов'язку; 2) динамічний стан іпотечного зобов'язання, завдяки якому реалізуються (здійснюються) права і обов'язки сторін цього зобов'язання; 3) процес, що випливає зі змісту іпотечного зобов'язання – обсягу взаємних цивільних прав та обов'язків іпотекодавця й іпотекодержателя.

Динаміка іпотечних зобов'язальних правовідносин (іпотечного зобов'язання) включає чотири стадії: 1) початкова стадія – виникнення іпотечного зобов'язального правовідношення; 2) стадія існування іпотечного зобов'язання; 3) стадія виконання (здійснення, реалізації) іпотечного зобов'язання; 4) заключна стадія – припинення іпотечного зобов'язання (іпотечного зобов'язального правовідношення).

На динаміку іпотечних зобов'язальних правовідносин (іпотечного зобов'язання) впливають такі чинники:

– предмет іпотеки; обсяг прав та обов'язків їх суб'єктів щодо предмета іпотеки; підстава припинення іпотеки; обсяг прав та обов'язків їх суб'єктів, які випливають із іпотечного договору, заставної, забезпечуються іпотечними цінними паперами тощо; спосіб задоволення вимог іпотекодержателя на предмет іпотеки;

– зобов'язально-правовий характер іпотечних правовідносин, який зумовлює наявність у них таких характеристик зобов'язання, як виникнення, зміна, виконання та припинення;

– специфічний зв'язок сторін зобов'язальних іпотечних правовідносин.

Сформульовані у статті положення можуть втілюватися у подальші наукові розробки з питань виконання іпотечного зобов'язання та динаміки іпотечного зобов'язального правовідношення й іпотечного зобов'язання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: 1940. 192 с.

2. Чанишева А. Р. Іпотечні цивільні правовідносини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.

3. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2005. 272 с.

4. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання як категорія цивільного права. 2004. Вип. 61. С. 73–75.

6. Утєхін І. Б. Виконання договорів з передачі майна у власність: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2009. 18 с.

7. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності. К., 2008. 576 с.

8. Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб: автореф. дис. … канд. юрид. наук. К., 2007. 20 с.

9. Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Цивільні правовідносини: навч. посіб. К.: Істина, 2008. 304 с.

10. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин. К.: Юрінком Інтер, 2014. 664 с.

Dmitrenko V. Dynamics of the mortgage obligation at the stage of its execution

The article analyzes the dynamics of the mortgage obligation at the stage of its execution. The attention is focused on the factors influencing the dynamics of obligatory mortgage legal relationship. The essence of the concept «execution of the mortgage obligation» and the stage of dynamics of the mortgage obligation are revealed.

Key words: mortgagee, mortgagee, compulsory mortgage legal relation, dynamics of mortgage obligation, fulfillment of mortgage obligation.

ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ ТА ІНШИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.13

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

Стаття присвячена дослідженню специфіки захисту особистих та інших немайнових прав. Проаналізовано найбільш вагомі наукові дослідження цієї проблематики. Наведено актуальну судову практику розгляду спорів у справах, пов'язаних із захистом особистих та інших немайнових прав, включаючи практику Європейського суду з прав людини. Запропоновано можливі шляхи вирішення наявних практичних проблем.

Ключові слова: особисті та інші немайнові права, захист суб'єктивних цивільних прав, особисті немайнові відносини, судова практика.

Тривалий час особисті немайнові права відігравали у вітчизняному приватному праві до певної міри другорядну роль. Цивільний кодекс УРСР 1963 р., за загальним правилом, охороняв лише пов'язані з майновими особисті немайнові відносини і лише у випадках, прямо передбачених законом, застосовувався до інших особистих немайнових відносин (ст. 1 ЦК УРСР).

Демократизація суспільного життя, курс на становлення соціальної та правової держави не могли не відреагувати на такий вибірковий та обмежений підхід до предмета правового регулювання цивільного права. У той час, коли розпочався і тривав процес кодифікації цивільного законодавства в Україні та країнах пострадянського простору, М. М. Малеїна наголошувала на необхідності подолання традиційно-архаїчного уявлення про те, що основу предмета цивільно-правового регулювання становлять майнові відносини, обумовлені використанням товарно-грошової форми, й наголошувала, що такий підхід до предмета та змісту цивільного права ніби підтримує культ речей, майна [1].

Розробники чинного Цивільного кодексу України виходили з таких самих засад, а значить визначили місце відповідних норм у проекті кодексу з огляду на значення особистих немайнових прав особи в процесі її життєдіяльності. Цивільний кодекс України вперше у вітчизняній і пострадянській практиці приватноправових кодифікацій присвятив регулюванню особистих немайнових відносин окрему книгу, оскільки в сучасному світі значущість особистих немайнових прав є надзвичайно високою, бо вони виступають передумовою забезпечення реальної свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва і всіх інших прав, які існують у матеріальній сфері суспільства. Це та духовна основа суспільства, яка дає змогу повною мірою реалізувати принципи громадянського суспільства. Саме через це ст. 1 ЦК України згадує особисті немайнові відносини перед майновими. Тобто з точки зору розробників нового ЦК України особисті немайнові права людини є настільки важливими для громадянського суспільства, що вони мають передувати майновим правам навіть за місцем розташування у кодифікованому акті. Здається, цей підхід якнайкраще свідчить про роль особистих немайнових прав у сучасному розвинутому приватному праві.

Звісно, наведене повною мірою стосується не тільки регулювання особистих немайнових відносин – багато в чому виконання ними наведених вище функцій як передумови для належного розвитку майнових відносин залежить від ефективного захисту особистих немайнових прав. У цій частині можна погодитися з висловленою в науковій літературі думкою про те, що наразі в Україні можна констатувати тільки початок такого стану розвитку суспільства, яке стало на шлях руху до громадянського суспільства. За таких умов людина, яка розглядається як найвища соціальна цінність, повинна захищатися всім потужним потенціалом права, у тому числі й цивільного [2].

Отже, наведена зміна парадигми у ставленні до особистих немайнових правовідносин не могла залишити осторонь і регламентацію питання захисту цих прав. На нормативному рівні це виявилося у положеннях ЦК України щодо способів захисту суб'єктивних прав. Як уже зазначалося, за загальним правилом, сформульованим у ст. 16 ЦК України, суд може захистити цивільне право або інтерес способом, що встановлений договором або законом. Незважаючи на буквальний зміст цієї норми, Верховний Суд України доклав значних зусиль для того, щоб уніфікувати судову практику та забезпечити потерпілим можливість ефективного судового способу навіть тоді, коли найбільш вдалий для даного випадку спосіб захисту не закріплено в нормах закону чи положеннях договору. Цивільне законодавство містить усі необхідні передумови для цього.

Передусім йдеться про приписи ст. 275 ЦК України, згідно з якими фізична особа має право на захист свого особистого немайнового права від протиправних посягань інших осіб. Захист особистого немайнового права здійснюється способами, встановленими гл. 3 ЦК. Захист особистого немайнового права може здійснюватися *також іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило це порушення* (курсив наш. – *О. К.*). Така особливість

нормативної регламентації порядку захисту особистих немайнових прав отримала схвальні відгуки суддів вищих судових інстанцій України.

Водночас станом на сьогодні у судовій практиці виникає чимало проблемних питань, у тому числі і щодо врахування особливостей правового захисту, визначених ст. 275 ЦК України, які навряд чи можуть вважатися вирішеними. Саме вони потребують ґрунтовного наукового аналізу.

Як свідчить судова практика, під час розгляду судових справ і досі виникають питання щодо можливості відшкодування моральної шкоди у договірних правовідносинах. Суть цієї проблеми, на нашу думку, полягає у системному тлумаченні судами положень ст. 23, 611, 1167 та інших норм ЦК України.

Цю тезу можна проілюструвати однією із справ, розглянутих Верховним Судом України. Позивач звернувся до суду з позовом до ПАТ АБ «Укргазбанк» про відшкодування моральної шкоди.

Під час розгляду справи судами було встановлено, що у 2008 р. між позивачем та ВАТ АБ «Укргазбанк» був укладений депозитний договір на суму 10 000,00 доларів США з відкриттям депозитного рахунку на строк до 21.02.2010 р. із сплатою банком вкладнику 12 % річних. Відповідно до квитанції позивач передав, а відповідач прийняв на депозитний рахунок банку грошові кошти в сумі 10 000,00 доларів США, що на дату здійснення операції становило 50 500,00 грн.

У березні 2009 р. позивач звернувся до відділення ВАТ АБ «Укргазбанк» з метою отримати 12 % річних від суми вкладу згідно з договором, однак йому було повідомлено про те, що в базі даних їхньої установи такий вклад не значився.

Ухвалою Мукачівського міськрайонного суду від 17.07.2013 р. особу, яка була притягнута до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 та ч. 1 ст. 366 Кримінального кодексу України (тобто особу, яка фактично привласнила зазначені кошти), було звільнено від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

Судовими рішеннями в іншій справі було стягнуто з ВАТ АБ «Укргазбанк» на користь позивача 10 000,00 доларів США та 2 400,00 доларів США відсотків за період з 19.02.2008 р. до 21.02.2010 р.

Посилаючись на те, що більше шести років він намагався повернути свої кошти, за цей час через нервові стреси, пов'язані з викраденням грошових коштів працівником банку, він утратив здоров'я, захворів, а нині вимушений постійно звертатись до лікарів та проходити курс лікування, позивач вважав, що незаконними діями посадових осіб відділення ВАТ АБ «Укргазбанк» йому спричинено моральні страждання, які він оцінює в 55 000,00 грн. і просить стягнути з відповідача.

Рішенням Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області позов було задоволено частково, стягнуто з банку на користь позивача 45 000,00 грн. моральної шкоди. Ухвалюючи рішення про часткове задоволення позову, суд першої інстанції виходив з того, що обов'язок щодо відшкодування моральної шкоди, завданої позивачеві працівником банку під час виконання ним трудових обов'язків, покладається на банк на підставі ч. 1 ст. 1172 ЦК України.

Утім рішенням апеляційного суду Закарпатської області рішення суду першої інстанції було скасовано, а в задоволенні позову відмовлено. Відмовляючи у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою позивача, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, по суті, погодився з висновком апеляційного суду про те, що чинним законодавством, у тому числі й у сфері банківської діяльності, а також договором депозитного вкладу, укладеним між позивачем та банком, не передбачено права на відшкодування заподіяної фізичній чи юридичній особі моральної (немайнової) шкоди у зв'язку з неповерненням банківського вкладу.

Верховний Суд України також погодився з наведеними вище висновками суду апеляційної та касаційної інстанцій з огляду на таке.

Судами встановлено, що спірні правовідносини виникли з договору банківського вкладу. Відповідно до ч. 4 ст. 611 ЦК України *моральна шкода підлягає відшкодуванню в разі порушення зобов'язань у договірних правовідносинах у випадку встановлення такої відповідальності законом або договором* (курсив наш. – *О. К.*).

Поняття моральної (немайнової) шкоди і порядок її відшкодування визначаються ст. 23 ЦК України. Зокрема, підставами для відшкодування моральної шкоди можуть бути порушення майнових, особистих немайнових прав особи, а також зобов'язань у випадках, передбачених договором або законом.

Спори про відшкодування заподіяної фізичній або юридичній особі моральної (немайнової) шкоди розглядаються, зокрема: коли право на її відшкодування безпосередньо передбачено нормами Конституції або випливає з її положень; у випадках, передбачених Цивільним кодексом та іншим законодавством, яке встановлює відповідальність за заподіяння моральної шкоди; при порушенні зобов'язань, які підпадають під дію Закону України «Про захист прав споживачів» чи інших законів, що регулюють такі зобов'язання і передбачають відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Статтею 4 Закону України «Про захист прав споживачів» передбачено, що споживачі під час придбання, замовлення або використання продукції, яка реалізується на території України, для

задоволення своїх особистих потреб мають право на відшкодування майнової та моральної шкоди, завданої внаслідок недоліків продукції (дефекту в продукції), відповідно до закону.

Разом з тим, звертаючись до суду із позовом у даній справі, вкладник посилався на те, що йому завдано моральної шкоди у зв'язку з неповерненням банком його депозитного вкладу.

З урахуванням наведеного, не заперечуючи загалом можливість застосування норм Закону України «Про захист прав споживачів» до відносин з договору банківського вкладу, Верховний Суд України дійшов висновку про те, що ні чинним законодавством, ні договором, укладеним між позивачем та ПАТ «Укргазбанк», не передбачено право позивача на відшкодування моральної шкоди у зв'язку з неповерненням банком грошових коштів, переданих на депозит, а відтак висновки судів апеляційної та касаційної інстанцій про відмову в задоволенні позову про відшкодування моральної шкоди з цих підстав є правильними [3].

Надаючи оцінку подібним правовим конфліктам, необхідно враховувати складність даного питання з огляду на певну неоднозначність його нормативно-правової регламентації.

Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК України підставами для виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є заподіяння майнової та моральної шкоди іншій особі. Отже, заподіяння моральної шкоди є юридичним фактом, на підставі якого виникають обов'язок заподіювача відшкодувати шкоду та кореспондуюче право потерпілого вимагати зазначеного відшкодування. До того ж, за змістом ч. 1 ст. 23 ЦК України особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав.

Наведені вище загальні норми ЦК України свідчать про те, що заподіяння моральної шкоди є самостійною і достатньою підставою для її відшкодування потерпілому незалежно від типу суб'єктивного права, яке було порушене заподіювачем.

Натомість, у ч. 1 ст. 611 ЦК України передбачено, що в разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

З чотирьох наведених правових наслідків припинення зобов'язання як наслідок його порушення застосовується тільки в разі вказівки на це в договорі чи законі, що прямо випливає з п. 1 ч. 1 ст. 611 ЦК України, а також положень ст. 525, 615, 651 ЦК України. Зміна умов зобов'язання потребує аналогічних передумов згідно зі ст. 525, 651 ЦК України, як і сплата неустойки (ч. 1 ст. 548 ЦК України). Відшкодування збитків та моральної шкоди як наслідок порушення зобов'язання також має бути обумовлене вказівкою на застосування цього наслідку або в спеціальній нормі закону, або в договорі. Для відшкодування збитків такою узагальнюючою нормою закону для зобов'язальних правовідносин є ч. 1 ст. 623 ЦК України, згідно з якою боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторові завдані цим збитки. Проте щодо відшкодування моральної шкоди відповідної узагальнюючої вказівки в законі не зроблено. У свою чергу, положення ст. 1167 ЦК України не можуть бути застосовані до зобов'язальних правовідносин, оскільки предметом їх регулювання є реакція на порушення в межах абсолютних правовідносин.

Таким чином, з огляду на чинне цивільне законодавство, підхід Верховного Суду України до вирішення відповідних справ може вважатися обґрунтованим. Водночас залишаються питання про те, наскільки обґрунтованим є підхід законодавця, і в цій частині питання не є таким уже однозначним.

На користь того, що відшкодування моральної шкоди не повинно бути предметом спору в межах договірних чи інших зобов'язальних правовідносин, можна зауважити, що в цих правовідносинах сторони завжди визначені, і кредитор має лише право вимоги до боржника, яке і є частиною змісту правовідносин. Право вимоги – це право вимагати конкретної поведінки боржника, тому кредитор виступає пасивним суб'єктом у даних правовідносинах. Якщо ж боржник не виконує свого обов'язку, то він порушує лише кореспондуюче право вимоги кредитора, оскільки ніякого іншого суб'єктивного права у відносинах між ними не існує. Будь-які доводи противників цього погляду можуть зводитися лише до можливості порушення боржником також абсолютних немайнових прав кредитора на честь, гідність, ділову репутацію тощо, однак вони стикатимуться з тим, що такі порушення, якщо й можуть визнаватися, будуть вторинними (похідними) від порушення кореспондуючого обов'язку суб'єктивного права вимоги. А це означатиме відсутність причинно-наслідкового зв'язку між невиконанням обов'язку боржника та порушенням абсолютного немайнового права, що виключатиме покладення відповідальності боржника.

Ця логіка була б бездоганною за однієї умови – якби закон сам не допускав можливості відшкодування моральної шкоди в договірних зобов'язаннях. Ідеться не тільки про ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів», яку згадав Верховний Суд України у наведеній вище постанові, а й про цілу низку інших норм.

Так, відшкодування моральної шкоди у відносних (зобов'язальних) відносинах допускається законом у разі заподіяння моральної шкоди у зв'язку із вчиненням недійсного правочину (ч. 2 ст. 216

ЦК України), якщо договір купівлі-продажу укладено, а покупцеві не було надано можливості негайно одержати повну й достовірну інформацію про товар у місці його продажу (ч. 3 ст. 700 ЦК України), в разі заподіяння моральної шкоди розголошенням банком відомостей, що становлять банківську таємницю (ч. 2 ст. 1076 ЦК України), тощо. Виникає логічне запитання, чому закон дозволяє відшкодування даного різновиду шкоди у цих випадках, чим вони такі особливі?

Викладене вище обґрунтування на користь неможливості відшкодування моральної шкоди в договірних відносинах з огляду на правову природу цих правовідносин взагалі зводиться нанівець, якщо враховувати, що за приписами ст. 611 ЦК України воно все-таки можливе, і якщо передбачено самим договором. Тобто навіть якщо всі випадки, перелічені у ч. 2 ст. 216, ч. 3 ст. 700, ч. 2 ст. 1076 ЦК України та інших нормах законодавства, могли бути мотивовані певними особливостями відповідних правовідносин, то законодавчий дозвіл вирішити питання відшкодування моральної шкоди в договорі руйнує і це пояснення підходу законодавця.

Виходячи з наведеного, ще раз підкреслимо: на сьогодні правову позицію Верховного Суду України щодо неможливості відшкодування моральної шкоди в договірних відносинах можна вважати законною та обґрунтованою. Разом з тим норми законодавства України в цій частині не є послідовними й потребують уніфікованого підходу.

На нашу думку, є підстави стверджувати, що за загальним правилом відшкодування моральної шкоди допускається у випадках заподіяння шкоди у вигляді порушення особистих немайнових прав поза межами договірних відносин, зокрема, у випадках посягання на життя та здоров'я (ст. 1168 ЦК України), посягання на інші особисті немайнові блага та права особи (ст. 276, 280, 298 ЦК України), порушення майнових прав (ст. 332, 386 ЦК України) та ін., тобто в межах абсолютних правовідносин.

Водночас, якщо моральна шкода заподіяна внаслідок порушення договірних прав – вона відшкодовується лише у випадках, коли це прямо встановлено законом, зокрема ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів».

Незважаючи на наведену проблему, слід визнати, що відшкодування моральної шкоди залишається одним із найбільш поширених способів захисту особистих немайнових прав.

У цих справах, на нашу думку, завжди проблемним залишатиметься питання про розмір відшкодування заподіяної шкоди, яке зумовлено не проблемами законодавчої техніки щодо формулювання відповідних норм права, а складністю саме розрахунку відповідної суми, пов'язаної з тим, що сформулювати відповідну норму права інакше, ніж через використання оціночних понять, неможливо. При цьому ступінь «оціночного характеру» таких понять, як «душевні страждання», «приниження честі та гідності», є надзвичайно високим, а суд під час винесення рішення та визначення розміру грошового відшкодування має встановити не тільки їх, а ще й *характер* правопорушення, *глибину* фізичних та душевних страждань, *погіршення* здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, *ступінь вини* заподіювача, вимоги *розумності* і *справедливості* та інші обставини, які мають *істотне значення* (ч. 3 ст. 23 ЦК України). З наведеного випливає, що буквально всі критерії визначення розміру грошового відшкодування моральної шкоди мають оціночний характер.

Зокрема Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ за результатами аналізу судової практики у справах про відшкодування моральної шкоди, завданої у зв'язку з ушкодженням здоров'я під час виконання трудових обов'язків, встановив, що суди різних областей щодо однакової втрати професійної працездатності та встановлення однакової групи інвалідності визначали різні розміри морального відшкодування потерпілим. Тобто навіть у випадках, коли уповноважена установа визначає ступінь втрати працездатності потерпілого у відсотках, за однакових відповідних показників суди присуджують до компенсації не просто різний розмір моральної шкоди, а різний в рази [4].

Утім наявність такої відмінності в присуджених сумах компенсації має під собою відповідне підґрунтя, оскільки розмір моральної шкоди залежить не тільки і не стільки від дій заподіювача, скільки від їх сприйняття потерпілим. Навпаки, певний подив викликає той факт, що різниця в розмірі відшкодування спостерігається між судами різних областей, а не в різних справах. На нашу думку, кожна справа про відшкодування моральної шкоди може a priori належати до категорії складних і підхід суду в будь-якому разі має бути індивідуальним до кожного випадку, оскільки суд повинен встановити, яка саме компенсація дозволить «загладити» страждання потерпілого через заподіяну йому моральну шкоду.

Крім цього, в контексті аналізу судової практики у справах про захист порушених особистих немайнових прав як учасники цивільних правовідносин, так і суди не завжди використовують увесь потенціал норм чинного законодавства. Зокрема, під захистом відповідних прав розуміють тільки грошове відшкодування моральної шкоди, тоді як відповідно до ч. 3 ст. 23 ЦК України моральна шкода відшкодовується грішми, іншим майном або в інший спосіб.

З огляду на наведене цікавим є те, що Європейський суд з прав людини досить активно застосовує й «інші способи» відшкодування моральної шкоди. Серед іншого достатньо поширеним є підхід,

викладений у п. 36 рішення від 25 листопада 1993 р. у справі Holm v. Sweden: у завдання Суду не входить робити припущення, чи вирішив би окружний суд справу заявника на його користь, розглядаючи справу в іншому складі. У будь-якому разі Суд погоджується з Урядом у тому, що визнання порушення п. 1 ст. 6 Конвенції саме по собі становить достатню справедливу сатисфакцію [5]. На нашу думку, відповідна форма відшкодування моральної шкоди може використовуватися й національними судами під час вирішення відповідних спорів із посиланням на ч. 3 ст. 23 ЦК України.

Важливе місце серед способів захисту особистих немайнових прав займає **спростування недостовірної інформації**. У практиці застосування цього способу захисту також виникають окремі проблеми.

Передусім під час застосування відповідних норм права судами іноді змінюється їх зміст, унаслідок чого захист прав потерпілих необґрунтовано обмежується.

Так, в одній із справ рішенням районного суду, залишеним без змін ухвалою апеляційного суду, позов було задоволено частково, визнано неправдивими відомості щодо позивача, викладені в скарзі відповідача до прокуратури Донецької області та в заяві до Секретаріату Президента України, Служби безпеки України, Генеральної прокуратури України й прокуратури Донецької області. Дії відповідача щодо викладення ним неправдивих відомостей стосовно позивача у зазначених скарзі та заяві визнано неправомірними й такими, що принижують ділову репутацію. З відповідача стягнуто на користь позивача 2 000,00 грн. відшкодування моральної шкоди, у задоволенні решти позовних вимог відмовлено.

Однак Верховний Суд України з висновками судів попередніх інстанцій не погодився з огляду на таке.

Відповідно до ст. 277 ЦК України фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на відповідь, а також на спростування цієї інформації. На порушення вимог закону судами не враховано, що звернення особи до правоохоронних органів за захистом своїх прав, порушених особою, а також показання свідка на попередньому слідстві не можуть розглядатись як поширення неправдивих відомостей, якщо не встановлено, що фактично метою цих дій було приниження честі, гідності та ділової репутації певної особи.

Питання про спростування інформації, повідомленої правоохоронним органам, відшкодування шкоди, завданої цими діями, в порядку захисту особистих немайнових прав є дискусійним.

Водночас мотиви, покладені Верховним Судом України в основу відповідного рішення, не можна визнати безспірними. Зокрема, процитована судом ч. 1 ст. 277 ЦК України не ставить право на відповідь чи спростування недостовірної інформації в залежність від мети дій особи, яка поширювала цю інформацію. Має враховуватися лише той факт, що внаслідок цих дій було порушено особисті немайнові права особи.

З практичної точки зору проблемним також є визначення розумної межі між правом на свободу слова (та інших подібних) та правом на спростування недостовірної інформації. Під час вирішення спорів цієї категорії для судів це питання, по суті, зводиться до застосування ст. 277 ЦК України в системному зв'язку з положеннями законодавства про інформацію та Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

Так, відповідно до ст. 10 вказаної Конвенції кожен має право на свободу виявлення поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати та передавати інформацію і ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів.

У свою чергу, згідно зі ст. 30 Закону України «Про інформацію» ніхто не може бути притягнутий до відповідальності за висловлення оціночних суджень. Оціночними судженнями, за винятком наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, критику, оцінку дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, зокрема з огляду на характер використання мовно-стилістичних засобів (вживання гіпербол, алегорій, сатири). Оціночні судження не підлягають спростуванню й доведенню їх правдивості.

З урахуванням наведеного відповідна проблема полягає в необхідності відмежувати в кожному конкретному випадку недостовірну інформацію, що підлягає спростуванню, від оціночних суджень.

Про це свідчать різні підходи до кваліфікації схожих висловлювань у національних судів та Європейського суду з прав людини.

Так, за обставинами однієї із справ позивач звернувся до суду з позовом про захист честі, гідності, ділової репутації та спростування недостовірної інформації, посилаючись на те, що на пленарному засіданні сесії Верховної Ради України у виступі народного депутата (відповідача) була поширена щодо нього та його родини негативна інформація про вчинення корупційних діянь. Позивач вважав зазначену інформацію неправдивою, негативною та у зв'язку із відсутністю належних доказів – недостовірною, яка ґрунтувалася на чутках, безпідставних голослівних висловлюваннях, є такою, що ганьбить гідність, честь і ділову репутацію його та його родини, внаслідок чого вказана інформація підлягає визнанню недостовірною та спростуванню.

Рішенням районного суду, залишеним без змін ухвалою апеляційного суду, в задоволенні позовних вимог було відмовлено.

Залишаючи без змін вказані судові рішення, Верховний Суд України зазначив, що позивач є політиком і публічною особою, тому відкритий для суворої критики і пильного нагляду громадськості й межа допустимої критики щодо такої особи є значно ширшою. Відповідач як народний депутат Верховної Ради України відповідно до наданих йому законом повноважень у процесі обговорення питання про центральну владу висловив свою думку щодо серйозної проблеми, яка останнім часом є предметом обговорення суспільства, експертів і політологів, у тому числі у міській раді, головою якої був позивач. Метою виступу відповідача було привернути увагу народних депутатів та громадськості до серйозної проблеми, яка існувала у міській раді та про яку він дізнався із засобів масової інформації. Тому, відмовляючи в позові, суди правильно виходили з того, що в даному разі відповідач у процесі обговорення ситуації, яка склалася у міській раді та обговорювалася громадськістю і в пресі, як видно з його виступу, висловив своє судження щодо цього питання. У поширеній ним інформації образ і наклепів на адресу позивача не було. Крім того, згідно з вимогами ст. 277 ЦК України позивач не обмежений у праві надати свою відповідь на таку інформацію [6].

Не торкаючись питання судового рішення у цій справі загалом, зазначимо, що одним із мотивів його прийняття було те, що звинувачення в корупції були визнані судженнями, а не інформацією, яка може бути спростована.

Разом з тим Європейський суд з прав людини у п. 46 рішення у справі «Сірик проти України» зазначив, що хоча в листі заявниці містилися *серйозні твердження про факти корупції*, незаконної розтрати державних коштів та інших зловживань посадовим становищем, відповідальність за які покладалася на посадових осіб Академії, *у ньому також були твердження, які аргументовано можна назвати оціночними судженнями*. Зокрема, це були твердження, що проректор Академії несправедливо поводилася зі студентами та їхніми батьками й була юридично некомпетентною (див., mutatis mutandis, рішення від 27 травня 2004 р. у справі «Відєс Аїзсардзібас Клубе» проти Латвії», заява № 57829/00, п. 46). Незважаючи на те, що відповідно до ст. 47-1 Закону України «Про інформацію» оціночні судження не підлягають доведенню їх правдивості, суди поклали на заявницю відповідальність за те, що вона не довела правдивість своїх тверджень, хоча й не проаналізували, чи могли зазначені твердження бути оціночними судженнями [7]. Як випливає з цього рішення, Європейський суд з прав людини відмежував твердження про факти корупції від оціночних суджень.

Аналіз наведених рішень дає підстави для висновку, що положення ст. 277 ЦК України слід застосовувати в системному зв'язку з положеннями ст. 30 Закону України «Про інформацію», яка визначає достатньо чіткі критерії для відмежування оціночних суджень від недостовірної інформації, а також практикою Європейського суду з прав людини.

Якщо причиною правового конфлікту є висловлювання про факти, а не оцінку діяльності чи подій загалом, навіть якщо ці висловлювання мають емоційне забарвлення, їх не можна кваліфікувати як оціночні судження, а судам слід перевіряти достовірність висловлювань про відповідні факти.

Більше того, необхідно враховувати висновки Європейського суду з прав людини, викладені у п. 41 та 42 рішення у справі «Українська Прес-Група проти України». Ці положення свідчать, що у своїй практиці ЄСПЛ справді розрізняє факти та оціночні судження. Якщо існування фактів може бути підтверджене, то правдивість оціночних суджень не піддається доведенню. Вимога довести правдивість оціночних суджень є нездійсненною і порушує свободу висловлення думки як таку, що є фундаментальною частиною права, яке охороняється ст. 10 Конвенції (див. наведене вище рішення у справі Lingens v. Austria, с. 28, § 46). Однак навіть якщо висловлювання є оціночним судженням, пропорційність втручання має залежати від того, чи існує для цього достатній фактичний базис. Залежно від обставин конкретної справи висловлювання, яке є оціночним судженням, може бути перебільшеним за відсутності будь-якого фактичного підґрунтя (див. рішення DeHaes Gijsels v. Belgium, с. 236, § 47) [8].

На підставі наведеного можна констатувати, що навіть визнання висловлювань чи повідомлення оціночним судженням означає неможливість пред'явлення вимог щодо їх спростування лише за загальним правилом, яке також має свої винятки, і наявність останніх має оцінюватися судом.

Серед питань, пов'язаних із особливостями захисту особистих немайнових прав, неоднозначним може вважатися також **питання про застосування такого способу захисту, як вибачення**.

Так, за обставинами однієї із справ позивач звернувся до суду з позовом до районного відділу управління Міністерства внутрішніх справ України, фізичної особи та Головного управління Міністерства внутрішніх справ України в Дніпропетровській області про захист честі, гідності та відшкодування моральної шкоди, посилаючись на те, що протягом трьох років він перебував на службі в районному відділі УМВС України на посаді дільничного інспектора в званні капітана міліції. У приміщенні актової зали відділу 04.11.2005 р. під час наради з питань діяльності служби дільничних інспекторів підполковник міліції (один із відповідачів) у присутності колег допустив образливі висловлювання на

його адресу, якими принизив честь та гідність його як офіцера, працівника органів внутрішніх справ України, а також як людину й особистість. Позивач просив суд стягнути з відділу УМВС України моральну шкоду в розмірі 10 000,00 грн, визнати висловлювання підполковника міліції на адресу позивача під час наради такими, що ганьблять честь і гідність позивача, та зобов'язати підполковника міліції публічно, у спосіб, яким він завдав йому образи, вибачитися перед ним.

Рішенням Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області позов було задоволено частково, стягнуто з Новомосковського МВ ГУМВС України на користь позивача моральну шкоду в розмірі 2000,00 грн, зобов'язано відповідача – фізичну особу публічно, у спосіб, яким він завдав позивачеві образ, вибачитися перед ним. У задоволенні решти позовних вимог було відмовлено.

Рішенням апеляційного суду Дніпропетровської області змінено рішення суду першої інстанції в частині розміру відшкодування моральної шкоди.

Скасовуючи судові рішення в частині задоволення позову про зобов'язання відповідача вибачитися перед позивачем та приймаючи в цій частині нове рішення про відмову в задоволенні позову, Верховний Суд України виходив з того, що згідно зі ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Суд не має права зобов'язати відповідача вибачитися перед позивачем у тій чи іншій формі, оскільки примусове вибачення як спосіб судового захисту гідності, честі чи ділової репутації за поширення недостовірної інформації не передбачено в ст. 16, 277 ЦК України. Суд не має права зобов'язувати відповідача вибачитися перед позивачем у тій чи іншій формі [9].

Наведена справа багато в чому характерна для опису існуючої проблеми. Аналогічні висновки були зроблені Верховним Судом України також в інших справах [10].

Як було зазначено, під час прийняття рішення Верховний Суд України керувався приписами ст. 16, 277 ЦК України, якими не передбачено примусове вибачення як спосіб судового захисту гідності, честі чи ділової репутації за поширення недостовірної інформації. Оскільки вказані норми справді не містять вказівки на відповідний спосіб захисту, цей висновок є обґрунтованим.

Водночас, по-перше, наскільки вбачається зі змісту судового рішення, підставою позову стало не повідомлення неправдивої інформації (ст. 277 ЦК України), а використання образливих висловлювань відповідачем на адресу позивача в присутності колег. Отже, мова повинна йти про застосування не ст. 277 ЦК України, а положень ст. 297 ЦК України, згідно з якими кожен має право на повагу до його гідності та честі; гідність та честь фізичної особи є недоторканними; фізична особа має право звернутися до суду з позовом про захист її гідності та честі.

По-друге, посилання на ст. 16 та відсутність у ній такого способу захисту порушених прав, як зобов'язання вибачитися, самі по собі не можуть вважатися достатньою підставою для відмови в задоволенні позову, оскільки стосовно захисту особистих немайнових прав мають застосовуватися спеціальні положення ст. 275 ЦК України. Як уже зазначалося, згідно з цією нормою захист особистого немайнового права може здійснюватися не тільки способами, встановленими гл. 3 цього Кодексу, а й іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило це порушення.

Звичайно, під час розгляду подібних справ суд має зважати й на те, що його рішення не має порушувати особисті немайнові права відповідача. Однак у випадках, схожих з обставинами наведеної справи, позивача може не цікавити грошова компенсація чи саме судове рішення про визнання порушеними його особистих немайнових прав, оскільки застосування начальником до підлеглого образливих висловлювань чи лайки у присутності колег підлеглого свідчать насамперед про приниження. Цим і зумовлені подібні позови, які, в частині вимоги зобов'язати вибачитися перед позивачем, спрямовані на відновлення гідності та честі у відповідній людській спільноті.

Наведене дає змогу зробити висновок про те, що питання застосування такого способу захисту є дискусійним, як і багато інших питань у сфері захисту особистих немайнових прав. Водночас, на нашу думку, відсутність у нормах цивільного законодавства закріплення такого способу захисту особистого немайнового права, як зобов'язання вибачитися перед особою (позивачем), не може бути самостійною підставою для відмови в задоволенні позову, безвідносно до фактичних обставин справи, змісту порушеного права, способу його порушення та відповідних наслідків порушення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан. Понятие, осуществление, защита. 2-е изд., испр. и доп. М.: МЗ Пресс, 2001. С. 23–27.

2. Кузнєцова Н. С. Вибрані праці. К.: Юрид. практика, 2014. С. 285.

3. Постанова Верховного Суду України від 24 лютого 2016 року по справі № 6-1790цс15. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/57067193 (дата звернення: 20.11.2018).

4. Аналіз судової практики у справах про відшкодування моральної шкоди, завданої у зв'язку з ушкодженням здоров'я під час виконання трудових обов'язків: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 1 вересня 2011 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/ laws/show/n0010740-11 (дата звернення: 20.11.2018).

5. Judgment Holm v. Sweden (Application no. 14191/88) [Electronic resource] / Judgment Holm v. Sweden. 1993. 25 November. URL: http://hudoc.echr.coe.int/ eng?i=001-57851 (дата звернення: 21.11.2018).

6. Ухвала Верховного Суду України від 29 вересня 2010 року по справі № 6-1989св08. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/11641921 (дата звернення: 14.12.2018).

7. Рішення по Справі «Сірик проти України» (Заява № 6428/07) від 31 березня 2011 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_939 (дата звернення: 05.12.2018).

8. Рішення по Справі «Українська Прес-Група проти України» (Заява № 72713/01) від 29 березня 2005 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/ laws/show/980_382 (дата звернення: 05.12.2018).

9. Рішення Верховного Суду України від 16 червня 2010 року по справі № 6-11324св09. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/10120963 (дата звернення: 06.12.2018).

10. Рішення Верховного Суду України від 3 лютого 2010 року по справі № 6-17172св07. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/8038793; Рішення Верховного Суду України від 6 травня 2010 року по справі № 6-2090сво10. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/10132697 (дата звернення: 06.12.2018).

Kot O. Peculiarities of personal and other non-property rights protection

This article is dedicated to the analysis of personal and other non-property rights protection specifics. The most prominent sources were analysed. Actual court practice was introduced, including Europan Cort of Human Rights judgements. The author offers possible solutions for the existing practical issues.

Keywords: personal and other non-property rights, protection of subjective civil rights, personal non-property relationship, court practice.

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВ В УМОВАХ РЕГІОНАЛЬНОЇ НЕСТАБІЛЬНОСТІ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.14

Лапечук П. І.,

старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Попович Т. Г.,

науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Здійснено аналіз відносин власності на земельні ресурси в Україні за період проведення антитерористичної операції та на тлі падіння економіки в Україні. Подаються пропозиції стосовно умов та можливостей запуску ринку земель сільськогосподарського призначення, мораторій на відчуження яких діє до 01.01.2018.

Ключові слова: мораторій на продаж земель сільськогосподарського призначення, ринок земель, відчуження земель, земельні відносини періоду нестабільності.

За інформацією Держгеокадастру Україна володіє значним земельним потенціалом, який становить 5,7 % території Європи, а із 60,3 млн гектарів майже 70 % становлять сільськогосподарські угіддя з високою родючістю [1]. Такий потенціал може розглядатися як потужна конкурентна перевага України, проте його практична реалізація вимагає впровадження ефективної моделі земельних відносин, адекватної сучасним жорстким умовам міжнародної конкуренції. В умовах глобальної економіки та дедалі більшої інтеграції України у світові економічні процеси саме агропромисловий комплекс може стати авангардом розвитку української економіки.

Метою статті є аналіз земельного законодавства, що регулює відносини користування та розпорядження землями сільськогосподарського призначення, а також виклад пропозицій щодо умов створення та функціонування ринку земель і скасування мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення.

На сьогодні відповідно до п. 15 розділу X «Перехідні положення «Земельного кодексу України» до 1 січня 2018 р. діє мораторій на купівлю-продаж сільськогосподарських земель, умовою зняття якого є набрання чинності Закону України «Про обіг земель сільськогосподарського призначення» [2].

У грудні 2016 р. відбулися парламентські слухання на тему «Регулювання обігу земель сільськогосподарського призначення: пошук української моделі». На слуханнях було констатовано, що поступово формуються передумови для запровадження ринкового обігу земель та вторинного

ринку земельних ділянок сільськогосподарського призначення, але ще рано говорити про відкриття цього ринку. Це питання поступово перейшло з економічної площини в політичну, загострюючи тим самим соціальну напругу в суспільстві (особливо серед сільських жителів), породжуючи політичні спекуляції навколо земельних питань та провокуючи створення тіньових схем щодо відчуження земельних ділянок.

На парламентських слуханнях обговорювалися невирішені питання, що знецінюють вже проведені реформи, зокрема щодо:

1) децентралізації повноважень з розпорядження землями сільськогосподарського призначення, які знаходяться за межами населених пунктів, сільським, селищним та міським радам (об'єднаним територіальним громадам);

2) неможливості залучення кредитів під заставу прав власності й користування сільськогосподарськими землями;

3) інформації про інвентаризацію земель сільськогосподарського призначення, у тому числі за формами власності та суб'єктами господарювання;

4) низької інвестиційної привабливості землекористування;

5) здійснення землеустрою, раціонального використання та охорони земель сільськогосподарського призначення, збереження та відновлення родючості ґрунтів;

6) введення земель сільськогосподарського призначення в економічний обіг, на основі якого мають напрацьовуватися відповідні нормативно-правові акти з даного питання, у тому числі регуляторного характеру;

7) використання нерозподілених та невитребуваних земельних ділянок і земельних часток (паїв), земель колективної власності, консолідації земель, обміну земельними ділянками;

8) процедур економічного стимулювання раціонального використання та охорони земель, збереження, відтворення і підвищення родючості ґрунтів.

Як заявив Прем'єр-міністр України, затвердження Верховною Радою закону про обіг земель сільськогосподарського призначення очікується до кінця травня 2017 р., що дозволить діючому мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення втратити силу з кінця 2017 р. [3]. Уряд веде мову про те, що ми можемо створити модель ринку землі, яка буде дозволяти тільки фізичним особам – українцям між собою продавати землю, яка їм належить.

Розглянувши публікації в пресі, виступи громадських діячів, політиків та спеціалістів у сфері земельного права, ми сформували такі основні аргументи стосовно зняття мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення:

1) за:

– агресивна війна Росії проти України, а тому треба відновлювати країну шляхом розвитку агарного сектора;

– селяни отримають гроші, а землі будуть використовуватися за призначенням;

– МВФ надасть кредитування Україні;

– не буде порушуватися право на розпорядження власністю, тобто не буде прихованих угод продажу цих земель;

2) проти

– війна Росії проти України не сприятиме формуванню справедливої ціни на землі;

– бідність селян спричинить тотальний перехід земель до латифундистів – резидентів чи нерезидентів України;

– у малих та середніх підприємців аграрного сектору (фермерів) немає грошей на викуп земель;

– немає доступної інформації про варіанти використання землі нинішніми власниками;

– земля є основою національної безпеки України та може перебувати у власності лише громадян України.

Конституційними засадами реалізації права власності на землю в Україні є те, що земля є власністю народу України, а розпорядником земель є держава. У той же час не заперечується право приватної власності, але це право є обмеженим. З іншого боку – земельні ресурси є основою національної безпеки України, а закони (їх зміст) мають відповідати Конституції України.

Землі сільськогосподарського призначення зазвичай відносяться до особливо цінних земель, правовий статус яких визначається ст. 150 Земельного кодексу України. До них, зокрема, відносяться чорноземи нееродовані несолонцюваті на лесових породах; лучно-чорноземні незасолені несолонцюваті суглинкові ґрунти; темно-сірі опідзолені ґрунти та чорноземи опідзолені на лесах і глеюваті; бурі гірсько-лісові та дерново-буроземні глибокі і середньо глибокі ґрунти; дерново-підзолисті суглинкові ґрунти; коричневі ґрунти Південного узбережжя Криму, дернові глибокі ґрунти Закарпаття.

Крім розпайованих та переданих у власність земель сільськогосподарського призначення, у цій категорії земель є землі, що перебувають у постійному користуванні. Сьогодні вони використовуються комунальними та державними підприємствами, установами та організаціями. Для них закріплено

обов'язок цільового використання земель та дозволяється субкористування іншими суб'єктами. Держава та її повноважні органи фактично не здійснюють контроль за такими землями, хоча існує обмеження загальної площі с/г земель до 100 гектарів (площа може бути збільшена у разі успадкування земельних ділянок за законом).

Для вирішення питання безвідповідального ставлення до земель сільськогосподарського призначення нами пропонується надавати їх комунальним та державним підприємствам, установам та організаціям лише у строкове користування, а нецільове їх використання має автоматично спричиняти припинення прав. Ще одним запобіжником може стати заборона субвикористання, у тому числі без внесення до державних реєстрів. Для зміни цільового призначення сільськогосподарських земель слід ввести додаткову процедуру проведення громадського обговорення (слухань). Для зниження ризиків зловживання правами слід встановити чітке граничне обмеження загальної площі с/г земель до 100 гектарів, а збільшення площі у разі успадкування необхідно виключити.

Доцільним є на первинному етапі застосовувати процедури викупу земель у державний банк земель. Оскільки усі землі України є власністю народу України, то банк земель має називатися народним з відповідними наглядовими органами від громадських організацій. Оренда земель сільськогосподарського призначення з народного земельного банку України має здійснюватися за результатами проведення аукціону відповідно до законодавства України (ч. 1 ст. 135 Земельного кодексу України – земельні торги проводяться у формі аукціону, абз. 3 ч. 3 ст. 135 Земельного кодексу України – учасником земельних торгів є фізична або юридична особа, яка подала виконавцю земельних торгів документи, зазначені в ч. 7 ст. 137 Земельного кодексу України, сплатила реєстраційний та гарантійний внески, зареєстрована у книзі реєстрації учасників земельних торгів і відповідно до закону може набувати право власності чи користування земельною ділянкою, яка виставляється на земельні торги).

Суб'єктів слід також ретельно перевіряти на наявність у фізичної особи сільськогосподарської освіти або у юридичної – кваліфікованих працівників з такою ж освітою. Особа має довести, що має можливість обробляти землю (перспективний план використання земель + засоби + методи). Права таких орендарів мають бути суттєво обмежені:

– заборона суборенди (субкористування);

– лише цільове використання земель;

– дострокове автоматичне припинення прав за умови виявлення відхилення від умов користування.

На сьогодні вже існують деякі законодавчі основи таких обмежень:

1) у ч. 1 ст. 110 Земельного кодексу України на використання власником земельної ділянки або її частини може бути встановлено обмеження;

2) п. «а» ч. 1 ст. 96 Земельного кодексу України передбачає обов'язок використання землі за цільовим призначенням.

Таким чином, ми можемо дійти висновку, що для запуску ринку земель, на які до 01.01.2018 накладено мораторій на відчуження, необхідні такі законодавчо закріплені умови.

1. Юридичні особи та інші суб'єкти, що не відносяться до громадян України, можуть лише користуватися землями сільськогосподарського призначення.
2. Оренда чи право користування землями сільськогосподарського призначення надається лише на конкурсних засадах.
3. Швидке та ретельне проведення інвентаризації земель сільськогосподарського призначення.
4. Створення відкритого реєстру користувачів землями сільськогосподарського призначення.
5. Проведення ліквідації інформаційної безграмотності селян (обов'язок покласти на місцеві ради).
6. Забезпечення реального раціонального використання земель сільськогосподарського призначення з контролем за дотриманням вимог.
7. Надання компенсацій ефективним землекористувачам.
8. Надання державних гарантій національним суб'єктам сільськогосподарської сфери.
9. Передбачення викуп державою земель сільськогосподарського призначення у разі:

– бажання власника (фізичної чи юридичної особи);

– у разі невикористання за призначенням протягом 4-х років або закінчення планових сівозмін;

– закладених (заставних) земель сільськогосподарського призначення;

– входження земель сільськогосподарського призначення до складу відумерлої спадщини (викуп у громади).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Ринок земель. URL: http://land.gov.ua/icat/rynok-zemel/ (дата звернення: 11.11.2017).

2. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III. Інформаційно-пошукова система База даних «Законодавство». Версія 2.9.0. («Назва з екрану»).

3. Меморандум між МВФ та Україною від 02.03.2017. URL: https://www.minfin.gov.ua/uploads/redactor/filesМеморандум%20МВФ_Київ,%202%20березня%202017.pdf (дата звернення: 11.11.2017).

Lapechuk P., Popovych T. Problems of providing land rights in the conditions of regional instability

The analysis of property relations on land in Ukraine during the counterterrorist operation and against the background of economic decline in Ukraine. Served proposal regarding the conditions and opportunities for launching agricultural land market moratorium on the alienation which is valid until 01.01.2018.

Keywords: moratorium on the sale of agricultural land, land market, alienation of land, land relations of the period of instability.

ДО ПИТАННЯ ПОСИЛЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ДИТИНИ НА УТРИМАННЯ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.15

Левківський Б. К.,

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

У статті проаналізовано норми міжнародного та вітчизняного законодавства, якими регламентовано права дитини, а також механізми забезпечення здійснення цих прав та їх юрисдикційний захист від будь-яких дій, спрямованих на порушення прав та інтересів дитини.

Ключові слова: відповідальність батьків, обмеження батьківських прав, аліменти, право на виїзд за межі України, юрисдикційний захист.

Проблематика закріплення, а ще більше гарантії реалізації та захисту прав дитини є найактуальнішою тематикою досліджень в сучасній юридичній науці. Кожен науковець за різних часів, досліджуючи цю проблематику, пропонував свої шляхи її вирішення. Навіть ті науковці, які мали або нині мають наукові інтереси в інших площинах, досліджували проблематику прав дитини. І це зрозуміло, адже дитина – це майбутнє, від якого залежить людство. А відтак, від того, які ми – сучасне людство зможемо створити належні умови для виховання дитини, для її якісного життя, забезпечення досягнення її інтересів, зможемо забезпечити й існування людства. Саме тому юристи-науковці дедалі частіше замислюються над тим, в якому якісному стані на сьогодні перебувають норми законодавства, що закріплюють права дитини, і як ці права відповідають її інтересам, чи можуть сучасні норми права забезпечити дитині досягнення її інтересів, захистити її за допомогою цих норм.

Результати правового аналізу існуючих норм чинного сімейного законодавства України, наукової літератури, присвяченої цій тематиці, дають право стверджувати, що на сучасному етапі розвитку спеціального законодавства України ми не здійснили всіх необхідних заходів, спрямованих на створення нормативно-правової бази якісно нового рівня, яка повною мірою відповідатиме сучасним світовим тенденціям у сфері захисту прав дитини, сприятиме інтересам самої дитини. На жаль, ми і досі не розглядаємо дитину як повноцінного партнера, як людину, яка повною мірою наділена правами, як вільну людину зі своїми інтересами, яка в силу своїх фізіологічних особливостей потребує від нас допомоги у соціалізації, а не підкорення нашій волі, яка іноді настільки егоїстична, що прямо протирічить інтересам дитини.

Судова практика, яка на сьогодні існує в Україні, дивним чином ігнорує права дитини. Навіть ті поодинокі норми, які закріплюють права дитини на свободу, судовою практикою нівелюються.

Таким прикрим непорозумінням є практика судів в Україні, яка сформувалася відповідно до правової позиції Верховного Суду України (далі – ВСУ), що на сьогодні реформується. Так, як не дивно, саме ВСУ долучився до порушення прав дитини, фактично створивши ситуацію, за якої тисячі дітей стали заручниками настрою окремих батьків. На підтвердження даної тези достатньо згадати ганебні правові висновки, які фактично порушують права дитини, ігнорують міжнародні принципи, міжнародні нормативні акти та, врешті-решт, здоровий глузд. Підтвердженням практики ВСУ можна навести ті правові позиції, які в сучасному світі, в практиці Європейського Суду з прав людини викликають занепокоєння щодо нашої судової гілки влади, щодо її можливості ефективно здійснювати свої функції – правосуддя.

Одним з найбільш ганебних правових висновків є висновок ВСУ у справі 6-2445цс16, в якій прямо проігноровано право дитини, право, яке закріплено як Конвенцією про права дитини, так і чинним СК України, ЦПК України – право вільно висловлювати погляди з усіх питань, що торкаються дитини. При чому в Конвенції про права дитини зазначено, що власним думкам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю (ст. 21 Конвенції про права дитини). Відповідно ще до

одного спеціального міжнародного документа – Європейської конвенції здійснення прав дитини, зокрема ст. 6, чітко закріплено обов'язки судового органу під час розгляду справи, що стосується дитини. Перед прийняттям рішення судовий орган: a) визначає, чи має він достатньо інформації для прийняття рішення в найвищих інтересах дитини, і в разі необхідності одержує додаткову інформацію, зокрема від суб'єктів батьківської відповідальності; b) якщо внутрішнім законодавством дитина визнається такою, що має достатній рівень розуміння: упевнюється в тому, що дитина отримала всю відповідну інформацію; у відповідних випадках консультує особисто дитину (у разі необхідності – приватно) сам або через інших осіб чи інші органи в зрозумілий дитині спосіб, якщо це явно не суперечить найвищим інтересам дитини; надає можливість дитині висловлювати власні думки; c) приділяє належну увагу цим думкам. Однак зазначені положення залишилися поза увагою ВСУ. Тобто ВСУ у даній справі порушив права дитини, норми двох Конвенцій, проігнорувавши позицію дітей, висловлену ними суду апеляційної інстанції. Діти у цій справі стали заручниками не сліпого, а глухого правосуддя, яке не тільки проігнорувало позицію двох малолітніх дітей, а й створило умови для порушення прав дітей в усіх інших справах такої категорії.

Наведемо ще один приклад такої бездумної правової позиції вже Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ (далі – ВССУ). Відповідно до правового висновку від 16 березня 2016 р. у справі 6-33303ск15 ВССУ наголосив, що дозвіл на виїзд дитини за межі України без згоди батька, не позбавленого батьківських прав, надається кожного разу окремо (тобто на кожен виїзд), при цьому в дозволі зазначається країна, місце перебування та строк, який дитина буде знаходитись за кордоном. В іншому випадку дозвіл позбавляє батька дитини брати участь у вихованні та можливості спілкування і є незаконним.

Саме цей момент суди першої та апеляційної інстанцій в своїй практиці зобов'язані враховувати, бо діти, які проживають в Україні, стали заручниками батьківських примх та настрою або жертвою неприязних стосунків між батьками, які у своїх «війнах», осліплені люттю одне до одного, забувають про інтереси власної дитини, про її права.

До «народження» правового висновку ВССУ від 16 березня 2016 р. у справі 6-33303ск15 суди не були обмежені при вирішенні питання про виїзд дитини за межі України без дозволу іншого з батьків, надавали дозвіл на виїзд дитини за межі України у супроводі іншого з батьків на більше ніж одну поїздку, а якщо це необхідно для розвитку здібностей дитини у спорті або мистецтві – і до досягнення дитиною відповідного віку.

З урахуванням зазначеного вище, є підстави стверджувати, що на сьогодні судова практика в окремих випадках, забезпечуючи право батьків, ігнорує права дітей. Хоча в нормативних актах закріплено права дитини, які необхідно враховувати при виконанні батьківських обов'язків, а у випадку їх порушення суду відновлювати або захищати ці права. Саме судова практика, в окремих випадках, призводить до порушення цих прав, створює ситуацію, за якої дитина повністю залежна від своїх батьків, фактично не є суб'єктом сімейних правовідносин, а є виключно залежною, підвладною особою своїм батькам. І хоча влада батьків над дитиною сьогодні значно відрізняється від становища дитини у Стародавньому Римі, однак і реалізовувати більшу частину своїх прав дитина може виключно з дозволу своїх батьків, навіть у випадку коли існують беззаперечні докази зловживання батьками своїми правами та існування конфлікту інтересів батьків та дитини.

У цій статті, з урахуванням окреслених проблем, які виникають на практиці, можливих та розумних її меж, буде окреслено існуючі проблеми чинного законодавства, а також проблеми його реформування. З урахуванням виявлених недоліків, запропоновано перспективні напрями удосконалення законодавства з питань захисту прав дитини, оскільки дитина – це не підвладний об'єкт, а суб'єкт сімейних правовідносин, фізична особа, яка в силу фізіологічних особливостей перебуває під опікою батьків або інших уповноважених осіб, які зобов'язані діяти на користь дитини, несуть обов'язки батьківства та відповідальні перед нею за свої дії щодо неї. А тому дитина при досягненні відповідного рівня розумового розвитку має право на реалізацію окремих прав, якими вона володіє від народження, а у випадку оспорення цього права одним із батьків, виникнення конфлікту інтересів батьків і дитини – на відповідний захист з боку уповноважених державою суб'єктів владних повноважень.

Розпочати правовий аналіз слід з положень, закріплених у Загальній декларації прав людини, яка була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року (далі – Декларація). Так, у ст. 1 Декларації зазначено, що всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю і зобов'язані діяти у відношенні один до одного в дусі братерства. Отже, дане положення закріплює рівність всіх людей і пов'язує виникнення такого стану саме з моментом народження, а відтак і немовля і її батьки мають однаковий обсяг прав, звичайно, з урахуванням фізіологічної можливості реалізовувати ці права самостійно.

Зазначені положення щодо рівності всіх людей з моменту народження сприймаються і законодавством України, однак з певними обмеженнями щодо дитини. Чи є ці обмеження дискримінаційними?

Термін «дискримінація» походить від латинського *discriminatio* «розрізнення» – будь-яка відмінність, виключення, обмеження або перевага, що заперечує або зменшує рівне здійснення прав. Поняття охоплює виключення або обмеження можливостей для членів певної групи відносно можливостей інших груп [1].

Слід зазначити, що в Україні було розроблено спеціальний нормативний акт. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» дискримінація – ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними (далі – певні ознаки), зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Відповідно до зазначеного вище нормативного акта в Україні не допускається дискримінація за ознаками віку, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Слід пригадати, що дискримінація за ознаками віку у сімейних правовідносинах – це фактичне обмеження у праві осіб або у можливості його беззаперечної та вільної реалізації, які, зокрема, не досягли або досягли певного вікового цензу.

На жаль, суди в Україні традиційно не звертають належної уваги на необхідність забезпечення дитині прав на висловлення своєї позиції щодо розв'язання питання, яке прямо стосується її або сім'ї, в якій вона проживає та виховується. Суди не намагаються встановити рівень розвитку дитини, встановити, чи здатна дитина висловитися щодо питання, яке розглядається судом. Це підтверджує аналіз рішень суду в сімейних спорах, що стосуються дитини, які у своїй переважній більшості не містять посилання на опитування дитини.

Щодо перспектив удосконалення чинного законодавства України з метою закріплення прав дитини, гарантії їх здійснення та посилення відповідальності за порушення прав дитини. Якщо брати до уваги окреслені вище існуючі найактуальніші проблеми, то законодавець, суспільство в цілому має переглянути своє ставлення до дитини при вирішенні питань щодо визначення місця проживання дитини, права на належне утримання від батьків та питань щодо виїзду дитини за межі України у супроводі одного з батьків.

Верховною Радою України було ініційовано внесення змін до чинного законодавства України з метою створення належних умов на реалізацію дитиною права на виїзд за межі України в супроводі одного з батьків без згоди іншого. Так, законопроектом № 149561 від 23.06.2017 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку виїзду дитини за межі України», що було прийнято та підписано Президентом, доповнено Сімейний кодекс України новою нормою, у ст. 161 з позначкою 1 закріплено право дитини на виїзд за межі України. Відповідно до змісту зазначеної норми дитина, яка досягла 16 років, має право на самостійний вільний виїзд за межі України. В зазначеній нормі законодавець також передбачив можливість надання дозволу судом, при цьому як на одну так і на кілька поїздок – певну країну так і без її визначення. Більш того, законодавець наділив правом і орган опіки та піклування надавати дозвіл на виїзд дитини за межі України у випадках згідно із закритим переліком. Відповідно до переліку дозвіл надається, зокрема: для участі в спортивних змаганнях, олімпіадах, наукових та творчих конкурсах, програмах обміну школярів, в міжнародних олімпіадах, для лікування.

Реалізовано ще один законопроект № 7277 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів». Відповідно до змін, що були внесені до чинного законодавства України, було спрощено процедуру отримання необхідних документів для виїзду дитини за кордон.

Законодавець закріпив обмеження права того з батьків, котрий не виконує свого обов'язку щодо сплати аліментів на дитину, брати участь у вирішенні питань життя дитини, зокрема, питання щодо виїзду дитини за межі України.

Чи є таке обмеження дискримінаційним – ні, таке обмеження у праві, скоріше за все, є пропорційною реакцією держави на невиконання визначеного законом обов'язку по утриманню дитини. Тобто це обмеження в праві є саме одним з випадків, про які йшлося вище, випадків, коли обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Слід також зазначити, що згадані новели, окрім зазначеного, мають на меті стимулювати платника аліментів на виконання свого обов'язку з метою збереження за ним всіх прав щодо участі у вихованні дитини, участі при вирішенні всіх питань життя дитини.

Разом з тим, на жаль, доводиться констатувати, що вкотре законодавець недопрацював, оскільки запропоновані зміни не охопили спеціальні нормативні акти, що регулюють порядок перетину державного кордону, якими керується Державна прикордонна служба України.

Так, на жаль, зміни не торкнулися Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» (в редакції від 06.02.2018). Норма ст. 2 Закону встановлює перелік документів, що дають право громадянину України на виїзд з України і в'їзд в Україну. Серед переліку документів, що надають право на виїзд з України, відсутні як рішення органу опіки та піклування, так і такий документ як довідка з виконавчої служби про наявність заборгованості по сплаті аліментів.

Не зазнала змін і Постанова Кабінету Міністрів України від 27 січня 1995 р. № 57 «Про затвердження Правил перетинання державного кордону громадянами України» (в редакції від 26.10.2016) ні п. 2, ані п. 4 цієї Постанови не містить посилань на рішення органу опіки та піклування, а так само і на довідку виконавчої служби про заборгованість по сплаті аліментів як на документи, що надають право на перетин державного кордону України особою, яка не досягла шістнадцяти років, без дозволу того з батьків, хто не сплачує аліменти.

Так, є ще один спеціальний нормативний акт, що є основним для Державної прикордонної служби України, що не зазнав змін. Наприклад, відповідно до норми ст. 14 Закону України «Про прикордонний контроль» (в редакції від 27.04.2014 р.), якою встановлено порядок відмови у перетинанні державного кордону, громадянину України може бути відмовлено у перетинанні державного кордону, якщо йому було відмовлено у пропуску через державний кордон при виїзді з України у зв'язку з відсутністю документів, необхідних для в'їзду до держави прямування, транзиту, в передбачених законодавством випадках або у зв'язку з наявністю однієї з підстав для тимчасового обмеження його у праві виїзду за кордон, визначених ст. 6 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України».

З огляду на зазначене, у разі відсутності всіх визначених спеціальними нормативними актами документів, необхідних для перетину державного кордону особою, яка не досягла 16 років, такій особі може бути відмовлено у перетині кордону незважаючи на наявність дозволу органу опіки та піклування або довідки про заборгованість по сплаті аліментів, оскільки зазначені документи відсутні у закритих переліках спеціальних нормативних актів, якими керується Державна прикордонна служба України.

Окрім окреслених проблем, законодавець не передбачає можливості спрощеного порядку виїзду для осіб, які не досягли 16-річного віку у випадку неповного або несвоєчасного виконання обов'язку по сплаті аліментів, що з урахуванням винахідливості неплатників аліментів буде найпоширенішою проблемою для отримувачів. Тобто платники аліментів, зловживаючи своїми правами, і надалі зможуть уникати відповідальності, тоді як законодавець взагалі не пропонує посилити відповідальність таких платників за зловживання батьківськими правами.

Таким чином, необхідно внести відповідні зміни до спеціальних нормативних актів, зокрема, до ст. 2 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» та до пп. 2, 4 Постанови Кабінету Міністрів України від 27 січня 1995 р. № 57 «Про затвердження Правил перетинання державного кордону громадянами України», в яких закріпити дозвіл органу опіки та піклування, а також довідку про заборгованість по сплаті аліментів як документи, що надають право на перетин державного кордону особою, яка не досягла шістнадцяти років, без дозволу одного з батьків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Пилипчук Р. В. Дискримінація // Енциклопедія сучасної України: в 30-и т. К.: Національна академія наук України, Наукове товариство імені Шевченка, Координаційне бюро енциклопедії сучасної України НАН України, 2001–2016. ISBN 944-02-3354-х.

2. Посібник з європейського антидискримінаційного права. Рада Європи, 2010 р. Люксембург: Видавничий дім Європейського Союзу, 2011 р. ISBN 978-92-871-9995-9 (Рада Європи) ISBN 978-92-9192-667-1 (Агенція з питань основоположних прав) ISBN 978-617-684-068-8 (Укр.) doi:10.2811/1197 Українське видання: ТОВ «К.І.С.», 2013. URL: http://www.uk.x-pdf.ru/5yuridicheskie/1217903-4-posibnik-vropeyskogo-antidiskriminaciynogo-prava-this-publication-was-translated-and-produced-under-the-european.php (дата звернення: 01.06.17).

3. Архів Печерського районного суду міста Києва, м. Київ. Матеріали цивільної справи № 757/11568/15-ц, 2015.

Levkivsky B. To the questionnaire for protection of the rights of the child to maintenance

The article analyzes the norms of international and domestic legislation that regulate the rights of the child, as well as mechanisms to ensure the implementation of these rights and their jurisdictional protection against any actions aimed at violating the rights and interests of the child. The article considers some promising draft laws that provide for simplification of the child's exit abroad and return to it. The bill has been analyzed in which the liability for non-fulfillment of obligations to pay child support for the child's maintenance, restriction of the right of the defaulter from participation in the decision on the possibility of the child's departure abroad, is becoming tougher.

Keywords: the responsibility of parents, the restriction of parental rights, alimony, the right to travel outside Ukraine, jurisdiction protection.

ПЕРЕВАЖНІ ПРАВА БАТЬКІВ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.16

Левківська С. А.,
молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті наведено результати критичного аналізу норм сімейного законодавства України, в яких закріплено переважне право батьків на виховання своїх дітей. Розкриваються особливості реалізації батьками права на виховання дитини після розірвання шлюбу. Зроблено пропозиції щодо вдосконалення чинного сімейного законодавства по забезпеченню батьківських прав щодо виховання дітей, розкрито особливості пріоритетного права на виховання та гарантії його реалізації.

Ключові слова: сімейні та правові відносини, батьківські права, права батьків на виховання, особливості здійснення батьківських прав, гарантії прав батька, котрий живе окремо.

Проблематика переважних прав завжди була дискусійною, особливо з урахуванням того, що у більшості галузевих кодифікованих актах закріплено принцип рівності всіх фізичних осіб. Саме тому необхідно віднайти баланс між закріпленим принципом рівності та категорією переважного права. Необхідно погодиться з тими авторами, які вказують, що проблематика переважних прав є однією з досить спірних категорій, яка викликає систематичні дискусії. Категорії переважних прав в різний час присвячували свої наукові праці такі відомі юристи: В. П. Грибанов, Л. Ю. Леонова, В. В. Бондар, О. Є. Кухарєв, В. І. Крат та інші.

У науковій літературі наведено визначення переважних прав, під якими розуміють суб'єктивне цивільне право, яке надає його носієві можливість пріоритетно перед іншими особами набути іншого або здійснити існуюче суб'єктивне право [1, с. 3].

Свого часу професор В. П. Грибанов, аналізуючи категорію переважних прав, зазначав, що переважні права – це випадки, коли за всіх інших рівних умов перевагу надано законом певній групі осіб, що володіють якимись особливими ознаками [2].

У своєму дисертаційному дослідженні Л. Ю. Леонова зазначає, що під переважними правами слід розуміти права уповноваженої особи тільки в прямо встановлених законом випадках, зміст, порядок здійснення та захист яких визначається самим законом, а не віднесено до волі сторін [3].

Противники необхідності існування цієї категорії вказують на загальновизнаний принцип рівності прав у цивільних відносинах і неможливість існування дискримінації, якою, на їхню думку, і є категорія переважних прав. Як правило, в обґрунтування своїх аргументів противники існування даної категорії наводять норми загальновизнаних стандартів у сфері прав, зокрема норм Загальної декларації прав людини. Так, в нормі ст. 1 Загальної декларації прав людини зазначено, що всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю і повинні діяти у відношенні один до одного в дусі братерства. Доповнює наведену норму ст. 2, в якій чітко закріплено, що кожна людина повинна мати всі права і свободи, проголошені цією Декларацією, без якої б то не було різниці, як-то у відношенні раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, майнового, станового або іншого становища. Однак з такою позицією не можна погодитися, оскільки переважні права не є дискримінацією чи обмеженням особи в праві, а є забезпеченням визначеному колу суб'єктів, тобто особам, між якими виникли та тривають правовідносини, досягнення свого інтересу у найефективніший спосіб.

Інтерес до проведення досліджень переважних прав обумовлений тим, що залежно від галузі, в якій існують такі переважні права, виникає і специфіка цих прав і особливості їх здійснення.

Історично склалося так, що з усіх видів переважних прав першим і до останнього часу практично єдиним залишилося переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності [4, с. 189].

Категорія переважних прав у цивільному праві характерна більшою мірою саме майновими правовідносинами, зокрема, у відносинах найму, спадкових (щодо окремих видів майна та порядку їх успадкування, наприклад вогнепальної мисливської зброї). В сімейному праві, на нашу думку, переважні права виступають в якості самостійної правової категорії, і саме в сімейному законодавстві знайшли своє закріплення у більшій мірі.

Сімейне право України, як і більшості незалежних держав, законодавство яких розвивається в єдиному ключі з урахуванням існуючого протягом 70 років їх державного і політичного устрою, традиційно закріплює пріоритет прав батьків у сфері виховання дітей.

Торкаючись питання про переважні права одного з батьків перед правами іншого, слід нагадати, що сімейне законодавство виходить з принципу рівності прав батьків. Даний принцип закріплений в кількох нормах, основною з яких є норма ст. 141 СК України, в якій зазначено, що мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, перебувають вони в шлюбі між собою.

Згадана норма забезпечує правову визначеність у відносинах між батьками і дітьми не в умовах кризи сімейних відносин, з точки зору рівності прав чоловіків і жінок в сімейних відносинах і рівності прав дітей незалежно від їх походження. Однак питання про форми і способи здійснення батьківських прав батьками, шлюб яких було розірвано, або в інших умовах кризи сімейних відносин залишились без уваги законодавця.

Поряд з цією нормою законодавець закріплює і норму, відповідно до якої визнає існування переважних прав в сімейних правовідносинах щодо виховання дитини, визначаючи, що права батьків є переважними перед іншими особами. Так, згідно з ч. 1 ст. 151 СК України «батьки мають переважне право перед іншими особами на особисте виховання своїх дітей». Закріплюючи даний принцип, сімейне законодавство вказує на те, що цим принципом слід керуватися в усіх правовідносинах за участю дитини та її батьків, в тому числі і при зміні характеру даних правовідносин, зокрема якщо один з батьків проживає окремо від дитини.

Цей принцип зберігається так само в тому випадку, коли шлюб батьків було розірвано, і так само якщо шлюб був фактичним без його юридичного оформлення, один з батьків проживає окремо від дитини, а дитина проживає в новій сім'ї, яку створив один з батьків з іншою – третьою особою. Відповідно до чинного Сімейного кодексу України права мачухи чи вітчима на участь у вихованні дитини закріплено в нормі ст. 260 СК України, в цьому випадку у того з батьків, котрий проживає окремо від дитини, зберігається переважне право перед вітчимом або мачухою на виховання своєї дитини.

В СК України знайшли своє закріплення й інші переважні права батьків, зокрема, переважне право батьків закріплено в нормі ст. 157 СК України, в якій йдеться про переважне право на особисте спілкування з дитиною, а також встановлено заборону на створення перешкод для реалізації цього переважного права того з батьків, який проживає окремо від дитини.

Переважне право батьків згадується і у нормі ст. 163 СК України, в якій закріплено переважне право батьків перед усіма іншими особами на проживання дитини з ними.

Однак, закріплюючи переважні права батьків в СК України, використовується універсальний підхід. Законодавець, визначаючи переважне право батьків, розглядає батьків як єдине ціле, тобто батьків, які проживають однією сім'єю з дитиною, не приділяючи належної уваги здійсненню батьківських прав і їхньої пріоритетності після розірвання шлюбу або в разі його відсутності при роздільному проживанні батьків дитини. І це при тому, що найбільша кількість проблем здійснення батьківських прав виникає саме при роздільному проживанні батьків, оскільки закон не визначив на сьогодні в жодній нормі закону те, хто з батьків і в яких випадках має переважне право на здійснення прав в батьківському відношенні на виховання дитини. Зазначена обставина призводить до значного збільшення судових справ за позовами батьків один до одного з метою вирішення спору щодо виховання дитини. Відповідно до статистичних даних, оприлюднених судовою адміністрацією України, за 2016 рік в Україні в провадженні судів перебувало в цілому понад 5000 суперечок, зокрема, 1310 цивільних справ про визначення місця проживання дитини, 1 098 про визначення способу участі у вихованні дитини, 3192 про позбавлення батьківських прав.

Виходячи з вищевикладеного, розмірковуючи про переважні права батьків, слід розкрити і проблему легального визнання переваг прав одного з батьків перед правами іншого під час їх роздільного проживання, оскільки при їх спільному проживанні всі питання сім'ї, як правило, вирішуються всередині сім'ї і не переростають в конфлікти, які вимагають реакції уповноваженого суб'єкта владних повноважень.

У разі проживання одного з батьків окремо від дитини більшість питань щодо виховання дитини пов'язані з подоланням різного роду розбіжностей, які виникають між батьками, більшою мірою через неприязні відносин і меншою – через дійсно необхідність і бажання визначити для дитини кращу можливість, а за відсутності дієвого механізму вирішення цих питань призводить до тривалих судових процесів.

Слід зазначити, що на практиці, з моменту визначення місця проживання дитини з одним із батьків, при узгодженні будь-яких питань, пов'язаних з його вихованням та утриманням, все ж існує пріоритетність прав того з батьків, що проживає разом з дитиною, над правами іншого, що проживає окремо, тобто йдеться про фактичну перевагу прав. Подібний фактичний стан не врегульований нормами матеріального права, що не відповідає потребам суспільства та не створює можливості ефективно здійснювати батьківські права у кризовому шлюбі або після його розірвання.

Проживання дитини з одним з батьків, на наше глибоке переконання, передбачає необхідність встановлення спеціального правового режиму, однією з особливостей якого, на нашу думку, є визнання переважного права того з батьків, що проживає з дитиною, над правами іншого з батьків, що проживає окремо, зокрема, при вирішенні питань побутового характеру або питань виїзду дитини за межі України з метою оздоровлення або лікування, та не потребує додаткового погодження з іншим з батьків. Ми підкреслюємо, що у даному випадку в жодному разі не йдеться про обмеження прав батька, що проживає окремо від дитини. Обмеження батьківських прав, в його юридичному значенні, є передбаченою

законом реакцією держави на неналежне здійснення батьківських обов'язків щодо дитини, зокрема обмеження прав батьків має місце у випадках, передбачених в нормах ст. 161, ч. 1 ст. 162, ст. 170, ч. 6 ст. 177 СК України.

Зважаючи на вищезазначене, слід розмежовувати переважні права батьків з обмеженням батьківських прав, оскільки пріоритет при здійсненні батьківських прав не є обмеженням цих прав. Також вищезазначене надає змогу стверджувати, що з урахуванням особливостей переважних прав батьків щодо виховання дитини можна провести їх класифікацію, поклавши в основу суб'єктний склад правовідносин, зокрема:

1) переважні права батьків на особисту участь у вихованні своїх дітей перед третіми особами;

2) переважні права батьків на особисту участь у вихованні своїх дітей один перед одним у здійсненні батьківських прав.

Однак, якщо в одному випадку нормами матеріального права передбачають відповідні вказівки на пріоритетність батьківських прав, то в іншому – законодавець взагалі не передбачає можливості встановлення пріоритету, умов його виникнення, а також змісту цих прав.

Встановлення на законодавчому рівні пріоритету прав батьків один перед одним під час здійснення батьківських прав, особливо в умовах кризи сімейних відносин, сприятиме найповнішому і своєчасному досягненню інтересів дитини, забезпеченню його прав, зменшенню кількості судових спорів між батьками.

Такий пріоритет може встановлюватися за взаємною згодою батьків, а в разі виникнення між ними спору такий режим може бути встановлений за рішенням суду. У разі відмови батьків від встановлення такого режиму буде діяти загальний принцип, закріплений в ч. 1 ст. 141 СК України.

З огляду на окреслені проблеми нормативного регулювання існує необхідність у закріпленні в чинному сімейному законодавстві України двох можливих режимів батьківського піклування. Залежно від обсягу прав, віднесених до пріоритетних прав одного з батьків, слід виділяти спільне універсальне батьківське піклування або одноосібне універсальне батьківське піклування.

Після розірвання шлюбу або встановлення режиму окремого проживання батьків за попередньою домовленістю з урахуванням інтересів дитини зможуть укласти відповідний договір про встановлення режиму батьківського піклування одного з двох видів – спільного або одноосібного, що не тільки забезпечить ефективне забезпечення прав та інтересів дитини, а й надасть можливість зменшити навантаження на суди. У випадку виникнення між батьками дитини після розірвання шлюбу або встановлення режиму сепарації спору щодо піклування таке піклування буде встановлюватися рішенням суду.

Щодо особливостей спільного універсального та одноосібного універсального батьківського піклування, то ці особливості кожного з зазначених режимів були розкриті в іншій науковій статті, а відтак ми не будемо окремо зупинятися на них[1].

З метою досягнення прогнозованого результату необхідно внести низку змін до чинного сімейного законодавства України, зокрема, ми переконані, що необхідно доповнити ст. 141 СК України частинами 3 – 5, які викласти в такій редакції:

«У разі проживання одного з батьків окремо від дитини за взаємною згодою батьків або за рішенням суду може бути встановлений один з можливих спеціальних правових режимів здійснення батьківських прав, зокрема, спільне універсальне батьківське піклування або одноосібне універсальне батьківське піклування».

«У разі встановлення спільного батьківського піклування до переважних прав того з батьків, котрий проживає разом з дитиною, віднесено право на вирішення всіх щоденних питань життя дитини, що не виходять за рамки дрібних побутових його потреб».

«У разі встановлення одноосібного універсального батьківського піклування до переважних права того з батьків, котрий проживає разом з дитиною, віднесено право на вирішення всіх питань життя дитини за винятком права зміни імені, по батькові, прізвища, зміни громадянства».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Крат В. І. Переважні права: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03: «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Х.: 2008. 20 с.

2. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / Изд. 2-е, стереотип. М.: «Статут», 411 с. (Классика российской цивилистики). 2001.

3. Леонова Л. Ю. Преимущественные права в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва: 2005. 194 с.

[1] Актуальні питання здійснення батьківських прав після розірвання шлюбу. Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції «Політико-правові реформи та становлення громадянського суспільства в Україні» (Херсон, 09 – 10 жовтня 2015 р.) / Державний вищий навчальний заклад «Херсонський державний університет». Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2015. 224 с.

4. Кухарєв О. Є. Види переважних прав у сфері спадкування / Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». Херсон, 2014. Вип. 2. Т. 1.
5. Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків та дітей: монографія. К.: Вид-во Ліра-К, 2014. 628 с.
6. Про ратифікацію Конвенції про права дитини: постанова Верховної Ради УРСР від 27 лютого 1991 р. № 789-XII // Відомості Верховної Ради УРСР, 1991. № 13. Ст. 145.

Levkivska S. The parental preference right to raise children and its implementation after the dissolution of marriage

The article presents the results of a critical analysis of the norms of the domestic family legislation of Ukraine, which enshrines the parental preferential right to raise their children. The peculiarities of the realization of the right to raise a child after divorce by a parent living apart from the child are disclosed. Proposals have been made to improve the current family legislation in terms of securing the parental preferences for the upbringing of children, the features of the priority right to upbringing and guarantees for its implementation are disclosed.

Keywords: family and legal relations, preferential rights, parents' rights to upbringing, peculiarities of exercising preferential rights, guarantees of the rights of the parent living separately.

РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ НЕДІЄЗДАТНОСТІ В УКРАЇНІ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.17

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

У статті досліджуються права пацієнтів із психічними розладами у світлі законопроекту № 4449. Аналізуються такі аспекти: право на згоду на лікування, функціональна дієздатність.

Ключові слова: права психічнохворих осіб, право на згоду на лікування, функціональна дієздатність.

10 грудня 2017 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги» № 2205-VIII, метою якого проголошено приведення національного законодавства у сфері надання психіатричної допомоги у відповідність до міжнародних норм та європейської практики. Необхідність прийняття закону обґрунтовується потребою створення реального механізму захисту прав недієздатних осіб та попередження свавілля при лікуванні психічних розладів та госпіталізації в психіатричний заклад.

Метою даної статті є аналіз змісту положень запропонованих змін; виявлення позитивних моментів та суперечностей із діючим законодавством і міжнародними правовими стандартами; а також аналіз досвіду Республіки Молдова у комплексному реформуванні цивільно-правового інституту недієздатності.

За загальним правилом, необхідною попередньою умовою будь-якого медичного втручання є інформована добровільна згода пацієнта. Втім у деяких юрисдикціях, в тому числі й в Україні, правосуб'єктність осіб, визнаних судом недієздатними, в їхніх відносинах з медичними установами є здебільшого пасивною: згода за законом вимагається виключно від їх законних представників – опікунів чи адміністрації психіатричних лікарень, психоневрологічних інтернатів, інших установ, наділених опікунськими функціями. У тих випадках, коли опікунськими функціями володіє лікувальний заклад, він одночасно надає і медичну допомогу, і згоду на її здійснення. Згода або вибір опікуна відноситься і до госпіталізації, яка, за вимогами закону, кваліфікується добровільною, хоча проведена попри відсутність згоди зацікавленої особи – самого пацієнта. То ж у випадку лікування особи, визнаної судом недієздатною, діє принцип автоматичного та повного заміщення згоди (відмови) недієздатного пацієнта згодою опікуна. Волевиявлення самого недієздатного пацієнта юридичного значення при цьому не має.

Парадоксальність системи суцільної опіки полягає в тому, що будучи націленою на усунення зловживань, вона породжує ще більші зловживання. Перш за все, це відбувається через недосконалі процедури визнання особи некомпетентною та недієздатною, що відбуваються поза впливом особи, фактично за її спиною. До того ж, визнання особи недієздатною та встановлення опіки відкриває шлях до зловживань із фінансовими статками та майном підопічного. Викривається дедалі більше випадків свавільного поміщення опікуном підопічного у лікарні, спеціальні інтернати, закриті психоневрологічні заклади. Все це уможливлюється через формальність механізмів призначення та контролю за діяльністю опікуна.

На цьому фоні цілком зрозумілою та своєчасною виглядає ініціатива розроблення законопроекту № 4449 від 15.04.2016, який було покладено в основу щойно прийнятого закону. На думку розробників,

його прийняття сприятиме поліпшенню соціальної захищеності недієздатних осіб, забезпечить запобігання зловживанням з боку осіб, які здійснюють догляд за інвалідами внаслідок психічного захворювання, надасть можливість поліпшити доступ осіб із вадами психічного здоров'я до правосуддя, запобігатиме випадкам нелюдського поводження з недієздатними особами, а також поліпшить якість надання психіатричної допомоги ув'язненим. Крім того, з прийняттям закону очікується зменшення кількості звернень громадян України до Європейського суду з прав людини, що сприятиме запобіганню витратам з Державного бюджету України особами за виграними судовими справами.

Згадана законодавча ініціатива стала закономірним наслідком тривалого процесу, основними етапами якого стали кілька важливих подій.

По-перше, Україна є учасником Конвенції ООН «Про права осіб з інвалідністю», яка проголосила першим принципом, на якому будується весь механізм угоди, – повагу до гідності та індивідуальної цінності, притаманної всім членам людської сім'ї, що включає свободу робити власний вибір, автономію та незалежність також і для осіб з інвалідністю.

По-друге, у низці рішень проти України Європейським судом сформульовано декілька принципово важливих положень щодо здійснення судового нагляду та правового значення волі та побажань осіб, які потребують психіатричної медичної допомоги та, зокрема, в примусовому порядку госпіталізуються до психіатричного закладу або утримуються у ньому.

По-третє, Рішенням Конституційного Суду України № 2-рп/2016 від 01.06.2016 визнано, що положення ст. 13 Закону України «Про психіатричну допомогу», згідно з яким «особа, визнана у встановленому законом порядку недієздатною, госпіталізується до психіатричного закладу на прохання або за згодою її опікуна», не відповідає Конституції України (є неконституційним).

Так, Конвенція про права осіб з інвалідністю передбачає кардинальні зміни у самій парадигмі реалізації правоздатності особами як з фізичними, так й ментальними вадами. У першу чергу, це стосується осіб, хворих на психічні захворювання, оскільки наявність психічного розладу є однією з підстав для призначення інвалідності та визнання особи недієздатною. Конвенція підняла дуже високо планку дотримання прав та поваги до гідності низки категорії осіб, запровадивши далекоглядні зміни у самому розумінні проблем інвалідності, правоздатності людей з інвалідністю, сучасного концепту рівності у правах. У ч. 4. ст. 12 проголошено вимоги до національного законодавства держав-учасниць: «Держави-учасниці забезпечують, щоб усі заходи, пов'язані з реалізацією правоздатності, передбачали належні та ефективні гарантії недопущення зловживань відповідно до міжнародного права з прав людини. Такі гарантії повинні забезпечувати, щоб заходи, пов'язані з реалізацією правоздатності, орієнтувалися на повагу до прав, волі та переваг особи, були вільними від конфлікту інтересів і недоречного впливу, співрозмірними обставинам цієї особи й пристосовані до них, застосовувалися протягом якомога меншого строку й регулярно перевірялися компетентним, незалежним та безстороннім органом чи судовою інстанцією. Ці гарантії повинні бути пропорційними мірі, якою такі заходи зачіпають права та інтереси цієї особи».

Фактично Україна, як учасник даної Конвенції, вже взяла на себе низку серйозних зобов'язань вчинити заходи з приведення національного законодавства у відповідність із положеннями згаданої статті і угоди в цілому. У ч. 2. ст. 12 Конвенції підкреслено правило, що «усі інваліди мають правоздатність на рівні з іншими в усіх аспектах життя». У контексті всього документа угоди правоздатність розуміється як поєднання правового статусу та дієздатності, і це означає, що психічні захворювання, інтелектуальні порушення та інші дискримінаційні посилання не є законними причинами відмови у правоздатності. Тому припущення чи фактичні (юридичні) обмеження психічної дієздатності не повинні використовуватися для позбавлення правоздатності, тим більше не означають її автоматичне виключення, зокрема, позбавлення відповідної особи права на вибір. Також Комітет Конвенції ООН у коментарі до ст. 12 спеціально підкреслює застосовність даних положень до сфери лікування та догляду, зауважуючи, що персонал має знайти шляхи, щоб максимально консультуватись із пацієнтом, а особа, що діє від імені пацієнта (наприклад опікун), не приймала рішення замість нього [1].

У низці Рішень ЄСПЛ проти України було вказано на застарілість та не відповідність загальним тенденціям сучасних європейських стандартів деяких положень вітчизняного законодавства, в яких відверто порушуються права психічнохворих, чим фактично засвідчується факт того, що в Україні не виконуються міжнародні правові зобов'язання. У справі «Наталія Михайленко проти України» підтверджено, що вітчизняний підхід, згідно з яким особи, які визнані недієздатними, не мають права на безпосередній доступ до суду з метою поновлення своєї цивільної дієздатності, не відповідає загальній тенденції, що панує на європейському рівні.

У рішенні по справі «М. проти України» зауважено, що згода особи на поміщення в психіатричний заклад для стаціонарного лікування може вважатись дійсною тільки за наявності достатніх і достовірних свідчень того, що психічна здатність особи дати згоду та розуміти її наслідки була об'єктивно встановлена в ході справедливої і належної процедури і вся необхідна інформація стосовно госпіталізації та запланованого лікування була надана в адекватний спосіб.

У справі «Горшков проти України» було зазначено, що в Україні участь особи, до якої вже застосовуються примусові заходи медичного характеру при розгляді справ про продовження, зміну виду чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру, очевидно, не є обов'язковою. Можливості пацієнта у такому провадженні обмежені, оскільки він не є стороною провадження. Але ж ключовою гарантією Конвенції є те, що особа, яка примусово утримується у психіатричному закладі, повинна мати право на судовий перегляд за її власним бажанням. Доступ особи, яка утримується, до судді не має залежати від доброї волі адміністрації закладу, де утримується особа, використовуватись на розсуд керівництва медичного закладу.

У справі «Анатолій Руденко проти України» зазначалось, що можливість пацієнтів отримати інший висновок незалежних експертів-психіатрів – принцип, який включений до Принципів ООН щодо захисту осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги – є важливою гарантією попередження можливого свавілля при прийнятті рішень стосовно продовження застосування примусового лікування.

У цих рішеннях ЄСПЛ фактично було вказано на необхідність забезпечити у національній правовій системі: присутність особи під час судового розгляду питання про її примусову госпіталізацію; можливість особисто оскаржити рішення про госпіталізацію у примусовому порядку; можливість отримати правову допомогу під час госпіталізації; можливість залишити заклад за власним бажанням у випадку, коли особа погодилась на госпіталізацію; належну психіатричну експертизу; доступ до суду визнаної недієздатною особи з метою поновлення своєї цивільної дієздатності.

Враховуючи взяті міжнародні зобов'язання, надані ЄСПЛ зауваження і пропозиції та Рішення КСУ, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги» запропоновано низку змін стосовно значення волі і побажань особи, яка потребує медичної психіатричної допомоги або якій надається такий вид медичної допомоги. Зокрема, до ст. **7,** 11, 12, 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» вносяться істотні зміни, якими ліквідується автоматизм у заміщенні рішень недієздатної особи, яка хворіє на психічні розлади, рішеннями її законного представника (опікуна).

У ст. 7 пропонується частина тексту такого змісту: «Методи діагностики та лікування і лікарські засоби, що становлять підвищений ризик для здоров'я особи, якій надається психіатрична допомога, застосовуються за призначенням і під контролем комісії лікарів-психіатрів щодо особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, якщо така особа за своїм станом здоров'я не здатна надати усвідомлену письмову згоду, – за письмовою згодою її законного представника». До ст. 11 вносяться такі зміни: «Психіатричний огляд проводиться лікарем-психіатром особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, якщо така особа за своїм станом здоров'я не здатна висловити прохання або надати усвідомлену письмову згоду, – на прохання або за письмовою згодою її законного представника.

За положенням ст. 12 амбулаторна психіатрична допомога надається лікарем-психіатром особі, визнаній у встановленому законом порядку недієздатною, якщо така особа за своїм станом здоров'я не здатна висловити прохання або надати усвідомлену письмову згоду, – на прохання або за письмовою згодою законного представника такої особи». Тобто вказаними змінами знімаються існуючі обмеження прав осіб, які страждають на психічні розлади, на надання інформованої згоди**,** якщо такі особи на момент прийняття рішення здатні висловити свої прохання або надати усвідомлену згоду щодо запропонованих медичних втручань.

Спроби реформування інституту недієздатності у новому законі виглядають фрагментарними та дуже непослідовними, оскільки не пропонуються паралельні зміни в інше законодавство, яким регулюються подібні відносини. Так, спеціальний порядок надання психіатричної допомоги недієздатним особам вступив у протиріччя з базовим Законом «Основи законодавства України про охорону здоров'я», оскільки недієздатні пацієнти, що хворіють на психічні розлади, набули права, якими не володіють недієздатні пацієнти загальносоматичного профілю. У запропонованій редакції Закону «Про психіатричну допомогу» введені вимоги щодо обов'язкового отримання добровільної інформованої згоди на надання будь-якого виду психіатричної допомоги (діагностика, амбулаторне лікування, госпіталізація) за умови, що особа, визнана недієздатною за своїм станом здоров'я, здатна зрозуміти надану інформацію та виразити свою волю. Водночас відповідно до ст. 43, 44, 49 «Основ законодавства України про охорону здоров'я», як і раніше, медичне втручання (в тому числі застосування методів профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарських засобів та застосування методів стерилізації) щодо пацієнтів, визнаних в установленому законом порядку недієздатними, здійснюється за згодою їх законних представників.

Також зміни не торкнулися базових фундаментальних положень Цивільного та Цивільного процесуального кодексів України – основних нормативних актів, якими визначено інститут недієздатності та правові наслідки визнання особи недієздатною.

Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги» набув чинності та вводиться в дію 10 червня 2018 р. Але очевидно, що він ще дуже

«сирий» та потребує значних доопрацювань. В першу чергу, узгодження всього масиву законодавства, що торкається питань надання медичної (не лише психіатричної) допомоги особам, визнаним недієздатними.

Надія на те, що цей обсяг роботи буде виконано, поки існує. Адже у Прикінцевих положеннях зазначено, що протягом цих шести місяців з дня набрання чинності Законом Кабінету Міністрів України необхідно: прийняти нормативно-правові акти, необхідні для реалізації положень цього Закону, та забезпечити набрання ними чинності одночасно з введенням у дію відповідних положень цього Закону; привести свої нормативно-правові акти у відповідність із цим Законом; забезпечити перегляд і скасування міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади їх нормативно-правових актів, що суперечать цьому Закону; забезпечити до дня введення в дію цього Закону розробку та затвердження центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, та Міністерством внутрішніх справ України порядку взаємодії під час організації надання психіатричної допомоги особам, які страждають на психічні розлади, у тому числі внаслідок вживання психоактивних речовин.

Але головне завдання, яке не вирішено законопроектом, – це розроблення належного юридичного механізму розв'язання проблеми реального розходження між формальною дієздатністю як цивільно-правовим статусом фізичної особи та функціональною дієздатністю, яка є фактичною здатністю людини приймати рішення. Остання може змінюватися з часом, оскільки залежить від тимчасового психофізіологічного стану, а також від характеру рішення, що приймається. Таке розходження відображено у міжнародних актах про права людини, які вимагають того, щоб будь-які заходи захисту прав були пристосовані до індивідуального стану конкретної людини та стосувалися тільки тих сфер, в яких дійсно наявна зниженість функціональної дієздатності заінтересованої особи, що є виправданням для обмежень її прав у мінімально можливій мірі.

Належний механізм захисту прав психічнохворих є предметом багатьох європейських документів «м'якого» права, які містять керівні принципи та правові процедури для використання у нормах національного права. Зокрема, це: Рекомендації Rec Комітету міністрів Ради Європи (83) 2 «Про правовий захист осіб, які страждають на душевні розлади та проходять примусове лікування»; Рекомендації Комітету міністрів Rec (99) 4 «Про принципи правового захисту повнолітніх недієздатних осіб»; Рекомендації Комітету міністрів Rec (2009) 11 «Про принципи, що стосуються довготривалих доручень та попередніх розпоряджень на випадок недієздатності». Виходячи з даних рекомендацій, практична реалізація прав психічнохворих осіб на добровільну згоду щодо лікування у нормах національного права має відбуватися за такими трьома актуальними напрямами: реалізація функціонального підходу до визначення дієздатності пацієнтів з психічними розладами; забезпечення самостійної реалізації правоздатності недієздатними пацієнтами; забезпечення особистої присутності при розгляді справ щодо визнання особи недієздатною та особиста реалізація права на оскарження шляхом подання позовної заяви до суду.

При застосуванні функціонального підходу оцінка здатності людини приймати усвідомлені медичні рішення має ґрунтуватися на юридично важливих критеріях, які з достатньо високою точністю фільтрують осіб, не здатних до прийняття юридично значущого рішення. Фактор психічного розладу слід трактувати у сенсі будь-якого постійного або короткочасного розладу розумової діяльності, що тягне за собою порушення психічного функціонування особистості пацієнта. Але такий рівень зниження здатності приймати рішення в осіб із наявними психічними розладами не припустимо трактувати як константну характеристику, що властива особам із психічними розладами різної природи. В контексті ситуацій вибору методів медичного втручання здатність особи пацієнта до прийняття самостійних рішень та волевиявлення може змінюватися як з плином часу, так і залежно від характеру та складності питання, що потрібно вирішувати.

У зарубіжній правовій літературі докладно обговорюються теоретичні засади та прикладні методики в контексті розв'язання проблеми визначення здатності людини, що досягла повноліття, приймати самостійні рішення при наданні їй медичної допомоги, а також практичні аспекти відображення цих методик у відповідному законодавстві та впровадження в юридичну практику супроводження пацієнтів в процесі надання медичної допомоги. Так, у статті «Здатність приймати рішення у дорослих: її оцінка у клінічній практиці» [2] наводяться ключові моменти англійського законодавства та принципи належної практики щодо концепції психічної дієздатності пацієнта приймати усвідомлені автономні рішення. Перш за все, для того, щоб визначити, чи здатний пацієнт прийняти конкретне рішення, фахівці повинні самі володіти відповідними знаннями та навичками, щоб бути здатними встановити, чи може пацієнт використати отриману інформацію для прийняття рішення, а потім повідомити про свій вибір. Тому лікуючий лікар, що відповідає за лікування, залучається до процесу оцінки здатності пацієнта. Також автори наводять важливі принципи прийняття рішень щодо медичного втручання в організм пацієнта, який визнаний нездатним приймати самостійні усвідомлені рішення. Вони мають ключове значення у забезпеченні належної медичної практики, адже висновок про те, що пацієнт є нездатним приймати рішення в даній клінічній ситуації, не передбачає автоматичну згоду на лікування.

Лікуючий лікар та медичний персонал мають діяти, дотримуючись законного алгоритму прийняття рішень стосовно лікування осіб, які не здатні дати згоду. Це, зокрема, включає дотримання таких правил:

1. Медичний персонал, що обслуговує пацієнта, повинен діяти, виходячи з найкращих інтересів пацієнта.

2. Лікуючий лікар має впевнитися у тому, що медичне втручання буде найменш інвазивним та клінічно обґрунтованим.

3. Прийняття рішення повинно відбуватися з урахуванням того, що відомо про переваги пацієнта, включаючи юридичні документи завчасних розпоряджень пацієнта, які було зроблено в той час, коли він був дієздатним та компетентним.

4. Обов'язковою практикою є спілкування із близькими для пацієнта особами, в першу чергу – із медичними представниками, призначеними до того, як пацієнт втратив здатність приймати рішення.

У випадках, коли пацієнти визнаються такими, що не здатні приймати самостійні усвідомлені рішення, важливо вжити відповідних заходів аби відновити цю здатність шляхом лікування основного психічного розладу або покращання такої здатності завдяки існуючим методикам.

Наприклад, у Законі «Про психічну компетентність» (Mental Capacity Act 2005) [3], що поширюється на юрисдикцію Англії та Уельсу, особа визначається як така, що не в змозі приймати рішення за себе, якщо вона не здатна здійснити якнайменш одну з таких дій: розуміти надану їй інформацію, зберігати цю інформацію протягом часу, достатнього для прийняття рішень, зважувати та порівнювати інформацію, необхідну для прийняття рішень, повідомити про свої рішення за допомогою будь-яких можливих засобів: усної мови, мови жестів, навіть за допомогою простих рухів м'язів, таких як мигання очима, потиск руки.

Отже, спроба реформування інституту недієздатності в Україні, враховуючи запропоновані новим законом зміни, не відбулася. Проте дивовижний досвід Республіки Молдова доводить, що немає принципових перешкод на цьому шляху. Має значення лише бажання та державницький підхід до вирішення завдань. Так, у Цивільному кодексі Республіки Молдова, як і на усьому пострадянському просторі, було передбачено визнання недієздатними осіб із психічними розладами та слабоумством, які не можуть розуміти значення своїх дій, та встановлення над ними опіки.

Постановою Конституційного Суду Республіки Молдова № 33 від 17.11.2016 було надано офіційне тлумачення, що визнання недієздатності стосується тільки осіб, які цілком позбавлені здатності розуміти значення своїх дій та керувати ними та щодо яких застосування інших заходів захисту є неефективним. Для усунення існуючих розбіжностей та з метою приведення національного законодавства у відповідність із положеннями ст. 12 Конвенції про права осіб з інвалідністю було створено робочу групу з питань внесення змін до законодавства. Фактично з цього часу було ініційовано реформу інституту цивільної дієздатності.

На даний час парламент Республіки Молдова прийняв у першому читанні проект закону щодо внесення змін до 16 нормативних актів. Найважливіші стосуються змін, згідно з якими у випадку порушення особистих фізичних або психічних здатностей, які зачіпають аспекти волі та волевиявлення, повнолітні фізичні особи мають право отримати захист за допомогою двох форм: судових та позасудових (договірних) заходів.

Заходи судового захисту розрізняються за критерієм інтенсивності втручання у життя особи. Замість категоричної опіки та призначення форм захисту публічним органом місцевої влади передбачено низку заходів, які пристосовані до специфічної ситуації даної фізичної особи. Серед них: тимчасовий захист короткочасної тривалості – до 12 місяців або навіть для одного правочину; піклування (до 5 років), коли судовою інстанцією призначається піклувальник, який надає допомогу особі у визначених правочинах: опіка (до 5 років), коли призначений опікун представляє підзахисного в усіх правочинах, за винятком тих, що прямо дозволені законом або судом. Законопроектом судовим інстанціям надано можливість застосовувати заходи захисту із максимальним пристосуванням до потреб та особливостей конкретної особи.

Нова система призначення заходів захисту уніфікована та дозволяє судовим органам прийняти рішення про призначення тимчасового захисника, піклувальника або опікуна разом із обранням форми судового захисту. Так, якщо захисник перебуває у більш тісних взаєминах із особою, яка потребує захисту, йому буде надано переваги та більш широкі повноваження. Крім того, судова інстанція зобов'язана розглянути побажання та враховувати почуття особи, яку захищають, як відносно заходів захисту, так й відносно особи, яку призначають в якості захисника.

Заходи договірного захисту є новелами правової системи Республіки Молдова та включають дві форми: договір про надання допомоги та доручення про захист у майбутньому.

Договір про надання допомоги є договором між будь-якою особою та вільно обраним нею асистентом. За договором асистент зобов'язується бути присутнім при вчиненні правочинів або прийнятті інших рішень (в тому числі щодо медичного втручання) та надавати необхідну для цього інформацію, консультації або здійснювати допомогу при спілкуванні із третіми особами. До даного договору застосовуються норми законодавства про доручення. При цьому статус асистента не надає повноважень представника особи, яку захищають.

Доручення про захист у майбутньому є договірним зобов'язанням, яким довіритель призначає повіреного для конкретної ситуації. У зв'язку з цим нововведенням у ЦК Республіки Молдова пропонується внести 16 нових статей, якими докладно регулюються усі особливості доручення про захист у майбутньому: обсяг повноважень, форма доручення, хто може володіти статусом повіреного, наслідки доручення про захист у майбутньому, припинення та призупинення доручення, втручання судової інстанції у порядок здійснення доручення, в тому числі надання додаткових повноважень повіреному.

Доручення про захист у майбутньому не зачіпає дієздатності особи, яку захищають. Даний інститут побудовано на засадах Рекомендацій Комітету міністрів Rec (2009) 11 «Про принципи, що стосуються довготривалих доручень та попередніх розпоряджень на випадок недієздатності».

Ще однією новелою, яку запропоновано проектом змін, є інститут інструкцій з метою захисту, які складаються та завіряються особою у той період, коли вона усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, втім передбачає, що в певний період часу може втратити цю здатність. Дані інструкції стануть обов'язковими для усіх учасників заходів захисту: для повіреного, судових інстанцій, для захисника та інших зацікавлених осіб. В даних інструкціях особа матиме можливість надати вказівки щодо медичного лікування, яке вона бажає або не бажає отримувати. Усі заходи захисту за новим проектом будуть реєструватися у спеціальному реєстрі.

Таким чином, міжнародно-правові стандарти та європейська практика оцінки та застосування положень Конвенції ООН, Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, учасником яких є й Україна, розвиваються у бік заперечення автоматизму у позбавленні осіб із різними вадами волі та волевиявлення, дедалі більшого врахування волі та побажань осіб із психічною формою інвалідності та з інтелектуальною недостатністю. Попри це в українському законодавстві не передбачено (залишать так і надалі з прийняттям нового закону) диференціацію некомпетентних пацієнтів, як цього вимагають міжнародні стандарти в сфері прав пацієнтів.

Також потрібно визначитися та впровадити одну з існуючих правових моделей врахування особистих побажань недієздатних осіб із проблемами психічного здоров'я або інтелектуальною недостатністю у механізмі прийняття рішень, що стосуються їх життєдіяльності, в тому числі щодо лікування та догляду. Цивільно-правові механізми заміщеного рішення у регулюванні відносин з приводу медичного втручання в Україні потребують коригування як на доктринальному, так і на конкретно нормативному рівнях. Логічним кроком на цьому шляху стане реформа інституту дієздатності та перегляд відповідного законодавства, зокрема, доктринальне розроблення нових понять та інститутів права: медична дієздатність, асистент (довірена особа) пацієнта, медичний заповіт, попередні розпорядження щодо медичного обслуговування у майбутньому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Загальні зауваження Комітету з прав інвалідів по статті 12 КПІ. URL: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx (дата звернення: 20.11.2017).

2. Bellhouse J., Holland A., Clare I. and Gunn M. Decision-making capacity in adults: its assessment in clinical practice. URL: http://apt.rcpsych.org/content/7/4/294.full (дата звернення: 20.11.2017).

3. Mental Capacity Act 2005. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/ contents (дата звернення: 20.11.2017).

Myronova G. Reform of the institute of disability in Ukraine

In the article rights for patients with psychonosemas are investigated. Such aspects are analysed: a right on the consent to treatment, mental capacity.

Keywords: rights for mentally sick persons, right to consent to treatment, mental capacity.

КАСАЦІЙНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ СУДОЧИНСТВА

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.18

Помазанов А. В.,

аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, народний депутат України

У статті досліджено питання щодо відповідності правового регулювання касаційного провадження у цивільному процесі України міжнародним стандартам. У зв'язку з чим виокремлено деякі проблеми правозастосування. Запропоновано шляхи вдосконалення цивільного процесуального законодавства.

Ключові слова: касаційне провадження, цивільний процес, цивільне судочинство, міжнародні стандарти судочинства.

Актуальність дослідження. На сьогодні касаційне провадження зазнає істотного переоцінювання, змістовної переорієнтації та зміщення основних акцентів у напрямку розбудови прогресивного судочинства у зв'язку з набуттям чинності новою редакцією ЦПК України. Невід'ємною частиною такого процесу, безумовно, є врахування положень міжнародних стандартів судочинства, спрямованих на забезпечення процесуальних прав та гарантій учасників процесу. Судовою реформою запроваджено низку новел щодо порядку та особливостей касаційного провадження, окремі з яких зумовлюють виникнення серйозних фахових дискусій.

Відтак, **метою** цієї статті є з'ясування того, як і наскільки такі новели національного процесуального законодавства відповідають міжнародним стандартам судочинства.

Виклад основного матеріалу. Як зазначає М. С. Шакарян, об'єктивними передумовами доступності правосуддя є, по-перше, відповідність процесуального законодавства потребам суспільних відносин, по-друге, внутрішня узгодженість процесуального та пов'язаного з ним матеріального законодавства [1].

Наведена думка у внутрішньоправовому вимірі переконливо доводить важливість якості норм процесуального законодавства для забезпечення потреб суспільства, а якщо враховувати сучасний стан судочинства в Україні, то значення якості процесуального законодавства загалом досить важко переоцінити.

Звісно, у сучасних умовах розвитку національного цивільного процесу, зважаючи на інтеграцію України до європейської правової спільноти, вітчизняне процесуальне законодавство не може залишатися ізольованим від міжнародних стандартів судочинства й, більш того, має таким стандартам відповідати.

Особливо значущим для захисту прав учасників цивільних відносин у сучасних умовах виявляється доступний та зрозумілий алгоритм оскарження судових рішень першої та апеляційної інстанцій. Вказана можливість, на нашу думку, має базуватися якраз на міжнародних стандартах справедливого та відкритого правосуддя, завдяки застосуванню яких держава матиме достатню можливість гарантувати судовий захист прав фізичних та юридичних осіб.

Відповідно до визначень, що містяться у тлумачних словниках, *стандарт* визначається як єдина типова форма організації, проведення, здійснення чого-небудь [2]. Тим не менш, для більшості міжнародних стандартів у галузі судочинства характерною є їх переважна рекомендаційність. Така специфіка, на нашу думку, не є чимось негативним, адже визначити однаково правильні та обов'язкові до виконання стандарти в умовах різноманітності типів та моделей правових систем, що створювалися протягом століть, об'єктивно важко або взагалі неможливо. Водночас дана обставина спонукає держави до точкової екстраполяції відповідних положень на національне законодавство та відкриває перед ними розширений спектр можливостей щодо імплементації таких норм.

Так, крім загальновідомих положень ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, якою регламентовано право на справедливий суд, невід'ємними складовими якого є право на доступ до правосуддя та право на оскарження судового рішення, таке питання було висвітлено на рівні Хартії Європейського Союзу про основні права від 7 грудня 2000 р. Йдеться про розширення змісту доступності правосуддя та встановлення гарантії, яка передбачає, що кожна особа має право користуватися послугами адвоката, захисника і мати представника. Аналогічні положення знайшли своє закріплення й у ст. II-47 Договору про запровадження Конституції для Європи, яка також передбачає право на ефективні засоби захисту та справедливий судовий розгляд [3].

У цьому аспекті заслуговують на увагу і думки окремих дослідників щодо змістовного наповнення справедливого судочинства у цивільному процесі. Так, засновники руху «Доступ до правосуддя» М. Каппеллетті та Б. Гарт вважали, що доступності правосуддя у цивільному судочинстві можна досягти лише у випадку, коли для сторін створюються умови повної «рівності засобів (знарядь)», тобто кінцевий результат залежить тільки від юридичних чеснот позиції тієї чи іншої сторони у справі і не пов'язується з різницями, які є побічними [4]. Вбачається, що на сьогодні даний аспект достатньо чітко відображено у новій редакції ЦПК України. Проте рівень практичної реалізації досі залишається не надто високим, зважаючи на різні підстави, які потребують ґрунтовного дослідження та усунення вже зараз.

Крім того, вченими-процесуалістами у різні часи вказувалося на таку перешкоду у доступі до правосуддя, як недодержання строків розгляду цивільних справ [5]. Безумовно, зараз ця проблема більшою чи меншою мірою стосується усіх держав світу. Водночас, з огляду на забезпечення права на касаційне оскарження, за рахунок складності останнього, вона особливо видається такою, що ставить під загрозу практичну реалізацію концепції справедливого судочинства. Відповідно, аналіз положень нової редакції ЦПК України свідчить про те, що даний закон ще містить можливості для покращення процедури перегляду судових рішень касаційною інстанцією.

На сьогодні існує кілька десятків міжнародних нормативних актів, які так чи інакше дозволяють переглянути норми ЦПК України у досліджуваному аспекті в напрямку вдосконалення.

Зокрема, Європейська хартія про статус суддів 1998 р. (п. 5.2) встановлює, що державою гарантується відшкодування збитків за шкоду, заподіяну в результаті протиправної поведінки або незаконних дій

судді під час виконання ним службових обов'язків. Відповідно ж до п. 5.3 цієї хартії «кожна особа повинна мати можливість оскаржити неправомірно винесене рішення у конкретній справі до незалежного органу без необхідності дотримання окремих формальностей» [3]. Необхідним відтак постає гарантоване та співмірне завданій шкоді покарання для судді, який, наприклад, «помилково визначив справу малозначною», що завадило її касаційному перегляду. Сторона, чиї права таким чином порушено, неодмінно має звертатися до Вищої ради правосуддя з вимогою про притягнення такого судді до дисциплінарної відповідальності. При цьому на законодавчому рівні слід чітко визначити дієві види санкцій в межах такої відповідальності судді, аж до його звільнення з посади, що, на нашу думку, сприятиме належному розгляду справ та зведе до мінімуму можливість недостатньо відповідального ставлення до встановлення питання про малозначущість справи. Вказане не суперечитиме і п. 26. (а) Монреальської універсальної декларації щодо незалежності правосуддя (1983), відповідно до якого скарга на адресу судді має оформлюватися швидко і справедливо відповідно до процедури [3].

Переконує у цьому і ст. 6 Загальної (Універсальної) хартії судді, ухвалена 17 листопада 1999 р. Центральною Радою Міжнародної Асоціації Суддів в Тайпеї (Тайвань), де засвідчено, що суддя має ефективно і старанно виконувати свої обов'язки без будь-яких невиправданих затримок [3]. Слід зазначити, що дане положення може бути визначальним у випадку розгляду малозначних справ, на який ЦПК України відведено 60-денний термін [6], адже з огляду на таке, у разі наявності можливості розгляду у більш короткі строки, затягування з боку судді є неприпустимим, що зумовлює відповідальність такого судді.

Ще один напрям діяльності касаційної інстанції відображено у Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098-у засіданні заступників міністрів). Так, згідно з п. 23 цього документа вищі суди не повинні давати суддям вказівок щодо того, які рішення потрібно приймати в конкретних справах, за винятком перегляду попередньої ухвали або при вирішенні питання про обрання засобів правового захисту відповідно до закону [3]. Слід визнати, що на сьогодні з нормами ЦПК України дане положення цілком узгоджується.

Актуальним для українського правозастосування постає і бачення обов'язків судді, запропоноване Рекомендаціями CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи. Головним чином, варто мати на увазі необхідність належної ретельності при розгляді справ у розумні строки, чіткий виклад причин ухвалення рішень простою та зрозумілою мовою, а також забезпечення у разі невиконання таких обов'язків пропорційних санкцій для судді [3], що, на нашу думку, є особливо важливим саме у касаційному провадженні.

Висновок №1 (2001) Консультативної ради європейських суддів щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів вказує на корисність стандартів, які б визначали всі аспекти поведінки, результатом якої можуть стати будь-які дисциплінарні кроки [3]. Беручи таке до уваги, на виконання даного висновку такі стандарти можуть бути розроблені і на національному рівні. Насамперед це стосується процесуальних порушень, допущених у ході судового розгляду, які вплинули на реалізацію учасниками процесу своїх прав або виконання ними обов'язків та мали або могли мати будь-які несприятливі наслідки для них.

Відповідно до Бангалорських принципів поведінки суддів (схвалені резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 р.) об'єктивність судді є необхідною умовою для належного виконання ним своїх обов'язків. Вона виявляється не тільки у змісті винесеного рішення, а й в усіх процесуальних діях, що супроводжують його прийняття [3]. Особливого значення вона набуває щодо касаційного провадження, адже суддею ухвалюється остаточне рішення в рамках національної судової системи. Разом з тим згадані Принципи передбачають, що суддя підтримує порядок та дотримується етикету в ході всіх судових розглядів та поводить себе терпеливо, гідно та ввічливо стосовно сторін судового засідання, присяжних, свідків, адвокатів та інших осіб, з якими суддя спілкується в своїй офіційній якості. Суддя має вимагати такої ж поведінки від законних представників сторін, співробітників суду та інших осіб, що знаходяться під впливом судді, підпорядковані йому чи є під його наглядом [3]. Вказане положення якнайдоступніше пояснює необхідність відповідальності для сторін, в тому числі – за зловживання процесуальними правами, встановлену ст. 44 чинного ЦПК України [6]. Однак варто пам'ятати і про неприпустимість будь-яких зловживань з боку суду у цій частині.

Досить вагому роль для реалізації права на касаційне оскарження, в тому числі – у цивільному судочинстві, відіграє норма п. 16 Основоположних принципів Консультативної ради європейських суддів від 17 листопада 2010 р., якою задекларовано простоту та доступність викладу судових рішень, їх обґрунтованість та публічність [3]. Треба зазначити, що саме виконання наведених рекомендацій є необхідним елементом забезпечення права особи на доступ до суду касаційної інстанції, адже не в останню чергу від якості викладу рішення залежить також якість змісту касаційної скарги. Водночас якість викладу рішення касаційної інстанції може вплинути на подальший зміст скарги до ЄСПЛ.

До того ж, Київські Рекомендації ОБСЄ щодо незалежності судової системи в країнах Східної Європи, Південного Кавказу та Центральної Азії (Київ, 23–25 червня 2010 р.) декларують обов'язковість

прозорості судових процесів, а «для того, щоб мати підтвердження поведінки суддів у залі суду, а також точні записи судового процесу, слухання справи повинні бути записаними на електронні носії, які забезпечують повне відтворення» [3]. Зважаючи на це, об'єктивною видається критика положень нової редакції ЦПК України, які певною мірою обмежують доступ громадськості до судових засідань, положення стосовно чого було б доречно переглянути.

Відповідно до досліджуваної проблеми варто проаналізувати одне з положень Рекомендації № R (95) 11 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо відбору, обробки, представлення та архівації судових рішень у правових інформаційно-пошукових системах (прийнята Комітетом Міністрів 11 вересня 1995 р. на 543-ому засіданні заступників міністрів) з додатками. Так, текст акта в питанні оприлюднення судових рішень оперує категорією «правовий інтерес», що в розумінні його авторів означає створення рішенням правової норми, віддзеркалення напрямку правової практики [3]. Керуючись наведеним тлумаченням, можна зазначити, що такий інтерес фактично становлять всі рішення судів касаційної інстанції. Разом з тим за новим ЦПК вводиться нове поняття виключної правової проблеми, завдяки якому умовно може здійснюватися поділ усіх спорів у цивільних справах на ті, що становлять таку проблему, та ті, що її не становлять. Проте недоречно стверджувати, що за своєю сутністю такі спори є «значними» або «малозначними».

У частині запровадження судовою реформою електронного судочинства, яке стосується і сфери цивільної юстиції, слід звернути увагу на те, що Рекомендація Rec (2001) 3 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо надання громадянам судових та інших юридичних послуг з використанням новітніх технологій (ухвалена Комітетом Міністрів 28 лютого 2001 р. на 743-му засіданні заступників міністрів) вже приділяла увагу даному питанню. Так, йшлося про можливість інформатизації сфери судочинства з метою його логічного спрощення з акцентом на необхідність забезпечення безпеки.

Разом з тим вже на той час декларувалася можливість відкриття провадження за допомогою електронних засобів; можливість здійснення подальших процесуальних дій у рамках провадження в середовищі електронного документообігу; можливість одержувати відомості про хід справи шляхом доступу до судової інформаційної системи; можливість одержання інформації про результати провадження в електронній формі [3]. Аналіз чинного процесуального законодавства дозволяє з упевненістю стверджувати про втілення даних рекомендацій на рівні вітчизняного судочинства.

Зважаючи на вказане, а також враховуючи задекларований повний перехід на електронне судочинство в Україні, вважаємо, що саме реалізація аспекту інформаційної безпеки потребує максимальних зусиль від держави разом із забезпеченням зручності функціоналу відповідного інтерфейсу.

Одними з ключових у цьому аспекті, на нашу думку, є положення Висновку №14 (2011) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо правосуддя та інформаційних технологій (прийнятий КРЄС на 12-ому пленарному засіданні (Страсбург, 7–9 листопада 2011 року). Так, ІТ-технології у судочинстві розцінюються як інструмент покращення адміністрування судочинства, полегшення доступу користувачів до судів та укріплення гарантій, встановлених ст. 6.

Разом з тим у Висновку констатується неприпустимість нехтування традиційними засобами доступу до суду та інформації, зважаючи на те, що не всі особи мають доступ до ІТ. Водночас в цьому документі також наголошується на тому, що застосування ІТ не повинно обмежити процесуальні права та гарантії, у тому числі – в разі виникнення технічних несправностей [3]. Ця проблема, на жаль, недостатньо вирішена в новій редакції ЦПК України, а тому потребує більш детального врегулювання, принаймні, в сучасних умовах перехідного періоду. Тому висловлюємо переконання в необхідності забезпечення апаратом суду дублювання основної інформації, що стосується справи, у паперовому вигляді. Вказане, на нашу думку, здатне убезпечити сторони від порушення їхніх прав у випадку настання певних технічних форс-мажорів.

Водночас у тексті Рекомендацій CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи цілком виправдано наголошується на тому, що роль ІТ має бути обмеженою та виявлятися в заміщенні та спрощенні процесуальних дій, які ведуть до прийняття індивідуального рішення: ІТ не можуть замінити функції судді щодо того, щоб заслуховувати учасників справи та оцінювати всі докази у справі щодо визначення відповідного законодавства та ухвалення рішення без будь-яких обмежень [3]. Те саме, на наше переконання, стосується і питання розгляду без участі сторін у спрощеному порядку (у зв'язку з чим сьогодні важливо звести до мінімуму перелік так званих малозначних справ, «спрощення» розгляду яких більше розраховано на розвантаження судової системи та здешевлення судового процесу, аніж на покращення стану забезпечення прав сторін).

У цьому розумінні особливий наголос має зберігатися на тому, що в цивільному судочинстві як найбільш вразливій сфері судочинства загалом, так і в касації як найвищій судовій інстанції, треба особливо пильнувати за безпекою та доцільністю запровадження будь-яких нових технологій.

Варта уваги в розрізі досліджуваної проблематики також Рекомендація № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя (прийнята Комітетом Міністрів 14 травня 1981 р. на 68-ому засіданні). Цим документом встановлено

ключові положення стосовно сплати судового збору: прийняття до провадження не має залежати від сплати стороною державі якоїсь грошової суми; тою мірою, якою судові витрати становлять явну перешкоду доступу до правосуддя, їх треба, якщо це можливо, скоротити або скасувати; особливу увагу слід приділити питанню розміру гонорарів адвокатів і експертів тою мірою, якою вони стають перешкодою доступу до правосуддя [3]. Вищенаведене вказує на недостатню виваженість національного законодавства щодо цих положень. Так, в ч. 9 ст. 185 ЦПК України встановлено повноваження суду щодо залишення заяви без руху, якщо відповідна сума судового збору не зарахована до спеціального фонду державного бюджету [6].

Не викликає сумнівів нагальна потреба усунення даної норми як такої, що суперечить міжнародним стандартам у сфері судочинства та відверто перешкоджає реалізації права на справедливий суд. Водночас, попри наведені висновки, новим ЦПК фактично передбачено обов'язок сторони, не на користь якої винесено судове рішення, забезпечити відшкодування також і витрат протилежної сторони, в тому числі – на правничу допомогу (ст.141). На цьому тлі абсолютно необхідною видається якнайшвидша імплементація відповідних положень Рекомендації в українське законодавство з метою недопущення подальшого порушення прав громадян.

Важливою, з огляду на Рекомендацію № R (93) 1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про ефективний доступ до закону і правосуддя для найбідніших верств населення (прийнята Комітетом Міністрів 8 січня 1993 р. на 484-ому засіданні заступників міністрів), є належна диференціація розмірів судового збору, а також відмова від сплати такого збору при розгляді малозначних справ (перелік яких має бути зведений до мінімуму), судові витрати у яких доволі мізерні, а отже цілком можуть покриватися державою за рахунок скорочення видатків бюджету на непріоритетні програми [3].

Привертає увагу і Загальний коментар № 32 до ст. 14 Пакту про громадянські і політичні права щодо права на рівність перед судами і трибуналами і на справедливий судовий розгляд (Комітет з прав людини ООН, дев'яноста сесія, Женева, 9–27 липня 2007), яким встановлено необхідність забезпечення однакового доступу до суду [3], що, на жаль, не повною мірою реалізовано в національному законодавстві.

Крім того, показовим є і передбачена документом гарантія щодо права на компенсацію у разі судової помилки. Загалом дана концепція видається доволі перспективною для ефективного підвищення рівня якості судочинства та захисту прав людини в Україні [3]. Слід підкреслити, що тягар доказування у такому випадку покладається на державу, що також можна вважати гідною гарантією для особи, чиї права в такий спосіб порушено.

Разом з цим положення пакту привертають увагу до важливості застосування системи санкцій для сторони, яка розпочинає відверто необґрунтоване провадження. Так, рішення пропонується ухвалювати у спрощеному порядку, водночас накладаючи на сторону штраф або ухвалюючи рішення про відшкодування збитків, завданих іншій стороні. На нашу думку, імплементація такого положення в національне цивільне процесуальне законодавство виглядає більш ніж доречною та дозволить знизити чисельність подібних проваджень.

Привертає увагу й положення цього документа, що уможливлює відмову від перерв у слуханнях або проведення засідання лише з короткими перервами, водночас передбачаючи активну позиція суду у веденні справи, виклику свідків та слуханні свідчень. Думається, що такі положення мусять бути імплементовані в законодавство України, з метою оптимізації судового провадження у цивільній справі.

Рекомендація Rec (2004) 6 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо вдосконалення національних засобів правового захисту (ухвалено на 114-й сесії Комітету Міністрів від 12 травня 2004 р.) містить певну мінімальну вимогу щодо швидкості розгляду. Перш за все, якщо термінів, встановлених для провадження у справі не дотримано або тривалість провадження вважається нерозумною, зацікавлена особа повинна наділятися можливістю подання клопотання про прискорення провадження [3], що є безумовно необхідним для цивільного процесу України.

Разом з тим вказується про можливість встановлення процедури відшкодування за порушення розумного терміну провадження, що триває або вже завершилося, наприклад грошової компенсації [3]. На нашу думку, таке положення так само сприяло б поліпшенню якості та швидкості судового розгляду у цивільних справах, а тому логічною є розробка відповідних змін до ЦПК уже найближчим часом.

Не менш вагомою постає і Рекомендація № R (84) 5 в частині можливості запровадження у свої системи контролю за безпідставними апеляціями з тим, щоб забезпечити, що не завдається шкода швидкому розгляду обґрунтованих апеляцій [3]. Думається, що в частині касації доречно забезпечити реалізацію аналогічного принципу, але не лише обмеживши доступ до касації, а й розробивши систему співмірних такому зловживанню санкцій, що буде значно більш прийнятним в контексті забезпечення права на оскарження.

Висновки. Зорієнтованість України на імплементацію провідних міжнародних стандартів у національне процесуальне законодавство та практику його застування є бажаним та необхідним явищем, а наочні результати такого процесу є ключовим показником ефективності діяльності органів державної влади: парламенту, органів судової влади тощо.

Враховуючи окреслене, внесення обґрунтованих вище змін до цивільного процесуального законодавства України є необхідним для забезпечення конституційних прав на судовий захист, доступу до суду, апеляційне та касаційне оскарження судових рішень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Шакарян М. С. Проблемы доступности и эффективности правосудия в судах общей юрисдикции. М.: Юрид. фирма «Лиджист», 2001. С. 61–62.

2. Словник української мови: в 11-и т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Т. 9. С. 644.

3. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015. 708 с.

4. Cappelletti, M., Garth B. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report // Access to Justice. Milan. 1979. Vol. 1. P. 10–20.

5. Яблочков Т. М. Учебник русского гражданского судопроизводства. 2-е изд., доп. Ярославль: Книгоиздательство І. К. Гассанова. 1912. С. 19.

6. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України. Відомості Верховної Ради України, 2017. № 48, ст. 436.

Pomazanov A. Cassation proceedings in the civil process of Ukraine in the context of international standards

The paper deals with the issues of accordance of Ukrainian civil cassation proceedings legal regulation to international standards. The author defines specific law enforcement problems in this context. The research results in the ways of improving the quality of civil procedural legislation proposes.

Keywords: cassation proceedings, civil procedure, civil proceedings, international standards of the proceedings.

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОВНОЛІТНІМИ ДОЧКОЮ, СИНОМ ПРАВА НА УТРИМАННЯ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.19

Резнік Г. О.,

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

У статті досліджуються особливості реалізації повнолітніми дочкою, сином права на утримання. Особлива увага приділяється можливості батьків брати участь у додаткових витратах на повнолітніх дочку й сина у зв'язку із навчанням.

Ключові слова: утримання, аліменти, дитина, повнолітні дочка й син.

Право на утримання (аліменти) від батьків є невід'ємним правом дитини, яке гарантовано законом. Утримання батьками своїх дітей зводиться до матеріального забезпечення, необхідного для задоволення першочергових потреб дитини, які є основою її повноцінного життя та розвитку, і в цьому аспекті виплата аліментів – грошей на утримання дитини виступає засобом виконання обов'язку батьків щодо їх утримання.

В умовах здійснення реформування законодавства з метою якнайкращого забезпечення прав дитини питання про виконання батьками обов'язку утримувати свою дитину, в тому числі й повнолітніх дочку й сина, та брати участь у додаткових витратах, не лише теоретично обговорюються науковою спільнотою, а й актуальні у практичній площині.

Необхідність розгляду цієї проблеми зумовлюється, насамперед тим, що суди неоднаково застосовують норми матеріального права в подібних правовідносинах, а саме: під час вирішення спорів про стягнення додаткових витрат на повнолітніх доньку чи сина, зазвичай, неоднаково застосовуються норми матеріального права, – ст. 185, 201 Сімейного кодексу України (далі – СК України) [1], і в одних випадках суди вирішують, що на таких осіб поширюється положення ст. 185 СК України, згідно з якою батьки зобов'язані брати участь у додаткових витратах на дитину, а в інших (з посиланням на ст. 201 СК України) вирішують, що у батьків перед повнолітніми дітьми такого обов'язку не існує. Наведене підтверджується відповідною судовою практикою [2; 3].

Висловлюючи власну думку щодо можливості стягнення із батьків додаткових витрат із застосуванням норми ст. 185 у правовідносинах із утриманням повнолітніх дочки, сина, зазначимо таке.

Зі змісту положень статей глави 15 СК України, яким встановлюється обов'язок матері, батька утримувати дитину та його виконання, стає очевидним беззаперечний висновок про те, що право

дитини як особи віком до 18 років на додаткові витрати є окремим правом разом із правом дитини на утримання (аліменти).

За загальним правилом батьки зобов'язані утримувати дитину до досягнення нею повноліття у спосіб, визначений за домовленістю між ними. До того ж, за домовленістю між батьками дитини той із них, хто проживає окремо від дитини, може брати участь у її утриманні в грошовій і (або) натуральній формі.

За рішенням суду кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька або у твердій грошовій сумі за вибором того з батьків або з інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина.

По-перше, виходячи із положень ст. 180 СК України право на утримання дитина має з моменту народження та досягнення нею віку 18 років. По-друге, обов'язок батьків утримувати дитину не обмежений віковим цензом ні його гранично нижньою межею, ні верхньою. По-третє, отримання дитиною повної цивільної дієздатності до досягнення нею 18 років не звільняє батьків від обов'язку утримувати дитину, оскільки із набуттям повної цивільної дієздатності не втрачається її статус.

Виняток з цього правила закріплений у ст. 188 СК України, відповідно до якої батьки звільняються від обов'язку утримувати дитину тільки за рішенням суду у випадках, якщо дохід дитини набагато перевищує дохід кожного з них і забезпечує повністю її потреби.

Одночасно із цим потребує уваги ст. 185 гл. 15 СК України, якою встановлюється участь батьків у додаткових витратах на дитину, а саме: той з батьків, з кого присуджено стягнення аліментів на дитину, а також той з батьків, до кого вимога про стягнення аліментів не була подана, зобов'язані брати участь у додаткових витратах на дитину, що викликані особливими обставинами (розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо).

Окремо слід звернути увагу на те, що навчання на будь-якому освітньому рівні є основним елементом, який розвиває здібності дитини, оскільки саме освіта дозволяє отримати необхідні знання, навички та уміння.

Крім того, розмір участі одного з батьків у додаткових витратах на дитину в разі спору визначається за рішенням суду з урахуванням обставин, що мають істотне значення. Додаткові витрати на дитину можуть фінансуватися наперед або покриватися після їх фактичного понесення разово, періодично або постійно.

Викладене вище дозволяє говорити про таке: по-перше, на батьків, окрім обов'язку утримувати дитину у спосіб сплати коштів (аліментів) покладається ще й обов'язок брати участь у додаткових витратах на дитину. По-друге, додаткові витрати визначаються розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо.

Не зважаючи на те, що за загальним правилом батьки зобов'язані утримувати дитину до досягнення нею повноліття, про що йшлося раніше, у випадках, передбачених ст. 198, 199 СК України, вони зобов'язані утримувати своїх повнолітніх дочку, сина.

Глава 16 СК України регулює правовідносини щодо утримання батьками повнолітніх дочки, сина. Зокрема, йдеться про те, що батьки зобов'язані утримувати своїх повнолітніх непрацездатних дочку, сина, які потребують матеріальної допомоги, якщо вони можуть таку матеріальну допомогу надавати. Зазначене окреслює три умови, за наявності яких повнолітні дочка або син мають право на утримання.

До викладеного слід додати також те, що обов'язок батьків утримувати повнолітніх дочку, сина виникає також і у випаду, якщо повнолітні діти продовжують навчання.

Так, відповідно до ст. 199 СК України, якщо повнолітні дочка, син продовжують навчання і у зв'язку з цим потребують матеріальної допомоги, батьки зобов'язані утримувати їх до досягнення двадцяти трьох років за умови, що вони можуть надавати матеріальну допомогу.

Право на звернення до суду з позовом про стягнення аліментів має той з батьків, з ким проживає дочка, син, а також самі дочка, син, які продовжують навчання.

Зважаючи на це, слід пам'ятати, що право на утримання припиняється у разі припинення навчання.

У пункті 20 постанови Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 року № 3 «Про застосування окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» [4] Верховний Суд України роз'яснив, що обов'язок батьків утримувати повнолітніх дочку, сина, які продовжують навчатися після досягнення повноліття (незалежно від форми навчання), виникає за обов'язкової сукупності таких юридичних фактів: досягнення дочкою, сином віку, який перевищує 18, але є меншим 23 років; продовження ними навчання; потреба у зв'язку з цим у матеріальній допомозі; наявність у батьків можливості надавати таку допомогу.

Окрім зазначеного, ст. 201 СК України врегульовано застосування норм цього Кодексу до відносин щодо обов'язку батьків утримувати повнолітніх дочку, сина: до відносин між батьками і дочкою, сином щодо надання їм утримання застосовуються норми ст. 187, 189–192 і 194–197 СК України.

Відсилочний характер розглянутої норми означає, що до правовідносин, які розглядаються, застосовуються загальні правила щодо обов'язку батьків утримувати дітей, а саме забезпечена законом можливість: відрахування аліментів на дитину за ініціативою платника або одержувача аліментів; укласти договір між батьками про сплату аліментів на дитину; укласти договір про припинення права на аліменти; змінити розмір аліментів; стягнення аліментів за минулий час та заборгованості за аліментами; визначення заборгованості за аліментами, присудженими у частці від заробітку (доходу);

відповідальності за прострочення сплати аліментів, оплати додаткових витрат на дитину; встановлення строку сплати заборгованості; звільнення від сплати заборгованості за аліментами.

Щодо можливості застосування ст. 185 СК України до правовідносин щодо утримання повнолітніх дочки або сина слід зазначити таке.

Посилання при регулюванні окреслених правовідносин на ст. 185 СК України про «участь батьків у додаткових витратах на дитину» як на підставу витребування додаткових витрат на повнолітню дочку, сина вбачається неможливим з таких підстав.

Із формулювання та змісту вказаної статті формується правило, відповідно до якого той з батьків, з кого присуджено стягнення аліментів на дитину, а також той з батьків, до кого вимога про стягнення аліментів не була подана, зобов'язані брати участь у додаткових витратах на дитину, що викликані особливими обставинами (розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо). Очевидно, що навчання розвиває здібності дитини і, відповідно, виникає необхідність оплачувати додаткові витрати. Однак зі змісту даної норми вбачається, що йдеться про дитину в загальному розумінні цього поняття. Відповідно до ст. 6 СК України правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття – 18 років. Для того, щоб такою нормою охоплювалися повнолітні дочка чи син, необхідна наявність у нормі прямої вказівка на це. Прикладом такої прямої вказівки є такі формулювання, закріплені у СК України:

– ст. 172 гл. 13 СК України «обов'язок дитини, *повнолітніх дочки та сина* піклуватися про батьків»;

– гл. 16 СК України «обов'язок батьків утримувати *повнолітніх дочку, сина* та його виконання»;

– гл. 17 СК України «обов'язок *повнолітніх дочки, сина* утримувати батьків та його виконання» тощо.

Таким чином, у СК України розмежовуються категорії «дитина» та «повнолітні дочка й син».

Тобто Сімейним кодексом України чітко передбачені статті, що застосовуються до правовідносин щодо утримання батьками повнолітніх дочки, сина, і ст. 185 СК України (щодо додаткових витрат на дитину) в даному переліку не зазначаються, а тому й не може врегульовувати відповідні правовідносини.

Відтак нормами гл. 16 СК України (ст. 198, 199, 200, 201), якими встановлюється обов'язок батьків утримувати повнолітніх дітей, не закріплений обов'язок нести додаткові витрати на повнолітніх дочку та сина, які продовжують навчання, а передбачено тільки обов'язок батьків *лише утримувати* повнолітніх дочку та сина, які продовжують навчання. *Тому правила ст. 185 СК України поширюються на правовідносини щодо обов'язку батьків утримувати неповнолітніх дітей і не можуть бути застосовані до правовідносин, які виникли з приводу утримання повнолітніх дочки, сина.*

Узагальнюючи вищенаведене, робимо кілька висновків. По-перше, СК України розмежовує такі категорії, як «дитина» та повнолітня дочка й син. По-друге, дитина як особа віком до 18 років має право не лише на утримання, яке забезпечується виплатою аліментів, а й на додаткові витрати, які можуть виникнути у зв'язку з особливими обставинами (розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо). По-третє, повнолітні дочка й син мають право лише на утримання, яке забезпечується виплатою аліментів відповідно до кореспондуючого обов'язку батьків і не мають права на додаткові витрати, які зобов'язані виплачувати батьки відповідно до ст. 185 СК України. По-четверте, загальні особливості реалізації повнолітніми дочкою, сином права на утримання визначаються такими умовами: досягнення дочкою, сином віку повноліття; непрацездатність неповнолітніх дочки, сина; факт потреби у матеріальній допомозі; можливість батьків таку матеріальну допомогу надати. Окремо слід виокремити спеціальні особливості реалізації повнолітніми дочкою, сином права на утримання у випадках, коли повнолітні дочка, син продовжують навчання і у зв'язку з цим потребують матеріальної допомоги, за умови недосягнення ними віку 23-х років.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-ІІ // Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21. Ст. 135.

2. Ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі № 6-21589ск14 від 22 травня 2014 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/38953692 (дата звернення: 20.12.2018).

3. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі № 6-15276зп14 від 12 травня 2014 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/38665561 (дата звернення: 20.12.2018).

4. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15 травня 2006 року № 3. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-06 (дата звернення: 20.12.2018).

Reznik G. Features of implementation with additional advantages, simple right to maintenance

The article deals with the peculiarities of realization of an adult daughter, son of the right to maintenance. Particular attention is paid to the ability of parents to participate in additional expenses for an adult daughter and son in connection with their studies.

Keywords: maintenance, child support, child, adult daughter and son.

ПРО ПІДСТАВИ НЕДІЙСНОСТІ ШЛЮБУ ЗА СІМЕЙНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ІНШИХ ДЕРЖАВ ЄВРОПИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.20

Сидоренко Д. І.,
аспірант Хмельницького університету управління та права

У статті проведено порівняльно-правовий аналіз абсолютних та відносних підстав недійсності шлюбу за сімейним законодавством України, Великої Британії, Франції, Німеччини, Туреччини, Російської Федерації та Білорусі. Висловлено пропозиції щодо удосконалення правового регулювання підстав недійсності шлюбу за сімейним законодавством України.

Ключові слова: недійсний шлюб, підстави недійсності шлюбу, нікчемність шлюбу, оспорюваність шлюбу, визнання шлюбу недійсним, анулювання актового запису про шлюб.

Постановка проблеми та її значення. Аналіз досліджень цієї проблеми. Правове регулювання припинення шлюбу та визнання його недійсним завжди знаходилося в центрі уваги як вчених-теоретиків, так і юристів-практиків. Актуальні ці питання і дотепер, коли кількість розлучень та випадків недійсних, зокрема фіктивних, шлюбів неупинно зростає.

Темі недійсності шлюбу у сімейному праві була присвячена низка наукових публікацій, дисертацій та монографій таких вчених, як: М. В. Антокольська, І. В. Апопій, А. Белякова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова, Ю. О. Заіка, А. Загоровський, К. Кавєлін, Т. А. Кобзєва, Л. Ю. Ковтунова, К. Манаєв, Є. Невзгодіна, В. М. Пчелінцева, З. В. Ромовська, В. А. Рясєнцев, Н. Саприкін, А. П. Сергєєв, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний та інші.

Водночас наукові дослідження, що провадяться у цій сфері, попри їх теоретичну та практичну значущість, наукову досконалість у дослідженні питань недійсності шлюбу у сімейному праві, не позбавлені низки неузгодженостей та дискусійних елементів. Особливо це стосується питання вдосконалення правового визначення підстав недійсності шлюбу за сімейним законодавством України на підставі зарубіжного досвіду.

Окремі дослідження у сфері правового регулювання недійсності шлюбу за законодавством інших країн (зокрема, Німеччини, Білорусі, Російської Федерації, Туреччини) проводили Г. О. Блінова [3], М. В. Вербицька, О. Б. Росоляк [4], В. В. Залеський [13], І. А. Зенін [8], Н. А. Матвєєва [9]. Однак комплексного порівняльно-правового дослідження сімейного законодавства цих країн та України в напрямку вдосконалення останнього проведено не було.

Мета статті – провести порівняльно-правове дослідження сімейного законодавства України та низки європейських країн, в тому числі Великої Британії, Франції, Німеччини, країн-сусідів України, в частині визначення абсолютних та відносних підстав недійсності шлюбу.

Завдання дослідження – на підставі проведеного дослідження надати низку пропозицій щодо удосконалення сімейного законодавства України, яке визначає підстави недійсності шлюбу.

Виклад основного матеріалу й обґрунтування отриманих результатів дослідження. В чинному Сімейному кодексі (далі – СК) України при визначенні підстав недійсності шлюбу застосовано особливий підхід, заснований на теорії поділу правових актів, укладених (вчинених) з порушенням закону, на абсолютно недійсні (нікчемні) та відносно недійсні (оспорювані), які відображена у ст. 215 ЦК України стосовно правочинів.

Так, у ст. 39 і 40 СК України визначені підстави, за яких шлюб є недійсним або визнається недійсним за рішенням суду (нікчемні шлюби), а у ст. 41 СК України – підстави, за яких шлюб може бути визнаний недійсним за рішенням суду (оспорювані шлюби).

Підставами нікчемності шлюбу за СК України є:

1) підстави, за яких шлюб є недійсним незалежно від встановлення його недійсності рішенням суду, достатнім є звернення до органів реєстрації актів цивільного стану (підстави абсолютної недійсності шлюбу): перебування одного із подружжя в іншому зареєстрованому шлюбі (крім випадків, коли попередній шлюб припиняється до анулювання актового запису щодо повторного шлюбу), укладення шлюбу між особами, які є родичами прямої лінії споріднення, рідними братами і сестрами; укладення шлюбу з особою, що визнана недієздатною;

2) підстави, за яких шлюб визнається недійсним за рішенням суду, що ухвалене за відповідною заявою: шлюб був укладений без вільної згоди чоловіка та жінки, в тому числі коли в момент реєстрації шлюбу вона страждала тяжким психічним розладом, перебувала у стані алкогольного, наркотичного, токсичного сп'яніння, в результаті чого не усвідомлювала сповна значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, або якщо шлюб було зареєстровано в результаті фізичного чи психічного насильства; у разі фіктивності шлюбу [14].

Водночас слід зазначити, що згаданий поділ недійсних шлюбів на нікчемні та оспорювані в юридичній літературі виділяється іншим чином.

Так, З. В. Ромовська пропонує відносити до оспорюваних шлюбів ті шлюби, які можуть бути визнані недійсними з підстав, передбачених ст. 41 СК України, а також ті, які визнаються судом недійсними за наявності підстав, передбачених у ст. 40 СК України [12]. Тієї самої думки притримується А. Б. Райчук [10, с. 103].

З іншого боку, деякі учені взагалі заперечують необхідність поділу недійсних шлюбів на нікчемні та оспорювані з підстав того, що при визнанні шлюбу недійсним суду або іншому юрисдикційному органу слід виходити лише з правил щодо оспорюваних правочинів (О. Ю. Бикова [2, с. 116], А. П. Сергєєв, Ю. К. Толстой [6, с. 490–493], М. В. Антокольська [1]).

На нашу думку, не можна погодитися з обома позиціями науковців, оскільки визнання шлюбу недійсним з підстав, передбачених ст. 40 СК України, є обов'язком суду і його завдання лише встановити наявність відповідної підстави, у зв'язку з якою шлюб є недійсним. Аналогічним чином обов'язком органу реєстрації актів цивільного стану (далі – РАЦС) є анулювання актового запису про шлюб у випадку подання відповідної заяви і встановлення органом РАЦС відповідної підстави недійсності шлюбу. Зазначене не означає оспорюваність шлюбу, оскільки суд чи орган РАЦС зобов'язаний визнати шлюб недійсним чи анулювати актовий запис про шлюб, якщо зазначені обставини продовжують існувати на момент ухвалення рішення про визнання шлюбу недійсним до анулювання актового запису про шлюб.

Водночас можна погодитися з тим, що справи про визнання шлюбу недійсним вирішуються у порядку позовного провадження, тобто в судовому порядку розглядається спір про визнання шлюбу недійсним, і така справа розглядається за правилами, за якими розглядаються інші цивільно-правові спори. При цьому при визнанні шлюбу недійсним з підстав, передбачених ст. 41 СК України, суд бере до уваги, наскільки цим шлюбом порушені права та інтереси особи, тривалість спільного проживання подружжя, характер їхніх взаємин, а також інші обставини, що мають істотне значення [14], тобто лише наявність відповідної підстави не визначає недійсності шлюбу, його дійсність може бути підтверджена судом.

Поділ недійсних шлюбів на нікчемні та оспорювані існує і в законодавстві низки європейських країн: так, поділ шлюбів на нікчемні та оспорювані передбачає цивільне законодавство Великої Британії: нікчемними визнаються шлюби, які з точки зору права ніколи не існували, водночас оспорювані шлюби вважаються такими, що існували доти, доки суд не визнав їх недійсними [10, с. 103]. Підставою нікчемності шлюбу є укладення шлюбу особами, що перебувають у родинних відносинах або відносинах свояцтва, особою, що перебуває в іншому дійсному шлюбі або особою, що не досягла шлюбного віку, оспорюваними шлюбами є шлюби, які укладені з порушеннями, пов'язаними з неналежним об'явленням імен подружжя або після закінчення строку дії дозволу на укладення шлюбу [13, с. 144].

Поділ підстав недійсності шлюбу на абсолютні та відносні (і, відповідно, недійсних шлюбів на нікчемні та оспорювані) знає сімейне законодавство Туреччини (що представлене книгою другою Цивільного кодексу Туреччини, далі – ЦКТ).

До перших підстав належать недотримання таких умов укладення шлюбу, як: досягнення подружжям шлюбного віку (17 років згідно зі ст. 124 ЦКТ), одношлюбність (ст. 125 ЦКТ), неукладення шлюбу між родичами, в тому числі родичами іншого з подружжя, родичами усиновлювача та усиновленої ним дитини (ст. 129 ЦКТ), неукладення жінкою іншого шлюбу протягом 300 днів після розірвання попереднього у зв'язку із можливою вагітністю від попереднього шлюбу, крім випадків пологів або якщо є докази, що жінка не вагітна від попереднього шлюбу або ж колишнє подружжя бажає знов одружитися (ст. 132 ЦКТ). При цьому слід зазначити, що останні дві підстави абсолютної недійсності шлюбу є особливими для турецького законодавства і не притаманні сімейному законодавству України, яке не знає обмежень для укладення шлюбу після припинення попереднього, а також обмежень для родичів іншого з подружжя, родичами усиновлювача та усиновленої ним дитини [3, с. 40–45].

Оспорюваними є такі недійсні шлюби:

а) укладені з помилки, тобто якщо особа не бажала вступати в шлюб або ж бажала вступати в шлюб не з цією людиною (тобто бажала вступати в шлюб з іншою людиною) і помилково дала згоду на цей шлюб, а також якщо особа помилилась до такої міри, що спільне подружнє життя поставило її у нестерпне становище (ст. 149 ЦКТ);

б) укладення шлюбу з обману, тобто якщо особа дала згоду на вступ у шлюб, будучи обдуреною щодо честі й гідності одного з майбутнього подружжя безпосередньо ним або ж під його впливом іншою особою (ст. 150 ЦКТ) [3, с. 40–45].

Слід зазначити, що СК України, детально визначаючи поняття вільної згоди, у абз. 2 ч. 2 ст. 40 не передбачає таких обставин укладення шлюбу, як укладення його під впливом помилки або обману. На нашу думку, слід доповнити зазначений абзац словами: «або, якщо шлюб було зареєстровано під впливом помилки або обману щодо особи подружжя, щодо трактування сімейних відносин між подружжям як шлюбу».

Сімейне законодавство Німеччини та Франції розглядає усі шлюби як оспорювані, а підстави недійсності шлюбу як відносні.

При аналізі сімейного законодавства цих європейських країн можна прослідкувати такі спільні та відмінні риси українського законодавства та законодавства країн Європи:

1) сімейне законодавство Німеччини (що представлене книгою 4 Німецького цивільного уложення (далі – НЦУ)) на даний момент не знає поняття «підстави недійсності шлюбу» і використовує поняття «підстави скасування шлюбу». При цьому НЦУ передбачає такі самі умови дійсності шлюбу, які закріплені в українському сімейному законодавстві, зокрема: одношлюбність (§ 1306), досягнення шлюбного віку (§ 1303), вільна згода наречених (§ 1304, 1311), заборона укладати шлюби між родичами (§ 1307) [2, с. 66–67; 4, с. 335–336]. З іншого боку, НЦУ не передбачає такої підстави недійсності шлюбу, як неповідомлення про захворювання, яке становить небезпеку для здоров'я іншого з подружжя, укладення шлюбу між двоюрідними братами та сестрами, а шлюб між усиновлювачем та усиновленою ним дитиною хоч і забороняється, але є дійсним, хоча і припиняє відносини усиновлення між особами, які уклали шлюб (§ 1308). Водночас в НЦУ міститься низка додаткових підстав, за яких шлюб визнається недійсним:

а) недійсним є шлюб, якщо одна із осіб, що бажає вступити в шлюб, вже перебуває не тільки в шлюбі, а у партнерстві з третьою особою (тобто у незареєстрованому шлюбі) (§ 1306);

б) недотримання формальної процедури надання згоди на шлюб (заява про укладення шлюбу повинна бути подана особисто подружжям, представництво не допускається, § 1311) [4, с, 66–68; 7, с. 335–336, 338–339; 8, с. 144];

2) сімейне законодавство Франції (що представлене роз. V кн. 1 Французького цивільного кодексу) передбачає такі ж підстави недійсності шлюбу, як і в Україні, зокрема: недосягнення шлюбного віку, що становить 18 років для чоловіка та 15 років для жінки (ст. 144), укладення шлюбу між предками та потомками, а також свояками по прямій лінії (ст. 161), укладення шлюбу між братом та сестрою (ст. 162), між дядьком і племінницею, тіткою та племінником (ст. 163), відсутність добровільної згоди подружжя (ст. 146), відсутність особи при укладенні шлюбу за кордоном (ст. 146-1), наявність іншого, нерозірваного шлюбу (ст. 147). Водночас сімейне законодавство Франції не знає таких підстав недійсності шлюбу, як укладення фіктивного шлюбу, укладання шлюбу між усиновлювачем та усиновленою дитиною, двоюрідним братом та сестрою, укладеним у зв'язку із приховуванням іншим з подружжя своєї тяжкої хвороби. Сімейне законодавство Франції передбачає таку підставу для недійсності шлюбу, як неотримання дозволу батьків на шлюб сином, що не досяг віку 25 років, дочкою, що не досягла 21-річного віку (ст. 148), у випадку відсутності батьків – згоди бабусі та дідуся (ст. 150), у випадку їх відсутності – ради сім'ї (ст. 159) [5, с. 85–88, 93–94, 104].

Сімейне законодавство Російської Федерації (представлене Сімейним кодексом Російської Федерації) та Білорусі (представлене Кодексом про шлюб та сім'ю Республіки Білорусь) визнає усі недійсні шлюби нікчемними, оскільки передбачає обов'язок для суду визнати шлюб недійсним за наявності відповідних підстав, передбачених у ст. 27 Сімейного кодексу Російської Федерації або ст. 45 Кодексу про шлюб та сім'ю Республіки Білорусь: недосягнення шлюбного віку, відсутність вільної згоди чоловіка та жінки на укладення шлюбу, знаходження у родинних відносинах або відносинах усиновлення, недієздатність, фіктивність шлюбу [9, с. 112–113].

Водночас мають місце і певні особливості:

а) російське та білоруське законодавство мають наслідком недійсність шлюбу приховування венеричної хвороби та ВІЛ-інфекції, а не будь-якої тяжкої хвороби, як це має місце в СК України;

б) російське та білоруське законодавство не уточнюють, що шлюб є недійсним у випадку, якщо в момент реєстрації шлюбу особа страждала тяжким психічним розладом, перебувала у стані алкогольного, наркотичного, токсичного сп'яніння, в результаті чого не усвідомлювала сповна значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, або якщо шлюб було зареєстровано в результаті фізичного чи психічного насильства, хоча зазначені обставини фактично випливають з вимоги добровільності шлюбу [9, с. 113].

Висновки та перспективи подальшого дослідження.

Підсумовуючи вищевикладене, доходимо таких висновків:

1. Сімейне законодавство України та інших держав містить схожі підстави для недійсності шлюбу (порушення вимог про одношлюбність, вільну згоду, відсутність родинних зв'язків). Водночас низка підстав недійсності шлюбу, зокрема, його фіктивність, укладення шлюбу двоюрідними братами та сестрами, дядьком і племінницею, тіткою та племінником, укладення іншого шлюбу до спливу певного терміну після припинення або розірвання попереднього, неповідомлення іншого подружжя про тяжку хворобу, укладення шлюбу неповнолітньою особою без дозволу батьків, є притаманними сімейному законодавству лише деяких країн. На сучасному етапі відбувається скасування низки підстав недійсності шлюбу як таких, що є застарілими і не відповідають сучасному стану суспільних відносин, зокрема: недотримання річного терміну після припинення попереднього шлюбу, необхідність згоди батьків на укладення шлюбу неповнолітніми тощо.

2. Слід використати турецький досвід визначення підстав недійсності шлюбу в частині доповнення змісту такої підстави недійсності шлюбу як відсутність вільної згоди на укладення шлюбу такими елементами, як: укладення шлюбу під впливом помилки або обману щодо особи подружжя, щодо трактування сімейних відносин між подружжям як шлюбу і внести відповідні зміни до абз. 2 ч. 2 ст. 40 СК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Антокольская М. В. Семейное право: учебник / Изд. 2-е, перераб. и дополн. М.: Юристъ, 2002. 332 с.
2. Бикова О. Ю. Укладення та розірвання шлюбу за законодавством України: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова. Одеса, 2005. 220 с.
3. Блінова Г. О. Укладення шлюбу: порівняльна характеристика сімейного права України та Туреччини // Право і суспільство, 2013. № 5. С. 40–45.
4. Вербіцька М. В., Росоляк О. Б. Умови дійсності шлюбу за законодавством України та ФРН: порівняльно-правовий аспект // Порівняльно-аналітичне право, 2015. № 1. С. 66–69.
5. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Захватаев / Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев / Приложения 14: В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. К.: Истина, 2006. 1008 с.
6. Гражданское право: учебник: в 3-х т. 2-е изд., перераб. и дополн. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М.: Проспект, 1999. Т. 3. 648 с.
7. Гражданское уложение Германии = Deutsches Burgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz: ввод. закон к Гражд. уложению; пер. с нем. / В. Бергманн, введ., сост.; науч. редакторы: А. Л. Малковский и др. 2-е изд., доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. 816 с.
8. Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие. М.: Высшее образование, Юрайт-Издат, 2009. 238 с.
9. Матвеева Н. А. Институт брака в семейном праве России, Украины и Беларуси: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Российский государственный социальный университет. Москва, 2005. 184 с.
10. Райчук А. Визнання шлюбу недійсним: теорія та практика // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія Юридичні науки, 2007. № 77–78. С. 102–105.
12. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 532 с.
13. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В. В. Залесского. М.: Идз-во М. Ю. Тихомирова, 2004. 310 с.
14. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року (із змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України, 2002. № 21–22. Ст. 135.

Sydorenko D. On the issue of the conditions of invalidity of marriage under the family legislation of Ukraine and other European countries

In the scientific article, a comparative legal analysis of the absolute and relative conditions of invalidity of marriage under the family legislation of Ukraine, Great Britain, France, Germany, Turkey, the Russian Federation and Belarus was conducted. The author made proposals for improving the legal regulation of the conditions of invalidity of marriage under the family legislation of Ukraine.

Keywords: invalid marriage, the conditions of invalidity of marriage, insignificante of marriage, appeal of marriage, nullifying a marriage, annulment of the marriage record.

УПРАВЛІННЯ КОРПОРАТИВНИМИ ПРАВАМИ ДО ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.21

Сіщук Л. В.,
кандидат юридичних наук, науковий співробітник Лабораторії проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті звернено увагу на необхідність управління корпоративними правами до моменту прийняття спадщини. Проаналізовано норми вітчизняного та іноземного цивільного законодавства, що визначають порядок укладення договору на управління спадщиною, сторін договору та інші умови. Розкрито недоліки законодавчої техніки щодо формування норм про управління спадщиною. Запропоновано удосконалення цивільного законодавства щодо визначення сторін та підстав припинення договору на управління спадщиною.

Ключові слова: корпоративні права, спадкування, договір на управління спадщиною, нотаріус, спадкоємці, виконавець заповіту.

Спадкування корпоративних прав є одним із важливих питань сьогодення, адже проблеми корпоративного права не вичерпуються лише питаннями, пов'язаними із залученням інвесторів у сферу підприємницької діяльності чи забезпечення ефективного корпоративного управління, або ж оборотоздатністю корпоративних прав через договірні конструкції купівлі-продажу, дарування тощо. Це значно складніше завдання, адже у кожному конкретному випадку постає дилема з'ясування доцільності переходу корпоративних прав до спадкоємців, які через відсутність навичок та приватного інтересу продовжувати діяльність компанії і створювати умови для задоволення корпоративного інтересу в отриманні прибутку можуть завдати шкоди цій компанії та іншим її учасникам.

Тому в науковій літературі обґрунтовується необхідність розмежування умов набуття у власність майнових і немайнових корпоративних прав. У корпоративному законодавстві та узагальнених позиціях судової практики також відсутній єдиний підхід до порядку спадкування корпоративних прав, що зумовлено різнорідним розумінням понять «право участі», «частка у статутному (складеному) капіталі», «корпоративні права» та наявними колізіями у нормативних положеннях цивільного характеру. Для прикладу, така ситуація є характерною для товариств з обмеженою і додатковою відповідальністю, а також для учасників повних товариств та повних учасників командитних товариств, у яких набуття права участі у товаристві залежить від волевиявлення інших учасників або самого товариства, якщо інше не передбачено установчими документами. При чому, у разі спадкування тільки частки у статутному (складеному) капіталі, спадкоємцю виплачується її вартість без права вступу до товариства.

Схожі положення зазначені й у ст. 183 КТТ Польщі, що надають можливість не тільки встановлювати обмеження щодо можливості спадкування часток, а й виключення такої можливості [6, с. 97]. Щодо австрійського законодавства, то практика його застосування хоча й не дає чіткої відповіді, чи можна виключити можливість успадкування частки, проте надає можливість передбачити певні обов'язки для особи, яка успадковує частку, наприклад, відчужити частку учасника на користь решти учасників [5, с. 82].

У зв'язку з цим однією з необхідних умов спадкування корпоративних прав має бути належне управління корпоративними правами до моменту прийняття спадщини, з якого у спадкоємця виникають законні правомочності власника. Адже, за загальним правилом, між моментом відкриття спадщини і моментом його прийняття проходить період часу, протягом якого спадкове майно може піддаватися ризику повної або часткової загибелі, розкраданню тощо. І тому виникає необхідність у прийнятті заходів охорони спадкового майна до того моменту, коли з'явиться спадкоємець або коли майно буде прийнято державою як виморочне [1, с. 104].

Відповідно до ч. 1 ст. 1283 ЦК України охорона спадкового майна здійснюється в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів та кредиторів спадкодавця з метою збереження його до прийняття спадщини спадкоємцями. Водночас необхідність управління спадковим майном обумовлена самою природою об'єктів спадкування. Тому заходи з управління приймаються в основному до майна, що має економічну цінність і здатному приносити дохід їх власникові [11, с. 94]. Саме до такого складу спадщини, що потребує управління, відносяться й корпоративні права, які належали на момент смерті спадкодавцю, адже такі об'єкти спадкування мають вартісний характер та потребують вчинення низки фактичних і юридичних дій для отримання матеріальних вигод як результату володіння ними.

У ч. 1 ст. 1285 ЦК України зазначено, якщо у складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані, нотаріус, а в населених пунктах, де немає нотаріуса, – відповідний орган місцевого самоврядування, у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту укладають договір на управління спадщиною з іншою особою.

Проте існування вищенаведеної норми викликає більше запитань стосовно реального застосування її на практиці поряд із заходами щодо охорони спадщини, які передбачені законодавством. По-перше, норма даної статті надає можливість укладення договору на управління спадщиною, однак не регламентує умов укладення, виконання, правових наслідків невиконання або неналежного виконання такого договору, що зумовлено неможливістю визначити правову природу цього ж договору. По-друге, укладення договору на управління спадщиною здійснює нотаріус, а у відповідних випадках також орган місцевого самоврядування тільки за відсутності спадкоємців або виконавця заповіту.

Щодо визначення правової природи договору на управління спадщиною Ю. О. Заіка зазначає, що такий договір є різновидом договору на управління майном, передбаченого ст. 1029 ЦК України [2, с. 328]. Автор робить висновок, що в особи, яка управляє спадщиною, повноваження значно ширші, ніж у зберігача, оскільки управитель спадщини наділений повноваженнями вчиняти будь-які необхідні дії, спрямовані на збереження спадщини [2, с. 329].

Однак у цивільному та нотаріальному законодавстві не міститься норм, які б відсилали до гл. 70 ЦК України, що регулює відносини з управління майном. Крім того, відповідно до п 9.2 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України № 296/5 від 22. 02. 2012 р. (далі – Порядок вчинення нотаріальних дій) договір на управління спадщиною укладається нотаріусом з дотриманням вимог

ч. 2 ст. 212 ЦК України, відповідно до якої особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити припинення прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні (скасувальна обставина). Таким чином, управління спадщиною регулюється нормами ЦК України, що визначають порядок спадкування з урахуванням загальних положень про правочини.

Якщо звернутися до цивільного законодавства Російської Федерації, то відповідно до ст. 1173 ЦК РФ, якщо у складі спадщини є майно, що вимагає не тільки охорони, а й управління (підприємство, частка в статутному (складеному) капіталі господарського товариства або товариства, цінні папери, виключні права тощо), нотаріус як установник довірчого управління укладає договір довірчого управління цим майном. У правовій літературі з даного приводу зазначається, що договір довірчого управління спадковим майном – це угода, за якою одна сторона (установник управління) передає іншій стороні (довірчому управителю) на строк, необхідний спадкоємцям для вступу у володіння спадщиною, майно в довірче управління, а інша сторона зобов'язується здійснювати управління цим майном згідно з вказівками установника управління і в інтересах зазначених ним одного або кількох осіб (вигодонабувачів) [11, с. 96].

Якщо проаналізувати поняття договору управління майном за ЦК України, то згідно зі ст. 1026 за даним договором одна сторона (установник управління) передає іншій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а інша сторона зобов'язується за плату здійснювати від власного імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача). Предметом договору управління майном можуть бути підприємство як єдиний майновий комплекс, нерухома річ, цінні папери, майнові права та інше майно (ч. 1 ст. 1030 ЦК України). Особливістю договору управління майном є те, що він може вчинятися як в інтересах управителя майна, так і на користь вигодонабувача, тобто застосовується конструкція договору на користь третіх осіб. Відповідно до ч. 2 ст. 1034 ЦК України установник управління може вказати в договорі особу, яка має право набувати вигоди від майна, переданого в управління (вигодонабувача).

З урахуванням наведеного, якщо виходити з конструкції договору на управління спадщиною як договору управління майном на користь третьої особи, то цілком допустимо, що установником управління може виступати нотаріус або орган місцевого самоврядування як особи, що відповідно до закону застосовують заходи охорони до спадкового майна та/або управління ним, управителем є особа, з якою укладено договір управління спадщиною, а третьою особою – вигодонабувачем виступає спадкоємець (спадкоємці), на користь якого й було укладено договір. Тому слід погодитися з Ю. О. Заікою, якщо за договором управління майном установником управління виступає власник майна або орган опіки та піклування, або опікун чи піклувальник, то чому договір на управління спадщиною не може укладати не власник майна, а нотаріус, і, відповідно, вигоди за договором буде набувати не нотаріус, а майбутній власник майна [2, с. 328 – 329].

Якщо ж склад спадкоємців не може бути визначений на момент укладення договору, управління має здійснюватися в інтересах установника управління – нотаріуса, на якого в силу закону покладено обов'язок вживати заходів щодо захисту інтересів спадкоємців, відказоодержувачів та інших зацікавлених осіб [9, с. 95]. В положеннях гл. 70 ЦК України зазначається, що після припинення дії договору управління майном предмет договору повертається установнику управління або вигодонабувачеві. При цьому майно, набуте управителем у результаті управління майном, включається до складу отриманого в управління майна (ч. 1 ст. 1030). Вважаємо, що такі можливості є характерними для корпоративних прав, ефективне управління якими могло б збільшити спадкову масу, зокрема йдеться про отримання дивідендів. Адже всі доходи та інші надходження, отримані в результаті управління, повинні переходити до вигодонабувачів.

Таким чином, можна зробити висновок про доцільність регулювання договору на управління спадщиною гл. 70 ЦК України, що визначає особливості договорів управління майном, з урахуванням специфіки положень про спадкування. Адже мета управління майном відрізняється від мети його охорони – управління спрямоване не тільки на недопущення зменшення цінності спадщини, а, перш за все, на отримання прибутку. Якщо заходи охорони приймаються виключно стосовно речей, то заходи управління – як щодо речей, так і майнових прав [4, с. 22 – 23].

Водночас необхідно зауважити недосконалість положення ст. 1285 ЦК України щодо обмеження свободи укладення договору на управління спадщиною. Адже обов'язковими умовами договору на управління спадщиною є: 1) укладення його нотаріусом або у визначених законом випадках органом місцевого самоврядування; 2) у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту.

Щодо першої умови слід зазначити, що, на відміну від норм вітчизняного законодавства про можливість бути стороною договору на управління спадщиною нотаріуса або органу місцевого самоврядування, згідно зі ст. 1173 ЦК РФ в якості установника управління як сторони договору виступає нотаріус або виконавець заповіту. Наведену норму слушно було б застосувати й у ч. 1 ст. 1285 ЦК України, адже виконавець заповіту теж має повноваження не тільки здійснювати управління спадщиною, а й укладати такі договори з іншими особи. Щодо нотаріуса як сторони договору, то виникають

неоднозначні міркування. З одного боку, якщо нотаріус буде виступати стороною договору, то буде розпоряджатися майном спадкодавця, передаючи його в управління, що унеможливлює безпосередність спадкового правонаступництва. З іншого боку, безпосередність спадкового правонаступництва є складовою універсальності спадкування, коли майно в незмінному вигляді як єдине ціле і в один і той самий момент переходить в порядку спадкування. Вживання заходів щодо охорони та управління спадковим майном лише сприяє цьому переходу. Крім того, виступаючи стороною в договорі управління, нотаріус хоча й здійснює передачу майна в управління, але тим самим лише формально розпоряджається спадковим майном, оскільки з прийняттям спадщини спадкоємцями воно буде належати саме їм [11, с. 99].

Ще одним зауваженням є те, що аналіз ч. 1 ст. 1285 ЦК України приводить до висновку, що саме нотаріус (у визначених законом випадках орган місцевого самоврядування) виступає не тільки стороною, а й ініціатором укладення договору на управління спадщиною. При цьому іншою стороною договору є будь-яка третя особа, яка не є ні спадкоємцем, ні виконавцем заповіту. Водночас у п. 9.1 Порядку вчинення нотаріальних дій уточнюється питання про сторони договору на управління спадщиною і зазначається, що нотаріус на підставі заяви заінтересованої особи укладає договір на управління спадщиною з цією особою. Тобто зазначене положення звужує коло повноважень нотаріуса неможливістю укладення договору на управління спадщиною з власної ініціативи. Більше того, законодавство не дає чіткої відповіді, хто може бути заінтересованою особою, крім спадкоємців та виконавця заповіту, і обмежує можливість бути іншою стороною договору тільки ту особу, яка звернулася до нотаріуса із відповідною ініціативою про необхідність укладення договору на управління спадщиною.

Друга умова здійснення управління спадковим майном за відсутності спадкоємців чи виконавця заповіту робить цей спосіб охорони спадщини таким, що фактично не використовується на практиці. Зокрема, В. М. Кравчук зазначив, що в межах існуючого правового регулювання, в тому числі й коли йдеться про корпоративні права як об'єкт спадкових прав, найбільш прийнятним був би заповіт учасника з призначенням виконавця заповіту (ст. 1286 ЦК України). Однак, оскільки заповіти з призначенням виконавця в Україні поки що трапляються нечасто, то виходом з цієї ситуації міг би стати договір на управління спадщиною. Тому сферу застосування ст. 1285 ЦК України слід було б розширити і укладати договір із спадкоємцями [7, с. 357 – 358]. Схожих поглядів дотримуються й інші вчені та практики [2, с. 328]. Так, Н. Манжура зазначає, що спадкоємці можуть одержати документи, які підтверджують їхні права, не раніше ніж через шість місяців. За такий великий проміжок часу підприємство без управління може стати банкрутом. Правових підстав для здійснення управління спадкоємці не мають. Тому зміст ст. 1285 ЦК України необхідно викласти як норму, що дозволяє нотаріусу укласти договір на управління спадщиною із спадкоємцем або виконавцем заповіту [8].

Вважаємо, що наведені пропозиції мають право на існування і сприяли б ефективному управлінню корпоративними правами у процесі спадкування. Адже нотаріус як уповноважений законом суб'єкт з власної ініціативи має вчиняти превентивні заходи від порушень прав спадкоємців з боку третіх осіб з моменту відкриття спадщини. Водночас, обмежившись тільки колом спадкоємців і виконавця заповіту як сторін договору на управління спадщиною, виникає запитання, як має діяти нотаріус до моменту появи спадкоємців, які можуть з'явитися для прийняття спадщини не відразу після її відкриття, а в кінці строку, визначеного для прийняття спадщини.

Якщо ж говорити про виконавця заповіту, то виникає запитання, хто буде стороною договору, якщо виконавець заповіту відмовиться від виконання покладених на нього завдань. Адже виконання заповіту можна визначити як цивільне правовідношення, ініціатором якого виступає, як правило, заповідач, за яким на фізичну чи юридичну особу (виконавця заповіту) покладається обов'язок щодо здійснення цілого комплексу дій, спрямованих на реалізацію положень, що містяться в заповідальному розпорядженні [3, с. 119]. Відповідно до ст. 1286 – 1288 ЦК України виконавець заповіту може бути призначений за ініціативою спадкодавця, спадкоємців, суду або нотаріуса. Якщо виконавця заповіту призначив спадкодавець, то управління спадковим майном є прямою реалізацією волі спадкодавця, вираженої в заповіті, і може здійснюватися безпосередньо призначеним ним виконавцем заповіту, або відповідно до заповіту виконувач може укласти договір на управління спадщиною з третіми особами. Іншими словами, виконавець заповіту залежно від змісту заповіту може бути наділений або правом управління спадщиною, або правом укладати такий договір [10, с. 117]. Так, згідно зі ст. 1290 ЦК України до повноважень виконавця заповіту належить обов'язок управляти спадщиною та вчиняти інші дії, передбачені у заповіті. Втім можливість укладення договору на управління спадщиною нотаріусом з виконавцем заповіту виникає тільки у випадку призначення такого виконавця самим нотаріусом.

Ще одним положенням чинного законодавства, що не сприяє застосуванню договору на управління спадщиною, є ч. 2 ст. 1285 ЦК України, відповідно до якої особа, яка управляє спадщиною, має право на вчинення будь-яких необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини, до з'явлення спадкоємців або до прийняття спадщини. При цьому у п. 10. Порядку вчинення нотаріальних дій зазначається, що договір на управління спадщиною припиняється у разі надходження до нотаріуса за місцем відкриття спадщини заяви про прийняття спадщини, або, у разі відсутності спадкоємців за законом і за

заповітом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття спадщини ніким із спадкоємців, а також відмови від її прийняття, у зв'язку з чим укладений договір на управління спадщиною діє до ухвалення судом рішення про визнання спадщини відумерлою.

Зазначені нормативні положення фактично усувають особу, яка управляє спадщиною, з моменту з'явлення спадкоємця, який може настати на другий день після відкриття спадщини. В такому разі договір на управління спадщиною припиняє свою дію або й взагалі не укладається, але питання, яким чином здійснювати спадкоємцеві управління спадщиною до моменту її прийняття, залишається відкритим. Адже якщо виходити з положень про правонаступництво, то моментом переходу корпоративних прав буде вважатися момент їх прийняття, хоча й обсяг таких прав визначається на день відкриття спадщини. Однак корпоративні права – це об'єкт спадкових прав, який відрізняється своєю динамічністю та мінливістю, оскільки за умови ефективного механізму реалізації цих прав після прийняття спадщини спадкоємець може отримати не тільки той обсяг корпоративних прав, який належав спадкодавцю на момент його смерті, а й прибуток, отриманий від управління такими правами. І навпаки, відсутність належного правового механізму щодо управління корпоративними правами може призвести до негативних наслідків від такої діяльності.

У зв'язку з вищенаведеним доходимо висновку, що на законодавчому рівні доцільно закріпити положення, згідно з яким нотаріус (орган місцевого самоврядування) може укладати договір на управління спадщиною зі спадкоємцями, виконавцем заповіту або третіми особами, які надають послуги з управління майном на професійній основі (професійні управителі) на строк, визначений законом для прийняття спадщини з моменту її відкриття. Реалізацію права ініціювати укладення договору на управління спадщиною необхідно залишити як за нотаріусом (органом місцевого самоврядування), так й за спадкоємцями, виконавцем заповіту та іншими заінтересованими особами.

Також у п. 9.3, 9.4 Порядку вчинення нотаріальних дій зазначається, що текст договору викладається без застосування спеціальних бланків нотаріальних документів згідно з актом опису спадкового майна, який є невід'ємною частиною договору (перелік цього майна може викладатися в тексті договору). Договір на управління спадщиною не реєструється в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій. Інформація про укладення договору на управління спадщиною заноситься до Книги обліку договорів на управління спадщиною. При укладанні зазначеного договору нотаріус зобов'язаний пересвідчитись у тому, що це майно було власністю спадкодавця на момент відкриття спадщини, про що зазначається в тексті договору з посиланням на реквізити відповідного документа (за наявності). Крім того, договір на управління спадщиною є платним, що випливає з ч. 3 ст. 1285 ЦК України, де зазначається, що особа, яка управляє спадщиною, має право на плату за виконання своїх повноважень.

Отже, розвиток корпоративної етики компаній у сфері спадкування корпоративних прав має бути спрямований на застосування у практичній діяльності правової конструкції договору на управління спадщиною (корпоративними правами) до закінчення визначеного законом строку для прийняття спадщини, що надасть гарантії недопустимості зловживання суб'єктивними цивільними правами ні учасниками компаній, ні спадкоємцями і сприятиме прозорості та відкритості корпоративного управління в цілому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Антимонов Б. С., Граве К. А. Советское наследственное право. М.: Юр. лит., 1955. 264 с.
2. Заіка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дисер. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук: 12. 00. 03. Київ, 2007. 415 с.
3. Заіка Ю. О., Рябоконь Є. О. Спадкове право: навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2009. 352 с.
4. Кожевина Е. В. Наследственное правопреемство: автореф. дис. на соис. учен. степени канд. юрид. наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2005. 23 с.
5. Корпоративне право Австрії та України: монографія / Васильєва В. А., Ковалишин О. Р., Вікторія Робертсон [та ін.]; за ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2015. 250 с.
6. Корпоративне право Польщі та України: монографія / Васильєва В. А., Гербет Анджей, Ковалишин О. Р.; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. 377 с.
7. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин у господарських товариствах: монографія. Львів: Край, 2009. 464 с.
8. Манжура Н. Спадкування корпоративних прав в Україні. Юридичний журнал. 2007. № 3. URL: http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2605 (дата звернення: 14.12.2017).
9. Наследственное право. Булаевский Б. А. и др. / Отв. ред. К. Б. Ярошенко. М.: Волтерс Клувер, 2005. 186 с.
10. Наследственное право: учебник. Бунич Г. А., Гончаров А. А., Кутузов О. В., Попонов Ю. Г. М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°», 2003. 140 с.
11. Янушкевич Е. А. Доверительное управление наследственным имуществом. Вестник Удмуртского университета: Правоведение. 2005. № 6 (1). С. 94–114.

Sishchuk L. Corporate rights management to accept the inheritance

The article focuses on the need to manage corporate rights until the adoption of the inheritance. The article analyzes the norms of domestic and foreign civil legislation, which determine the procedure for concluding an agreement on the management of the inheritance, parties to the agreement and other conditions. The disadvantages of legislative technique concerning the formation of norms on inheritance management are revealed. Improvement of civil law with respect to determination of parties and grounds for termination of the contract on the management of the inheritance is proposed.

Keywords: corporate rights, inheritance, inheritance contract, notary, heirs, executor of the will.

НЕМАЙНОВІ БЛАГА ЯК ОБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.22

Скрипник В. Л.,

кандидат юридичних наук, докторант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, завідувач кафедри галузевих юридичних наук Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського

У статті аналізується поняття «немайнові блага», їх зміст, особливість і характерні ознаки, співвідношення з іншими правовими категоріями. З'ясовується специфіка виникнення і припинення немайнових благ як об'єктів цивільних прав.

Ключові слова: об'єкти цивільних прав, особисті немайнові права, природні права фізичної особи, немайнові блага.

Постановка проблеми. У Загальній декларації прав людини (1948р.), Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.) проголошені права людини на життя, свободу, особисту недоторканність, недоторканність особистого, сімейного життя. Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) на відміну від попередніх вітчизняних кодифікацій цивільного законодавства вперше виокремив спеціальну главу «Об'єкти цивільних прав», що зумовлює потребу їх належного розуміння, визначення того чи іншого матеріального права чи нематеріального блага, які становлять їх зміст, повноту закріплення у законодавстві, що сприятиме ефективному захисту природних прав особи юрисдикційними і правозастосовними органами.

Невизначеність у законодавстві поняття особистих немайнових прав фізичних осіб зумовлює на практиці помилкове їх тлумачення норм, які містять зміст окремих немайнових прав. Україна обрала курс на європейську інтеграцію, успішність якого залежить і від процесу адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, в першу чергу законодавства у сфері охорони природних прав людини (права на життя, здоров'я тощо). Необхідність узгодження норм вітчизняного законодавства зумовлює і потребу та актуальність перегляду положень доктрини у сфері здійснення та захисту природних прав людини.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти здійснення та захисту об'єктів цивільних прав, у тому числі і нематеріальних благ, були предметом дослідження таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як: М. К. Галянтич, О. В. Дзера, Ю. О. Заіка, Н. С. Кузнєцова, Л. В. Красицька, Р. А. Майданик, З. В. Ромовська, Р. О. Стефанчук, О. С. Сліпченко, І. В. Спасибо-Фатєєва, Є. О. Харитонов, С. І. Шимон, В. І. Бобрик, О. О. Посикалюк, Л. В. Малюга та інші). Значна увага приділяється особистим немайновим правам, що забезпечують індивідуалізацію учасників цивільних правовідносин, під якими пропонують розуміти суб'єктивні права, що мають на меті забезпечення індивідуалізації суб'єкта з-поміж інших, мають немайновий характер, невіддільні від особи-носія та мають особливий об'єкт – немайнове благо [12, с. 403].

Проте дослідження особистих немайнових прав як об'єктів цивільних прав не одержало розгорнутого висвітлення. Поза належної уваги науковців залишаються питання, пов'язані із визначенням особливості правового режиму немайнових благ, їх розумінням та змістом, особливістю залучення до цивільного обороту та їх місця в системі об'єктів цивільних прав.

Метою даної статті є з'ясування правової природи і ознак немайнових благ як об'єкта цивільних прав та проблем, пов'язаних з їх правовим регулюванням.

Основні результати дослідження. Законодавець більшості країн СНД не наводить поняття як об'єкта цивільних прав, так і поняття «немайнові блага», проте визначає їх види (ст. 177 ЦК України, ст. 128 ЦК Республіки Білорусь, ст. 7 ЦК Республіки Грузії, ст. 128 ЦК Російської Федерації) або розглядає немайнові блага як різновид особистих немайнових прав не характеризуючи взагалі (ст. 16 ЦК Республіки Молдова) [4], або взагалі не розмежовує поняття «немайнові права» і «немайнові блага» (ст. 115 ЦК Республіки Казахстан) [3].

Об'єктами особистих немайнових прав виступають нематеріальні блага і певною мірою результати інтелектуальної діяльності. У сфері особистих немайнових відносин знайшло законодавче закріплення багато прав, невідомих раніше вітчизняному цивільному законодавству: право на життя і здоров'я, на свободу, особисту недоторканність, на індивідуальність, на особисте життя та його таємницю, на недоторканність житла, на свободу пересування тощо.

Аналіз структури цивільних кодексів пострадянських країн надає можливість дійти висновку, що, як правило, у більшості із них існують лише поодинокі статті, положення яких регламентують особисті немайнові права, і в жодному кодифікованому акті приватного права країн СНД, за винятком України, не існує окремої Книги, присвяченої виключно особистим немайновим правам.

Так, у ЦК Республіки Білорусь у гл. 8 підроз. 3, роз. 3 «Нематеріальні блага та їх захист» міститься лише три статті (ст. 151–153), в яких наводиться поняття та види нематеріальних благ, компенсація моральної шкоди та захист честі, гідності та ділової репутації. ЦК РФ у главі «Нематеріальні блага та їх захист» містить п'ять статей Якщо перші три аналогічні за назвою статей в ЦК Республіки Білорусь, то ст. 151-1 присвячена охороні зображення громадянина, а ст. 152-2 – охороні приватного життя громадянина.

Самостійною ознакою особистих немайнових прав є особливість їх об'єктів. Об'єктами особистих немайнових прав виступають нематеріальні блага. У ст. 177 ЦК України серед об'єктів цивільних права законодавець виокремлює «інші матеріальні і нематеріальні блага».

Поняття «особисті блага», під якими розумілося життя, тілесна недоторканність, здоров'я, честь і гідність, вперше ввів до цивільного обороту М. М. Агарков [5, с. 136]. С. М. Братусь пропонував розрізняти особисті права у широкому і вузькому розумінні. При широкому розумінні особисті права – це будь-яке суб'єктивне право, що забезпечує задоволення немайнових потреб і є особистим правом. У більш вузькому розумінні особисті немайнові права – це лише права на блага, які не можна відокремити від особи [16, с. 193]. С. Н. Ландкоф право на життя і здоров'я, право на честь відносив до такого запропонованого ним своєрідного об'єкта цивільного права як «особистий добробут» [7, с. 57].

Своє бачення особистих немайнових благ пропонують і сучасні дослідники: як певних сутністно-якісних властивостей або стану особи (природні блага фізичної особи) та інших соціально-вартісних властивостей особи (блага соціального характеру та блага, належні особливим утворенням – юридичним особам), які визначають автономність, індивідуальність, цінність особи та забезпечують її фізичну, духовну, соціальну самодостатність та реалізованість як таку [9, с. 6]. Визначення природних благ фізичної особи як стану особи є занадто загальним, не відображає зміст, скажімо, такого блага як право на життя і його складові елементи.

Під «благом» пропонується розуміти «все те, що об'єктивно існує і завдяки своїм корисним властивостям здатне задовольняти потреби суб'єкта» [15, с. 73]. Таке визначення нам видається надзвичайно вузьким за змістом, оскільки сумнівним є те, що новонароджену дитину задовольняє таке належне їй благо, яке втілене в праві на честь і гідність.

Представники харківської школи цивілістики, автори колективної монографії, присвяченої об'єктам цивільних прав, визначають немайнові блага як цінності, які не можна відокремити від особи, позбавлені економічного змісту, які не можна відчужувати і передавати без згоди їх носія, які визнані і охороняються законом [19, с. 694].

О. В. Кохановська вважає, що термін «благо», який застосовується у законодавстві, означає цінність, що притаманна матеріальним предметам навколишнього світу, які створені природою або людьми, а також людські цінності, які належать людині від природи в силу самого її фізичного існування чи які набуваються в результаті існування в соціумі і не мають майнової цінності, можуть усвідомлюватися людиною як живою істотою чи бути притаманними створюваним нею угрупуванням [1, с. 250]. Тобто науковець слушно констатує, що зміст поняття «благо» включає і матеріальні блага, і людські цінності, які є природними.

Цікавим є трактування «блага» у французькій доктрині приватного права, яка права на матеріальні блага розглядає як різновид безтілесної рухомості, розуміючи під ними права на деякі державні посади (нотаріусів, стряпчих, секретарів судів, адвокатів при касаційному суді, біржових маклерів, аукціоністів тощо [10, с. 251].

Як вже зазначалося, законодавець не визначає поняття «благо». У роз. III ЦК України лише перераховуються нематеріальні блага, проте це дає можливість з'ясувати їх обсяг, особливості виникнення, існування та припинення.

Немайнове благо – це об'єктивна абсолютна категорія, що існує незалежно від соціуму, яка внаслідок своїх корисних властивостей може становити будь-який інтерес як для безпосереднього носія цього блага, так і для інших суб'єктів цивільних правовідносин, які мають до нього біологічне, сімейне чи соціальне відношення.

Визначальною особливістю особистих немайнових прав є особливість їх об'єктів. Особисті немайнові права і об'єкт особистих немайнових прав не є тотожними поняттями. У цивілістичній науці взаємозв'язок об'єкта права і об'єкта правовідносин є одним із проблемних питань. Пропонувалося

розрізняти *об'єкт правового регулювання* та *об'єкт правовідносин*; *об'єкт правовідносин* і *об'єкт права*; *об'єкт правового регулювання* і *об'єкт прав та обов'язків*, *об'єкт впливу об'єктивного права* і *об'єкт правовідносин* тощо [22, с. 47].

Проте сьогодні більшість дослідників не вбачають відмінностей між поняттям «об'єкт права» і «об'єкт правовідносин». Так, С. О. Сліпченко, ототожнюючи об'єкти особистих немайнових прав з об'єктами особистих немайнових правовідносин, слушно поділяє останні на дві групи: необоротоздатні та оборотоздатні. Першу групу складають блага, які мають моністичну природу (тобто є тільки нематеріальними і немайновими), життя, особисте життя, гідність, здоров'я, індивідуальність тощо [15, с. 303–304].

Під об'єктами цивільних прав у доктрині цивільного права традиційно розуміють будь-які матеріальні та нематеріальні блага, з приводу яких виникають цивільні правовідносини, і, в більшості випадків, ототожнюючи поняття «об'єкти цивільних прав» і «об'єкти правовідносин» [20, с. 218], втілюючись у певному майновому чи немайновому благові, яке має відповідний цивільно-правовий режим (завдяки якому виступає як цивільно-правова категорія) і владування яким становить охоронюваний законом інтерес особи [21, с. 50]. Це, як справедливо зазначає Є. О. Харитонов, надає можливість рівною мірою користуватися як тим, так і іншим терміном [18, с. 103 .

Так, О. В. Дзера зазначає, що об'єктом цивільних прав (цивільних правовідносин) є все те, на що спрямовано суб'єктивне цивільне право і суб'єктивний обов'язок учасників цивільних правовідносин, тобто все те, з приводу чого виникає, змінюється чи припиняється цивільне правовідношення [6, с. 72]. Немайнові блага можуть виступати не лише об'єктом цивільних прав, а й об'єктом сімейних, трудових, екологічних прав. Немайнові блага виступають об'єктом охорони і захисту у кримінальному і адміністративному праві. Проте немайнові блага є особливим об'єктом цивільних прав, і ця особливість полягає у такій обов'язковій їх ознаці як невідчужуваність. Розпорядження особистими немайновими благами як об'єктом цивільних прав не охоплює поняття відчуження. Передача природних прав іншій особі шляхом продажу, дарування, міни неможлива, оскільки суперечить сутності цього права.

З цього випливає, що не завжди немайнове благо, яке виступає як об'єкт цивільних прав, може виступати одночасно і як об'єкт цивільних правовідносин, за винятком випадків, коли немайнове благо є об'єктом охорони і захисту.

Особисті немайнові права і його об'єкти тісно пов'язані між собою. Об'єктами особистих немайнових прав виступають нематеріальні блага – життя, здоров'я, честь, гідність тощо. Наведені права є природними, вони виникають у людини з народження, належать людині до смерті, нічим не обмежені і не залежать від держави. Честь та гідність є особистими немайновими благами, невіддільними від особистості, які також виникають у людини з моменту народження. Так, ст. 1 Конвенції про права дитини забороняє будь-яке незаконне посягання на її честь та гідність [14].

Т. Гоббс визначав природне право як таке через категорію свободи, яку кожна людина має, аби використовувати свою владу на власний розсуд задля збереження власної природи, себто власного життя, і, отже, це свобода робити все, що згідно з власною думкою і розумом людина вважатиме за найдоцільніший засіб для досягнення своєї мети [2, с. 155]. Проте окремі блага можуть існувати і після смерті – право на повагу до померлого.

У ст. 201 ЦК України серед особистих немайнових благ, які охороняються цивільним законодавством, безпосередньо названі життя, честь, гідність і ділова репутація. Проте з цього не випливає, що інші особисті немайнові блага не охороняються законом або, скажімо, не мають певної цінності чи значущості. Право на життя – без сумніву, найістотніше право, невипадково у ст. 3 Загальної декларація прав людини проголошується: «Кожна людини має право на життя, свободу і особисту недоторканність». Відсутність гарантій реалізації цього права зведе нанівець всі інші проголошені немайнові блага. Щодо останніх особистих немайнових благ, на охороні яких законодавець спеціально акцентував увагу – «честь, гідність і ділова репутація», на відміну від інших, то це, вірогідно, є своєрідною даниною традиції, коли і в попередній вітчизняній кодифікації існувала норма, яка спеціально захищала честь і гідність.

З цивілістичних позицій право на життя складається із правомочності на збереження життя (індивідуальності) та правомочності на розпорядження життям [8, с. 103].

Життя – це найвище благо. Доволі неоднозначним сьогодні сприймається питання щодо визначення моменту виникнення права на життя: з моменту запліднення чи з моменту народження. З. В. Ромовська вважає, що право на життя повинно виникати безпосередньо із зачаття [13, с. 50]. Зазначимо, що в Американській конвенції «Про права людини» від 22 листопада 1969 р., учасниками якої є 22 країни Організації американських держав, у ст. 4 «Право на життя» зазначено, що кожна людина має право на повагу до свого життя. Це право охороняється законом, в цілому – з моменту зачаття [14, с. 867–888] . Така сама позиція законодавця окремих держав Азії та Африки (Афганістан, Ангола, Бангладеш, Єгипет, Індонезія, Ірак, Іран, Ємен, Ліван, Лівія, Ірландія, Ємен і Непал, ОАЕ, Сирія) та Піденної Америки (Венесуела, Гватемала, Гондурас, Колумбія, Парагвай, Сальвадор, Чилі).

Серед пострадянських країн непримиренна позиція до штучного переривання вагітності існує в Республіці Абхазія. Так, у ст. 40 п. 5 Закону «Про охорону здоров'я» від 29 січня 2016 р. зазначено,

що держава визнає право на життя ненародженої дитини з моменту зачаття і забороняє штучне переривання вагітності. Визнаючи рівне право на життя матері і дитини, держава захищає і відстоює це право [11].

Прихильники іншої концепції пов'язують виникнення права на життя з моменту народження дитини. Р. О. Стефанчук зазначає, що ведучи мову про право на життя, як і про життя в цілому, ми повинні виходити не з спеціалізованого медичного або теологічного розуміння, а базувати свої дослідження на засадах правової методології, тобто ми повинні розглядати дані поняття в тих аспектах, у яких це розуміється правом, оскільки саме право створює для себе відповідний термінологічний та понятійно-категоріальний апарат і спеціально вводить правову категорію «правоздатність», яка виникає з моменту народження [17, с. 277–278].

Вважаємо, що різниця позицій зумовлена, на жаль, станом економічного розвитку та ментальності суспільства. Життя – це благо, і ніхто не повинен визначати долю чужого блага. Позбавлення життя не можна виправдовувати соціальними чи психологічними чинникам. Законодавець може вирішувати долю чужого життя лише у випадку, якщо поява нового життя загрожує життю існуючому (наявність медичних чинників і загроза життю матері плода). Не можна захищати право на одне благо, водночас порушуючи інше. Зберегти чуже життя чи своє – право вибору повинно надаватися матері.

Правомочності щодо розпорядження життям полягає у можливості піддавати своє життя, наприклад з медичною метою, значному ризику (проведення дослідів на здоровій людині тощо).

Належне фізичній особі немайнове право має забезпечувати їй, носієві даного блага, можливість використовувати його таким чином, що б це не суперечило не лише нормам чинного законодавства, публічним інтересам, а й суті цього блага. Р. О. Стефанчук цілком слушно зауважує, що має йтися не про «користування», а саме про «використання» поняття, яке за змістом та обсягом набагато більше і не обмежується лише можливістю вилучення з певного об'єкта його корисних властивостей [17, с. 141].

У доктрині цивільного права до ознак особистих немайнових благ традиційно відносяться такі: особистий або «особистісний» характер; відсутність майнового (економічного) змісту.

Вважається, що для більшості нематеріальних благ відмінною властивістю є *невизначеність їх обсягу*, оскільки честь, як немайнове благо, протягом життя змінюється під впливом дій людини, її вчинків, поведінки. Перелік відомостей, які складають таємницю особистого життя людини, також змінюється від впливом низки обставин і бажань людини [19, с. 693].

В цілому погоджуючись із цією тезою, зазначимо, що такий висновок є слушним лише відносно благ, які забезпечують соціальну суть людини: честь, гідність, ділову репутацію тощо. Зміст же благ, набутих від народження або відповідно до закону – життя, здоров'я, навколишнє середовище тощо, є незмінним протягом усього життя. Особливістю особистих немайнових благ є те, що фізична особа користується ними протягом усього свого життя.

Нематеріальні блага характеризуються особливостями способу цивільно-правового захисту, який визначається сутністю порушених нематеріальних благ і характеру порушення. За захистом порушених природних прав можуть звернутися як особи, права яких порушені, так і особи, які можуть представляти їх інтереси (батьки або усиновителі малолітніх, повнолітні діти, яким сімейним законодавством надано право захищати права та інтереси своїх немічних батьків, а за певних умов і спадкоємці, якщо йдеться про захист честі та гідності померлої особи).

Висновки і перспективи подальших досліджень.

Немайнове благо – це об'єктивна абсолютна категорія, корисні властивості якої можуть становити як для безпосереднього носія блага, так і для інших суб'єктів цивільних правовідносин, які мають до нього біологічне, сімейне чи соціальне відношення. Особливість об'єктів особистих немайнових прав полягає і в особливостях їх виникнення та припинення, а саме у їх природності. Особливою рисою немайнових благ є їх унікальність, оскільки зміст немайнового права у кожного індивідууму різний.

Більшість особистих немайнових благ перебуває у стані статики. Вести мову про динаміку можна лише про окремих із них. Так, зміст такої категорії як ділова репутація з плином часу може змінюватися як в бік зростання, укріплення, так і в протилежний бік – втрачання.

Незважаючи на свою значущість, для суб'єктів цивільного права нематеріальні блага не мають майнової оцінки, проте при їх протиправному порушенні у володільця виникає право їх поновлення (якщо це випливає із природи порушеного блага) або право на стягнення грошової компенсації, яка має компенсувати моральні страждання, пов'язані з їх порушенням.

Право на життя, як особисте немайнове благо, – особливий об'єкт цивільних прав. Його специфіка як об'єкта полягає в тому, що цей об'єкт вилучений із цивільного обороту, життя не можна продати, купити, подарувати, закласти, проте носій цього права користується правовим захистом: окрім заборони примусового позбавлення життя навіть за найтяжчі злочини, законодавець забезпечує здійснення і охорону цього об'єкта шляхом встановлення особливого порядку набуття зброї та спеціальних засобів, правил користування зброєю особами, які мають право на її володіння, системою надання медичної допомоги та її доступністю у надзвичайних обставинах.

Немайнові блага органічно і невід'ємно належать всім фізичним особам і є взаємозалежними одні від одних (честь, гідність – здоров'я – життя).

Адаптація і гармонізація вітчизняного законодавства у сфері здійснення та захисту особистих немайнових прав потребує не лише перегляду та уточнення окремих нормативних положень (закріплення у законодавстві поняття «немайнові блага», уточнення дефініцій «життя», «здоров'я», «честь», «гідність»), а й подальшої розробки в цивілістичній доктрині вчення про об'єкти цивільних прав, складової особистих немайнових благ, а також узагальнення судової практики захисту особистих немайнових прав у Європейському суді і вітчизняними судами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Актуальні проблеми приватного права України: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнєцової / Відп. ред Р. А. Майданик та О. В. Кохановська. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. 564 с.
2. Гоббс Т. Левіафан, або Суть, будова і повноваження держави церковної та цивільної (пер з англ.). К.: Дух і літера, 2000. 606 с.
3. Гражданский кодекс Республики Казахстан. URL: http://online.zakon.kz/ Document/?doc_id=1006061# pos=1652 (дата звернення: 27.12.2017).
4. Гражданский кодекс Республики Молдова. URL: http://lex.justice.md/ ru/325085/ (дата звернення: 27.12.2017).
5. Гражданское право: учебник для юридических вузов: М. М. Агарков, С. Н. Братусь, Д. М. Генкин и др.; отв. ред. Я. Ф. Миколенко, П. Е. Орловский; ВИЮ НКЮ СССР. Часть первая. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938. 279 с.
6. Дзера О. В. Вибране: збірник наукових праць. Київська школа цивілістики. К.: Юрінком Інтер, 2016. 872 с.
7. Ландкоф С. Н. Основи цивільного права [2-ге вид.]. К.: Рад. школа. 1948. 424 с.
8. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. 2-е изд., испр. и доп. М.: МЗ Пресс. 2001. 244 с.
9. Малюга Л. В. Особисті немайнові права фізичних осіб в цивільному праві: теоретичні основи та проблеми правового забезпечення: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2004. 22 с.
10. Морандьер Л. Жюллио де ла. Гражданское право Франции. В 3-х томах. Том 3. Пер. с фран. А. Флейшиц. М.: Изд-во Иностранная лит-ра. 1958. 743 с.
11. О здравоохранение. Закон Республики Абхазия от 26 января 2016 г. URL: http://presidentofabkhazia.org/ upload/iblock/c55/14-% (дата звернення: 17.12.2017).
12. Правова доктрина України: у 5-и т. Х.: Право, 2013. Т. 3. Доктрина приватного права: Кузнєцова Н. С., Харитонов Є. О., Майданик Р. А. та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. 758 с.
13. Ромовська З. В. Особисті немайнові права фізичних осіб // Українське право, 1997. Число 1 (6). С. 47–60.
14. Сборник документов. Сост., авт. вступ. ст. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. 2-е изд., доп. М.: Норма – Инфра. М., 2002. 944 с.
15. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо обороноздатних об'єктів. Харків: Діса плюс. 2013. 552 с.
16. Советское гражданское право. Том 1. / Под ред. Д. М. Генкина. М.: ГИЮЛ, 1950. 496 с .
17. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія / Від. ред. Я. М. Шевченко. Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права. 2007. 626 с.
18. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини: монографія / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова. 2 -ге вид., перероб. і доп. Одеса: Фенікс, 2011. 456 с.
19. Харьковская школа цивилистики: объекты гражданских прав: монография / И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Крат, О. П. Печеный и др. под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право. 2015. 720 с.
20. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид. перероб і допов. К.: Юрінком Інтер. 2010. 976 с.
21. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2014. 664 с.
22. Штефан О. О. Цивільно-процесуальний захист суб'єктивного авторського права: теорія, законодавство, судова практика: монографія. Тернопіль: Підручники і посібники. 2017. 544 с.

Skrypnyk V. Intangible weal as an object of civil law

The article deals with analysing the notion of intangible weal, its essence, peculiarities and typical characteristics, relations with other juridical categories. The author defines specificity of appearing and discharging intangible weal as the object of civil rights.

Keyword: objects of civil rights, personal intangible rights, natural individual rights, intangible weal.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПЕРЕГЛЯДУ ДЕЯКИХ УХВАЛ У СПРОЩЕНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.23

Шабалін А. В.,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Центру правового забезпечення розвитку науки і технологій НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

У статті досліджено питання, пов'язані з особливістю апеляційного перегляду, зокрема ухвали суду першої інстанції про відмову у прийнятті заяви про видачу судового наказу. Розглянуто процесуальні особливості означеної процедури апеляційного перегляду, досліджено відповідні доктринальні позиції. Сформульовано висновки та пропозиції щодо вдосконалення чинного ЦПК України.

Ключові слова: суд, цивільний процес, наказне провадження, апеляція, ухвала суду.

Постановка проблеми. Наказне провадження є одним із видів цивільних проваджень. Так, згідно з ч. 3 ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) суди розглядають справи, визначені у частині першій цієї статті, в порядку позовного, наказного та окремого провадження [1]. Наказне провадження за своєю правовою природою є спрощеним цивільним провадженням.

Відповідно до ч. 1 ст. 96 ЦПК України судовий наказ може бути виданий у разі, якщо:

1) заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати;

2) заявлено вимогу про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника;

3) заявлено вимогу про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості;

4) заявлено вимогу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб;

4-1) заявлено вимогу про стягнення аліментів у твердій грошовій сумі в розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб;

5) заявлено вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів [1].

Варто зазначити, що застосування судового наказу було значно розширено, зокрема у справах, пов'язаних щодо виплат на дитину (Закон № 2037–VIII від 17.05.2017).

Важливим питанням національного судочинства є якість судових актів. Саме процесуальний інститут перегляду своїм основним завданням має створити правові перепони для тих судових рішень, які не відповідають вимогам закону. Все це стосується й судового наказу як особливої форми судового рішення. Іншим є те, що наказне провадження, порівняно з іншими провадженнями, має свої процесуальні особливості. Отже, існує необхідність дослідити такі особливості крізь призму апеляційної процедури перегляду, зокрема апеляційного перегляду відмови у відкритті наказного провадження.

Аналіз розробки проблематики. Питання, пов'язані з дослідженням наказного провадження, а також питання, пов'язані з переглядом судових рішень у цивільному судочинстві, були досліджені в працях таких вчених: В. М. Аргунова, І. В. Андронова, І. О. Безлюдько, О. А. Беляневич, С. С. Бичкової, В. І. Бобрика, О. Т. Боннера, В. А. Васильєвої, М. В. Вербіцької, О. С. Захарової, С. О. Короєда, В. М. Короленка, О. М. Шиманович, П. І. Шевчук, М. Й. Штефана, О. О. Штефан, С. Я. Фурси та ін. Проте означене питання апеляційного перегляду відмови у видачі судового наказу, як це представлено у цій статті, раніше не було предметом дослідження.

Метою дослідження є виявлення та вирішення комплексу теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із процедурою апеляційного перегляду відмови у видачі судового наказу, а також визначення відповідних шляхів вдосконалення чинного національного цивільного процесуального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Звернемось до структури наказного провадження, яка закріплена у чинному ЦПК України.

За своєю процесуальною моделлю наказне провадження має свої особливості порівняно з іншими видами цивільних проваджень. Так, зокрема, у структурі наказного провадження виділяються як етапи, так і стадії. Стадія розгляду справ наказного провадження в суді першої інстанції поділяється на такі

етапи: а) звернення до суду із заявою про видачу судового наказу; б) відкриття наказного провадження та видача судового наказу; в) розгляд заяви про скасування судового наказу; г) видача судового наказу стягувачу. У стадійній структурі наказного провадження виділяються такі стадії: 1) розгляд справи в суді першої інстанції; 2) перегляд судових рішень у справах наказного провадження; 3) виконання судового наказу [2, с. 4–5].

Отже, у вищезапропонованій моделі наказного провадження стадія перегляду є самостійною стадіє. Натомість варто зазначити, що сам виданий судовий наказ чи/або змінений судовий наказ не можуть бути переглянуті в порядку касаційного оскарження (ст. 307 ЦПК України).

Згідно з ч. 7 ст. 100 ЦПК України питання про відкриття наказного провадження або про відмову в прийнятті заяви про видачу судового наказу суддя вирішує не пізніше наступного дня з дня надходження заяви до суду, закінчення строку, для усунення недоліків заяви про видачу судового наказу та не пізніше наступного дня після отримання судом у порядку, передбаченому частиною шостою цієї статті, інформації про зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи – боржника. Про відкриття наказного провадження суддя постановляє ухвалу [1].

У п. 10 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ВССУ) від 23 грудня 2011 року № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» зазначено, що за відсутністю підстав для залишення заяви про видачу судового наказу без руху, повернення заяви чи відмови у прийняті заяви суддя у строк, визначений ч. 7 ст. 100 ЦПК України постановляє ухвалу про відкриття наказного провадження та у триденний строк із моменту її постановлення видає судовий наказ по суті заявлених вимог (ч. 1 ст. 102 ЦПК) [3].

Розділ II ЦПК України не містить окремих вимог щодо змісту такої ухвали. Її зміст має відповідати загальним вимогам, встановленим ст. 210 ЦПК України для ухвал суду.

Згідно з ч. 1 ст. 210 ЦПК України ухвала суду, що постановляється як окремий документ, складається з:

1) вступної частини із зазначенням: часу і місця постановлення; прізвища та ініціалів судді (суддів – при колегіальному розгляді); прізвища та ініціалів секретаря судового засідання; імен (найменувань) сторін та інших осіб, які брали участь у справі; предмета позовних вимог;

2) описової частини із зазначенням суті питання, що вирішується ухвалою;

3) мотивувальної частини із зазначенням мотивів, з яких суд дійшов висновків, і закону, яким керувався суд постановляючи ухвалу;

4) регулятивної частини із зазначенням: висновку суду; строку і порядку набрання ухвалою законної сили та її оскарження [1].

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 210 ЦПК України в ухвалі про відкриття наказного провадження має бути зазначений закон, яким суд керувався постановляючи таку ухвалу, тобто посилання на відповідні норми розділу II ЦПК України.

У процесуальному законодавстві необхідно розрізняти повернення судом заяви про видачу судового наказу та відмову у прийнятті заяви про видачу судового наказу (ч. 1, 2 ст. 100 ЦПК України). Відповідно до приписів ч. 1 ст. 101 ЦПК України повернення заяви у випадку, встановленому ч. 1 ст. 100 цього Кодексу, не є перешкодою для повторного звернення з такою самою заявою після усунення її недоліків. Натомість відповідно до положень ч. 2 вказаної процесуальної норми відмова у прийнятті заяви унеможливлює повторне звернення з такою самою заявою. Заявник у цьому випадку має право звернутися з тими самими вимогами у позовному порядку [1].

Таким чином, законодавцем визначено різні процесуальні наслідки для повернення заяви про видачу судового наказу та відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу.

Також у чинному ЦПК України встановлені різні підстави для повернення та відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу.

Так, відповідно до ст. 100 ЦПК України суддя повертає заяву про видачу судового наказу у разі, якщо:

1) заявник у встановлений судом строк не усунув недоліки заяви про видачу судового наказу;

2) до моменту відкриття наказного провадження надійшло звернення заявника про повернення заяви про видачу судового наказу;

3) наявні обставини, зазначені у п. 2–4 ч. 3 ст. 121 цього Кодексу.

Про повернення заяви про видачу судового наказу суддя постановляє ухвалу. Суддя відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу у разі, якщо: 1) заявлено вимогу, не передбачену ст. 96 цього Кодексу; 2) із заяви і поданих документів вбачається спір про право; 3) наявні обставини, зазначені у п. 2–5 ч. 2 ст. 122 цього Кодексу [1].

За наслідками вирішення питання про відмову у прийнятті заяви про видачу судового наказу чи її повернення суд постановляє відповідну ухвалу, яка, як було вже зазначено вище, повинна відповідати щодо форми та змісту ст. 210 ЦПК України [1].

Загальними принципами цивільного судочинства, зокрема ст. 13 ЦПК України, закріплене право осіб, які брали участь у справі, та осіб, які не брали участі у справі, але суд вирішив питання щодо їх прав та обов'язків, на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень у випадках та порядку, встановленому ЦПК України [1].

Основним завданням апеляційної інстанції є перевірка законності й обґрунтованості судових рішень місцевих судів. За результатами такої перевірки апеляційні суди мають право, за наявності підстав, передбачених процесуальним законом, скасувати, змінити судове рішення, постановити нове або залишити судове рішення без змін [4, с. 139].

У ч. 1 ст. 292 ЦПК України визначено, що сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції повністю або частково [1].

У цивільному процесуальному законі визначено перелік ухвал суду першої інстанції, які можуть бути оскаржені в порядку апеляційного провадження. Варто зазначити, що законодавець окремо виділяє ухвали суду першої інстанції, які можуть бути оскаржені окремо від судового рішення. Так, згідно з ч. 1 ст. 292 ЦПК України окремо від рішення суду можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали суду першої інстанції щодо:

1) відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасування судового наказу;
2) забезпечення позову, а також щодо скасування забезпечення позову;
3) повернення заяви позивачеві (заявникові);
4) відмови у відкритті провадження у справі;
5) відкриття провадження у справі з недотриманням правил підсудності;
6) передачі справи на розгляд іншому суду;
7) відмови поновити або продовжити пропущений процесуальний строк;
8) визнання мирової угоди за клопотанням сторін;
9) визначення розміру судових витрат;
10) внесення виправлень у рішення;
11) відмови ухвалити додаткове рішення;
12) роз'яснення рішення;
13) зупинення провадження у справі;
14) закриття провадження у справі;
15) залишення заяви без розгляду;
16) залишення заяви про перегляд заочного рішення без розгляду;
17) відмови у відкритті провадження за нововиявленими обставинами;
18) видачі дубліката виконавчого листа;
19) поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання;
20) відстрочки і розстрочки, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення;
21) тимчасового влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу;
22) оголошення розшуку відповідача (боржника) або дитини;
23) примусового проникнення до житла;
24) звернення стягнення на грошові кошти, що знаходяться на рахунках;
24-1) тимчасового обмеження у праві виїзду за межі України;
25) заміни сторони виконавчого провадження;
26) визначення частки майна боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами;
27) рішень, дій або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби, приватного виконавця;
28) повороту виконання рішення суду;
28-1) виправлення помилки у виконавчому листі або визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню;
29) відмови в поновленні втраченого судового провадження;
30) звільнення (призначення) опікуна чи піклувальника;
31) відмови у відкритті провадження у справі про скасування рішення третейського суду;
32) повернення заяви про скасування рішення третейського суду;
33) повернення заяви про видачу виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду [1].

Цивільний процесуальний закон не встановлює особливостей щодо форми і змісту апеляційної скарги у наказному провадженні, а також особливостей розгляду в апеляційній інстанції даної категорії справ.

Відмова апеляційної інстанції у задоволенні апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції про відмову в прийнятті заяви про видачу судового наказу може бути оскаржена в порядку касаційного оскарження (ст. 324 ЦПК України).

Розглядаючи питання, пов'язані з апеляційним переглядом ухвал про відмову у відкритті наказного провадження, варто зупинитися на одному питанні.

У процесуальній літературі з наказного провадження висловлюється думка, що у разі відмови в прийнятті заяви про видачу судового наказу заявник матиме право одночасно захищати свої права як коли подає апеляційну скаргу на відповідну ухвалу суду першої інстанції, так і коли звертається до суду з позовною заявою, що містить вимогу, аналогічну тій, що вказувалась в заяві про видачу судового наказу. І в разі скасування апеляційною інстанцією відповідної ухвали про відмову в прийнятті заяви про видачу судового наказу, що призводить до розгляду заяви про видачу судового наказу в суді першої інстанції, одна і та сама вимога буде розглядатися і в позовному, і в наказному провадженні. Далі науковці вказують, що у разі виникнення такої правової ситуації, суд має залишити без розгляду або позовну заяву, або заяву про видачу судового наказу відповідно до приписів п. 4 ч. 1 ст. 207 ЦПК України [5, с. 194–195].

З такою позицією можна повністю погодитися. Також варто зазначити, що вищеозначена ситуація може мати місце і при вирішенні справ з альтернативною підсудністю (наприклад, справ щодо стягнення заборгованості із заробітної плати). Наразі відсутня і законодавча вимога про здійснення відповідної перевірки з боку суду. Також і технічно така перевірка є наразі неможливою.

На нашу думку, щоб мінімізувати можливість виникнення подібних ситуацій, а також дотичних до такої інших правових ситуацій, варто ст. 103, 119 ЦПК України доповнити положенням про обов'язковість зазначення заявником або/чи позивачем, що відповідний спір (вимоги) не розглядаються в іншому суді.

Вважаємо, що запропонована нами новація буде сприяти оперативності та законності цивільного судочинства. Також запропоноване повною мірою корелюється з принципом диспозитивності цивільного процесу (ст. 10 ЦПК України).

Висновок. Отже, незважаючи на процесуальну особливість процедури видачі судового наказу, апеляційний перегляд ухвали суду першої інстанції про відмову в прийнятті заяви про видачу судового наказу здійснюється за загальними правилами апеляційного перегляду ухвал суду першої інстанції. Разом з тим у касаційному порядку не може бути оскаржений судовий наказ (змінений судовий наказ), за виключенням ухвал, поставлених у наказному провадженні, у тому числі й рішення (ухвали) апеляційної інстанції про відмову у задоволенні апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції про відмову в прийнятті заяви про видачу судового наказу.

З метою мінімізації можливості одночасного вирішення судом першої інстанції позовної заяви та заяви про видачу судового наказу щодо аналогічних вимог, у разі скасування судом апеляційної інстанції ухвали суду першої інстанції про відмову в прийнятті заяви про видачу судового наказу, пропонується доповнити ст. 103, 119 ЦПК України положенням про необхідність зазначення у відповідних заявах, що відповідний спір або/чи заявлені вимоги не розглядаються в іншому суді.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 10.03.2004 р. № 1618-IV. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 20.09.2017).

2. Шабалін А. В. Судочинство у справах наказного провадження: автореф. дис. на здобут. наук. ступ. канд. юрид. наук: спец.: 12.00.03 «Цивільн. право і цивільн. процес; сім. право; міжнарод. приватн. право» // НДІ приватного права і підприємництва імен. акад. Ф. Г. Бурчака. Київ, 2016. 20 с.

3. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23.12.2011 р. № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження». URL: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2011_rik/postanova_vid_23122011_roku_№_14_pro_praktiku_rozgljadu_sudami_zajav_u_porjadku_nakaznogo_provadzhen.html (дата звернення: 20.09.2017).

4. Теліпко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Науково-практичний коментар / За ред. Молдована В. В. Київ: Центр учбової літератури, 2011. 528 с.

5. Наказне провадження в цивільному процесі: монографія / За заг. ред. В. І. Бобрика. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2011. 203 с.

Shabalin A. About procedure for the appeal of certain judicial acts in civil court order proceedings

A scientific article examines the procedure for appealing in civil litigation. The procedure of simplified judicial proceedings is examined in detail. The procedure for appealing a court's refusal to issue a judicial act (court order). Existing scientific positions on the peculiarity of appeals in civil proceedings (court order proceedings) are shown. The author presents new theoretical legal innovations for the improvement of civil litigation (the court order proceedings).

Keywords: court order, civil litigation, court, appeals procedure, judicial act.

РЕЛІГІЙНІ ОРГАНІЗАЦІЇ ЯК ЗАСНОВНИКИ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ ДЕРЖАВНОГО СТАНДАРТУ ОСВІТИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.24

Шевченко О. М.,
кандидат історичних наук, старший науковий співробітник відділу методології приватноправових досліджень НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджується законодавче забезпечення права релігійних організацій засновувати конфесійно визначені або світські навчальні заклади державного стандарту освіти у світлі новацій Закону України «Про освіту» № 2145-VIII.

Ключові слова: релігійні організації, навчальні заклади, державний стандарт освіти, принцип світськості.

Важливою складовою демократичних надбань міжнародної спільноти є неухильне дотримання свободи думки, совісті і релігії, що забезпечується міжнародними договорами на глобальному та регіональному рівнях та національними конституціями держав. Як зазначається в п. 5 Резолюції ПАРЄ «Свобода релігії та співіснування в демократичному суспільстві» № 2076 (2015) від 30 вересня 2015 р. держави «повинні прагнути знайти справедливу рівновагу між конфліктуючими інтересами у зв'язку із здійсненням свободи думки, совісті та релігії, інших прав людини та основних свобод» [1]. Крім того, згідно з п. 6 цієї самої Резолюції Асамблея зазначає, що принцип світськості не вимагає виключення релігії з соціального простору, навпаки, цей принцип, якщо його правильно тлумачити і здійснювати, захищає можливість для різних вірувань, релігійних та нерелігійних організацій мирно співіснувати, поважаючи загальноприйняті принципи і цінності, напрацьовані людством. Нейтралітет держави має забезпечувати плюралізацію суспільства в світоглядній сфері [1]. Загалом же Асамблея закликає держави прагнути до «розумних пристосувань» з метою забезпечення рівності, що повинна бути ефективною, а не просто формальною у забезпеченні прав на свободу віросповідання. Проблема сучасних західних цивілізованих країн полягає в юридичному забезпеченні комунікації та взаєморозуміння між культурами, а не домінування певної культури над іншими та не передбачає ігнорування релігійних традицій в освітній системі країни.

У сучасній цивілізованій країні правове забезпечення принципу світськості несе конструктивний характер, створює можливість плюралізації всіх сфер життєдіяльності суспільства, в тому числі є базовою засадою функціонування їх освітніх систем. Саме такий підхід, забезпечуючи «право на власну точку зору» в процесі навчання та виховання, визнає однакову значущість та цінність знань, ідей, думок людей, які за своєю суттю є суб'єктивними, приватними чи мають локальний характер, створює умови для функціонування альтернативної освіти в країні.

Саме тому важливою базовою засадою демократизації освітньої сфери в Україні стала заміна радянських доктринальних підходів до національної системи освіти країни з монодержавних на плюралістичні. Як зазначає В. Борисова, «перехід до ринкової економіки викликав серйозні зміни в галузі освіти, реформував її систему таким чином, що разом з традиційними державними освітянськими установами, які створюються державою і повністю фінансуються за рахунок державного бюджету, легальний статус отримали приватні навчальні заклади – вузи, коледжі, гімназії, засновником яких виступають приватні особи – фізичні або юридичні» [2, с.14].

До навчальних закладів приватного права, враховуючи порядок створення та режим їх функціонування, належать також і навчальні заклади, засновниками яких виступають релігійні організації. Відповідно до Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» № 987-XII від 23 квітня 1991 р. релігійні управління і центри релігійних об'єднань різних віросповідних напрямів отримали право засновувати навчальні заклади, діяльність яких здійснювалася на підставі зареєстрованих у встановленому порядку статутів (положень), для підготовки священнослужителів і служителів інших необхідних релігійних спеціальностей (ст. 11,14). Розвитку освіти з релігійною спрямованістю значною мірою сприятимуть законодавчі новації, що містять Закон України: «Про освіту» № 2145-VIII, який набув чинності 5 вересня 2017 р., та Закон України «Про вищу освіту» № 1556-VII від 1 липня 2014 р., згідно з положеннями яких релігійні організації отримали право засновувати навчальні заклади державного стандарту освіти. Відповідні нововведення повністю відповідають ст. 2 Конвенції ООН про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти (14 грудня 1960 р.), яка визнає за країнами можливість створення та діяльність систем освіти чи навчальних закладів за релігійними мотивами, що надають освіту учням відповідно до вибору їх батьків чи законних опікунів, якщо вступ до них «є добровільним і освіта, що надається в них, відповідає нормам, які встановлені чи затверджені компетентними органами освіти, в якості освіти одного й того самого ступеня», зокрема, якщо ці приватні навчальні заклади створюються з метою розширення можливостей отримання освіти в країні.

На необхідності законодавчого забезпечення надання права релігійним організаціям на рівні з іншими юридичними та фізичними особами засновувати навчальні заклади зі світською або конфесійно визначеною системою освіти, за умови їх відповідності державним стандартам освіти, неодноразово наполягала у своїх зверненнях до Президента України Всеукраїнська рада церков і релігійних організацій [3] та низка громадських і правозахисних організацій в Україні. Зокрема, Харківська правозахисна група, Українська асоціація релігійних свобод публічно відзначали, що «відсутність права виховувати дітей у релігійному дусі взагалі та в конфесійних релігійних школах зокрема є порушенням релігійних прав батьків… Фактично йдеться про реалізацію на практиці вимог відкритого суспільства. У демократичному суспільстві конфесії подібно до інших суб'єктів громадянського суспільства мають право долучатися до розбудови освітньої системи з метою виховання духовно зрілого покоління» [4]. Їх позиція відповідала і рекомендаціям, які оприлюднила ПАРЄ у резолюції 1904 (2012), державам – членам Ради Європи, які мають забезпечити діяльність мережі освітніх установ, яка б враховувала та «поважала право батьків забезпечувати таку освіту і таке навчання, що відповідають їхнім філософським і релігійним переконанням» [5].

Декларування принципу світськості Української держави у ст. 35 Конституції України не заважає створювати умови для становлення багатоманіття в освітній сфері та будувати цивілізовані відносини з релігійними організаціями на засадах взаємоповаги, толерантності та рівноцінного ставлення (тобто в режимі позитивної нейтральності) до всіх діючих на її території релігійних спільнот, в тому числі і законодавчо забезпечуючи можливість останнім засновувати приватні навчальні заклади та надавати освітні послуги. Так, важливими новелами Закону України «Про освіту» є ті, що створюють законодавчі можливості релігійним організаціям як суб'єктам права засновувати навчальні заклади державного стандарту освіти. Вони, як і будь-яка інша фізична або юридична особа, «рішенням та за рахунок майна яких засновано заклад освіти або в інший спосіб відповідно до законодавства», набувають прав і обов'язків засновника (п. 7 ст. 1) навчального закладу. Важливою законодавчою передумовою заснування навчального закладу є «наявність необхідної матеріально-технічної та науково-методичної бази, педагогічних та інших працівників» (п. 4 ст.14)[1].

Крім того, ст. 31 Закону України «Про освіту», зазначаючи, що й надалі державні та комунальні заклади освіти залишатимуться відокремленими від церкви (релігійних організацій), у п. 2 дозволяє приватним закладам освіти, зокрема заснованим релігійними організаціями, «визначати релігійну спрямованість власної освітньої діяльності». Відповідна інформація має бути відображена засновниками в установчих документах навчальних закладів (п.7 ст. 31).

Закон запровадив (ст. 22) розрізнення приватних навчальних закладів за типами – прибуткові та неприбуткові. Ця новація надає навчальним закладам, засновниками яких виступають релігійні організації, бути звільненими від сплати податку на прибуток та спрямовувати свої фінансові надходження на внутрішні потреби навчального закладу.

Важливою новацією закону, який демонструє принцип державного нейтралітету щодо здобуття освіти в школі для дітей як релігійних, так і нерелігійних батьків, є впровадження принципу «гроші ходять за учнем», з метою державного фінансування обов'язкової субвенції для шкільного навчання учня незалежно від обраного для навчання освітнього закладу, якщо останній має ліцензію на здійснення освітньої діяльності (незважаючи на форму власності навчального закладу чи його засновників, зокрема засновником освітнього закладу може виступати й релігійна організація). Ця новація, внормована п. 10 ст. 78 набуває чинності з 1 січня 2019 р. Зокрема, держава має здійснювати «фінансування здобуття особою загальної середньої освіти у приватному або корпоративному закладі освіти, що має ліцензію на провадження освітньої діяльності у сфері загальної середньої освіти, за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів шляхом передачі такому закладу освіти цільового обсягу коштів у розмірі фінансового нормативу (з урахуванням відповідних коригуючих коефіцієнтів) бюджетної забезпеченості одного учня, який здобуває повну загальну середню освіту, та в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України». Стандартні відшкодування витрат на здобуття базового компонента освіти, що виділяються в уніфікованому вигляді на одного учня з державного бюджету незалежно від закладу, де останній навчається, забезпечить як оптимізацію використання бюджетних коштів в цій сфері, так і створить справедливі умови та фінансові гарантії широкому реальному (а не декларативному)

[1] Важливими передумовами отримання дозволу на створення приватних навчальних закладів в країнах Європейського Співтовариства є: 1) відповідність цілям національної освіти або сумісність з навчальною програмою, що визнана державною системою освіти країни; 2) фінансові можливості засновника закладу щодо його платоспроможності; 3) придатність та безпечність приміщень для навчання з врахуванням вимог національного закодавства країн; 4) професійна кваліфікація педагогічних працівників навчального закладу. Серед додаткових підстав – обсяг спеціальних освітніх послуг, які відображають специфіку цього навчального закладу щодо змісту та форми навчання, а важливими додатковими підставами на користь необхідності його відкриття є: 1) попит конкретних освітніх послуг, що не може бути задоволений державними освітніми закладами; 2) існування реальної необхідності створення відповідного закладу, підтверджений наявністю мінімальної кількості слухачів для його створення.

вибору родинами місця, форм та умов для навчання власних дітей, за умови конкурентного ринку освітніх послуг.

Такі демократичні зміни в національному освітньому законодавстві України, забезпечуючи плюралізацію освітньої сфери, уможливлять становлення та розвиток навчальних закладів державного стандарту освіти, засновниками яких виступатимуть релігійні організації як частини національної системи освіти, створять рівні умови здобуття для учнів в останніх певної кваліфікації як і після успішного навчання в державних та комунальних навчальних закладах. Якість викладання в таких приватних освітніх закладів має відповідати державним стандартам освіти. Сприяти відповідній якості навчання має застосування до них загальноприйнятих для державних навчальних закладів інспекцій, акредитації тощо.

Такі новації українського законодавства, що сприяють розвитку конфесійно визначених навчальних закладах в країні, базуються на таких принципах правової доктрини Європейського Співтовариства:

– принципі плюралізму в освіті, згідно з яким держава має забезпечити не лише різноманітність діяльності в країні приватних та державних навчальних установ, а й уможливити демократизацію самої системи освіти в країні та запобігти будь-якій тоталітарній загрозі у сфері навчання та виховання підростаючого покоління, базуючись на визнанні та повазі до різних релігійних та філософських переконань, які прийнято у сім'ях, особливо це стосується державних навчальних закладів;

– принципі недискримінації в освіті (забезпечення його дотримання в країнах вимагає дотримання останніми Протоколу № 12 до Європейської конвенції про права людини);

– принципі поваги до прав дитини, що визначає тісний взаємозв'язок забезпечення права на свободу вибору батьками навчального закладу для навчання дитини у відповідності з прийнятими в сім'ї релігійними чи філософськими переконаннями, з зобов'язаннями держави захисту прав дітей. Про це, зокрема, йдеться у ст. 24 Хартії основних прав Європейського Союзу, яка розглядає реалізацію прав батьків у тісному взаємозв'язку з реалізацією прав дитини, відзначаючи, що «в усіх діях щодо дітей, незалежно від того приймаються вони державними органами або приватними установами, інтереси дитини повинні бути основними міркуваннями».

Крім того, забезпечення світоглядних (релігійних, культурних) особливостей особистості в процесі навчання не звільняє навчальні заклади, засновниками яких виступають релігійні організації, від обов'язку забезпечувати повагу до фундаментальних цінностей людства. Визнаючи релігійні спільноти важливим суб'єктом навчально-виховного процесу, на них покладається і особлива відповідальність за виховний і навчальний процеси підростаючого покоління в освітньому закладі. Ці засади мають стати також базовими в умовах становлення демократичного та світоглядно плюралістичного суспільства в сучасній Україні. А важливими суспільними установками, пов'язаними з втіленням принципу світськості в національному освітньому законодавстві України на сучасному етапі, особливої значущості мають набути такі, як: «суспільне благо», «індивідуальне право», «справедливість», «рівність», «плюралізм», «патріотизм». Українське законодавство має етично та юридично збалансувати можливості здійснення особистістю своїх прав в освітній сфері відповідно до світоглядних переконань, з якими вона себе ідентифікує, та узгодити можливість їх реалізації з загальним благом суспільства. Як зазначає американський вчений Дж. Дьюї, головне завдання освітніх закладів «урівноважувати різноманітні суспільні сили для того, щоб створювати загальний суспільний настрій у державі та формувати спільні середовище як основу плюралістичного суспільства» [6].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Resolution 2076 *(2015)* «Freedom of religion and living together in a democratic society» adopted by the Assembly on 30 September 2015 (33rd Sitting). URL: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef-XML2HTML-en.asp?Fileid=22199& Iang=en (дата звернення: 15.10. 2015 р.).

2. Борисова В. Вищий навчальний заклад – функціональний вид непідприємницьких юридичних осіб // Непідприємницькі організації у механізмі реалізації права громадян на об'єднання (асоціації). Збірник наукових праць (за результатами роботи «круглого столу») / За заг. ред. М. К. Галянтича. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. С. 14–17.

3. *Звернення* Всеукраїнської Ради Церков і релігійних організацій до Президента України від 21 квітня 2011 р. URL: http://www.irs.in.ua/ index.php?view=article&catid=50%3Azv&id=856%3A1&tmpl= (дата звернення: 20.11.2013 р.)

4. *Палінчак М.* Політика щодо релігійної освіти в школах: вітчизняна та зарубіжна практика. URL: http://www.social-science.com.ua/публікація/434_ПОЛІТИКА%20ЩОДО%20РЕЛІГІЙНОЇ%20ОСВІТИ%20В%20ШКОЛАХ%20ВІТЧИЗНЯНА%20ТА%20ЗАРУБІЖНА%20ПРАКТИКА (дата звернення: 12.11.2017 р.)

5. *Resolution 1904 (2012)* «The right to freedom of choice in education in Europe» adopted by the Parliamentary Assembly on 4 October 2012 (35th Sitting). URL: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?Fileid= 19162&lang=en (дата звернення: 15.10.2015 р.).

6. *Лавриченко Н.* Світоглядні основи моделювання громадянської освіти у шкільництві США. Порівняльно-педагогічні студії. 2011. № 1 (7); Уманський державний педагогічний університет імені Павла Тичини. URL**:** http://udpu.org.ua/files/fahovi_vydannya/studii/1_2011.pdf (дата звернення: 15.10.2015 р.)

Shevchenko O. The religious organizations as founders of schools of the state standard of education

In the article the legislative provision of the right of religious organizations to found confessions or secular educational institutions of the state standard of education in the light of innovations of the Law of Ukraine «On Education» No. 2145-VIII are investigated

Keywords: religious organizations, educational institutions, state standard of education, principle of secularism.

РЕЧОВІ ДОКАЗИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.25

Штефан А. С.,

кандидат юридичних наук, завідувач відділу авторського права і суміжних прав НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Статтю присвячено аналізу правової природи речових доказів, порядку їх подання і дослідження в новому цивільному процесуальному законодавстві. Розглянуто характерні ознаки речових доказів, запропоновано уточнення їх дефініції.

Ключові слова: речові докази, поняття речових доказів, ознаки речових доказів.

Правова природа речових доказів, особливості їх використання та експертного дослідження розглядаються у багатьох публікаціях у сфері кримінального процесуального права. У цивільному процесі речовим доказам зазвичай присвячується кілька сторінок у джерелах навчального характеру, де міститься стисла характеристика цих засобів доказування та відтворюються нормативні положення про порядок їх огляду. Окремих праць, в яких основна увага зосереджувалася б на речових доказах, довгий час не було не лише в Україні, а й в інших державах. У 2014 р. з'явилося одразу два вітчизняних дисертаційних дослідження, авторами яких є М. О. Гетманцев та А. С. Зеленяк і які без перебільшення можна назвати вагомим внеском у розвиток теоретичних вчень про речові докази. Проте в умовах сьогодення цей інститут зазнає певних змін, що зумовлює актуальність нових наукових пошуків.

У попередній редакції ЦПК до речових доказів належали предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи, включаючи магнітні, електронні та інші носії інформації, що містять аудіовізуальну інформацію (ст. 65). В контексті попереднього процесуально-правового регулювання М. О. Гетманцев запропонував розуміти під речовим доказом об'єкт, на якому відображені (містяться) сліди взаємодії з іншими об'єктами матеріального світу або на якому інформація зафіксована за допомогою спеціальних технічних засобів (відео-, звукозапис), які досліджуються судом з метою встановлення наявності чи відсутності обставин, що мають значення для справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільної справи [1, с. 3]. А. С. Зеленяк відносить до речових докази, де доказова інформація, не будучи актом думки та сприймаючись безпосередньо, виражається в матеріальних властивостях предмета матеріального світу [2, с. 91].

Нова редакція ЦПК у ст. 97 уточнює дефініцію речових доказів: ними є предмети матеріального світу, які своїм існуванням, якостями, властивостями, місцезнаходженням, іншими ознаками дають змогу встановити обставини, що мають значення для справи. Це визначення запозичене з процесуального законодавства Російської Федерації, однак воно є більш точним і конкретним та вміщує певні характеристики речових доказів, які слід розглянути детальніше.

Першою ознакою, як випливає з природи речових доказів, прийнято вважати те, що їх основу становлять предмети матеріального світу. Матеріальна форма цих предметів означає їх реальне існування у часі і просторі. М. К. Треушніков зазначає, що речі стають носіями доказової інформації в силу того, що вони відображують різного роду зв'язки між явищами: зв'язки причини й наслідку, часові, просторові, умови й обумовленості [3, с. 231]. Проте правильним є і твердження В. В. Молчанова, що речовими доказами можуть бути також об'єкти, які не мають просторових меж, стійкої форми, наприклад, рідкі, сипучі, газоподібні речовини. Окрім того, речовими доказами можуть виступати рослини, тварини, зовнішні риси людини та багато іншого, що, власне, предметом не є [4, с. 279–280]. Хоча предмети є найбільш поширеним видом речових доказів, в контексті наведеного зауваження більш коректно вести мову не лише про предмети, а й про об'єкти, які мають вираз у матеріальній формі.

Другою характерною рисою речових доказів у доктрині називають те, що їх сутність становлять сліди, відбитки реальних подій, дій чи бездіяльності людини [5, с. 678], матеріальні властивості

предмета [2, с. 87]. Здебільшого предмети і об'єкти отримують своє доказове значення у зв'язку з певними слідами, утвореними на них. Варто погодитися з думкою, що речові докази являють собою не словесний або кодовий (цифровий, графічний) опис обставин, що мають значення для справи, а чуттєво-наочне втілення їх слідів і ознак [6, с. 192]. Такі сліди, властивості, якості не мають ознак письма або іншої форми втілення інтелектуальної діяльності людини (створення графічного зображення, відеозапису, голосового повідомлення тощо). Це відмежовує речові докази від письмових та електронних доказів, в яких правове значення має їх зміст, а не зовнішній вигляд, властивості, сліди втручання, ушкодження чи псування.

Однак у багатьох випадках речові докази включаються до матеріалів справи з метою підтвердження факту створення чи існування предмета/об'єкта, його належності певній особі, знаходження у певному місці у певний час. У такому разі сутність речового доказу утворює власне предмет/об'єкт, в той час як його властивості, функції, що ним виконуються, зовнішній вигляд та будь-які інші ознаки не матимуть значення для цієї справи.

Деякі дослідники вважають, що речовим доказом є сам носій, а не інформація на ньому [7, с. 353]. Для описаних вище випадків таке твердження цілком справедливе. Проте коли йдеться про заподіяння майнової шкоди чи неналежну якість речі, тут визначальним буде не сам факт існування предмета, а ознаки його ушкодження чи невідповідності стандартам, встановленим для відповідного виду продукції. Тому предмети та об'єкти можуть виступати речовими доказами у двох формах: як власне предмет/об'єкт і як його властивості чи сліди на ньому.

На думку М. О. Гетманцева, матеріалізація інформації у речових доказах відбувається незалежно від волі людини шляхом органічного, функціонального чи множинного впливу інформації на сам об'єкт матеріальної дійсності [1, с. 4]. Дійсно, у низці випадків інформація на певному предметі фіксується в силу збігу обставин і незалежно від того, чи прагнула цього людина. Однак поява певних слідів на тому чи іншому об'єкті може бути і результатом свідомих дій (дряпання поверхні автомобіля цвяхом) чи бездіяльності (псування речі через нездійснення необхідного для неї догляду, технічного обслуговування), які є наслідком волевиявлення. Тому стосовно способу утворення інформації у речових доказах доцільно виходити з його змішаної природи, яка поєднує обидва типи формування: той, що не залежить від свідомості людини, і той, що є результатом її волевиявлення.

Третя особливість речових доказів – спосіб сприйняття інформації, що у них міститься. Як зазначається з цього приводу у наукових дослідженнях, в силу того, що збереження і передача інформації за допомогою речових доказів досягається шляхом безпосереднього відображення об'єктів, процесів на поверхні предметів, а також шляхом зміни їх властивостей і якостей, то способом зняття і зчитування інформації, тобто способом дослідження речових доказів, є, за загальним правилом, їх огляд [8, с. 58]. Варто підтримати і думку, що оскільки змістом правової природи речових доказів як засобів доказування виступає здатність предметів матеріального світу змінювати свої властивості під впливом навколишніх подій, дані, які мають значення для справи, можуть бути отримані не тільки шляхом вивчення зовнішнього вигляду речового доказу, а й шляхом встановлення часу його створення чи зміни [9, с. 122]. І, безсумнівно, у низці випадків отримання інформації, що міститься у речовому доказі, потребує застосування спеціальних знань.

Будучи прибічником підходу, що змістом речового доказу є безпосереднє сприйняття матеріальних, фізичних властивостей предмета, А. С. Зеленяк обґрунтовує, що ця ознака зберігається у випадках, коли речовий доказ є об'єктом експертного дослідження, оскільки під час надання судовому експерту предметів для експертного дослідження названі предмети, як мінімум, описують, тобто визначаються їх індивідуальні ознаки, які доступні для безпосереднього сприйняття [2, с. 90, 91]. Насправді, потреба у використанні спеціальних знань виникає саме тому, що інформація, яка має значення для справи і міститься у речовому доказі, не може бути встановлена безпосередньо шляхом його огляду, а «вилучається» експертом. Відтак речовим доказам властиві різні способи сприйняття інформації, і ця їх ознака є унікальною, тому що жоден інший засіб доказування такої риси не має.

У доктрині пропонується поділяти предмети, що можуть виступати речовими доказами, на три групи:

1) матеріальні об'єкти позовів, що розглядаються (майно, на яке претендує позивач, спірне житло тощо). Доказове значення можуть мати такі властивості, як ціна майна, його якісна характеристика, обсяг, місцезнаходження;

2) недоброякісна продукція, зіпсовані речі, які частково чи повністю втратили товарні властивості тощо. Вони можуть свідчити як про власну споживчу цінність, так і про інтенсивність неправомірної діяльності відповідачів або третьої особи на стороні відповідача;

3) підроблені чи фальшиві документи, а також помилкові акти офіційних органів [10, с. 180].

В цілому погоджуючись з цим переліком, вважаю, що в умовах сьогодення до нього необхідно також включити електронні докази, щодо яких за аналогією з письмовими документами припускається втручання у їх зміст, в силу чого вони стають об'єктом експертного дослідження.

Порядок зберігання і повернення речових доказів, огляд речових доказів, що швидко псуються, та дослідження речових доказів у судовому засіданні у новому цивільному процесуальному законодавстві не зазнали змін. Ці умови були і залишаються оптимальними для речових доказів. Водночас порядок огляду доказів за їх місцезнаходженням доповнений у новій редакції ЦПК кількома новими правилами.

По-перше, хоча неявка осіб, які беруть участь у справі, не перешкоджає проведенню огляду речового доказу за місцем його знаходження, суд забезпечує відеофіксацію огляду технічними засобами, якщо огляд здійснюється за відсутності хоча б однієї зі сторін, а також в інших випадках, коли суд визнає це за необхідне. Тобто нова редакція ЦПК передбачає дві підстави для здійснення фіксації огляду речових доказів на відео: відсутність принаймні однієї сторони та визнання судом необхідності здійснення відеозапису. При цьому перелік випадків, коли така необхідність може виникнути, не уточнюється. Було б доречно віднести до них огляд речових доказів, які швидко псуються, змінюють свою форму чи інші властивості, в силу чого отримання інформації з таких предметів чи об'єктів у майбутньому буде унеможливлене.

По-друге, попередня редакція ЦПК у ч. 5 ст. 140 встановлювала, що особи, які беруть участь в огляді доказів за їх місцезнаходженням, мають право робити свої зауваження щодо протоколу огляду. У ч. 6 ст. 85 нової редакції ЦПК повноваження осіб, які беруть участь в огляді доказів за їх місцезнаходженням, розширені: такі особи мають право звертати увагу суду на ту чи іншу обставину, яка, на їх думку, має значення для повноцінного проведення огляду, встановлення обставин, які мають значення для розгляду справи, робити свої зауваження щодо протоколу огляду. Це нововведення видається цілком виправданим, адже особа, яка використовує речовий доказ для обґрунтування своїх вимог і заперечень, може знати про властивості відповідного предмета більше, ніж будь-хто інший, і вказати на них. І навпаки, така особа може прагнути приховати певні особливості речового доказу, однак на них може звернути увагу інша особа. Такого роду інформація має безпосередній вплив на проведення огляду і точність його результатів, тому можливість активної діяльності осіб, які беруть участь у справі і в огляді речових доказів, є необхідною.

По-третє, апеляційний загальний суд за місцезнаходженням доказів може оглянути докази за їх місцем знаходження на прохання третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу або за заявою сторони (учасника) третейського (арбітражного) розгляду за згодою третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу) у справі, що розглядається третейським судом або міжнародним комерційним арбітражем. У разі задоволення відповідної заяви суд спрямовує протокол огляду безпосередньо третейському суду (міжнародному комерційному арбітражу) або стороні, за заявою якої такий огляд проводився, для подальшого його подання третейському суду (міжнародному комерційному арбітражу). Це положення має зв'язок з іще однією новелою: за заявою міжнародного комерційного арбітражу, третейського суду або заявою сторони у справі, яка передана на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, третейського суду, суд може вжити заходів забезпечення доказів, до яких відносить огляд доказів, в тому числі за їх місцезнаходженням (ч. 2, 7 ст. 116 нової редакції ЦПК).

Незважаючи на низку позитивних змін щодо правового регулювання використання речових доказів у цивільному судочинстві, у новій редакції ЦПК залишається невирішеним питання про подання речових доказів. Цілком зрозуміло, що їх не завжди можливо долучити до позовної заяви, неможливо зробити їх копії для надсилання іншим особам, які беруть участь у справі. У зв'язку з цією особливістю речових доказів у доктрині сформувалася концепція їх класифікації на первинні і похідні: наприклад, первинним доказом є земельна ділянка, похідним – її план, складений компетентним органом, або первинним доказом є автомобіль, похідним – його фотографія. В низці випадків до справи залучаються саме похідні речові докази і встановлення певних обставин відбувається шляхом їх дослідження, без огляду відповідного предмета чи об'єкта. Як зазначають з цього приводу дослідники, замість речей у судове засідання можуть бути подані їх фотографії, креслення, описи, звуко-, відеозаписи, малюнки, зліпки, експериментальні зразки тощо. Практично немає обмежень в інформації вторинного характеру, яка замінює первинні речові докази [10, с. 181]. Тим не менш, використання похідних речових доказів у цивільному судочинстві не має універсального характеру, часом доказова інформація може бути сприйнята лише шляхом огляду первинного речового доказу.

У ч. 1 ст. 131 попередньої редакції ЦПК містилося правило, згідно з яким сторони зобов'язані подати свої доказу суду до або під час попереднього судового засідання у справі, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться – до початку розгляду справи по суті. В який спосіб мають подаватися речові докази процесуальне законодавство не встановлювало, лише визначало у ст. 139 особливості їх зберігання. Нова редакція ЦПК у ч. 9 ст. 83 передбачає, що копії доказів (крім речових), які подаються до суду, заздалегідь надсилаються або надаються особою, яка їх подає, іншим учасникам справи. У ст. 98 нової редакції ЦПК відтворені раніше існуючі положення щодо зберігання речових доказів, однак порядок їх подання також не уточнюється. При цьому процесуальне законодавство не зобов'язує осіб, які беруть участь у справі, подавати замість первинних речових доказів, які неможливо доставити до суду, їх фотографії, малюнки тощо.

В контексті багатьох речових доказів найбільш доречно говорити не про їх подання, а про зазначення на них у позовній заяві чи іншому процесуальному документі, яким обґрунтовуються вимоги та/або заперечення особи, яка бере участь у справі. Описуючи ті чи інші події та пояснюючи їх вплив на певний предмет або об'єкт, особа повідомляє суд про існування речового доказу, його властивості чи якості, залишені на ньому сліди. У багатьох випадках поява речового доказу у справі відбувається у формі надання про нього інформації, яка пізніше буде доповнена протоколом огляду цього доказу.

Отже, речовий доказ – це предмет чи об'єкт матеріального світу, який дає змогу встановити обставини, що мають значення для справи, фактом свого існування, місцезнаходженням тощо, або своїми якостями і властивостями чи наявними слідами, які сприймаються шляхом безпосереднього огляду або із застосуванням спеціальних знань. Новели, запроваджені у новій редакції ЦПК стосовно огляду речових доказів, можна охарактеризувати як позитивні. Водночас порядок подання і дослідження речових доказів у новій редакції ЦПК потребує певних уточнень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Гетманцев М. О. Речові докази в цивільному процесі: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2014. 20 с.

2. Зеленяк А. С. Використання речових доказів під час розгляду та вирішення цивільних справ: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2014. 238 с.

3. Треушников М. К. Судебные доказательства. М.: Городец, 2004. 272 с.

4. Молчанов В. В. Основы теории доказательств в гражданском процессуальном праве: учеб. пособие. М.: Зерцало-М, 2012. 360 с.

5. Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть: учебник. 3-е изд., перераб. М.: Норма, ИНФРА-М, 2013. 704 с.

6. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар [за ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, В. В. Васильченка, Н. Ю. Голубєвої]. Х.: Одіссей, 2009. 952 с.

7. Цивільний процес України: академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. [за ред. С. Я. Фурси]. К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. 848 с.

8. Мохов А. А., Рыженков А. Я. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве России: учеб.-практ. пособие / Под ред. Короткова М. Г. Волгоград: Альянс, 2005. 80 с.

9. Лазько О. М. Речові докази у цивільному процесі України: питання теорії і практики // Наше право, 2015. № 1. С. 121–126.

10. Викут М. А., Зайцев И. М. Гражданский процесс России: учебник. М.: Юристъ, 2001. 384 с.

Shtefan A. Material evidence in the civil proceedings

The article is devoted to the analysis of the legal nature of material evidence, the order of their presentation and research in the new civil procedural legislation. The characteristic signs of material evidence are investigated, and the refinement of their definition is proposed.

Keywords: material evidence, the concept of material evidence, characteristics of material evidence.

ВИТОКИ ВЧЕННЯ ПРО ПОЗОВ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.26

Штефан О. О.,

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

Статтю присвячено дослідженню, аналізу виникнення та становленню вчення про позов. Виявлено вплив німецьких філософських шкіл XIX ст. на становлення вчення про позов національної процесуальної доктрини, а також напрями їх розвитку в сучасній національній доктрині цивільного процесуального права.

Ключові слова: вчення про позов, позов, цивільне процесуальне право, цивільне судочинство.

Цивільним процесуальним засобом, який забезпечує реалізацію права на звернення до суду та ініціює його діяльність з метою здійснення захисту порушеного, невизнаного або оспорюваного права чи інтересу, є позов (позовна вимога).

У вітчизняній та іноземній цивільній процесуальній літературі наявні численні дослідження, що присвячені позову і позовній формі захисту прав, у яких відображається широкий спектр різноманітних підходів до визначення позову, його частин, видів позову, права на позов, умов і процесуальних засобів його реалізації.

Проблема інституту позову в цивільному процесуальному праві була об'єктом досліджень багатьох поколінь вчених цивілістів-процесуалістів.

Так, на загальнотеоретичному рівні вчення про позов досліджувалося в роботах М. А. Гурвича, М. Б. Зейдера, В. М. Гордона, А. О. Добровольського, С. О. Іванової, П. М. Філіппова, М. А. Вікут, Р. Є. Гукасяна, П. Ф. Єлисейкіна, М. С. Шакарян, О. В. Іванова, О. П. Клейнмана, К. С. Юдельсона, К. І. Коміссарова, С. В. Курильова, Д. М. Чечота, Г. Л. Осокиної, В. Н. Щеглова, Н. О. Чечіної, А. О. Мельникова, Є. О. Крашенинникова, М. Й. Штефана та ін., а також теоретиків цивільного права – М. В. Вітрука, В. О. Кучинського, М. І. Матузова, О. О. Красавчикова, Л. С. Явича, В. Є. Гулієва, Ф. М. Рудинського, Д. А. Керимова, Р. О. Халфіної та інших.

Позов — це складне правове явище, воно є одним із центральних цивільних процесуальних інститутів, який було започатковано і розвинуто ще за часів Стародавнього Риму. Основна ідея римських юристів отримала своє втілення у формулі: засоби захисту передують правам. Саме цей постулат був закладений в основу подальшого розвитку процесуальних норм. Питання щодо процесуальних засобів захисту права позовом (actio) римськими юристами був розроблений досить детально. Будь-яка особа, яка бажала реалізувати свої вимоги, мала знати, чи може вона скористатися позовом і яким саме [17, с. 35]. Право само по собі не підлягало захисту, оскільки воно було правом (об'єктивним). Надання можливості для судового захисту залежало від виконання вимог під час подання позову, а претензії сторін обґрунтовувались законом. У разі позитивного вирішення питання (добровільного врегулювання спору) позов підлягав засвідченню (визнання відповідачем претензій або присяга позивача про відсутність вимог замінювали рішення суду).

Якщо позов засвідчувався, але позивач не доводив справу до кінця, не отримував судове рішення і стягнення від боржника, позов вважався втраченим – позивач втрачав можливість ще раз звернутися за захистом. Після засвідчення позов переходив до наступної стадії – розгляду по суті.

Цивільне судочинство існувало у трьох формах: легисакційній, формулярній, екстраординарній, що відповідало трьом періодам розвитку Римської держави: царів, республіки та імперії. В період дії формулярного процесу суттєвих змін зазнав інститут позову. Він став являти собою інструкцію магістрата судді, що включала в себе сутність позовних претензій (демонстрацію), предмет і підстави позову (інтенцію), процедуру розгляду позову (кондемнацію) і постановлення рішення про присудження речі або грошей (ад'юнкцію). Також з'явився законний засіб (ексценція), яким позивач захищався від позову або намагався відвести від себе претензії позивача. Підставою для ексценції були відомі факти, які «знищували» позов або обмежували його як вимогу до відповідача [17, с. 56].

Позивачу і відповідачу не надавалось право на оскарження судового рішення, проте вони могли вимагати реституцію (veto) – повернення у становище, що раніше існувало. Реституція вважалась надзвичайним засобом захисту, оскільки претор діяв не відповідно до вимог права, а ґрунтував своє рішення на праві справедливості.

При екстраординарному процесі позов у вигляді формули замінював скаргу, що записувалась у судовий протокол. Провадження було скороченим, проте могло бути переведене у звичайний процес. У цьому процесі, якщо рішення у справі не виконувалось, позивач міг пред'явити цей самий позов знову. Скарга являла собою основну письмову заяву, яка підтверджувала наявність спору.

Так, римський юрист Цельс визначав позов як право в суді вимагати те, що потрібно. Загальне поняття позову давньоримські юристи сформулювали у Дигесті: Nihil aliud est action guam ius, guod sibi debeatur, iu-dicio perseguendi (D. 44. 7. 51; 1. 4. 6. pr.) – позовом є право особи реалізувати у судовому порядку належну йому вимогу [9]. Таким чином, римські юристи визначали позов як вимогу, звернену в судовому порядку.

Позов у римському праві це, з одного боку, процесуальний засіб, який дозволяє здійснити правовий захист, а з іншого – матеріальне право, що реалізується позивачем у спорі [17, с. 75].

У римському праві існувало понад 200 позовів, кожний із яких мав свою сферу застосування, проте всі вони були взаємопов'язані й являли собою єдину систему. Розвиток римського процесуального права йшов шляхом створення нових позовів.

Дослідник римського права Г. Ф. Пухта давав таке визначення позову в римському праві: з процесуального боку, позов – це процесуальна дія, завдяки якій спір виноситься на розгляд суду; дія, в якій особа (позивач), захищаючи своє право, наводить усі фактичні та юридичні підстави і з огляду на них висуває вимогу своєму супротивнику (відповідачу), формулюючи її у вигляді прохання до судді (petitum) [15, с. 223].

Позов у римському праві уособлював все право з наявними і майбутніми вимогами. Право на позов не було наслідком порушеного права, а виникало лише тоді, коли мав місце передбачений законом позов, який був спрямований на захист саме цього порушеного права [17, с. 76]. Тобто в римському праві надання судового захисту породжувало право, римське «action» було самостійним виявленням права, а не засобом його захисту [16].

Римське право найбільш суттєво вплинуло на процесуальне право Західної Європи, де в навчальних закладах юриспруденція була обов'язковою дисципліною на рівні з богослов'ям і філософією.

Як загальновідомо, яскравим прикладом рецепції римського права у сфері цивільного процесу була Франція із Кодексом Наполеона (Code Civil, 1804 р.). Французька кодифікація цивільного процесу відіграла суттєву роль у розвитку німецького цивільного процесуального права. Уніфікація положень цивільного процесуального права відбулась після створення Німецької імперії у 1871 р. в результаті прийняття Цивільного процесуального кодексу (1877 р.) [10].

Формування підходів до визначення позову, його змісту у німецькому цивільному процесуальному праві безпосередньо пов'язують із такими видатними процесуалістами, як Ф. К. Савіньї, Ф. Г. Пухта, К. Аренс та ін. Визначення позову у німецькому цивільному процесуальному праві перебувало під впливом вчення про право на позов, і як самостійна правова категорія практично не розглядалась. На думку Ю. В. Планка, позов є елементом процесу, який розуміється як вимога судового захисту проти неправа [13].

Позов німецькими юристами розглядався як процесуальний акт, спрямований на порушення провадження щодо з'ясування усіх обставин справи і на досягнення рішення у спорі, або як звернення особи про надання їй правового захисту [8, с. 66; 7, с. 130; 23, s. 2].

У період, коли панівною була теорія матеріального права, позов розглядався у двох значеннях: як процесуальна дія, пов'язана із поданням позовної заяви, і як матеріальне право на позов. Позов у першому значенні належав до сфери процесу і не мав самостійного теоретичного значення, тоді як позов у розумінні права на позов вважався частиною матеріального права, і саме йому приділяли увагу дослідники, які розглядали його як повноваження особи, що подає позов, вимагати задовольнити її клопотання. Позов у розумінні права на позов був звернений до відповідача як до порушника прав позивача [25, s. 4–5; 24, s. 125–126; 21, s. 134].

Безпосередньо започаткував теорію права на позов у матеріальному розумінні представник історичної школи права Ф. К. Савіньї. Позов як самостійну правову категорію він не розглядав, а право на позов розглядав як зміст правочинностей, що виникають внаслідок порушення права і спрямовані на усунення цих порушень. Одночасно він вказував на недопустимість змішування права на позов з самими діями, пов'язаними із поданням позову, які є формалізованими і належать до сфери процесуального права. Тобто право на позов Ф. К. Савіньї, на думку М. А. Гурвича, розглядав як стадію матеріального права, що виникає при процесуальній її реалізації [6, с. 9].

Такий підхід поділяв і Г. Дернбург, який зазначав, що позов є елементом або властивістю матеріального права, яке, в свою чергу, ним не вичерпується [14, с. 350].

На думку М. А. Гурвича, завдяки такому поглинанню матеріальним правом процесуального згідно з вченням Ф. К. Савіньї відбувся суттєвий розвиток саме теорії цивільного процесуального права. Так, теорія Ф. К. Савіньї про право на позов була відтворена у Пруському судовому статуті 1793 р. (доповнений законами 1833 і 1846 років) як підстава для попереднього провадження з дослідження суддею наявності у позивача «права на позов». Якщо суддя за матеріалами справи встановлював, що у позивача відсутнє право на позов, він своїм розпорядженням припиняв провадження (per decretum) і позивач «втрачав» захист [25, s. 50].

Наступною за теорією Ф. К. Савіньї було вчення про вимогу [26, s. 1–11], започатковане Б. Віндшейдом, основні постулати якої він виклав у роботі «Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts Autor» (1856 р.). У своєму вченні Б. Віндшейд доводив, що на відміну від римської концепції, за якою судовий захист породжував право, в дійсності позов є наслідком (posterius) матеріальноправових відносин, що є первинними (prius) [29, s. 25].

Згодом критики вчення Б. Віндшейда наголошували, що теорія вимоги побудована виключно на термінологічній заміні одного терміна (actio) на інший (право) [6, с. 11], який у своїй роботі «Zur Lehre von der römischen Actio» 1857 р. визначив подвійну природу позову – матеріально-правову і публічно-правову [Muther T. Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der heutigen Singularsuccession in Obligationen: eine Kritik des Windscheidschen Buches Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte de heutigen Rechts. Erlangen: Deichert, 1857. 198 S.]. Найбільшим критиком теорії Б. Віндшейда був Т. Мутер. Саме він, на думку М. А. Гурвича, започаткував дуалістичну теорію природи позову і права на позов як цивільну матеріальну вимогу і як публічну вимогу на захист права [6, с. 12].

Із виникненням абстрактного права позов почали розглядати як адресовану суду вимогу і надали йому ознак публічного характеру, незалежних від матеріального права.

Вчення про право вимоги на правовий захист, розроблене А. Вахом, визначало позов як одночасне звернення як до суду, так і до відповідача [27, s. 38].

Згодом вимога на правовий захист втратила свій універсальний характер, який визнавався А. Вахом, і перестала ототожнюватись із предметом спору.

Наприкінці XIX – початку XX ст. абстрактна теорія про позов стала об'єктом активної критики, оскільки право вимоги було відірване від приватних матеріальних правовідносин і перенесено у

публічне право, що не відповідало реально існуючим правовідносинам [28, s. 538]. Спроба знайти компроміс між цивільною матеріальною вимогою і її примусовою (через суд) реалізацією стало підґрунтям для появи теорії конкретного права.

В теорії конкретного права свого розвитку отримала ідея Т. Мутера, що розраховувати на судовий захист може лише той, хто має відповідне право. Згідно з теорією конкретного права позов є засобом для досягнення мети матеріального права, але не самим матеріальним правом, не його функцією або публічно-правовим проявом, він є вимогою до держави на задоволення інтересу, є захистом від відповідача в процесуальній формі, що пов'язаний із позапроцесуальним фактичним складом [22]. Теорія конкретного права свого часу отримала велику підтримку у процесуалістів і була досить поширеною в Австрії та Франції.

Розвиток теорії цивільного процесуального права в царській Росії перебував під сильним впливом наукових розробок німецьких вчених у цій сфері. До того ж, як зазначав Є. В. Васьковський, російська монографічна література з цивільного процесу була збіднілою [1; 3; 4; 18; 20]. Усі основні вчення німецьких науковців щодо розуміння сутності позову отримали підтримки та розвитку на території Російської імперії.

Наприкінці XIX – початку XX ст. у цивільному процесуальному праві «позов» мав два значення. Так, на думку М. Бруна, який дав визначення позову в енциклопедії Брокгауза і Єфрона, по-перше, позов є юридичною можливістю захистити своє цивільне право в судовому порядку, а по-друге, позов – це судові (процесуальні) дії позивача, який звернувся за допомогою до суду, щоб зобов'язати відповідача визнати його право або виконати те, що він повинен. Перше визначення позову містить ознаку, завдяки якій можна відмежувати цивільне право від публічного. На думку М. Бруна, позов є супутником цивільного права, елементом його властивості [19]. Як бачимо, наведене визначення позову є яскравим прикладом прояву теорії конкретного права.

Теорію конкретного права підтримував й розвинув Т. М. Яблочков, який вважав, що позов є одним із видів вимог на захист права, і тому являє собою відмінну від суб'єктивного приватного права публічно-правову вимогу, спрямовану до держави, зміст якої полягає в отриманні позитивного судового рішення для уповноваженої особи [20, с. 9]. Цю ідею підтримав і В. М. Гордон, який визначав позов як публічно-правову вимогу до держави щодо постановлення судового рішення [5, с. 92, 109–115].

На противагу зазначеній концепції конкретного права, позицію абстрактного права підтримував П. Кочергін, який розглядав позов як юридичну вимогу, заявлену позивачем, що становить предмет спору між сторонами [11, с. 36].

Варто зауважити, що у Російській імперії законодавство не використовувало такого окремого терміна, як «позов». Натомість у Статуті цивільного судочинства і Зводі законів Російської імперії використовувались терміни «право на позов», «право відшуковувати», «право подавати позов». Окрім цього, Статут цивільного судочинства містив термін «вимога» у положеннях, присвячених позову (ст. 442, 445, 570, 574, 632) [10]. Нагадаємо, що «вимога» як визначальний термін поняття позову був введений у цивільний процес німецьким ученим Б. Віндшейдом у XIX ст.

Виходячи із термінологічної специфіки дореволюційного цивільного процесуального законодавства, Є. В. Васьковський розмежував терміни «вимога» і «позов». Так, вимогу він тлумачив як домагання, що припускає примусове її здійснення будь-яким дозволеним способом. Позов він визначав як домагання, що здійснюється за допомогою судової влади [2, с. 598; 12, с. 146].

Завершуючи невеличкий екскурс в історію розвитку теорії про позов в дореволюційний період, зазначимо, що вже у 1917 р. Є. В. Васьковський здійснив спробу сформулювати універсальне визначення позову, яке б відображало всю його багатогранність. Так, у процесуальному розумінні, на думку дослідника, позов є вимогою у формі прохання (клопотання) про постановлення судом певного рішення. У матеріальному розумінні, тобто за змістом і суттю, позов є сама вимога, заявлена в позовному клопотанні. А в законодавстві — це вся діяльність позивача впродовж усього процесу [2, с. 592, 603].

Концепція універсального визначення позову була успадкована як радянськими дослідниками (Г. Л. Осокіна, В. А. Мусін, М. Й. Штефан, М. А. Вікут, І. М. Зайцев та ін.), так й сучасними процесуалістами (В. М. Васін, С. О. Іванова, В. В. Ярков та ін.).

Поділяючи такий підхід щодо визначення позову та із урахуванням проаналізованих положень та предмета цього дослідження, слід визнати звернення до суду заінтересованої особи про здійснення правосуддя у справі на захист прав та охоронюваних законом інтересів, що виникають зі спірних правовідносин, порушених чи оспорюваних іншою особою.

Це звернення (вимога, заява) заінтересованої особи (позивача чи іншої уповноваженої ним чи законом особи) до суду про прийняття ним до свого провадження на розгляд і вирішення матеріально-правової вимоги (про порушення цивільної справи та її розгляд), пред'явленої нею до іншої особи

(відповідача) з метою захисту спірних чи порушених авторських прав встановленим способом і на зазначеній підставі.

У цьому визначенні містяться суттєві ознаки позову та позовного провадження (позовної форми) цивільного процесу, зокрема:

1) позов спрямовується на захист порушених чи оспорюваних авторських прав, тому у позовному провадженні розглядаються і вирішуються спори заінтересованих осіб – суб'єктів авторських правовідносин про їх права і обов'язки та законні інтереси;

2) у позовному провадженні беруть участь дві сторони з протилежними (майновими чи особистими) інтересами;

3) позов спрямовується до суду, яким є територіальний суд загальної юрисдикції, діяльність якого побудована на принципі незалежності суддів і підкорення їх тільки закону;

4) у позовному провадженні можлива також участь інших заінтересованих осіб для захисту своїх прав, прав інших осіб і держави;

5) процесуальне становище сторін, інших осіб, що беруть участь у справі позовного провадження, базується на принципах диспозитивності, рівноправності і змагальності сторін тощо. Змагальна форма цивільного процесу найбільш повно виявляється саме у позовному провадженні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Васьковский Е. Курс гражданского процесса М.: Бр. Башмаковы, 1913. Т. 1: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. 1913. 691 с.
2. Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М.: Изд. бр. Башмаковых, 1914. 571 с.
3. Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса / Под ред, с предисл. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. 464 с.
4. Гордон В. М. Основание иска в составе изменения исковых требований. Ярославль: Тип. Губ. правления, 1902. 316 с.
5. Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль: Тип. Губ. земск. управы, 1906. 370 с.
6. Гурвич М. А. Право на иск; ред. Клейман А. Ф. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1949. 215 с.
7. Давтян А. Г. Гражданское процессуальное право Германии. М.: Городец, 2000. 320 с.
8. Елисеев Н. Г. Гражданский процесс ФРГ: учеб. пособ. / Под ред. Абовой Т. Е. М.: Изд-во Ин-та государства и права, 1989. 101 с.
9. Клычков В. В. Иск как эффективный инструмент защиты нарушенных гражданских прав. URL: http://www.yurclub.ru/docs/arbitration/ article116.html (дата звернення: 10.07.2017 р.).
10. Колесов П. П. Процессуальные средства защиты права. Великий Новгород: НовГУ имени Ярослава Мудрого, 2004. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z140_page_1.html (дата звернення: 15.07.2017 р.).
11. Кочергинъ П. Краткий курсъ русскаго гражданскаго процесса. К.: Издание книжного магазина «Книжный мир» К. С. Серминского, 1915. 143 с.
12. Логинов П. В. Иск – средство реализации права на обращение в государственный арбитраж для защиты прав и охраняемых законом интересов социалистических организаций // Процессуальные средства реализации конституционного права на судебную и арбитражную защиту: межвуз. тем. сб. / Под ред. Р. Е. Гукасяна и др. Калинин: КГУ, 1982. С. 146.
13. Макаров В. В. Теория иска в гражданском процессуальном праве России и Германии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. URL: http://hghltd.yandex.net/yandbtm (дата звернення 11.07.2017 р.).
14. Пандекты: пер. с нем.: просмотрено и согласовано с изданием подлинника. Т. 2. Вып. 3. Обязательственное право / Под ред. П. Соколовского. Ред.: А. Э. Вормс, И. И. Вульферт. 3-е рус. изд. М., 1911. 412 с.
15. Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права. Т. 1 / Курсъ Римскаго Гражданскаго Права. Т. 1. Пер. с послед. нем. изд. проф. Рудорффа. М.: Ф. Н. Плевако, 1874. 550 с.
16. Руденко Е. Взаимосвязь двух правомочий: процессуальной стороны и материально-правовой стороны права на иск // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 8. URL: http://www.zonazakona.ru/ law/comments/485/ (дата звернення: 15.07.2017 р.).
17. Сологубова Е. В. Римский гражданский процесс. М.: Юрид. Бюро «Городец», 1997. 62 с.
18. Энгельман И. Е. Курс русского гражданского судопроизводства, 3-е изд. Юрьев: типография К. Маттисена, 1912. 646 с.
19. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. СПб.: Брокгауз-Ефрон, 1890–1907. URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/brokgauz_efron/46265/Иск (дата звернення: 10.07.2017 р.).
20. Яблочков Т. М. Учебник русского гражданского судопроизводства. 2-е изд., доп. Ярославль: книгоизд-во И. К. Гассанова, типолитография Еллия Вахрамеева, 1912. 326 с.

21. Arndts K., Lefirbuch der Pandekten, 5. Aufl., 1865. S. 134
22. Muther T. Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der heutigen Singularsuccession in Obligationen: eine Kritik des Windscheidschen Buches Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte de heutigen Rechts. Erlangen: Deichert, 1857. 198 s.
23. Planck J. W. Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. 2, 1896. 320 s.
24. Puchta G. F. Lehrbuch der Pandekten: Pandekten Nach d. Tode d. Verf. besorgt von A. F. Rudorff – 9. verm. Aufl. Leipzig: Barth, 1863. 812 s.
25. Savigny F. C. Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung Gießen: Heyer, 1803. 495 s.
26. Savigny F. C. v. System des heutigen römischen Rechts. In 8 (9) Bdn. Bd. 4. Berlin: Veit u. Comp., 1841. 643 s.
27. Wach A. Handbuch des deutschen CivilprozeBrechts. Bd. l. Leipzig, 1885. 690 s.
28. Wach. Defensionspflicht u. Klagerecht, Zeitschrift für das private u. Öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. VI. 1877. 553 s.
29. Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf: Buddeus, 1856. 238 s.

Shtefan O. Derivations of the dogma of lawsuit

The article is devoted to investigation and analysis of appearing and establishment of dogma of lawsuit. It was fetched out the influence of German philosophical schools of XIX century on the establishment of dogma of lawsuit in the national procedural doctrine as well as the ways of their development in the modern national doctrine of civil procedural law.

Keywords: lawsuit dogma, lawsuit, civil procedural law, civil litigation.

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.27

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

У статті досліджено різні аспекти договірного регулювання приватноправових відносин, що надало можливість дослідити цивільно-правовий договір як регулятор майнових відносин в його динаміці на всіх стадіях. Констатовано у сфері приватноправових відносин зміщення акцентів із законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками в сторону договірного їх визначення, оскільки законодавче регулювання спрямоване на впорядкування приватноправових відносин, а договірне – на їх організацію та формування. Договірне регулювання в механізмі правового регулювання приватноправових відносин займає особливе місце формуючи окрему підсистему – сукупність елементів, що утворюють у своїй системній єдності механізм договірного регулювання приватноправових відносин.

Ключові слова: цивільно-правовий договір, договірне регулювання, приватноправові відносини, механізм правового регулювання, свобода договору, принципи договірного регулювання.

Договір як дієвий регулятор приватноправових відносин зайняв самостійне місце в механізмі правового регулювання. Одразу ж зазначимо, що дослідження різних аспектів специфіки правового регулювання цивільних правовідносин завжди були предметом особливої уваги вітчизняних та зарубіжних представників науки приватного права. Однак деякі теоретичні питання, пов'язані з аналізом сфери регулювання приватноправових відносин саме як різновиду соціально-правових управлінських систем, не одержали належного доктринального осмислення. Так, в юридичній літературі наголошується на недостатності наукового осмислення процесів, пов'язаних із аналізом сфери врегульованих положеннями цивільного права особистих немайнових та майнових відносин, що свідчить про потребу нового наукового осмислення цієї проблематики [1].

Правове регулювання є однією з основоположних категорій правової дійсності, оскільки через регулювання певних явищ проявляється власне сутність та соціальне призначення права. Слід зазначити, що учасники договірних правовідносин не завжди вільні у виборі можливостей застосування права. До того ж, при реалізації суб'єктивного цивільного права сторони договору, виходячи із принципу свободи договору, можуть вести себе на власний розсуд. Однак коли реалізується імперативно виражений юридичний обов'язок чи заборона, вони суттєво обмежуються у виборі варіанта поведінки, оскільки імперативно виражена правова норма містить в собі санкцію, тобто стимулює реалізацію припису, що в ній міститься. Причому, як будь-який стимул, ця санкція може і повинна бути як позитивною, так і негативною. Вона може містити в собі або загрозу покарання, або обіцянку заохочення. З урахуванням наведеного, оскільки суб'єктивне цивільне право є мірою свободи суб'єкта у взаємовідносинах з іншими особами, слушною є висловлена теза, що межа суб'єктивного права є встановленою мірою поведінки особи. Іншими словами, межа суб'єктивного права як моделі поведінки визначається тими правомочностями, які входять до змісту цього права [2]. Так, прикладом загрози настання покарання може слугувати ч. 2 ст. 849 ЦК України, за якою підряднику, який своєчасно не розпочав роботу або виконує її дуже повільно, загрожує настання санкцій у вигляді відмови замовника від договору та права на відшкодування понесених у зв'язку із цим збитків. Прикладом заохочення підрядника може слугувати ст. 845 ЦК України, яка виконує стимулюючу функцію, а саме, одержання більшої матеріальної вигоди ніж це передбачено договором у випадку ощадливого ведення робіт.

Таким чином, правове регулювання приватноправових відносин полягає у певній діяльності суб'єктів договірного зобов'язання, які за допомогою права спрямовують, впорядковують, впливають на певні явища. Тобто у правовому регулюванні приватноправових відносин задіяні як правові норми, так і індивідуально-правові акти компетентних органів і осіб, необхідні для регулювання досліджуваних правовідносин.

Зважаючи на наведене, можемо констатувати, що правове регулювання приватноправових відносин є набором юридичних засобів державно-владного впливу, за допомогою яких конкретні суб'єкти впливають на такі правовідносини шляхом встановлення конкретних договірних умов з метою закріплення відносин між собою, їх впорядкування, охорони та захисту. Тобто договір у механізмі правового регулювання приватноправових відносин відіграє надзвичайно важливу роль, аналіз якої на доктринальному рівні надав можливість Н. С. Кузнєцовій наголошувати на його унікальності в такому контексті. До такого висновку вчена доходить проаналізувавши дію договору на всіх стадіях правового регулювання суспільних відносин (нормотворчій, правореалізаційній, правозастосовчій) [3].

Виходячи із наведеного, не викликає заперечень дедалі частіше використання як на доктринальному, так і правозастосовчому рівнях терміна «договірне регулювання». Введення до наукового обігу цього поняття є цілком слушним кроком як з теоретичної, так і з практичної точок зору, оскільки воно

надає можливість на системно-категоріальному рівні дослідити найважливішу функцію договору – регулятивну [4]. Дійсно, введення цього поняття до категоріального апарату науки цивільного права сприяє вирішенню проблем як договірного, так і цивільного права загалом, адже надає змогу по-іншому подивитись на цивільно-правовий договір як на ефективний інструмент, за допомогою якого сторони самостійно регулюють відносини між собою. Іншими словами, за допомогою механізму договірного регулювання можна дослідити цивільно-правовий договір в його динаміці на всіх її стадіях, оскільки якісно дослідити вплив на приватноправові відносини таких регуляторів як договір і закон можливо виключно в результаті вивчення їх регулятивних властивостей.

Виходячи із розуміння закладеної Цивільним (ст. 6) та Сімейним (ст. 7) кодексами України принципово нової парадигми договору, який слід розглядати не тільки як правочин, правовідношення чи документ, а як регулятор майнових відносин, при цьому учасники цивільних відносин визнаються суб'єктами їх договірного регулювання, що надає можливість встановлювати критерії їх можливої поведінки, доцільно наголосити, що договірне регулювання приватноправових відносин є індивідуальним, воно надає обов'язковість специфічному порядку дій контрагентів, щодо вчинення яких вони домовлялися. Договір укладається між рівноправними суб'єктами і спрямований на взаємне задоволення їх потреб за рахунок один одного. Оскільки однією з необхідних ознак будь-якої домовленості є відсутність можливості у кожної зі сторін нав'язувати іншій свої умови, укладення договору можливо виключно у випадку, коли кожен з контрагентів вважає договірні умови справедливими для себе. При досягненні такої домовленості сторони орієнтуються на те розуміння справедливості, що є загальновизнаним у суспільстві. Тобто фактично сам цивільно-правовий договір є одним зі способів об'єктивації тих імперативів, які становлять сутність природного права суспільства. У цьому розумінні договір виступає засобом правового регулювання поведінки сторін у цивільно-правових зобов'язаннях, адже в договірних умовах закріплюється воля сторін, відповідно, такі умови стають для контрагентів на одному рівні із диспозитивними законодавчими положеннями.

Договірне регулювання приватноправових відносин характеризується тим, що: а) договірне регулювання приватноправових відносин є впливом норм права на поведінку суб'єктів договірного зобов'язання, узгодження їхніх потреб, інтересів один щодо одного та суспільства в цілому; б) договірне регулювання приватноправових відносин – специфічна діяльність їх учасників щодо впорядкування відносин між собою шляхом дотримання правових норм і їх адаптації шляхом прийняття індивідуальних рішень у відповідності з цими нормами; в) договірне регулювання приватноправових відносин має конкретний, організований характер (здійснюється шляхом встановлення прав та юридичних обов'язків для суб'єктів договірних зобов'язань); г) договірне регулювання приватноправових відносин має цілеспрямований та результативний характер, метою якого є стимулювання ефективного розширення сфери свободи договору та свободи підприємництва.

Отже, на основі наведеного можемо констатувати, що особливість договірного регулювання приватноправових відносин відображається у встановленні правил поведінки між контрагентами на основі консенсусу [5]. Здатність до реалізації інтересів під власну відповідальність є основою договору, а пов'язаність договором і відповідальність становлять його неминучі наслідки [6]. Тобто цивільно-правовий договір – це зафіксована у встановленій законом формі система компромісів (домовленостей), що досягаються сторонами з метою задоволення власних інтересів шляхом взаємоузгодження волі контрагентів майбутнього договору, спрямованих на виникнення, зміну або припинення цивільних правовідносин [7].

Шляхом індивідуального регулювання приватноправових відносин здійснюється розширення меж правового регулювання за рахунок передачі ініціативи із забезпечення окремих аспектів його здійснення учасникам договірних відносин. Тобто під індивідуальним регулюванням приватноправових відносин слід розуміти таку організацію поведінки їх учасників за допомогою договору, що регулює чітко визначені відносини, які виникають між конкретними суб'єктами цього договірного зобов'язання. Наявність індивідуального регулювання ґрунтується передусім на диспозитивності методу цивільно-правового регулювання [8].

Отже, договірні правовідносини упорядковуються як на нормативному, так і на індивідуальному рівнях. Чим ширше коло інтересів (індивідуальних, групових), на які впливає прямо або опосередковано договір, тим більшим має бути ступінь нормативного регулювання, однак і зайва «зарегульованість», особливо на нормативному рівні, теж не сприятиме розвитку приватноправових відносин. Саме тому переважна більшість норм цивільного законодавства має диспозитивний характер, що у підсумку призводить до збільшення питомої ваги індивідуального (договірного) регулювання.

Саме тому законодавець у ст. 6 ЦК України закріпив положення, за яким договір набув статусу самостійного регулятора цивільних відносин, надавши тим самим договірному регулюванню цивільних відносин переважаюче порівняно з нормативним регулюванням значення. Н. С. Кузнєцова з цього приводу слушно констатує, що ст. 6 ЦК України виводить цивільно-правовий договір, в якому сторони реалізували таке право і врегулювали свої відносини у спосіб, відмінний від визначеного у

нормі права, на новий рівень у правовому регулюванні [3]. Яскравим прикладом визнання правовими відносин, що виникають внаслідок укладення цивільно-правового договору, може слугувати законодавчо непойменований договір підряду на виконання дизайнерських та ландшафтно-опоряджувальних робіт, за яким права та обов'язки для контрагентів виникають не шляхом перенесення приписів норм права на реальну ситуацію за допомогою їх вольових дій, а безпосередньо з домовленості сторін. У процесі укладення такого непойменованого договору створюються правові норми індивідуально-визначеного спрямування, тобто такі, що стосуються конкретних і точно визначених суб'єктів і розраховані на них.

Тобто у сфері приватноправових відносин можемо констатувати зміщення акцентів із законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками в сторону договірного їх визначення. При цьому договір не слід вважати загальнообов'язковим нормативним актом, а похідною від закону домовленістю, що зобов'язує лише тих сторін, які взяли в ній участь. Іншими словами, правові норми, що визначають зміст договірного правовідношення, не трансформуються в договірні умови, а впливають на договірне правовідношення (визначають його зміст) безпосередньо, саме як правові норми, оскільки вони здатні визначити зміст договірних прав та обов'язків самостійно, не перетворюючись в договірні умови, які виражають волю сторін договору, а не законодавця. Так, імперативні норми права, що передбачають обов'язок включення умов до договору, впливають безпосередньо на зміст договору. Натомість диспозитивні норми за бажанням сторін можуть взагалі не впливати на зміст договору, однак опосередковано впливають на зміст договірного правовідношення.

Водночас договір має відповідати обов'язковим для сторін правилам, які встановлені нормативно-правовими актами і діють в момент його укладання. Так, законодавець у абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України наголошує на об'єктивному верховенстві імперативних норм закону над договором. Звідси можемо зробити висновок, що рівність диспозитивних положень закону і умов договору можлива, коли таку рівність допускає диспозитивна норма. Водночас при вступі в дію нового закону, який регулює приватноправові відносини сторін по-іншому, умови раніше укладеного цивільно-правового договору продовжують діяти, якщо інше не буде передбачено законом. Виняток із цього загального правила становлять випадки, коли зміни в законодавство внесені імперативними нормами закону, що містить чітку вказівку на те, що його дія поширюється на відносини, які виникли з уже укладених договорів. В іншому ж випадку на зміст договору не впливають зміна або скасування раніше встановлених відносин, або встановлення нових диспозитивних норм, що закріплені в будь-яких нормативно-правових актах, в тому числі в законах та імперативних нормах, що закріплені в підзаконних нормативних правових актах. При цьому слід розуміти, що права і обов'язки сторін договору пов'язані з нормами цивільного права безпосередньо, оскільки вони передбачаються сторонами з метою регулювання своїх дій за наперед визначеними правилами поведінки (договірними умовами). Саме тому договір є не просто домовленістю між контрагентами, а насамперед індивідуальним регулятором відносин між ними. Натомість закон діє як загальнонормативний регулятор приватноправових відносин.

На думку В. В. Луця, договір не обмежується тільки тим, що впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й відповідно до вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності і справедливості визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірного зобов'язання. У цьому розумінні договір є засобом договірного регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах [9]. Договір не просто формує правила та регулює зв'язки, що виникли на його ґрунті (передусім зобов'язального характеру), а безперервно впливає на них, керує та управляє ними. Домовленість не зникає з моменту виникнення зобов'язальних правовідносин, і лише її існування продовжує дію договірних зобов'язань [10]. Так, під час виконання договору сторони шляхом взаємної згоди можуть змінювати (корегувати) договірні умови, якими встановлено їхні права та обов'язки, що утворюють зміст договірних зобов'язань. Припинення останніх відбувається як за умови їх належного виконання, так і у зв'язку з розірванням договору (досягнутої між сторонами домовленості) чи визнанням його недійсним тощо. При цьому якщо розірвання договору завжди призводить до припинення договірних обов'язків сторін, то одностороння відмова від виконання зобов'язання не припиняє дію самого договору, а є заходом оперативного впливу на порушника, що застосовується до моменту припинення ним порушення.

Зважаючи на це, можемо констатувати, що договірне регулювання за своїм впливом на приватноправові відносини є ширшим ніж нормативне, оскільки законодавче регулювання спрямоване на впорядкування приватноправових відносин, а договірне – на їх організацію та формування. Тому договір виступає тією унікальною соціально-правовою конструкцією приватного права, яка обумовлює його специфіку і одночасно надає його сторонам якнайширшу свободу дій, надає можливість самим виступати своєрідними «законодавцями» для себе, але в визначених правом межах. Відповідно й роль договору в механізмі правового регулювання приватноправових відносин проявляється через його функції, яких можна виділити щонайменше п'ять, а саме: 1) ініціативна функція – проявляється в тому, що договір запускає механізм правового регулювання приватноправових відносин; 2) системно-координаційна функція – проявляється в тому, що в договорі закріплюється певна система дій контрагентів, що полягає у постійному

пошуку компромісів між ними та координації цілей діяльності, її видів і форм у взаємовідносинах між ними; 3) регулятивна функція – проявляється в тому, що договір виступає засобом правового регулювання приватноправових відносин. Саме через умови договору відносини сторін індивідуалізуються, права й обов'язки набувають більшого ступеня деталізації, що надає змогу якнайповніше задовольнити потреби сторін; 4) юридико-фактична функція – проявляється в тому, що договір виступає в ролі юридичного факту, необхідного для виникнення, зміни і припинення суб'єктивних цивільних прав та юридичних обов'язків; 5) інформаційна функція – відображається в покладенні на сторону договору обов'язку інформувати один одного про зміст взятих на себе зобов'язань, стадій їх виконання, змін у фінансовому стані тощо.

Зважаючи на вищенаведене, під механізмом договірного регулювання *приватноправових відносин пропонуємо розуміти* сукупність правових засобів, способів та форм, за допомогою яких відбувається впорядкування таких відносин, матеріалізується їх ідеальна модель, яка закладена в нормах права та положеннях договору, і *з якими пов'язується виникнення у конкретних учасників договірних відносин прав та обов'язків. Механізм* договірного регулювання є різновидом децентралізованого (автономного, приватного) правового регулювання, що здійснюється учасниками договірних правовідносин, предметом якого є відносини за участю цих суб'єктів.

Отже, підсумовуючи наведене, доцільно зазначити, що договірне регулювання в механізмі правового регулювання приватноправових відносин займає особливе місце формуючи окрему підсистему – сукупність елементів, що утворюють у своїй системній єдності механізм договірного регулювання приватноправових відносин. Договірне регулювання входить до системи правового регулювання договірних відносин як один із компонентів правового регулювання, що виділяються залежно від того, яким засобом здійснюється правове регулювання – законом, договором, адміністративним або судовим правовим актом. Виходячи з цього, поряд з договірним регулюванням, правове регулювання договірних відносин включає також такі регулятивні компоненти: а) законодавче правове регулювання; б) адміністративне правове регулювання (в окремих випадках); в) судове правове регулювання (в окремих випадках). До того ж, у правовій системі і суспільстві в цілому договірне регулювання приватноправових відносин має найважливіше значення. Без договірного регулювання правова система існувати не може, оскільки окремі види відносин не можуть бути врегульовані по-іншому, ніж за допомогою цивільно-правового договору. Тобто договірне регулювання унаслідок різних історичних, політичних, економічних тощо чинників може звужуватися або ж навпаки розширюватися, однак воно не може зникнути зовсім, свідченням чого є підходи до правого регулювання приватноправових відносин в часи командно-адміністративного управління економічними процесами в УРСР.

Вищенаведена підсистема договірного регулювання відіграє визначальну роль у механізмі правового регулювання приватноправових відносин, оскільки нею встановлюється зміст інших елементів, а, отже, і механізм правового регулювання приватноправових відносин в цілому. Основу механізму договірного регулювання утворюють схвалені позитивним законодавством моделі договірних відносин; принципи договірного регулювання; договірні звичаї. Отже, механізм договірного регулювання, ядром якого є цивільно-правовий договір, є складовим компонентом механізму правового регулювання приватноправових відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / Под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. С. 117.
2. Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія. К.: Алерта, 2017. С. 85.
3. Кузнєцова Н. С. Вибрані праці. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 404, 405.
4. Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. СПб, 2003. С. 31.
5. Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Х.: Право, 2009. С. 219.
6. Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Х.: Право, 2012. С. 18.
7. Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб: монографія. Тернопіль, Підручники і посібники, 2008. С. 53.
8. Яроцький В. Л. Характеристика основних стадій механізму цивільно-правового регулювання // Право України. 2010. № 12. С. 22.
9. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. 2-е вид., стер. К.: Юрінком Інтер, 2001. С. 15.
10. Мілаш В. Нові підходи до визначення договору в господарському праві // Право України. 2007. № 9. С. 34.

Hryniak A. The peculiarities of contractual regulation of private legal relations

The article examines various aspects of contractual regulation of private legal relations, that allowed to study civil law as a regulator of property relations in its dynamics at all stages. The shifting of the emphasis from the legislative regulation of legal relations between their participants in the direction of their contractual definition in the field of private legal relations is stated, since the legislative regulation is aimed at the regulation of private legal relations, and contractual – at their organization and formation. Contract regulation in the mechanism of legal regulation of private legal relations occupies a special place by forming a separate subsystem – a set of elements that form in its systemic unity the mechanism of contractual regulation of private legal relations.

Keywords: civil legal contract, contractual regulation, private legal relations, mechanism of legal regulation, freedom of contract, principles of contractual regulation.

УМОВИ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.28

Гуцуляк В. К.,

кандидат юридичних наук, начальник департаменту з розслідування особливо важливих справ у сфері економіки Генеральної прокуратури України

В статті аналізуються питання, пов'язані з укладенням договору підряду на проведення пошукових робіт. Особлива увага акцентується на таких умовах договору підряду на проведення пошукових робіт, як предмет, ціна та строк. Встановлено, що ціна та строк за договором на проведення пошукових робіт не є його істотною умовою, якщо інше сторони не передбачили між собою. Тобто сторони можуть і не передбачати ціну проведених пошукових робіт, а у разі виникнення спору таке визначення буде проведено судом, який уже на власний розсуд встановлює ціну або спосіб її визначення. Однак, якщо хоча б однією зі сторін піднімалося питання внесення до договору умови про ціну або ж сторони не досягли згоди щодо неї, то така умова визнається істотною. Обґрунтовано, що у зв'язку із тим, що більшість пошукових робіт є складними та об'єднують в собі різні етапи (від підготовчого до проміжного та завершального), в договорі сторони можуть передбачити терміни початку і закінчення робіт, а окремі проміжні етапи доцільно погоджувати в календарному плані, що є додатком до договору, та найбільш повно відображати поетапне виконання підрядником своїх зобов'язань за договором підряду на проведення пошукових робіт.

Ключові слова: договір підряду на проведення пошукових робіт, істотні умови договору, предмет договору, ціна договору, строк договору, укладення договору.

Виходячи зі змісту ч. 2 ст. 631 ЦК України, договір набирає чинності з моменту його укладення, хоча сторони мають право встановити, що умови укладеного ними договору можуть застосовуватися до відносин, що виникли ще до його укладення. Це можуть бути фактичні відносини, які склалися між сторонами. У цих випадках сторони, як правило, юридично оформлюють свої відносини шляхом укладення договору підряду на проведення пошукових робіт, який поширює свою дію на вже існуючі відносини. Відповідно до змісту ст. 627 ЦК України фізичні та юридичні особи самостійно вирішують питання про укладення договору, про вибір контрагента, а також можуть вільно визначати умови майбутнього договору.

Із аналізу вищенаведених загальних положень ЦК України можна зробити висновок, що договір підряду на проведення пошукових робіт укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферта) і прийняття пропозиції (акцепт) іншою стороною. Така оферта повинна містити істотні умови договору підряду на проведення пошукових робіт і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Законодавець не встановлює будь-яких обмежень з приводу того, хто може бути оферентом за цим різновидом договору підряду.

У висловленій пропозиції замовник визначає умови майбутнього договору, що в подальшому проходитимуть погодження із підрядником. Зазвичай замовник в оферті передбачає ті умови, які є для нього істотними. Відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір підряду на проведення пошукових робіт, про її прийняття повинна повністю погоджуватись з умовами, що запропоновані їй в оферті, і не містити жодних застережень. Тобто договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних його умов.

Аналізуючи умови договору підряду на проведення пошукових робіт, вважаємо, що до них слід відносити такі варіації поведінки сторін, які ними обумовлюються, та, як наслідок, спричиняють виникнення у них відповідних прав і обов'язків. Тобто як положення, що імперативно вимагаються для їх встановлення законодавцем у § 4 гл. 61 ЦК, так і положення, що пропонуються до узгодження однією зі сторін договору, адже і в першому, і в другому випадках сторонам необхідно конкретизувати

свою поведінку. Практичне значення розгляду теоретичних положень про умови будь-якого типу договірних зобов'язань, у тому числі й досліджуваного нами різновиду групи договорів з виконання робіт, полягає у двох моментах: 1) досягнення у належній формі домовленості сторін щодо істотних умов договору тягне за собою набрання сили таким договором; 2) визначені законодавством і домовленістю сторін умови договору породжують відповідні права та обов'язки учасників даного договірного правовідношення [1]. Отже, детальніше зупинимося на питанні встановлення мінімально необхідних умов договору підряду на проведення пошукових робіт.

Істотними умовами договору, як передбачено в ст. 638 ЦК України, є умова про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів цього виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Тобто законодавець виділяє три групи істотних умов договору: а) умови, визнані істотними законом; б) умови, що є необхідними для договорів конкретного виду; в) умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Зупинимось на такій істотній умові договору підряду на проведення пошукових робіт, як предмет. Насамперед доцільно зазначити, що, зважаючи на триваючу в юридичній літературі дискусію щодо предмета договору підряду, ми схиляємось до аргументів тих вчених, які предметом договорів підряду визначають результат роботи підрядника [2; 3], оскільки саме по собі виконання замовлення не може бути предметом договору хоча б тільки через те, що робота, як правило, виконується підрядником самостійно. На нашу думку, хоча й законодавець в § 4 гл. 61 ЦК і не дотримується єдності в термінології, вказуючи в одному випадку тільки на роботу як на предмет договору на проведення пошукових робіт, а в іншому – на її результат, предметом цього договору є звіт про результати пошукових робіт, цілий комплекс технічної документації, зміст якої становлять техніко-економічні обґрунтування доцільності проведення робіт, креслення, пояснювальні записки, технічні завдання та інші відомості, необхідні для якісного проведення наступних за пошуковими (проектних) робіт та отримані в результаті робіт дані, тобто матеріалізована форма, що опосередковує виконану роботу.

Наприклад, у ДБН А.2.1-1-2014 «Інженерні вишукування для будівництва» (п. 5.3.1) передбачено, що результатом інженерно-геодезичних вишукувань є науково-технічний звіт. Текстова частина такого звіту повинна містити: а) загальні відомості – мету інженерно-геодезичних вишукувань, підставу для виконання робіт, склад та обсяги виконаних робіт, строки їх виконання, відомості про виконавців; б) відомості про методи та технології виконання робіт – систему координат та висот, відомості про наявність та характеристику існуючих геодезичних мереж, методи побудови опорної (знімальної) геодезичної мережі, методи створення інженерно-топографічних планів або геодезичних вимірювань, методи виконання камеральних робіт, характеристику точності та детальності робіт, відомості про застосоване геодезичне обладнання та програмне забезпечення; в) результати контрольних вимірювань (за наявності); г) висновки – стислі результати робіт та їх оцінка, відомості про повноту і якість, відповідність вимогам технічного завдання, чинним нормативним документам, рекомендації щодо проведення подальших інженерно-геодезичних вишукувань.

Графічна частина технічного звіту має містити: а) картограму (ситуаційний план) з позначенням меж ділянки вишукувань, розграфленням аркушів та орієнтуванням відносно населених пунктів (вулиць); б) схеми створеної планово-висотної опорної, або знімальної, геодезичної мережі; в) інженерно-топографічні плани у цифровій (ІЦММ) або графічній формі; г) плани та профілі підземних та надземних (за необхідності) інженерних комунікацій; ґ) графіки (або плани) та таблиці результатів спостережень за осіданням та деформаціями будівель, споруд, земної поверхні; д) інженерно-топографічні плани прибережних частин та акваторій, повздовжні та поперечні профілі.

Отже, результати пошукових робіт повинні бути достовірними і достатніми для встановлення проектних значень параметрів та інших проектних характеристик і мають передаватися замовнику у вигляді технічного звіту про виконані роботи, оформленого відповідно до вимог нормативних документів і державних стандартів. Крім того, на практиці прийнято вимагати від підрядника звітні матеріали щодо усіх етапів робіт, що містять попередні результати, і заключний звіт із вмістом опису технологічних процесів, використаних в ході проведення пошукових робіт, а також комплексної інтерпретації отриманих результатів. Звіт, як правило, надається на паперовому носії в узгодженій сторонами кількості примірників і, з огляду на його обсяг, на електронному носії в зручному для замовника форматі.

Наступною важливою умовою, що потребує погодження між сторонами договору підряду на проведення пошукових робіт, є ціна. Зважаючи на те, що у спеціальних положеннях § 4 гл. 61 ЦК України відсутні вказівки щодо порядку визначення ціни, а в ч. 2 ст. 887 ЦК закріплено можливість застосування до цих правовідносин загальних положень ЦК, можемо констатувати поширення на досліджувані правовідносини з проведення пошукових робіт положень ст. 843 ЦК України. Зі змісту цієї статті випливає, що ціна може бути визначена: а) безпосередньо в договорі на проведення пошукових робіт або ж шляхом закріплення в ньому способу визначення ціни; б) у кошторисі, який в такому випадку є додатком до договору та повинен містити перелік затрат на проведення такого роду робіт (ст. 844 ЦК); в) у рішенні суду на основі цін, що звичайно застосовуються за аналогічні роботи.

Найбільш поширеним у практиці укладення договору підряду на проведення пошукових робіт є такий спосіб закріплення ціни, як складання кошторису. Фактично кошторис є доволі зручним

способом закріплення сторонами домовленостей щодо ціни пошукових робіт, оскільки ще на стадії пошуку контрагента замовником останній в змозі оцінити кінцеву вартість усіх робіт, а також склад робіт, внесений до кошторису. Так, професійно складений кошторис надає можливість замовнику оцінити обґрунтування викладу всіх матеріальних витрат, прибутку, амортизації, необхідних податкових платежів підрядника та інших показників, що визначають вартість робіт. На практиці доволі часто трапляється, що договір підряду на проведення пошукових робіт укладається на стадії, коли технічне завдання замовника в повному обсязі ще не сформовано (особливо у випадках, коли технічне завдання розробляється замовником), в такому випадку кошторис може бути складено лише на основі приблизних показників. Законодавець цілком доречно допускає таку можливість, закріпивши в ч. 2 ст. 844 ЦК України тезу, що кошторис на виконання робіт може бути приблизним або твердим.

Сторони можуть за погодженням між собою вносити зміни до твердого кошторису. Зокрема, у разі істотного зростання після укладення договору вартості матеріалу, устаткування, які мали бути надані підрядником, а також вартості послуг, що надавалися йому іншими особами, підрядник має право вимагати збільшення кошторису. У разі відмови замовника від цього підрядник має право вимагати розірвання договору. Проте підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення у разі, якщо на момент укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг робіт або необхідні для цього витрати (ч. 5 ст. 844 ЦК) [4].

Цікавою особливістю законодавчого закріплення у ЦК України положень про ціну та кошторис є те, що ціна роботи та кошторис визначаються в окремих статтях (843 та 844 відповідно), що свідчить про цілком правильне сприйняття цих двох термінів як неідентичних, оскільки кошторис – це форма вираження ціни, тобто документ, який містить відомості про неї. Ціна ж може бути зафіксована в договорі без складання кошторису. Таке розмежування поняття кошторису і ціни роботи значно полегшує розуміння та тлумачення цих норм на практиці. Тобто А. Б. Гриняк цілком слушно під ціною договору підряду пропонує розуміти грошову суму, що належить до виплати підряднику за виконану ним роботу [5].

Як видається, зазначений загальний підхід до визначення ціни роботи за аналогією закону поширює свою дію і на відносини за договором підряду на проведення пошукових робіт, адже законодавець у ч. 2 ст. 887 ЦК передбачив таку можливість за умови, якщо відсутні інші законодавчі застереження. Аналіз § 4 гл. 61 ЦК України, Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» та інших підзаконних нормативно-правових актів надає можливість зробити висновок про відсутність таких застережень. Більше того, наявність кошторису дозволить замовнику об’єктивно оцінювати вартість, запропоновану підрядником, особливо в умовах укладення договору шляхом проведення торгів.

Зважаючи на вищенаведене, вважаємо, що ціна за договором підряду на проведення пошукових робіт може бути визначена як у твердому (незмінному на весь період виконання пошукових робіт), так і в приблизному (із закріпленням можливості внесення до нього змін) кошторисі. У випадку визначення ціни у приблизному кошторисі у договорі варто чітко передбачити випадки перерахунку вартості пошукових робіт. Водночас ціна за договором на проведення пошукових робіт за державним замовленням або ж замовленням територіальних громад є твердою і не може змінюватися в ході його виконання.

Протилежного висновку про неможливість застосування положень ст. 843 ЦК України до договірних відносин щодо проведення проектних та пошукових робіт доходить І. С. Лукасевич-Крутник. На думку дослідниці, типове проектування, для якого можна визначити ціни, що звичайно застосовуються за аналогічні роботи, сьогодні не має попиту і практично не використовується. Замовники вимагають індивідуального підходу та оригінальності у розробленні проектів. Та й пошукові роботи в кожному конкретному випадку відрізняються, що обумовлюється місцем розташування земельної ділянки тощо. Тому застосування «цін, що звичайно застосовуються за аналогічні роботи» до пошукових та (або) проектних робіт не є характерним. Ціна виконання пошукових та (або) проектних робіт визначається індивідуально в кожному конкретному випадку. Ще одним аргументом на користь того, що ціна повинна бути визначена у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт, є те, що в більшості випадків такі договори є господарськими. А в господарських договорах в силу ч. 3 ст. 180 ГК України сторони у будь-якому разі зобов’язані погодити ціну договору. Тому, на думку дослідниці, умова про ціну повинна розглядатись як істотна умова договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт [6].

На нашу думку, наведені аргументи не є безспірними, оскільки в кожному конкретному випадку суд може залучити незалежних експертів та, базуючись на їх висновку (який однозначно буде проведений на основі аналізу технічного завдання, інших вихідних даних, етапів проведення робіт тощо), винести відповідне рішення з урахуванням індивідуального підходу та оригінальності у розробленні результатів пошукових робіт. Щодо такого аргументу, як закріплення в ГК України ціни як істотної умови господарського договору під загрозою визнання його неукладеним, хочеться зазначити, що такий категоричний підхід аж ніяк не спрямований на стабільність цивільного обороту, оскільки у ст. 632 ЦК України закладено механізм встановлення ціни на випадок, коли ціна в договорі не встановлена. Більше того, зазначений у ГК України підхід неодноразово піддавався критиці як такий, що суперечить загальним засадам договірного права навіть представниками науки господарського права [7], на думку яких ціна у господарських договорах повинна визнаватися істотною лише для тих випадків, коли вона не може визначатися у інший спосіб (наприклад, при укладенні ліцензійних договорів на використання об’єктів

інтелектуальної власності або договорів комерційної концесії з огляду на унікальність нематеріальних об'єктів – результатів творчої діяльності) [8].

Виходячи з цього, вважаємо за доцільне підтримати висловлену в юридичній літературі позицію, що у тих випадках, коли в господарському договорі ціна не була погоджена, доцільно було б іти шляхом переважного застосування до господарських договорів більш ліберальних положень ЦК [9], виклавши перше речення ч. 2 ст. 189 ГК України у запропонованій А. Б. Гриняком редакції: «*Ціна є істотною умовою господарського договору лише у випадках, коли вона не може бути визначена в інший спосіб на основі звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору*» [5].

Отже, вважаємо, що ціна за договором на проведення пошукових робіт не є його істотною умовою, якщо інше сторони не передбачили між собою. Тобто сторони можуть і не передбачати ціну проведених пошукових робіт, а у разі виникнення спору таке визначення буде проведено судом, який уже на власний розсуд встановлює ціну або спосіб її визначення. Однак, якщо хоча б однією зі сторін піднімалося питання внесення до договору умови про ціну або ж сторони не досягли згоди щодо неї, то така умова визнається істотною.

Аналізуючи таку умову договору підряду на проведення пошукових робіт, як строк виконання пошукових робіт, слід зазначити, що, як і щодо ціни, якихось спеціальних положень щодо цієї умови законодавець у § 4 гл. 61 ЦК України не визначив. Натомість, виходячи зі змісту загальних положень ст. 846 ЦК України, строки виконання роботи або її окремих етапів встановлюються у договорі. Якщо у договорі підряду строки не встановлені, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту. Тобто строки в цивільних правовідносинах відіграють важливу роль, оскільки саме вони упорядковують цивільний оборот, стабілізують цивільні відносини, сприяють якісному задоволенню потреб фізичних та юридичних осіб, забезпечують своєчасний захист цивільних прав [10].

У регулюванні підрядних договірних відносин використовуються різні види строків і термінів. Загалом же строки проведення пошукових робіт визначаються датами їх початку та закінчення, тобто певними термінами. В юридичній літературі, виходячи із різних критеріїв, строки в підрядних відносинах поділяють на: а) основні (строки, які безпосередньо впливають на своєчасне виконання робіт та передання їх результату); б) допоміжні (строки передачі проектно-кошторисної документації та документації про дозвіл відповідних органів на проведення робіт) [11]; в) імперативні; г) диспозитивні [12]; ґ) строки виконання роботи; д) строки прийняття роботи; е) гарантійні строки; є) строки виявлення неналежної якості роботи; ж) строки позовної давності для вимог, пропонованих у зв'язку з неналежною якістю роботи; з) строки служби; и) пільгові строки [5].

Аналізуючи закріплений у ч. 2 ст. 846 ЦК України законодавчий підхід щодо визначення права замовника вимагати виконання робіт, якщо інше не передбачено домовленістю, у розумні строки, доходимо висновку, що визначити розумний строк при виникненні спору між сторонами можна лише в судовому порядку. Як видається, такий законодавчий підхід неодноразово виправдовував себе у практиці проведення складних пошукових робіт, в яких не завжди можна спрогнозувати кінцевий термін завершення робіт, погодження всіх документів із органами місцевого самоврядування тощо. Зважаючи на це, законодавець цілком слушно не визначив строк як істотну умову договору підряду на проведення пошукових робіт, залишивши це на розсуд сторін, які вправі в договорі погоджувати такі строки та винятки, за яких сторони мають право відступати від них.

Зважаючи на те, що більшість пошукових робіт є складними та об'єднують в собі різні етапи (від підготовчого до проміжного та завершального), в договорі сторони можуть передбачити терміни початку і закінчення робіт, а окремі проміжні етапи доцільно погоджувати в календарному плані, що є додатком до договору, та найбільш повно відобразити поетапне виконання підрядником своїх зобов'язань за договором підряду на проведення пошукових робіт. Як видається, поетапне проведення пошукових робіт є основоположним принципом їх планування і організації. У випадку проведення пошукових робіт для будівництва воно забезпечує нерозривний зв'язок результатів пошукових робіт і будівельного проектування. Оскільки пошукові роботи є комплексним виробничим процесом, то їх етапи можуть встановлюватися як для пошукових робіт в цілому, так і для окремих їх видів. Можливість поетапного виконання такого роду робіт на законодавчому рівні закріплено у п. 1 ч. 1 ст. 889 ЦК України, за якою замовник зобов'язаний сплатити підрядникові встановлену ціну після завершення усіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів робіт або в іншому порядку, встановленому договором або законом.

Окремо в договорі може бути погоджена умова про передання замовником технічного завдання на проведення пошукових робіт або інших вихідних даних, необхідних для проведення таких робіт. Зважаючи на те, що законодавець, вказавши на необхідність погодження такої умови в § 4 гл. 61 ЦК України, загалом не передбачив чітких вимог щодо строків, форми, переліку таких даних, можемо зробити висновок про небажання законодавця втручатись у погодження таких умов та доцільність погодження такої інформації безпосередньо в договорі. Передача технічного завдання тісно пов'язана

із загальним строком виконання робіт, адже невиконання цієї умови може спричинити неможливість виконання підрядником своїх зобов'язань. Разом із тим вищезазначену умову недоцільно відносити до істотних умов договору підряду на проведення пошукових робіт.

Щодо таких умов, як мета використання замовником результатів пошукових робіт та конфіденційність, то, як слушно зазначає І. С. Лукасевич-Крутник, такі умови можуть стати істотними, якщо за заявою хоча б однієї сторони досягнуто згоди про визнання їх такими в умовах договору [6, с. 96].

Підсумовуючи, можемо зазначити, що процедура укладення договорів підряду на проведення пошукових робіт повністю відповідає загальному порядку укладення цивільно-правових договорів. Разом із тим у сфері проведення пошукових робіт можна виокремити: а) організаційну стадію укладення договору підряду на проведення пошукових робіт, в якій як складовий елемент можна виділити інформаційну підстадію, на якій шляхом обміну інформацією проводиться пошук підрядника, готується орієнтовний проект договору, встановлюються правила договірного процесу; б) стадію погодження умов договору, на якій перевіряється дієздатність сторін договору, можливості підрядника щодо проведення пошукових робіт, наявність необхідних дозволів тощо та замовника щодо її оплати; в) стадію укладення договору, на якій волевиявленням сторін надається необхідна форма.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Ярошевська Г. М. Договір про надання юридичних послуг: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2014. С. 99.

2. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики: монографія / За заг. ред. А. Б. Гриняка. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 77.

3. Пленюк М. Д. Результат робіт як істотна умова договору будівельного підряду // Юридична Україна. 2013. № 10. С. 62.

4. Єрмолаєв А. Договір підряду: нарахування та утримання // Податки та бухгалтерський облік. 2002. № 19. С. 81.

5. Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 137, 132, 139–140.

6. Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт: монографія. Тернопіль: ВПЦ «Економічна думка ТНЕУ», 2012. С. 90–91, 96.

7. Мілаш В. Істотні умови договору і диспозитивність їх правового регулювання // Підприємництво, господарство і право. 2007. № 2. С. 37–38.

8. Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія. Юрінком Інтер, 2006. С. 216.

9. Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. К.: Реферат, 2005. С. 138.

10. Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорі оренди державного та комунального майна // Приватне право і підприємництво. Вип. 9, 2010 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2010. С. 104.

11. Пленюк М. Д. Загальна характеристика строків у підрядних договорах // Приватне право і підприємництво. Вип. 9, 2010 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2010. С. 106.

12. Коссак В. М. Регулювання строків у будівництві. К.: Будівельник, 1991. С. 134.

Hutsulyak V. The conditions of the contract on conducting search works

The article analyzes the issues connected with the conclusion of a contract for conducting search works. Special attention is paid to such conditions of a contract for conducting search works as a subject, price and term. It has been established that the price and term of the contract for conducting search works is not an essential condition unless otherwise is provided by the parties. That is, the parties may not include the price of the search work, and in the event of a dispute, such a determination will be carried out by a court which, at its own discretion, establishes the price or method of its determination. However, if at least one of the parties raised the issue of entering into a contract terms of the price or the parties did not reach agreement on it, then such a condition is considered essential. It is substantiated that in connection with the fact that most search works are complex and combine different stages (from preparatory to intermediate and final), in the contract parties can provide the terms of the beginning and end of works, and it is advisable to agree separate intermediate stages in the calendar plan, which is an addition to the contract, and will most fully reflect the phased implementation by the contractor of his obligations under the contract for conducting search work.

Keywords: contract for conducting search works, essential conditions of the contract, the subject of the contract, the price of the contract, the term of the contract, the conclusion of the contract.

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ РОБІТ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.29

Диба О. В.,
аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

В статті здійснено правову характеристику договору підряду на проведення проектних робіт. Окрема увага акцентується на можливості характеристики договору підряду на проведення проектних робіт як ризикового (алеаторного) договору. Запропоновано ризики за договором підряду на проведення проектних робіт відносити до різновидів зобов'язального ризику та класифікувати їх на: а) ризики, пов'язані із модусом виконання (ризики строку виконання, місця виконання, способу виконання тощо); б) ризики, пов'язані з предметом договору (ризик знищення проектно-кошторисної та іншої технічної документації); в) ризик невиконання замовником грошового зобов'язання; г) ризики, пов'язані з правовими наслідками (ризик припинення зобов'язання, ризик відповідальності і звільнення від неї); ґ) ризик випадкового знищення або пошкодження результату проектних робіт; д) ризик зміни обставин договору.

Ключові слова: договір підряду на проведення проектних робіт, проектно-кошторисна документація, двосторонність договору, оплатність договору, строковість договору, ризиковий договір, змішаний договір.

Характеризуючи договір підряду на проведення проектних робіт, слід наголосити, що досліджуваний договір за своєю природою є двостороннім, синалагматичним (взаємним), оплатним, консенсуальним, строковим, ризиковим (алеаторним). Так, залежно від виникнення прав та обов'язків сторін згаданий договір відносять до синалагматичного (взаємного), двостороннього договору. Двосторонність вказує, що як підрядник, так і замовник мають взаємні суб'єктивні права та юридичні обов'язки один щодо одного і є одночасно і кредитором, і боржником. Синалагматичність вказує на те, що одна із сторін стає зобов'язаною лише тоді, коли інша сторона виконає перед нею своє зобов'язання, або одна із сторін отримує право вимоги стосовно іншої, якщо виконає своє зобов'язання.

Залежно від наявності зустрічного майнового еквівалента досліджуваний договір характеризується як оплатний. Про оплатність договору свідчить, в першу чергу, те, що останній належить до договорів про виконання робіт. До договору підряду на проведення проектних робіт повною мірою застосується принцип свободи визначення ціни, закріплений у ч. 1 ст. 632 ЦК України. Сторони договору самостійно визначають розмір винагороди підрядника за виконані роботи та передану документацію. Так, основним обов'язком замовника за цим видом договору підряду є оплата переданого результату робіт. Оплата за своєю суттю задовольняє мету підприємницької діяльності підрядника та є основним його прибутком. При цьому оплатність не обов'язково повинна виражатись у грошовій формі, оскільки така ознака може бути відображена і в зустрічному зобов'язанні, яке буде надане замовником. Як зазначається з цього приводу в юридичній літературі, оплатність в договорі є міновою (комутативною), за якої обсяг юридичних обов'язків боржника і розмір отримуваної на заміну вигоди (користі) для кредитора є конкретними і визначеними у натуральній чи грошовій формі [1].

Залежно від моменту в часі договір підряду на проведення проектних робіт характеризується як консенсуальний, що виражається в такому: він вважається укладеним з моменту досягнення згоди сторонами щодо усіх істотних умов договору. Консенсуальність досліджуваного договору полягає у тому, що: а) для настання юридичних наслідків досить однієї домовленості сторін; б) суб'єктивні права та юридичні обов'язки за договором виникають з моменту досягнення у встановленій формі домовленостей між замовником та підрядником; в) договірні правовідносини є тривалими в часі; г) зважаючи на особливості робіт, що виконуються за договором, зміст договору може корегуватись.

Договір підряду на проведення проектних робіт може бути змішаним і містити елементи інших договорів, зокрема договорів авторського нагляду. Якщо договір підряду на проведення проектних робіт є змішаним, то відповідно до нього застосовуються правила про договори, елементи яких є у змішаному договорі. На думку А. О. Собчака, змішаний договір є необхідною проміжною стадією в процесі виникнення нових договорів, які, перш ніж отримати законодавче визнання як самостійного договірного виду, проходять стадію змішаного чи комплексного договору [2]. На думку І. Р. Шишки, змішаний договір не є ні самостійним типом договору, ні його видом. Його характеризує сполучення елементів механізму різних видів договорів. Змішаний договір є підставою для виникнення єдиного зобов'язання, яке поєднує ознаки договорів різних видів [3].

Доволі дискусійним є питання про можливість характеристики договору підряду на проведення проектних робіт як ризикового (алеаторного). За ЦК України до таких договорів віднесені й договори підряду, де підрядник на свій ризик повинен виконати певну роботу (ст. 837 ЦК). Як зазначає з цього приводу Н. С. Кузнєцова, ризик міститься в усякому договорі підряду, бо підрядник зобов'язаний виконати за завданням замовника певну роботу на свій ризик. І тут під ризиком підрядника розуміється

ризик випадкової загибелі предмета договору підряду (результату робіт), а також випадкова неможливість виконання зобов'язання. У подібних ситуаціях підрядник, якщо це не супроводжується винними діями самого замовника, не має права вимагати винагороди за виконану роботу [4]. На думку А. Б. Гриняка, істотною ознакою договору підряду є його ризиковість (алеаторність), адже робота завжди виконується на власний ризик підрядника. Ризик випадкового знищення результату роботи теж несе підрядник, тобто до моменту передачі його він знаходиться у невигідному становищі. При правовому регулюванні підрядних відносин законодавець чітко визначає питання розподілу ризиків між контрагентами [5, с. 51–52]. Натомість І. О. Ізарова до *особливостей договору підряду на проведення проектних робіт відносить відсутність ризику проектанта, а також наявність елементів надання послуг та елементів творчого характеру, що зумовлюють визнання цього як змішаного договору. Більше того, автор вважає за доцільне виділити договори про підготовку проектної документації в самостійну групу договорів, присвятивши їм окрему главу ЦК України. Щоправда, далі дослідниця все ж допускає ризиковий характер цього договору, зазначаючи, що до остаточного виконання проектних договорів є певний ризик отримання належного результату, на який розраховували обидві його сторони [6].*

З приводу доцільності такого виділення договору підряду на проведення проектних робіт в самостійну групу договорів одразу ж зазначимо про сумнівність цього висновку як такого, що суперечить логіці побудови гл. 61 ЦК України та підходам до формування групи договорів про виконання робіт. На можливість чи неможливість характеристики договору підряду на проведення проектних робіт як ризикового слід детальніше звернути увагу, адже юридичне значення ризику полягає в можливості визнання його підставою до притягнення до цивільно-правової відповідальності або звільнення від неї.

Отже, загалом в доктрині юридичний ризик, зазвичай, розуміється як можливість настання збитків унаслідок загибелі або пошкодження майна чи майнових прав (наприклад, ризик випадкової загибелі, страховий ризик), або в надії на дію випадку (виграш в лотереї або іншій азартній грі), або неможливості виконання зобов'язання внаслідок небезпеки втрат, що випливають із специфіки тих чи інших явищ природи і видів діяльності людського суспільства [7]. Ризик має багатоаспектний характер і розглядається: а) у межах цивільно-правової відповідальності; б) у межах виконання зобов'язань; в) у межах відшкодування збитків; г) як категорія, що пов'язана з творчим процесом [8]. Тобто ризик у цивільному праві розуміється як несприятливі наслідки, що можуть настати і за які не відповідають ні сторони, ні треті особи.

Аналізуючи правову природу ризику, доцільно наголосити, що в юридичній літературі цілком аргументовано запропоновано в підрядних зобов'язаннях використовувати компромісну за своїм характером концепцію ризику, яка поєднує в собі як концепцію суб'єктивного, так і об'єктивного ризику, що зумовлено поділом ризику на активний (суб'єктивний) і пасивний (об'єктивний) за характером (ставленням особи до результатів своїх дій). Наприклад, об'єктивною є можливість виникнення обов'язку підрядника повернути отриманий аванс за договором у випадку неможливості виконання робіт або коли відпала потреба у їх виконанні [5].

У зобов'язаннях з проведення проектних робіт питання про несення ризику вирішується на користь замовника: якщо вважати зобов'язання замовника еквівалентом зобов'язання підрядника, то у випадку неможливості проведення проектних робіт та передання проектно-кошторисної документації без вини підрядника замовник не повинен вчиняти еквівалентних дій, однак вправі вимагати повторного проведення таких робіт або ж відшкодування понесених збитків. Тобто сутність зобов'язального ризику відображається у звільненні замовника від оплати проведеної роботи, у разі неможливості її проведення підрядником.

Класифікуючи ризики за договором на проведення проектних робіт, наголошуємо на існуванні окремих груп «ризиків» при здійсненні особами суб'єктивних цивільних прав. Так, ризик в юридичній літературі розглядається переважно у вигляді переліку його основних різновидів і властивих кожному з них спеціальних пояснень, кількість і зміст яких нерідко істотно відрізняються у працях різних авторів. Аналізуючи використання цього поняття в чинному законодавстві, констатуємо різні варіанти тлумачення цього поняття, пов'язані з: а) ризиком у підприємницькій діяльності; б) ризиком у страховій діяльності; в) зобов'язальним ризиком тощо [9].

Цікавим для нашого дослідження є запропонована В. К. Гуцуляком спроба класифікувати ризики за договором підряду на проведення пошукових робіт на ті, що: а) пов'язані з модусом виконання зобов'язань за договором (ризики строку виконання, місця виконання, способу виконання тощо); б) пов'язані з предметом надання (ризик невиконання замовником грошового зобов'язання і ризик непередання результату пошукових робіт); в) пов'язані з правовими наслідками (ризик припинення зобов'язання, ризик відповідальності і звільнення від неї); г) пов'язані з суб'єктним складом зобов'язального правовідношення (ризик невиконання зобов'язання з боку підрядника або замовника); ґ) пов'язані з випадковим знищенням або випадковим пошкодженням результату пошукових робіт; д) пов'язані зі зміною умов договору [10].

Як видається, вищенаведена класифікація є цілком прийнятною й до договору підряду на проведення проектних робіт. Так, ризики строку виконання випливають з можливості при проектуванні

проведення додаткових робіт, пов'язаних з прорахунками у кошторисі чи неточністю вихідних даних, ризики способу виконання можуть випливати із неправильно обраного методу проведення розрахунків тощо. Ризик зміни умов договору полягає в ймовірності виникнення істотних змін обставин, з яких сторони виходили при укладенні договору, настання яких є підставою для його зміни або розірвання, якщо інше не передбачено договором або не випливає із його сутності (ч. 2 ст. 652 ЦК). Так, поява та існування невизначеності пояснюється різноманітними причинами, а саме, відсутністю вичерпної інформації, наявністю впливу об'єктивних та суб'єктивних чинників на результати аналізу ризикованої ситуації, нестабільністю зовнішнього середовища діяльності суб'єкта, яка включає в себе чинники як правового, так і позаправового характеру тощо [11]. За своєю природою цей вид ризику можна віднести до зобов'язальних ризиків, оскільки наслідки його дії покладаються на сторони зобов'язання і безпосередньо проявляються на самому зобов'язанні у вигляді його припинення (при розірванні договору) або зберігання в зміненому вигляді (при зміні договору). Істотна зміна обставин ускладнює виконання зобов'язань настільки, що це може призвести до неможливості його виконання. Відповідно, на практиці під істотною зміною обставин розуміються ускладнення, пов'язані з дійсними перешкодами виконання такого зобов'язання [12]. Істотна зміна обставин повинна статися не внаслідок поведінки контрагентів договору, а бути результатом певної дії ззовні, тобто відбувається зміна певних обставин, які є зовнішніми відносно правового зв'язку, що існує між контрагентами даного договору [13].

Разом із тим вищенаведена класифікація містить ще один різновид зобов'язального ризику, а саме, ризик випадкового знищення результату проектних робіт або його пошкодження. Загалом в доктрині договірного права під ризиком випадкового знищення (пошкодження) майна розуміються економіко-правові наслідки втрати матеріального блага, належного власнику, за відсутності вини власника чи іншої особи [14] або ж ймовірність припинення існування речі (знищення речі) або її погіршення (пошкодження речі), що викликана обставинами, в існуванні або появі яких відсутня вина фізичних та/або юридичних осіб [15]. Тобто під ризиком випадкового знищення або пошкодження результату проектних робіт пропонуємо розуміти небезпеку (загрозу) знищення або пошкодження проектно-кошторисної або іншої технічної документації за відсутності вини сторін договору, з настанням якої підрядник зобов'язаний відшкодувати замовнику пов'язані з цим збитки, а в передбачених законом або договором випадках також припиняються окремі обов'язки або зобов'язання в цілому. Так, випадкове знищення або випадкове пошкодження майна може бути підставою припинення зобов'язання, якщо відсутність предмета зобов'язання викликає неможливість виконання останнього, або якщо такий наслідок прямо встановлений договором або передбачений законом [7].

Відповідно, випадковість знищення або пошкодження результату проектних робіт полягає у виключенні можливості притягнення однієї зі сторін договору до цивільної відповідальності. За наявності можливості притягнення до цивільної відповідальності сторону договору підряду питання про ризик випадкового знищення або пошкодження проектно-кошторисної або іншої технічної документації не виникає, а якщо відповідальність настає незалежно від вини, категорія ризику використовується вже не у зв'язку з вирішенням питання локалізації випадкових збитків, а для цілей суб'єктивного обґрунтування такої відповідальності і виступає як альтернатива вині.

Отже, ризики за договором підряду на проведення проектних робіт є різновидами зобов'язального ризику, які доцільно класифікувати на: а) ризики, пов'язані із модусом виконання (ризики строку виконання, місця виконання, способу виконання тощо); б) ризики, пов'язані з предметом договору (ризик знищення проектно-кошторисної та іншої технічної документації); в) ризик невиконання замовником грошового зобов'язання; г) ризики, пов'язані з правовими наслідками (ризик припинення зобов'язання, ризик відповідальності і звільнення від неї); ґ) ризик випадкового знищення або пошкодження результату проектних робіт; д) ризик зміни обставин договору.

Характеризуючи договір підряду на проведення проектних робіт як строковий договір, доцільно зазначити, що специфіка будь-якого договору підряду пов'язана з обумовленням строків початку та завершення виконання робіт. Не є винятком в цьому і досліджуваний нами договір. Так, строк підготовки проектно-кошторисної документації є важливою умовою договору, оскільки замовник зацікавлений у одержанні результату в обумовлений строк та проведенні на їх основі наступних етапів робіт (геологовидобувних, будівельних тощо). З порушенням строків виконання робіт пов'язана відповідальність підрядника, що є виправданим, оскільки замовник зацікавлений у тому, щоб виконувана підрядником робота здійснювалась не лише належним чином, а й своєчасно. Отже, строки в цивільних правовідносинах відіграють важливу роль, оскільки саме вони упорядковують цивільний оборот, стабілізують цивільні відносини, сприяють якісному задоволенню потреб фізичних та юридичних осіб, забезпечують своєчасний захист цивільних прав [16].

Підсумовуючи вищенаведене, доцільно наголосити на характеристиці договору підряду на проведення проектних робіт за такими ознаками: 1) залежно від виникнення прав та обов'язків сторін – синалагматичний (взаємний), двосторонній договір; 2) залежно від наявності зустрічного майнового еквівалента – оплатний (оплатність договору може виражатись і в зустрічному зобов'язанні, виконання якого буде надане замовником); 3) залежно від юридичної спрямованості договорів – основний;

4) залежно від моменту у часі, коли договір вважається укладеним – консенсуальний; 5) залежно від обумовленості/ не обумовленості строку – строковий; 6) залежно від розподілу ризиків – алеаторний.

Отже, під договором підряду на проведення проектних робіт пропонуємо розуміти домовленість, за якою підрядник зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) розробити проектно-кошторисну або іншу технічну документацію, а замовник зобов'язується передати завдання на проектування та інші вихідні дані підряднику, прийняти та оплатити їх результат.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Шишка Р. Б. Проблема видів та характеристики цивільних та господарських договорів // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / За ред. академіка АПрН України В. В. Луця. К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. С. 82.
2. Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Советское государство и право. 1989. №. 11. С. 63.
3. Шишка І. Р. Договір на виконання маркетингових досліджень: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2010. С. 85.
4. Кузнєцова Н. С. Вибрані праці. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 191.
5. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики: монографія / За заг. ред. А. Б. Гриняка. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 51–52, 56.
6. Ізарова І. О. Місце договорів підряду на проведення проектних робіт серед цивільно-правових договорів // Юриспруденція: теорія і практика. 2010. № 7. С. 32.
7. Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2011. С. 16, 168.
8. Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 77.
9. Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 209.
10. Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2017. С. 15.
11. Андреєва О. Цивільно-правова характеристика ризику істотної зміни обставин за договором: поняття та практичне значення // Юридична Україна. 2014. № 3. С. 44.
12. Постанова Вищого господарського суду України від 30 березня 2016 року. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56843071 (дата звернення: 01.11.2017).
13. Постанова Вищого господарського суду України від 21 жовтня 2016 року. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52672037 (дата звернення: 01.11.2017).
14. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: [у 2–х т.; за відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця]. К., 2005. [Т. І]. С. 539.
15. Сидоренко А. Некоторые аспекты института риска случайной гибели или повреждения имущества хозяйственных обществ // Підприємництво, господарство і право. 2001. № 2. С. 43.
16. Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорі оренди державного та комунального майна // Приватне право і підприємництво. Вип. 9, 2010 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2010. С. 104.

Dyba O. Legal characteristic of the contract for conducting design work

The article describes the legal characteristics of a contract on conducting design works depending on the emergence of rights and obligations of the parties, on the presence of countermeasures equivalent, on the moment in time at which the contract is considered concluded, on the legal direction of the contracts, on conditionality / non- conditionality of the term, on risk sharing. Particular attention is paid to the possibility of characterizing the contract on conducting design works as a risk (aleatory) the contract. The risks under the contract on conducting design works are proposed to be categorized as follows: a) risks associated with the execution modality (risks of execution term, place of execution, execution method etc.); b) risks related to the subject of the contract (risk of the destruction of design estimates and other technical documentation); c) the risk of non-fulfillment by the customer of a monetary obligation; d) risks associated with legal consequences (risk of termination of the obligation, risk of liability and exemption from it); e) the risk of accidental destruction or damage to the result of design works; i) the risk of changing the circumstances of the contract. On the basis of the performed characteristics it's offered to consider a contract on conducting design works as the arrangement on which the contractor undertakes to develop design estimates or other technical documentation by the tasks of the other party (the customer), as well the customer undertakes to transfer the task for design and other output data to the contractor, accept and pay the result.

Keywords: a contract on conducting design works, design estimates documentation, contract bilaterality, contract remuneration, term of contract, risk contract, mixed contract.

ДОГОВІР ОХОРОНИ В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНИХ ДОГОВОРІВ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.30

Заіка Ю. О.,
доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільно-правових дисциплін Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського

В статті досліджено правову природу договору охорони, його особливості та різновиди. Проведене розмежування договору охорони і договору на надання охоронних послуг. З'ясовані особливості відповідальності охоронця за договором. Визначене місце договору охорони в системі цивільних договорів.

Ключові слова: договір, договір охорони, класифікація договорів.

Постановка наукової проблеми та її значення. Зростання загрози протиправних посягань на життя, здоров'я громадян, а також на майно фізичних та юридичних осіб, загроза вчинення терористичних актів зумовлює потребу додаткового захисту майнових і немайнових прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин, який можна отримати шляхом укладання договору охорони.

Кодифікація цивільного законодавства, виокремлення договору охорони як різновиду договору зберігання сприяли становленню договірних охоронних відносин, розвитку їх ефективного правового регулювання. Зацікавленість суб'єктів у забезпеченні своєї безпеки, захисті майнових та немайнових прав зумовлює і попит на договір охорони.

Аналіз досліджень цієї проблеми. Договір зберігання (поклажі) досліджувався ще дореволюційними (Д. І. Мейєр, Й. О. Покровський, Г. Ф. Шершеневич) та радянськими цивілістами (М. М. Агарков, В. П. Грибанов, О. С. Іоффе, І. Б. Новицький, Ю. П. Космін та ін.).

Сучасна цивілістична доктрина демонструє фрагментарність дослідження проблем, пов'язаних із наданням охоронних послуг. Винятком є праці С. П. Довбія «Договір охорони майна» (2004 р.) та Д. В. Козиря «Договір охорони» (2013 р.), де в силу природних причин не враховувалися новації цього інституту, пов'язані з прийняттям Закону України «Про охоронну діяльність» та подальшим законодавчим редагуванням його.

Відсутність цілісного дослідження, присвяченого особливостям правового регулювання договору охорони, недостатній стан наукового дослідження в сфері надання послуг з охорони, невизначеність теоретико-методологічної бази, суперечливість правозастосовної практики ускладнює створення ефективного законодавства, не забезпечує належний захист прав учасників цивільних правовідносин.

Метою статті є з'ясування правової природи договору охорони, виявлення спеціальних ознак, притаманних йому як різновиду договору на надання послуг, та визначення його місця в системі цивільно-правових договорів.

Виклад основного матеріалу. Аналіз чинного законодавства неможливий без ознайомлення із історією виникнення та розвитку законодавчої норми.

Регулювання відносин щодо зберігання та охорони можна зустріти ще в історичній пам'ятці давньоруського законодавства «Руській правді», де у ст. 40 зазначалося, що договір поклажі укладається без послухів (свідків), що було необхідною умовою з укладання інших договорів, тобто, по суті, вбачалася скоріше товариська (сусідська) послуга, ніж зобов'язання [6, с. 12].

Сучасна історія договору охорони почалася з прийняттям урядом постанови «Про заходи щодо вдосконалення охорони об'єктів державної та інших форм власності» від 10 серпня 1993 р., коли для охорони нерухомих об'єктів та іншого майна, в тому числі вантажів, валютних цінностей, забезпечення особистої безпеки громадян, а також технічного захисту інформації на договірних засадах, і була створена Державна служба охорони.

З прийняттям законів України «Про власність», «Про господарські товариства», «Про підприємництво» та з відмовою держави від монополізму в сфері охоронної діяльності, з появою в господарській діяльності нових суб'єктів підприємництва значно розширилася і сфера застосування охоронних послуг, а договір охорони вийшов із вузьковідомчих рамок і за своїм змістом став набувати характеру загальноцивілістичного договору. Договір охорони як окремий вид договірного зобов'язання з'являється у ЦК України 2003 р.

Це яскравий приклад того, що і надалі система договорів буде обростати не тільки новими видами, регулювання яких буде закріплюватися в нормативних актах і з часом переміщуватися із спеціальних актів у кодифіковані [2, с.140].

7 листопада 2015 р. в якості правонаступника Державної служби охорони було створено Департамент поліції охорони, а також управління і відділи поліції охорони в областях як територіальні органи Національної поліції.

З огляду на поширеність цього виду договору законодавець намагається регламентувати надання охоронних послуг у зв'язку з чим і був прийнятий Закон «Про надання охоронних послуг», який в системі договорів охорони виокремив за об'єктом охорони три різновиди договору: 1) охорони майна

громадян; 2) охорони майна юридичних осіб; 3) охорони фізичних осіб [9], який, по суті, продублював основні різновиди договорів з надання охоронних послуг, які укладала державна служба охорони (охорони об'єктів, охорони житлових приміщень і охорони фізичних осіб). Як випливає із змісту Закону, його дія поширюється на суб'єкти господарювання будь-якої форми власності, створені та зареєстровані на території України, що здійснюють охоронну діяльність.

У статті 978 ЦК України договір охорони визначається як договір, за яким охоронець, який є суб'єктом підприємницької діяльності, зобов'язується забезпечити недоторканність особи чи майна, які охороняються. Володілець такого майна або особа, яку охороняють, зобов'язані виконувати передбачені договором правила особистої та майнової безпеки і щомісячно сплачувати охоронцю встановлену плату.

Договір охорони є різновидом договору на надання послуг. Укладення договорів про надання послуг підпадає під дію правових норм, які визначають порядок укладення цивільних договорів з урахуванням спеціального законодавства [3, с. 245].

Окремими видами договору охорони є договори про охорону об'єктів, майна, що знаходиться в житлових приміщеннях громадян, вантажів, готівки, фізичних осіб тощо. *Сторонами* цього договору є замовник і охоронець. Охоронцем можуть виступати лише суб'єкти підприємницької діяльності: спеціально утворені охоронні фірми, які мають відповідні дозволи на надання такого роду послуг, Департамент поліції охорони, що є рівноправним конкурентом на ринку охоронних послуг, відповідні підрозділи Міністерства внутрішніх справ України.

Це двосторонній і оплатний договір, специфіка якого вимагає його укладання у письмовій формі. Договір охорони законодавець розмістив у главі 66 ЦК України «Зберігання», визначаючи його як один із спеціальних видів зберігання. Проте законодавець практично не приділяє договору охорони спеціальної уваги, вважаючи, що на нього повинні поширюватися загальні положення договору зберігання. Дійсно, договори охорони і зберігання мають *спільні риси*:

1) відносяться до категорії договорів з надання фактичних послуг;

2) об'єднані спільною метою – забезпечити збереження майна власника.

Водночас договору охорони притаманні специфічні *особливості*, що є підставою розглядати його не як різновид договору зберігання чи якогось іншого договору, а як самостійний цивільно-правовий договір:

1) *особливий суб'єктний склад*. Специфіка охоронних послуг виключає їх надання на побутовому рівні, оскільки передбачає обов'язкову *професійність* охоронця;

2) *охоронна діяльність підлягає обов'язковому ліцензуванню*.

Метою ліцензування охоронної діяльності є також здійснення єдиної державної політики у галузі охорони власності та охорони громадян і забезпечення законності у діяльності охоронних підприємств та громадян суб'єктів підприємництва, високого рівня якості послуг з охорони, що ними надаються [8, с. 651]. Суб'єкт підприємницької діяльності може бути позбавлений наданої ліцензії за грубе порушення правил та умов надання послуг з охорони (наприклад, за порушення податкового законодавства; здійснення охоронної діяльності не за договорами та за межами повноважень; надання послуг з охорони вантажів, що вивозяться з України або ввозяться на її територію без наявності на них відповідних ліцензій; протидію працівникам органів внутрішніх справ під час виконання ними обов'язків з охорони громадського порядку та ін.);

3) *послуги з охорони надаються, як правило, за місцем розташування об'єкта, який охороняється*, тобто, якщо йдеться про майно, то воно залишається у володінні замовника, на відміну від договору зберігання, де майно переходить у володіння зберігача;

4) *передумовою укладання договору охорони є,* як правило, *обстеження об'єкта охорони*. Охорона укладає договір за умови реальної можливості забезпечити безпеку об'єкту. Тому після звернення замовника з пропозицією укласти договір створюється комісія за участі представників замовника і охорони, яка проводить обстеження об'єкта з метою узгодження виду охорони, визначення кількості постів, необхідності обладнання об'єкта засобами охоронної сигналізації та пожежогасіння, технічного укріплення, виходячи із розмірів території, на якій розташовано об'єкт, особливостей виробничої діяльності, ступеня важливості, режиму роботу та інших обставин, які мають відношення до умов забезпечення зберігання матеріальних цінностей. Результати обстеження оформлюються *актом обстеження*, у якому зазначаються недоліки щодо технічного укріплення об'єкта і пропозиції щодо їх усунення. Правове значення акта обстеження об'єкта полягає в тому, що невиконання замовником у строк робіт, передбачених в акті, може бути підставою для звільнення охорони від відповідальності за розкрадання майна, яке перебуває на об'єкті;

5) *надання охоронних послуг може носити епізодичний характер* (протягом певних годин, у нічний час, у міру необхідності), проте ця обставина, за загальним правилом, не впливає на розмір оплати за послуги. За договором же зберігання зберігач надає послуги безперервно – протягом всього часу дії договору;

6) *обов'язки охоронця, як правило, обмежуються конкретним завданням*, зокрема, не допустити крадіжку, розбій, грабіж на об'єкті. У той же час професійний зберігач окрім цього повинен ще вживати всіх необхідних заходів для забезпечення збереженості майна, навіть якщо про це безпосередньо в договорі не зазначено [4 , с.705];

7) розмір оплати послуг охорони залежить від виду охорони (сил та засобів, які залучаються до виконання договору);

8) охорона відповідає лише за дійсні збитки.

Досить спірною нам уявляється думка А. Басової щодо відсутності чітких критеріїв якості охоронної послуги [1, с. 50]. Критерії якості охорони тісно пов'язані з метою, з якою укладається договір, а саме – виключення настання певної події стосовно об'єкта охорони (крадіжки, збройного нападу тощо). Охорона як більш професійна сторона у такого роду правовідносинах має обрати найоптимальніші способи і заходи, які б виключали настання тих негативних наслідків, які намагається унеможливити замовник. І саме відсутність таких негативних наслідків свідчить про якість наданих послуг.

Певну схожість договір охорони має і з договором підряду, оскільки, якщо за підрядом за замовленням в інтересах іншої сторони за винагороду виконується певна робота, а за договором охорони за замовленням іншої сторони відплатно надаються фактичні послуги. Проте мета і результати за цими договорами відрізняються. Якщо наслідком виконання договору підряду є певний результат – створення нової речі, відновлення чи покращення властивостей вже існуючої речі, то за договором охорони ніяких нових матеріальних цінностей не створюється, замовник лише забезпечує збереження вже існуючого матеріального об'єкта.

Договір охорони має і певну схожість із договором страхування майна, оскільки охорона як страховик зобов'язана відшкодувати заподіяні збитки за умов настання визначених у договорі подій. Проте на відміну від договору страхування договір охорони не є *алеаторним,* і якщо у страхових правовідносинах може виникнути певна невідповідність між розміром сплачених страхових внесків і розміром відшкодування (за відсутності страхової події страхувальник втрачає страхові внески, а за її наявності – розмір страхових внесків не покриває розмір виплаченого страховиком відшкодування), то у договорі охорони замовник сплачує за реально надані послуги, а право на відшкодування збитків, заподіяних майну, яке охороняється, виникає лише за умов неналежного виконання охороною своїх договірних зобов'язань.

Унікальність договору охорони полягає в тому, і тут з певним застереженням можна підтримати висновок Д. В. Козиря, що у правовідносинах, які виникають з приводу охорони, один із суб'єктів договору і об'єкт договору можуть збігатися [5, с. 18].

Якщо послуги з охорони надаються підрозділами Департаменту поліції охорони, то правовідносини між охороною і замовником регламентуються спеціальними відомчими нормативними актами. Оскільки охоронець виконує спеціальні завдання, підрозділи Департаменту поліції охорони озброюються вогнепальною зброєю, а також оснащуються спеціальними засобами індивідуального захисту та активної оборони, пристроями для примусової зупинки автотранспорту тощо. Охоронні підрозділи недержавних структур можуть мати на озброєнні вогнепальну спортивну і вогнепальну мисливську зброю, а також оснащуватися спеціальними засобами індивідуального захисту та активної оборони [7, с. 288 –289].

Різновидом договору охорони є договір на охорону об'єктів. Постановою уряду України від 10 серпня 1993 р. № 615 затверджено «Перелік об'єктів, що підлягають обов'язковій охороні підрозділами Державної служби охорони при Міністерстві внутрішніх справ за договорами». До таких об'єктів належать: Національна телекомпанія, Національна радіокомпанія, державні телевізійні центри; державні архіви та їх сховища; державні підприємства ювелірної промисловості; бази, склади благородних металів, дорогоцінного каміння та виробів із нього; підприємства, що виробляють цінні державні папери, вогнепальну спортивно-мисливську зброю, вибухові речовини; пункти поховання радіоактивних відходів; об'єкти, розташовані в зоні безумовного відселення та відчуження тощо.

Наявність переліку об'єктів, які підлягають обов'язковій охороні, певною мірою обмежує свободу договору, проте це зумовлено важливістю і необхідністю їх належної охорони та публічністю інтересів, які необхідно захищати.

Охорона укладає договір за умови реальної можливості забезпечити безпеку об'єкту. Після звернення замовника з пропозицією укласти договір створюється комісія за участі представників замовника і охорони, яка проводить обстеження об'єкта з метою узгодження виду охорони, визначення кількості постів, необхідності обладнання об'єкта засобами охоронної сигналізації та пожежогасіння, технічного укріплення, виходячи із розмірів території, на якій розташовано об'єкт, особливостей виробничої діяльності, ступеня важливості, режиму роботу та інших обставин, які мають відношення до умов забезпечення зберігання матеріальних цінностей. Результати такого обстеження оформлюються актом, у якому охорона зазначає недоліки щодо технічного укріплення об'єкта і пропозиції та рекомендації щодо їх усунення. Правове значення *акта обстеження* об'єкта полягає у тому, що невиконання

замовником робіт, передбачених в акті, може бути підставою для звільнення охорони від відповідальності за розкрадання майна, якщо цьому сприяло несвоєчасне проведення замовником робіт щодо технічного зміцнення об'єкта охорони.

Одночасно з укладенням договору визначається *план (схема) об'єкта і дислокація*, де вказується перелік об'єктів, що підлягають охороні, час і вид охорони, розрахунки вартості щодо кожного виду охорони і поста, витрат на утримання бюро перепусток і службових собак, обслуговування сигналізації та ін.

Розмір оплати за послуги з охорони визначається сторонами на основі розрахунку, що додається до договору і залежить від категорії об'єкта, характеру охорони, часу договору, характеру і виду охорони, тобто, які сили і засоби охорони залучаються до виконання обов'язків з охорони.

Охоронець несе матеріальну відповідальність за збитки, заподіяні розкраданням товарно-матеріальних цінностей або їх знищенням чи псуванням, а також пожежами або внаслідок інших причин з вини охорони. До збитків, що підлягають відшкодуванню, включається вартість викраденого або знищеного майна, розмір зниження в ціні пошкоджених товарно-матеріальних цінностей, витрати, що понесені на відновлення пошкодженого майна, а також сума викрадених грошових коштів, Охорона відшкодовує лише прямі збитки, не отримані замовником доходи відшкодуванню не підлягають.

Окрім обставин, які є загальними підставами для звільнення сторін від відповідальності у договірному праві, безпосередньо в договорі охорони визначені й додаткові обставини, які звільняють охорону від відповідальності і які залежать від виду договору і характеру об'єкта, який охороняється.

Так, у договорах на охорону об'єктів охорона звільняється від відповідальності за шкоду, яка заподіяна внаслідок розкрадання чи знищення майна у разі: якщо грошові кошти чи вироби з дорогоцінних металів чи каменю зберігалися на об'єкті понад встановленого ліміту або не в сейфі (металевій шафі, ящику), прикріпленому до підлоги (стіни); якщо збитки завдані зловмисником, який проник у приміщення, що охоронялося, до його закриття і залишив його після припинення охорони; якщо майно викрадено з вітрин за відсутності огорожі, пломб та опису цих товарів; замовник не виконав вимог щодо технічного зміцнення об'єкта, зазначених у акті обстеження тощо.

Особливостями договору охорони майна, що знаходиться в житлових приміщеннях, є такі:

– передумовою укладання договору є обстеження житлового приміщення і обладнання його засобами охоронної сигналізації;

– замовник в односторонньому порядку оцінює вартість свого майна, що безпосередньо впливає на розмір щомісячної оплати послуг;

– розмір оплати послуг не залежить від їх фактичного обсягу;

– періодом охорони вважається час з моменту прийому об'єкта під охорону і до зняття його з охорони замовником чи довіреною особою.

Охорона несе перед замовником матеріальну відповідальність за збитки в межах вартості майна, оціненого замовником під час укладання договору.

Охорона звільняється від відповідальності, якщо: особа, яка протиправно проникла в квартиру, затримана на місці; збитки, спричинені замовнику крадіжкою майна, виникли внаслідок проникнення в квартиру через місця, від обладнання яких технічними засобами охорони замовник відмовився; крадіжка здійснена за період, коли охорона тимчасово не могла здійснюватися з технічних причин, про що замовника було заздалегідь сповіщено; замовник не здав дублікати ключів від вхідних дверей квартири, під'їзду, холу, що перешкодило затриманню зловмисника; замовник розголосив присвоєний кодовий номер або правила користування технічними засобами охорони; замовник вніс зміни в схему охоронної сигналізації, внаслідок чого вона не спрацювала; шкода заподіяна без проникнення в квартиру та інші підстави.

Необхідно зазначити, що в договорах охорони, як правило, міститься застереження про звільнення охорони від відповідальності, якщо буде доведено відсутність її вини. Проте послуги охорони – це послуги, які надає спеціальний суб'єкт договору – виключно професійний охоронець. За ст. 950 ЦК України професійний зберігач відповідає за втрату (нестачу) або пошкодження речі, якщо не доведе, що це сталося внаслідок непереборної сили, або через такі властивості речі, про які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої необережності поклажодавця. Іншими словами, законодавець передбачив підвищену відповідальність професійного зберігача, яка полягає у тому, що він відповідає за завдані збитки, які були заподіяні і без його вини, наприклад, внаслідок казусу. Аналогічне правило повинно застосовуватися і щодо умов відповідальності охорони за шкоду, заподіяну об'єкту охорони.

Висновки та перспективи подальшого дослідження. Специфіка договору охорони дає підстави вважати його не різновидом договору зберігання, а самостійним цивільно-правовим договором, який має посісти належне йому місце в системі цивільно-правових договорів. Договір охорони має регулюватися окремою главою Цивільного кодексу України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Басова А. Развитие договора охраны физических лиц в Украине // Legea şi viata. 2015. № 1. С. 50–54.
2. Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія / За заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. 399 с.
3. Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні: монографія / За заг. ред. акад. НАПрН України О. Д. Крупчана; наук. ред. А. Б. Гриняк. К., 2017. 334 с.
4. Заіка Ю. О. Договір охорони // Цивільне право України. Особлива частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика; 4-те вид., стереотип. К.: Юрінком Інтер, 2014. С. 701–714.
5. Козир Д. О. Договір охорони: автореф. дис … канд. юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015. 20 с.
6. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / Уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К.: Правова єдність, 2009. 1168 с.
7. Українське цивільне право: навч. посіб. 3- тє вид., перероб. і доп./ За ред. Ю. О. Заіки. К.: ЦУЛ, 2014. 358 с.
8. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-т. 5-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2013. Т. ІІ. 1120.
9. Про охоронну діяльність: Закон України від 22 березня 2012 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4616-17 (дата звернення: 27.12.2017).

Zaika Y. Security agreement in system of civil agreements
The article deals with the legal nature of security agreement, its features and types. Author has made a distinction between a security agreement and agreement on providing a security service. The features of the guard's responsibility under the security agreement are outlined. Defined the place of security agreement in the system of civil agreements.
Keywords: agreement, security agreement, classification of agreements.

РОЗУМІННЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В КОНТЕКСТІ ВЧЕННЯ ПРО ПЕРЕДДОГОВІРНІ ПРАВОВІДНОСИНИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.31

Карнаух В. С.,
кандидат юридичних наук

У статті аналізуються протиріччя в підходах, які передбачають визнання свободи договору суб'єктивним цивільним правом або загальним дозволом. Обґрунтовується доцільність розгляду свободи договору як принципу цивільного права та прояву правочиноздатності в межах розуміння переддоговірних правовідносин.
Ключові слова: свобода договору, переддоговірні правовідносини, суб'єктивне цивільне право, правочиноздатність, загальний дозвіл.

Постановка проблеми. Стосовно природи свободи договору висловлюються різні думки. Проте дослідження її суті на переддоговірній стадії є досить поверхневим. Видається, що визнання існування переддоговірних правовідносин має сприяти спробам послідовного та несуперечливого виявлення явища свободи договору в канві наукового осмислення останніх. Важливо, що наслідком реалізації такого припущення вбачається суттєвий перегляд окремих вимірів природи свободи договору в цілому. Такі гносеологічні орієнтири сьогодні рідко сприймаються як рушійні для відповідних секторів цивільно-правової теорії.

Метою статті є критичний аналіз позицій, які передбачають визнання свободи договору суб'єктивним цивільним правом або загальним дозволом, а також уточнення природи свободи договору на основі контурів учення про переддоговірні правовідносини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання щодо сутності та змістовного наповнення свободи договору висвітлюються в роботах Т. В. Боднар, І. А. Діковської, О. В. Жевняк, А. Г. Карапетова, Н. В. Кузнєцової, А. В. Луць, Є. О. Суханова та інших учених. Ю. Л. Єршовим здійснено спробу кваліфікації свободи договору як суб'єктивного права. М. Ф. Казанцев визнав свободу договору загальним дозволом. Проблему зловживання свободою договору опрацьовували Р. В. Алексій, Х. Г. Колінчук,

М. В. Кратенко, О. Я. Рогач. Заслуговує на увагу думка С. М. Бервено щодо свободи договору на етапі переддоговірних відносин.

Виклад основного матеріалу. Уточнення природи свободи договору у зв'язку з ученням про переддоговірні правовідносини потребує попереднього огляду деяких підходів щодо загального розуміння змісту принципу.

Й. О. Покровський зазначав: «…з негативного боку, принцип договірної свободи означає, що ніхто проти його волі не зобов'язаний укладати договір. З позитивного боку принцип договірної свободи означає право приватних осіб укладати договори будь-якого змісту» [1, с. 242]. Деякі сучасні дослідники більш широко описують зміст свободи договору. Так, А. В. Луць вважає, що крім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, свобода договору також являє собою: а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу вибору сторонами форми договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, законом не передбачені, але які йому не суперечать; г) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; д) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; е) право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [2, с. 5–6]. На нашу думку, вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини презюмується з необхідністю в інституті дійсності правочину, коли серед умов дійсності правочину виокремлюється вільний характер волевиявлення учасника правочину та відповідність такого волевиявлення внутрішній волі (ч. 3 ст. 203 Цивільного кодексу України) [3]. Саме іманентність такої умови, як, наприклад, й умови про обсяг дієздатності потенційного контрагента, представляється, перешкоджає розглядати її як елемент принципу. Свободу вибору форми договору, вважаємо, доцільно віднести до свободи укладення договору. Елементи змісту принципу, позначені А. В. Луць пунктами д) та е), на нашу думку, охоплюються свободою визначення змісту договору, яка, у свою чергу, також є складовою свободи укладення договору. Право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, законом не передбачені, але які йому не суперечать, є, по суті, правом сторін укладати договір.

Значну кількість елементів змісту свободи договору пропонує Н. В. Кузнєцова [4, с. 89–90]. Виваженій та ґрунтовній критиці позицію Н. В. Кузнєцової піддала І. А. Діковська, яка цілком правильно наголосила на недоцільності віднесення до елементів свободи договору юридичної рівності; непідвідомчості судам переддоговірних спорів; диспозитивності норм, які регулюють договірні відносини; визначення законодавством окремих договірних умов оціночними поняттями [5, с. 118–120]. Наші зауваження стосовно позиції А. В. Луць залишаються і стосовно думки Н. В. Кузнєцової.

Проблематичним, на нашу думку, є віднесення до змісту договору суб'єктивних прав учасників переговорів абстраговано від юридичної значущості переговорів. Маються на увазі, наприклад, право на ведення переговорів та право оферента відкликати оферту [6; 7, с. 87; обидва джерела цит. за 5, с. 122, 126]. Накладення відповідних особливостей дії свободи договору на реально існуючі переддоговірні права та подальше їх сплетення не вбачаються методологічно правильними в контексті вчення про автономні переддоговірні правовідносини [8]. Конкретна модель переддоговірного правовідношення віддзеркалює ті сутнісні прояви свободи укладення договору як структурного елемента свободи договору, які конкретизують автономію суб'єктів саме на стадії переговорів. До того ж, принцип як не переходить в якість суб'єктивного права, так і не змішується з елементами змісту переддоговірного правовідношення, але спрямовує його розвиток, тобто функціонує саме як принцип. Дані обставини, очевидно, не враховує С. М. Бервено, коли спочатку зазначає про віддалений стосунок щодо принципу свободи договору права сторін вести переговори про укладення договору без обмеження в часі, а далі, проте, перераховує елементи прояву свободи сторін на *переддоговірній стадії договірного правовідношення* [9, с. 124, 126] (курсив наш – В. К.).

З урахуванням зазначеного більш обґрунтованим уявляється вузьке розуміння змісту свободи договору. Так, Є. О. Суханов називає аспектами прояву принципу свободу в укладенні договору та відсутність примушування до вступу в договірні відносини; свободу визначення характеру договору, що укладається; свободу визначення умов договору [10, с. 137–139]. На нашу думку, свобода визначення характеру договору та свобода визначення умов договору походять від свободи укладення договору, а точніше є її елементами. І. А. Діковська вказує, що матеріальна свобода сторін договору полягає в їх можливості вступати в договірні відносини (укладати договір), обирати контрагента, визначати зміст договору, змінювати та припиняти його [5, с. 117]. Не претендуючи на формулювання переліку елементів свободи укладення договору, вважаємо аспектами (елементами) свободи договору: а) свободу вибору контрагента; б) свободу укладення договору; в) свободу сторін змінювати та припиняти договір. Крім того, свободу ведення переговорів, у тому числі надання можливостей сторонам під час обміну офертою та акцептом, можна віднести до другого елемента принципу [11, с. 53].

Концепція свободи договору як суб'єктивного права була запропонована Ю. Л. Єршовим у дисертаційному дослідженні [12, с. 47–102]. Звернемося до положень роботи вченого та спробуємо показати їх суперечливість. Зокрема, автор, розглядаючи ст. 422 Цивільного кодексу Російської

Федерації (далі – ЦК РФ) [13], констатує наявність суб'єктивного цивільного права – права суб'єктів цивільного права вільно укладати договори [12, с. 54]. Водночас ст. 18 ЦК РФ, у якій визначається зміст правоздатності громадян, спонукає автора до висновку про належність можливості вільного укладення договору до складових правоздатності громадян РФ [12, с. 55]. Очевидно, що наведені міркування суперечать одне одному. Навіть якщо підтримати думку вчених про правоздатність як про своєрідне суб'єктивне право, виникає проблема визначення природи кожної з розгалудженої системи можливостей, які вміщені в зміст свободи договору. Ю. Л. Єршов вважає, що свобода правочинів реалізується в рамках абсолютних правовідносин, а свобода договору має виражений відносний характер [12, с. 59]. Дане твердження є доволі спірним, якщо виходити з розуміння оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту як односторонніх правочинів у переддоговірному правовідношенні між конкретними суб'єктами [14].

На думку Ю. Л. Єршова, свобода правочинів є однією із складових правоздатності – юридичною можливістю вчинення правочину на основі вільного волевиявлення. Водночас у кожному конкретному правочині, що вчиняється суб'єктом, розглянута свобода присутня саме як суб'єктивне право, і їй уже відповідають обов'язки всіх інших осіб не перешкоджати вільному волевиявленню особи, що виражене в даному конкретному правочині [12, с. 61]. Даний висновок автора є привабливим, особливо якщо припускати можливість трансформації конкретного виду правочиноздатності в суб'єктивне право. Проте це перетворення є скоріше винятком з правила про окремі механізми функціонування елементів правоздатності та суб'єктивних прав.

Прикметним також є наступне міркування вченого: «Якщо звернути увагу на процес учинення правочинів, то стає зовсім неможливо встановити конкретний момент, з якого можна було б визнати виникнення суб'єктивного права вільного волевиявлення у правочині» [12, с. 64]. Виникнення цієї проблеми, на нашу думку, свідчить про те, що має місце саме правочиноздатність, а не суб'єктивне право. Проте автор, розвиваючи свою думку, приходить до наступної спірної конклюзії про появу відповідного суб'єктивного права з моменту виникнення суб'єкта права (народження людини або державної реєстрації юридичної особи) [12, с. 64]. Як бути в такому разі, наприклад, з юридичною можливістю скласти заповіт, яка за загальним правилом не може виникнути в малолітньої або неповнолітньої особи? Якщо суб'єктивне право на вчинення правочину виникає з моменту народження особи, то право на заповіт може зовсім не виникнути або момент його виникнення не буде збігатися з моментом виникнення суб'єктивного права. У цьому ж смисловому полі знаходиться твердження автора про можливість віднесення свободи договору до абсолютних прав немайнового характеру [12, с. 66]. Як кваліфікувати в такому розумінні узгодження сторонами умов договору в межах переддоговірного правовідношення або розірвання договору в договірному зобов'язанні? Названі дії суб'єктів характеризуються наявністю відносного правового зв'язку. При цьому, по суті, вони залишаються проявами принципу свободи договору. Крім цього, як узгодити даний висновок ученого з попередньою тезою про відносний характер свободи договору [12, с. 59]?

Ю. Л. Єршов зазначає, що свобода договору як суб'єктивне цивільне право доволі своєрідне, тому що має абстрактний характер [12, с. 67]. Наполегливість автора у доведенні своєї позиції, безсумнівно, заслуговує на повагу, але є не справедливим залишити поза увагою визнане в доктрині переконання про абстрактний характер правоздатності [15, с. 82; 16, с. 257–258, 263].

Спірною також є теза Ю. Л. Єршова про те, що на стадії формування умов договору відбувається остаточне оформлення майбутнього договірного правовідношення й завершується правовідношення, яке йому передувало та виникло з права висловити свою волю шляхом вчинення правочинів, у тому числі й договорів [12, с. 95–96]. Виходить, що суб'єктивне право виступає як юридичний факт. З цим погодитися важко. Переддоговірне правовідношення беззаперечно виникає на підставі юридичних фактів, якими є не суб'єктивні права, а юридичні дії (наприклад, переддоговірне організаційне правовідношення виникає на підставі вступу в переговори у разі визнання законодавцем його юридико-фактичної властивості або оферти однієї сторони).

Концепція Ю. Л. Єршова не залишилася непоміченою. М. В. Кратенко правильно зауважив, що такі наведені Ю. Л. Єршовим властивості, як абстрактність, невичерпний характер, виникнення з моменту народження та припинення зі смертю громадянина більшою мірою притаманні цивільній правоздатності; а властивість учиняти правочини є елементом останньої [17, с. 6–10]. Водночас, на думку вченого, обґрунтування свободи договору як класичного суб'єктивного права (з кореспондуючим йому суб'єктивним обов'язком) є можливим тільки за умови звернення до теорії переддоговірної відповідальності (culpa in contrahendo), добре відомої зарубіжній доктрині. Саме ця теорія пояснює існування суб'єктивних прав та обов'язків на стадії, що передує укладенню договору [17, с. 6–10]. Слід зауважити, що ми поділяємо думки вчених, які фіксують наявність переддоговірного правовідношення без зв'язку з переддоговірною відповідальністю [18, с. 60; 19, с. 127, 129, 130–131; 20, с. 128]. Крім цього, компенсаційне правовідношення, змістом якого є culpa in contrahendo – відповідальність sui generis, на нашу думку, також є переддоговірним правовідношенням [8, с. 49].

В українській юридичній науці позицію Ю. Л. Єршова в цілому підтримав Х. Г. Колінчук, який правильно звернув увагу на ту обставину, що правомочності визначення умов договору реалізуються чітко визначеними суб'єктами. Але цим не вдалося обійти проблему, з якою стикнувся Ю. Л. Єршов. Про це свідчить наступне висловлювання – «…якщо говорити про такі правомочності суб'єктивного права свободи договору, як визначення умов договору, *це право набуває відносного характеру…*» [21, с. 114] (курсив наш – В. К.). Розуміємо цю тезу як набуття абсолютним правом відносного характеру. Як наслідок, питання про абсолютну чи відносну природу цього права залишається не вирішеним. Р. В. Алексій та О. Я. Рогач зазначили, що «свобода договору – це і норма-принцип, який визначає суть цивільного права загалом, і суб'єктивне право, гарантоване кожному законом» [22, с. 75]. На жаль, така формальна підтримка позиції Ю. Л. Єршова залишилася без додаткового пояснення. Характерно також, що автори не вбачають протиріччя, коли розкривають багатогранність правової природи свободи договору через категорії норми-принципу, суб'єктивного права та елемента правоздатності [22, с. 76].

Наведені вище протиріччя, що випливають з визнання свободи договору суб'єктивним правом, усуваються, коли вона розглядається як принцип цивільного права та як характеристика правоздатності. Так, на думку О. В. Жевняк, свободу договору необхідно розглядати як визначену характеристику окремого елемента цивільної правоздатності – здатності укладати договори [23, с. 36]. У цілому погоджуючись з вченою, зазначимо таке. Свобода договору, зберігаючи якість абстрактної передумови правовідношення та виступаючи в цьому сенсі як прояв правочиноздатності, водночас пронизує переддоговірне та договірне автономне регулювання сторін і виступає як складний за структурою принцип цивільного права. Визнання свободи договору суб'єктивним правом необґрунтовано нівелює концепцію переддоговірного правовідношення та спричиняє проблему кількісного та якісного вимірювання правомочностей, які б утворювали структуру такого суб'єктивного права. Крім значної кількості правомочностей, спрямованість їх функціональності розщеплюється в переддоговірному та договірному правовідношеннях відповідно.

З урахуванням вищезазначеного спірними також убачаються міркування М. Ф. Казанцева, висловлені цивілістом в одній з його робіт [24]. Посилаючись на С. С. Алексєєва, учений зазначає, що свобода договірного регулювання за своєю природою є загальним дозволом. Але водночас вказується, що *право на вільне договірне регулювання* презюмується, поки не буде знайдено конкретне правове положення, що встановлює вилучення з цього *загального права (дозволу)* [24, с. 143] (курсив наш – В. К.). Складність у тому, що С. С. Алексєєв загальні дозволи називав самостійними, особливими субстанційними правовими явищами, які відрізняються від юридичних норм та суб'єктивних прав й обов'язків. Не ототожнював учений загальні дозволи й з принципами права, оскільки перші, на думку С. С. Алексєєва, відносяться не до фактичного змісту, а безпосередньо до регулятивної сторони права [25, с. 229, 232]. Обраний М. Ф. Казанцевим спосіб обґрунтування природи договірної свободи на основі вчення С. С. Алексєєва про загальні дозволи та заборони, на нашу думку, передбачає й інші суперечності, які загострюють проблему пояснення. Зокрема, М. Ф. Казанцев визначає принцип свободи договору як принцип договірного права (та в цілому цивільного права), у силу якого суб'єкти цивільного права мають можливість укладати будь-які цивільно-правові договори, визначати будь-які їх умови, які не суперечать законодавству. У свою чергу, свобода цивільно-правового договірного регулювання визначається як свобода (можливість) суб'єктів цивільного права здійснювати цивільно-правове регулювання своїх відносин у будь-яких межах, які не суперечать законодавству за допомогою цивільно-правових договорів, які укладаються ними [24, с. 142]. Кваліфікація свободи договірного регулювання як загального права (дозволу) не узгоджується з думкою М. Ф. Казанцева про абсолютну ідентичність свободи договору та свободи договірного регулювання як понять за об'ємом та змістом [24, с. 142]. Нагадаємо, що за С. С. Алексєєвим загальний дозвіл не є ні суб'єктивним правом, ні принципом права. Отже, спосіб обґрунтування природи свободи договору як загального дозволу потребує додаткової аргументації.

Висновки. Визнання свободи договору суб'єктивним цивільним правом або загальним дозволом не є належно обґрунтованим. Свободу договору можна визначити як засаду регулювання приватних відносин, що конкретизує автономію волі суб'єктів на переддоговірній та договірній стадіях динаміки цивільних прав та обов'язків. Такий підхід ґрунтується на позиції цивілістів, які акцентують увагу на залежності свободи договору від автономії волі [26, с. 210; 27, с. 22; 28, с. 193]. Розгляд свободи договору як поліфункціонального принципу цивільного права та прояву правочиноздатності узгоджується з розумінням сутності переддоговірних правовідносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Петроград: Изд. юр. кн. скл. «Право»; тип. «Правда», 1917. 328 с.

2. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф...канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2001. 18 с. Бібліогр.: с. 16.

3. Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 6 квіт. 2015 р.: (ОФІЦ. ТЕКСТ). К.: Паливода А. В., 2015. 380 с. (Кодекси України).

4. Кузнецова Н. В. Свобода договора и проблема классификации ее ограничений в гражданском праве Российской Федерации // Вестник Удмуртского Университета. Экономика и Право, 2011. Вып. 2. С. 89–93.

5. Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2014. 462 с.

6. Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription. 225 p. URL: http://test-public.law.ox.ac.uk/themes/iecl/pdfs/Proposals%20for%20Reform%20of%20the%20Law%20of%20Obligations%20and%20the%20Law.pdf (дата звернення: 26.12.2017).

7. Осакве К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения. Журнал российского права, 2006. № 7. С. 84–93.

8. Карнаух В. С. До питання про сутність та види переддоговірних правовідносин // Право і суспільство, 2017. № 4–2. С. 47–51.

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

10. Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. II. Обязательственное право / Отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. 1208 с.

11. Мельниченко Р. В. Свобода договору» в динаміці цивільних договірних правовідносин // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: «Право». № 32. Том. 2. 2015. С. 49–53.

12. Ершов Ю. Л. Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве Российской Федерации: дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2001. 170 с.

13. Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Часть 1. URL: http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/5_82.html (дата звернення: 26.12.2017).

14. Карнаух В. С. Деякі аспекти динаміки переддоговірних правовідносин // Підприємництво, господарство і право, 2017. № 8. С. 26–31.

15. Певзнер А. Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: дис. … канд. юрид. наук. Москва, 1961. 242 с.

16. Флейшиц Е. А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вопросы общей теории советского права. Сборник статей. М.: Госюриздат, 1960. С. 255–283.

17. Кратенко М. В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. 208 с.

18. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. 183 с.

19. Егоров Ю. П. Правовой режим сделок как средств индивидуального регулирования. Новосибирск: Наука, 2004. 364 с.

20. Поваров Ю. С. Сущность и юридическое значение оферты (критический анализ доктринальных подходов) // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция, 2014. № 4 (25). С. 123–130. URL: http://cyberleninka.ru/article/n/suschnost-i-yuridicheskoe-znachenie-oferty-kriticheskiy-analiz-doktrinalnyh-podhodov (дата звернення: 26.12.2017).

21. Колінчук Х. Г. Зловживання суб'єктивним правом на вільне укладання договору // Наукові записки НаУКМА, 2012. Т. 129: Юридичні науки. С. 113–117.

22. Алексій Р. В., Рогач О. Я. Зловживання свободою договору в контексті правочинів із вадами волі // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право», 2017. № 45. Том. 1. С. 74–79.

23. Жевняк О. В. Пределы свободы договора при заключении договоров возмездного оказания услуг // Устойчивое развитие российских регионов: экономическая политика в условиях внешних и внутренних шоков: сборник материалов XII международной научно-практической конференции, г. Екатеринбург, 17–18 апреля 2015 г. Екатеринбург: [УрФУ], 2015. С. 36–51.

24. Казанцев М. Ф. Свобода гражданско-правового договорного регулирования как проявление свободы договора // Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал, 2008. № 1. С. 142–144. URL: http: //cyberleninka.ru/article/n/svoboda-grazhdansko-pravovogo-dogovornogo-regulirovaniya-kak-proyavlenie-svobody-dogovora (Дата звернення: 26.12.2017).

25. Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве; ред.: Плеханова Л. А. М.: Юрид. лит., 1989. 288 с.

26. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Перевод с франц.; пер.: Новицкий И. Б. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. 511 с.

27. Танага А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России: дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2001. 226 с.

28. Белов В. А. Гражданское право. В 4 т. Т. II. Общая часть. В 2 кн. Книга 2. Факты: учебник для академического бакалавриата и магистратуры; 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2016. 497 с. Серия: Бакалавр и магистр. Академический курс.

Karnaukh V. The understanding of freedom of contract within the conception of precontractual legal relationships

The article deals with revealing contradictions in the approaches by which the understanding of freedom of contract as subjective civil law or general permission is proposed. The relevance of understanding of freedom of contract as the principle of civil law and the ability to execute civil transactions is described within the concept of pre-contractual legal relationships.

Keywords: freedom of contract, pre-contractual legal relationships, subjective civil law, the ability to execute civil transactions, general permission.

ВИНИКНЕННЯ ТА ЕТАПИ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН СТРАХУВАННЯ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.32

Міловська Н. В.,

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

У статті з'ясовано передумови виникнення договірних відносин страхування, основні тенденції, закономірності, національну специфіку та етапи розвитку відповідних відносин. Встановлено, що традиції страхування формувалися під впливом чинників економічного, правового, організаційного і соціального характеру, враховуючи первинні стародавні форми та прогресивні сучасні механізми ринкових відносин. Здійснено аналіз основних нормативно-правових актів, шляхом прийняття яких відбувалося становлення такого інституту.

Ключові слова: страхування, договір страхування, страхові відносини, виникнення страхування, етапи розвитку, правове регулювання.

Аналіз історії становлення будь-якого правового інституту є необхідною передумовою для визначення закономірностей його розвитку, можливістю встановити особливості його правового регулювання, визначити перспективи і шляхи подальшого вдосконалення відповідного правового явища. Як слушно зазначають науковці, більшість теоретичних конструкцій, зберігаючи свої основні риси, набуті за період становлення, трансформуються відповідно до конкретних соціально-економічних умов [1, с. 59].

Страхові відносини, що інтенсивно розвиваються, не можуть не викликати інтересу до дослідження їх змісту та особливостей, окремих етапів і стадій розвитку. Традиції страхування, втілені у нормативних актах, формувалися і накопичувалися тисячоліттями під впливом чинників економічного, правового, організаційного і соціального характеру. Виділення етапів у розвитку страхування є методологічно обумовленим і зумовленим процесом, що вказує на певний рівень еволюції суспільства, має особливу історично-правову місію, закладаючи певні мотивації, удосконалюючи організаційні форми, запроваджуючи новий вид страхування [2, с. 13].

Водночас у вітчизняній юридичній літературі питання еволюції договірних відносин страхування не отримало комплексного належного вирішення, а також недостатньо окреслило межі окремих стадій. Тому на сьогодні існує потреба у визначенні основних етапів розвитку договірних страхових відносин, починаючи з первинних стародавніх форм і простежуючи прогресивні сучасні механізми ринкових відносин.

Питанням, присвяченим історичним аспектам розвитку страхових відносин, приділяли свою увагу такі науковці, як: В. Ю. Абрамов, С. С. Алексєєв, Н. В. Безсмертна, В. С. Бєлих, М. І. Брагінський, С. М. Братусь, О. В. Гринюк, Ю. О. Заіка, А. П. Залетів, О. Д. Заруба, Г. С. Ільченко, Л. Л. Кінащук, О. С. Красільнікова, І. В. Кривошеєв, В. В. Луць, В. М. Никифорак, Н. Б. Пацурія, В. К. Райхер, В. І. Серебровський, Р. В. Соботник, Ю. Б. Фогельсон, Я. О. Чапічадзе, В. В. Шахов, Г. Ф. Шершеневич, В. П. Янішен та інші.

Метою наукової статті є ґрунтовний аналіз історичних витоків формування та розвитку договірних відносин страхування, визначення основних ознак кожного з етапів розвитку, встановлення закономірностей еволюційних змін та визначення сучасних тенденцій відповідних відносин.

Страхування є ефективним економічним та юридичним засобом захисту прав та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб. В умовах сучасного суспільства з розвинутою економікою практично не існує матеріальних об'єктів та інтересів, не захищених страхуванням. Страхові правовідносини є досить поширеними та існують у багатьох сферах. Саме тому потребують більш детального дослідження причини і форми їх зародження та існування.

Виникненню страхування як соціального феномена сприяли об'єктивні передумови, що спонукали членів суспільства вступати у певні відносини, які згодом отримали назву страхових. Дослідники визначають низку об'єктивно-суб'єктивних чинників, що стали підставою виникнення страхування як соціально-економічного явища і спричинили розвиток страхових відносин, зокрема: а) існування небезпек, які здатні заподіяти майнові та/або інші збитки, настання яких неможливо ані запобігти, ані попередити (об'єктивний фактор); б) наявність у фізичних осіб та суб'єктів господарювання потреби у збереженні цілісності належних їм матеріальних об'єктів (суб'єктивний фактор); в) прагнення фізичних осіб та суб'єктів господарювання уникнути ефективними наявними засобами ті небезпеки, які викликають у них страх і побоювання щодо настання негативних наслідків, що можуть потягнути за собою збитки (об'єктивно-суб'єктивний фактор) [3, с. 2].

Однак встановлення причин і наслідків появи страхових відносин у суспільстві не вирішує питання моменту їх виникнення. Слід зазначити, що в науковій літературі висловлювалися з цього приводу різні думки. Дотепер серед вчених немає єдиної думки про період виникнення страхування. Деякі дослідники [4–6] заперечують існування страхування в докапіталістичних формах і вважають, що страхування виникло лише у XVIII ст. у вигляді комерційного страхування.

Багато дослідників, особливо фахівців у галузі торгового і, зокрема, морського права, заперечують наявність страхування в давнину і середньовіччя на тій лише підставі, що тоді ще не існувало страхового договору [6, с. 33]. Зокрема, Р. Ф. Шершеневич зазначав, що вперше страхування застосовувалося у галузі морської торгівлі, а морське страхування з'явилося близько XIII ст. [5, с. 319]. Однак, з точки зору більшості дослідників, страхові правовідносини виникли дуже давно, з того моменту як людство стало розуміти необхідність надання один одному допомоги у разі настання негативних випадків [7; 8].

Первинні спроби страхування у стародавні часи здійснювалися за принципом взаємодопомоги. На цьому етапі, як зазначає Г. О. Ільченко, у суб'єктів, які надавали допомогу постраждалим особам, ще не було мети отримання прибутку від надання цієї послуги. Також не існувало і спеціально сформованого страхового фонду, з якого би здійснювалися виплати. Примітивна організація страхового фонду відображалася у зобов'язаннях відшкодовувати збитки в порядку наступного розподілу між усіма учасниками [8, с. 52–53].

Перші угоди про страхову взаємодопомогу стосувалися галузі торгівлі, морських та сухопутних перевезень [7]. Так, у шумерів у третьому тисячолітті до нашої ери торговцям видавали грошову позику для створення «спільної каси», щоб захистити їхні інтереси на випадок втрати вантажу під час перевезення [9, с. 96]. Безпосередньо норми, в яких простежувалися окремі положення, спрямовані на забезпечення страхового захисту, виявлено в законах вавилонського царя Хаммурапі (1792–1750 роки до н. е.), які являли собою переважно кодифікування звичаїв, що склалися. Наприклад, учасники торговельного каравану укладали між собою договір, в якому сторони погоджувалися спільно нести збитки, що можуть виникнути у будь-кого з них у результаті пограбування, крадіжки або зникнення речей [10].

Б. Емерігон, вивчаючи стародавні тексти, зокрема Тіта Лівія, Ціцерона, Светонія, стверджував, що договір страхування як такий вже існував у Стародавньому Римі, хоча ще без специфічної правової форми [11, с. 11]. Підтримуючи погляди Б. Емерігона, професор В. К. Райхер зазначав, що справжнє страхування існувало й у феодальному і навіть у рабовласницькому суспільстві [12, с. 32]. Крім цього, за історичною ознакою вчений поділяв страхування на три форми: самострахування, взаємне страхування і комерційне страхування [12, с. 12].

Загальновідомо, що історично перша форма, в якій знаходили реалізацію страхові відносини, характеризувалася ідеєю самострахування [3, с. 5]. І хоча переважна більшість дослідників групу відносин із самострахування визначає як «квазістрахування» («quasi-insurance»), яким лише притаманні певні ознаки страхових відносин у сучасному розумінні [3, с. 2], все ж таки самострахування є підгрунтям страхування у його найпростішій формі. Незважаючи на принципові між ними розходження, самострахування і страхування мають за мету зменшення збитків, які можуть виникнути від різних нещасть, шляхом створення страхових фондів, які не мали належних ознак організації на той час, проте існували, і за рахунок засобів яких існувала можливість задовольнити потреби осіб, які брали участь у формуванні таких фондів. Так, усвідомлюючи можливість спільного несення ризиків, прагнучи їх обмеження, суспільство виробило спеціальну форму їх мінімізації шляхом формування спеціалізованих страхових фондів – кас страхової допомоги особам, що беруть участь у їх формуванні. При цьому було зазначено, що чим більша кількість осіб бере участь у формуванні страхових кас, тим суттєвіший їх захист, тим менше коштів витратить кожен учасник [2, с. 14].

Особливість формування кас взаємодопомоги полягала, по-перше, у відсутності механізму регулярного внесення страхових внесків у формовані каси і, по-друге, ці внески здійснювалися, як правило, у натуральних формах з метою формування запасів продукції.

Історія створення й існування взаємного страхування переносить нас до Стародавнього Риму, де взаємне страхування було найбільш розвинене в різних професійних союзах, колегіях статутного

типу. У стародавніх Індії та Єгипті існували страхові організації професійно-корпоративного типу, переважно організації взаємодопомоги ремісників і торговців. До їхніх завдань входило надання матеріальної допомоги членам у нещасних випадках, а у випадку смерті – осиротілим родинам. При всій недостатності наявних про них відомостей, що залишають відкритим питання про те, чи існував у них постійний страховий фонд, тут уже виплачувалися регулярні, пов'язані з певними строками страхові внески [13, с. 14].

Середньовічні організації взаємодопомоги мали назву братерства (гільдії). Перші гільдії взаємодопомоги виникли в Англії (X–XI ст.), потім у Німеччині (X–XII ст.), Данії та Ісландії (XII ст.). Сільські громади, ремісничі цехи, купецькі гільдії, братерства організовували суспільне, а багато в чому і приватне життя людей, але головним їх завданням було забезпечення стабільності і безпеки [2, с. 15].

У гільдіях взаємне страхування поділялося на майнове і особисте [14, с. 48]. У сфері майнового страхування гільдії відшкодовували збитки як від стихійних (загибель корабля, повінь, пожежа), так і від соціальних (пограбування, розбій) негараздів. Поряд із цими видами майнових втрат страховим випадком, що надавав право на допомогу з боку гільдії, було розорення члена гільдії незалежно від причин [7]. У сфері особистого страхування гільдії виплачували допомогу, головним чином, у випадку смерті, хвороби, інвалідності [12, с. 61–62], водночас покладали на своїх членів також і обов'язок щодо попередження страхових випадків і рятування свого майна [15, с. 18–19].

На теренах сучасної України первісні форми страхування також здійснювалися за принципом взаємодопомоги. У XIII–XV ст. значну роль у торгівлі країни відігравало чумацтво. Якщо у когось із чумаків під час подорожі гинув віл чи ламався віз, зусиллями всього гурту потерпілому відновлювали потрібні засоби пересування. У вказаний період члени чумацького гурту не вдавалися до попередньої сплати регулярних внесків, оскільки перевозити гроші на значні відстані було безпечніше, коли вони були розосереджені по «індивідуальних» гаманцях [15, с. 17]. Незважаючи на те, що наведені види колективної взаємодопомоги в одних випадках мали договірну основу, а в інших – ґрунтувалися на звичаї, їх сутність полягала у прагненні забезпечити кожного з учасників колективу засобами для відшкодування збитків за рахунок усіх членів такого колективу.

Важливий етап розвитку страхування припадає на XIV–XVI ст. і характеризується утворенням страхових організацій, ухваленням сукупності актів, що містили комплекс норм, які регулювали здійснення морського страхування. Причиною виникнення та інтенсивного розвитку інституту морського страхування стало не тільки підвищенння ризиків, властивих морським перевезенням, а й необхідність забезпечення таких перевезень для економічного розвитку і торгової співпраці держав. Першим правовим документом, що закріплював положення морського страхування, був Морський кодекс, прийнятий у 1250 р. У 1435 р. були опубліковані «Барселонські капітули», що закріплювали в багатьох статтях загальні і спеціальні норми страхової діяльності. Це був Міжнародний кодекс з мореплавства і страхування [2, с. 17].

Саме розвиток морської та сухопутної торгівлі, потреба у взаємному транспортному страхуванні сприяли появі такої нині поширеної цивільно-правової конструкції як договір страхування. У 1601 р. при парламенті Англії була створена комісія з розгляду спірних питань контрактів морського страхування [12, с. 24]. У договорах страхування того періоду розмір страхового відшкодування встановлювався залежно від розміру страхової премії, внесеної страхувальником, і з настанням страхового випадку, незалежно від понесеного збитку, дорівнював двократному розміру страхового платежу [2, с. 16].

Середина XIV ст. характеризується зародженням інституту перестрахування і появою страхових посередників [14, с. 50]. Так, з метою підвищення захисту інтересів страхувальника договір страхування укладався із двома і більше страховиками. Обсяги відповідальності кожного зі страховиків могли бути різними, але чітко закріплювалися в договорі страхування. Таким чином, договір страхування міг бути як двостороннім, так і багатостороннім [17, с. 232].

Варто відзначити прагнення законодавців у різних країнах забезпечити єдине регулювання договору страхування з усіма його різновидами. Однак у Франції свого часу Торговий кодекс містив положення лише щодо морського страхування. Зазначаючи ризикові договори, Французький цивільний кодекс відніс до них, разом з іншими, й договір страхування [22, с. 338].

У Німецькому цивільному і Німецькому торговому уложеннях у XIX ст. також практично було відсутнє спеціальне регулювання відповідних договорів. У будь-якому випадку положень щодо страхування у них не містилося, а відповідний спеціальний Закон був прийнятий лише у 1908 році [23, с. 346].

Слід зазначити, що в кодексах низки інших країн глава щодо страхування все ж мала місце. Так, Італійський цивільний кодекс містив главу про страхування. В її загальних положеннях виділені, зокрема, норми, які передбачають субсидіарне застосування статей Кодексу до відносин щодо соціального страхування, встановлена можливість оспорювання страховиком договору страхування внаслідок певних обставин, що залежать від контрагента, визначені наслідки припинення, зміни або збільшення ризику в період дії договору, а також несвоєчасного внесення страхових платежів.

Характерним для історії страхування в Україні є те, що одним із перших актів, що регулював цивільні (у нинішньому трактуванні) відносини в Україні та містив положення про договір страхування, є

Зібрання малоросійських прав 1807 р., яке складалося з трьох частин, викладених у 42 розділах, серед яких, зокрема, мав місце і розділ «Про договори, засновані на ризику» [16, с. 375].

Наступний етап розвитку страхування припадає на XVII–XIX ст. і пов'язаний з розвитком комерційного страхування. Наприклад, на початку XVII ст. у багатьох європейських країнах утворилися страхові компанії, які не обмежувалися рамками морського страхування, завдяки чому перелік видів страхування істотно розширився. Керуючись принципами підприємницької діяльності і діючи з метою отримання прибутку, з часом вони перетворювалися в комерційні професійні страхові структури [2, с. 19].

Перші страхові товариства у галузі вогневого страхування виникли в Англії у 80-ті роки XVII ст. Згодом страхові товариства з'явилися і в інших країнах: в Італії (1741 р.), Данії (1746 р.), Швеції (1750 р.) та ін [18, с. 5]. Прибуток страхових організацій того часу складався із спеціально передбаченої частини плати, яку зацікавлена особа (страхувальник) віддавала за страхування, та із можливостей управління вільними грошовими засобами страхового фонду, який являв собою сукупність заздалегідь акумульованих натуральних запасів і/або фінансових резервів, призначених для попередження, подолання, локалізації та відшкодування збитків, завданих стихійними лихами, нещасними випадками та іншими подіями [15, с. 501].

На теренах сучасної України перша страхова компанія була створена в 1863 р. в Полтаві у формі товариства взаємного страхування від вогню [11, с. 27]. Згодом подібні товариства взаємного страхування почали створюватися в Одесі, Києві та Харкові [19, с. 14]. Ці товариства приймали на страхування будівлі, тварин, меблі, одяг, засоби транспорту, вантажі та обслуговували переважно багатих домовласників, купців і фабрикантів у межах відповідного міста. Страхувальникам, які укладали договори страхування на кілька років підряд, надавалися пільги і навіть допускалося безплатне страхування за так званим золотим полісом.

Перше на західних землях України страхове товариство «Дністер» було створено у Львові 9 грудня 1891 р. в організаційній формі кооперативного товариства взаємного страхування від вогню [20, с. 56].

На початку XX ст. в Україні страхові товариства відігравали важливу роль у розвитку міжнародних економічних відносин шляхом передачі своїх ризиків у перестрахування іноземним страховикам і одержання від них ризиків у перестрахуванні. Особливо інтенсивно діяльність страхових товариств виявилася у розвитку страхування життя. Воно розглядалось як важливе досягнення економічної думки, а тому поширення цієї ідеї вважалося не тільки бажаною, а й необхідною справою. Так, з метою надання українському населенню послуг у сфері страхування життя в 1911 р. в Чернівцях було засновано товариство взаємного страхування життя і пенсій «Карпатія» [21].

Цікава історія регулювання страхових відносин і в цивільному законодавстві України радянського періоду. Поняттям «страхування» гл. XI ЦК УРСР від 16 грудня 1922 р. охоплювалися два типи страхування: майнове й особове, які поділялися, у свою чергу, на обов'язкове і добровільне. Обов'язковому страхуванню (від вогню, градобою, пошестей худоби та інших нещасть) підлягало майно колгоспів, господарств громадян і державне майно, що здавалось в оренду громадянам, а також страхування пасажирів транспорту. До добровільного майнового страхування належали: страхування в колгоспах племінної худоби, урожаю садів і сільськогосподарської техніки, а в господарствах громадян – хатнього майна, будівель й худоби; до особового: страхування життя, довічне страхування, страхування на випадок смерті або втрати працездатності, від нещасних випадків та інше [24, с. 27].

У ЦК УРСР 1963 р. відносини щодо страхування опосередковувалися єдиним договором державного страхування, якому була присвячена окрема глава 31. Населенню надавався дуже вузький спектр послуг. За умов командно-адміністративної системи управління, домінуючої ролі державної власності страхування не могло зайняти належного йому місця в економіці. Діюча державна монополія призвела до «одержавлення» усіх сфер і галузей без урахування їх своєрідності. Цей процес повністю стосувався і страхової діяльності. При цьому страхування в капіталістичних країнах, здійснюване приватними акціонерними страховими компаніями, характеризувалося негативно. Пріоритет інтересів Держстраху, породжений монополією, нерідко призводив до недостатньої правової захищеності страховиків і, як результат, – до істотного занепаду сфери страхування [25]. Ідея страхування спільноти перетворилася на державне страхування.

Проголошення України незалежною державою, роздержавлення власності і перехід до ринкових відносин не могли не торкнутися й сфери страхування. З метою упорядкування страхових відносин і захисту інтересів страхувальників у 1993 р. був прийнятий Декрет Кабінету Міністрів України «Про страхування», а в 1996 р. Закон Ураїни «Про страхування», спрямований на закріплення правового статусу страховиків, визначення прав та обов'язків страхувальників, встановлення особливостей укладення страхових договорів, детального врегулювання окремих видів та форм страхування.

На сьогодні ринок страхових послуг в Україні набуває значної актуальності, перетворюється в універсальний засіб страхового захисту майнових інтересів фізичних і юридичних осіб, охоплюючи всі сфери життя суспільства.

Висновки. Отже, відносини страхування, які є ефективним механізмом захисту майнових інтересів членів суспільства від можливих негативних наслідків, виявляються на всіх етапах розвитку суспільства і реалізуються в усіх формах страхування, безумовно, із тією специфікою, яка притаманна кожному історичному періоду, та характеризуються наявністю мети страхування.

Основними етапами становлення та розвитку інституту страхових відносин у вітчизняному праві є:

1. *Період зародження страхових відносин* (середина VIII ст. – XVIII ст.), який характеризується зародженням страхування у галузі перевезень на теренах Київської Русі, де значну роль в перевезеннях вантажів на далекі відстані відігравало чумацтво. У той час пов'язані з процесом компенсації шкоди відносини ще не мали правового оформлення, здійснювалися за принципами взаємного страхування і не переслідували комерційних цілей. Саме на цьому етапі виникала ідея перерозподілу збитків між окремими групами осіб.

2. *Період формування* (початок XVIII – початок XX ст.), який характеризується переважанням принципу диспозитивності у регулюванні досліджуваних правовідносин тогочасними кодифікаційними актами цивільного законодавства. При цьому зазначимо, що «прабатьком» сучасних договорів страхування у вітчизняному праві є договори, засновані на ризику, які врегульовані нормами Зібрання малоросійських прав 1807 року. Характерним у цей період є виникнення значної кількості видів майнового та особистого страхування, а також страхування відповідальності, що здійснювалися товариствами взаємного страхування та страховими кооперативами, придбання страховою послугою форми товару, розмежування комерційного і некомерційного страхування, а також виникнення системи обов'язкового державного соціального страхування.

3. *Період трансформацій* (1970–1993 рр.), який характеризується існуванням можливості врегулювання відносин щодо страхування єдиним договором державного страхування та відсутністю практики добровільного страхування.

4. *Сучасний період розвитку страхових відносин* (1993–2017 рр.), який характеризується прийняттям низки спеціальних нормативно-правових актів з метою регулювання страхових відносин, закріпленням у самостійну гл. 67 ЦК України положень про договори страхування, а також виділенням страхової послуги як самостійного об'єкта цивільних правовідносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Рєзнікова В. В. Сутність категорії «послуга»: аналіз існуючих концепцій // Вісник господарського судочинства. 2009. № 41. С. 58–69.
2. Правове регулювання страхової діяльності: навч. посіб. / О. П. Гетманець, О. М. Шуміло, Т. В. Колєснік та ін.; за ред. О. П. Гетманець, О. М. Шуміла. Київ: Хай-Тек Прес, 2014. 400 с.
3. Абрамов В. Ю. Страхование: теория и практика. М.: «Волтерс Клувер», 2007. 512 с.
4. Адамова О. Генеза морського страхування // Юридичний вісник. 2012. № 3. С. 67–72.
5. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. М.: «Статут», 2003. 544 с.
6. Серебровский В. И. Очерки советского страхового права. М., 1926. 184 с.
7. Микитюк В. О. Становлення та організація страхування в епоху Античності та Середньовіччя // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2009. № 4 (47). URL: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/ Soc_Gum%20/VKhnuvs/2009_47/47/8.pdf (дата звернення: 22.11.2017).
8. Ільченко Г. О. Історико-правовий аналіз передумов виникнення страхових правовідносин // Цивільне право та цивільний процес: актуальні питання. URL: http:// archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum./PPiP/ 2013_12/ilchenko.Pdf (дата звернення: 22.11.2017).
9. Озернюк Г. В. Історичні витоки та формування страхових правовідносин // Науковий вісник Херсонського державного університету. 2013. Випуск 3. Том 1. С. 95–98.
10. Новицкий И. Б. Римское право. М.: Зерцало, 1998. С. 16.
11. Пацурія Н. Б. Страхові правовідносини у сфері господарювання: проблеми теорії і практики: монографія. Ніжин: ТОВ «Видавництво «Аспект-Поліграф», 2013. 504 с.
12. Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования. М.: Изд-во АН СССР, 1947. 282 с.
13. Васильев Г. В. История страхового дела в России. М.: Пресс-сервис, 1997. 251 с.
14. Озернюк А. В. Страховые правоотношения в период Средневековья // Ученые записки Таврического национального университета имени В. И. Вернадского. Серия: Юридические науки. 2013. Т. 26 (65). № 2–2. С. 45–52.
15. Страхування: підручник / Керівник авт. колективу і наук. ред. С. С. Осадець. Вид. 2-ге, перероб. і доп. Київ: КНЕУ, 2002. 599 с.
16. Хрестоматія з історії держави і права України: навч. посіб. / Упоряд.: А. С. Чайковський (кер.), О. Л. Копиленко, В. М. Кривоніс, В. В. Свистунов, Г. І. Трофанчук. Київ: Юрінком Інтер, 2003. 656 с.
17. Чапічадзе А. Я. Етапи розвитку страхування // Вісник Національного університету внутрішніх справ. 2002. Вип. 19. С. 228–233.

18. Журавлев Ю. М. Страхование и перестрахование (теория и практика). М.: Анкил, 1993. 184 с.
19. Залетов А. Н. Страхование в Украине. Київ: Международная агенция «BeeZone»: Логос, 2002. 456 с.
20. Клапків М. С. Витоки національного страхового ринку України: монографія. Тернопіль: Карт-бланш, 2003. 275 с.
21. Івасечко У. Історія розвитку страхування в Україні та нормативно-правове регулювання його обліку // Економічний аналіз. 2012. Вип. 10. Ч. 2. С. 251.
22. Л. Жюллио де ла Морандьер. Гражданское право Франции. Т. 3. / пер. с фр. Е. А. Флейшиц. М: Изд-во иностр. лит-ры, 1961. 748 с.
23. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. 2-е изд. М.: Статут, 2005. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. 596 с.
24. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс. Підручник. Київ: Атіка, 2005. 560 с.
25. Ефимов С. Л. Деловая практика страхового агента и брокера: учеб. пособ. М.: Страховой полис: ЮНИТИ, 1996. С. 7.

Milovska N. The genesis and stages of development of contractual insurance relations.
In the scientific research by Milovska Nadiya, the prerequisites for the emergence of contractual insurance relations, the main trends, patterns, national specifics and stages of the development of the corresponding relations are elucidated. It is established that the insurance traditions were formed under the influence of economic, legal, organizational and social factors, starting from the primary ancient forms and tracing the progressive modern mechanisms of market relations. The analysis of the main normative legal acts was carried out, through the adoption of which the establishment of this institution took place.
Keywords: insurance, insurance contract, insurance relations, the emergence of insurance, development stages, legal regulation.

РОЛЬ ДОГОВОРУ У СФЕРІ НАДАННЯ ТУРИСТИЧНИХ ТА ГОТЕЛЬНИХ ПОСЛУГ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.33

Федорченко Н. В.,
доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільного права та правового забезпечення туризму Київського університету туризму, економіки і права

У статті відзначається роль цивільно-правового договору в туристичній сфері, розкриваються проблемні питання надання туристичних та готельних послуг. Акцентується увага на особливостях договірного регулювання туристичних та готельних послуг. Автор доходить висновку, що договір є основою такого регулювання.
Ключові слова: цивільно-правовий договір, туризм, туристична сфера, туристична послуга, готельна послуга, договір про надання туристичних послуг, договір про надання готельних послуг.

Туристична сфера останніми роками набула глобально-світового характеру. В 1950 році подорожувало в світі на міжнародних маршрутах 25 млн. туристів, а уже в 2016 році – майже 1 млрд. 300 млн. туристів, що складає понад 1/7 населення земної кулі. Якщо до цього додати внутрішній туризм, який складає в світі приблизно 1 млрд. 600 млн., то разом – це понад 40% населення земної кулі.

Туризм є пріоритетною сферою економіки та культури, де послуги відіграють основну роль. В умовах розвитку ринку туризму успіх туристичних компаній і готельних підприємств залежить від того, наскільки надані ними послуги відповідатимуть стандартам якості.

Розвиток туристичної сфери, прагнення підприємств отримати найвищий прибуток сприяють урізноманітненню туристичної діяльності, а запропоновані послуги набувають комплексного характеру. Але останніми роками збільшилась кількість скарг і претензій на організацію і якість туристичних послуг. Багато туристичних фірм і готельних комплексів діють без необхідного правового забезпечення і, як наслідок, через правову необізнаність співробітників фірм та намагання обійти закон, несуть значні збитки.

Правове забезпечення діяльності туристичних фірм і готельних підприємств вимагає кардинального покращення, так само як і переддоговірна і договірна діяльність як із споживачами турпослуг, так і з туристичними фірмами. Особливої актуальності набуває діяльність по укладенню і виконанню договорів у цій сфері, а також практика розгляду претензій туристів, розбіжностей і спорів за договорами, контроль за виконанням договірних зобов'язань тощо.

Отже, правовідносини з надання туристичних та готельних послуг повинні бути законодавчо врегульовані, а одним з таких регуляторів є цивільно-правовий договір.

За своєю структурою цивільно-правовий договір становить систему правових зв'язків між його учасниками, їх дії в межах визначеного періоду часу спрямовані на досягнення певного результату. Договір, на відміну від правочину, характеризується своїми видовими ознаками. По-перше, на противагу односторонньому правочину, який є дією (волевиявленням) однієї сторони (особи), у договорі виявляється воля двох або кількох сторін, спрямованих на досягнення спільного для них правового результату [7].

Як слушно зазначається в юридичній літературі, договір, заснований на взаємній заінтересованості сторін, здатен забезпечити таку організацію, порядок і стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягнути за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових заходів [1]. Це твердження є актуальним і для договірних відносин з надання туристичних послуг.

На думку Р. А. Майданика, самостійність, незалежність, ініціативність приватного життя можна забезпечити лише за умови визнання природного, об'єктивного, наднормативного характеру цивільних прав як прав, які постають із самого життя [8]. Так, сьогодні, в умовах зменшення державного регулювання договірних зв'язків, суттєво відчувається зростання свободи суб'єктів договору в реалізації своїх прав та інтересів. І хоча виникають нові непойменовані конструкції договорів про надання послуг, все ж основна увага науковців прикута до дослідження загальних положень про договір, адже останні поширюються на всі види відносин договірного характеру, що виникають у нашій державі. Тобто феномен договору полягає у тому, що він виступає правовим засобом, у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється тільки через інтерес іншої.

Тобто закон у договірній сфері перестає вважатися «істиною в останній інстанції», оскільки, як слушно зазначає М. М. Сібільов, сторони мають право відходити від його положень, коригуючи його до своїх інтересів. Закріплення в новому ЦК України правил про регулюючу роль договорів та звичаїв як джерел права, принципу свободи договору дає підстави стверджувати про наявність іншої базової моделі правового регулювання договірних відносин – внутрішнього регулювання (саморегулювання) [12].

У сфері надання туристичних послуг формуються договори, укладені між туроператором і конкретними виконавцями туристичних послуг, а також договори, укладені між турфірмою і туристом (іншим замовником турпродукту), а також договори, які укладаються між туроператором і турагентом.

Слід зазначити, що законодавець у ст. 20 Закону України «Про туризм» визначає даний договір як договір на туристичне обслуговування, проте застосування законодавцем такого терміна не відповідає суті цього договору та не дає однозначної відповіді на питання про його правову природу. У даній статті як предмет договору з надання послуг законодавець називає певного роду дії або певну діяльність послугонадавача, тобто саму послугу. Тому вважаємо за доцільне погодитися з висновком М. М. Гудими, що для позначення дій, спрямованих на задоволення потреб туриста в процесі його подорожі, слід застосовувати термін «туристична послуга», а не «туристичне обслуговування», а отже, термін «обслуговування» не може відображатися в назві договору між суб'єктом туристичної діяльності, що надає туристичні послуги, та туристом унаслідок більш широкого його змісту [4, с. 32].

Якщо ми візьмемо для порівняння законодавство країн СНД, то найбільш слушно, на нашу думку, відображено найменування даного договору в Законі Республіки Білорусь «Про туризм», в якому цей договір іменується договором з надання туристичних послуг, а в ст. 17 цього Закону прямо вказується, що до даного договору «застосовуються правила, установлені законодавством для договору про надання послуг» [9]. У міжнародній практиці в цілому під предметом договору між турфірмою і туристом розуміється або продаж туру як комплексу послуг, і тоді дані взаємовідносини регулюються договором купівлі-продажу, або надання туристичних послуг, і тоді має місце договір про надання послуг [2].

Прикладом держави, в якій туристичний договір належить до договорів купівлі-продажу, є Велика Британія. Так, у Великій Британії використовується у взаєминах між організаторами туристичних подорожей і споживачами таких послуг Закон «Про продаж товарів» 1893 р. Під продажем розуміється угода, за якою право власності на придбаний тур від організатора подорожі до споживача туристичних послуг переходить пізніше, у момент початку обслуговування, а оплата туристичної подорожі відбувається відразу ж, безпосередньо в момент вчинення правочину з купівлі-продажу [5]. Такі підходи дали підстави деяким авторам вважати, що договори на реалізацію туристичного продукту є змішаними договорами [3].

Тому, враховуючи наведені аргументи та міжнародний досвід, видається доцільним використовувати єдине найменування даного договору – договір про надання туристичних послуг, що належить до договорів про надання послуг, які регулюються нормами гл. 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення» та спеціальним законодавством (Законом України «Про туризм»), предметом якого є комплексна туристична послуга. І саме така назва цього договору має застосовуватись у відповідному законодавстві.

Туристична діяльність – це професійна діяльність фізичних і юридичних осіб з організації подорожей, а юридичною підставою відносин між туроператором (турагентом) і туристом є саме укладення відповідного договору про надання туристичних послуг. Залежно від особливостей та

специфіки замовленої туристом послуги договір про надання туристичних послуг може бути публічним, договором приєднання чи договором, що укладається на загальних конкурентних засадах. Для забезпечення надання туристичних послуг туристична фірма і турист можуть укладати різні договори: доручення, комісії, агентський договір, турист може укладати договори з суб'єктами, що безпосередньо надають ті чи інші послуги, які входять до комплексної туристичної послуги. Тобто туристична діяльність характеризується множинністю відносин між суб'єктами туристичної діяльності, і саме договір виступає основою регулювання цих відносин. Водночас усі зазначені нами договори, що застосовуються у сфері туристичної діяльності, належать до договорів про надання послуг.

Останніми роками в Україні готельний бізнес набуває тенденцію до розвитку відповідно до європейських стандартів. Але відсутність необхідної державної підтримки, інвестицій, відповідної програми суттєво стримують розвиток цієї виключно вигідної в економічному та соціальному напрямі сфери в державі.

Разом із тим доцільно зазначити, що незважаючи на те, що готельні послуги досить поширені, у сучасній вітчизняній цивілісті не приділяється достатньої уваги правовому аналізу договору з надання готельних послуг. Загалом українськими вченими досліджувалися проблеми надання готельних послуг (послуг з розміщення) у сфері міжнародного туризму. Так, сприймаючи запропоноване О. Ю. Серьогіним авторське визначення договору на готельне обслуговування, за яким одна сторона (власник) на професійній основі за обумовлену плату надає іншій стороні (гостю) тимчасове розміщення та супутні підконтрольні йому послуги, а інша сторона приймає та зобов'язується сплатити встановлену плату, якщо інше не передбачено договором [11], непогодження викликає запропонована назва цього договору з використанням терміна «обслуговування».

Слід зазначити, що в цивілістичній літературі виділяють різні ознаки договору з надання готельних послуг. Одні вважають, що це комплекс дій щодо забезпечення комфортного тимчасового розміщення та пов'язаного з цим обслуговування замовника чи вказаної ним третьої особи в наданому готельному номері [6]. Інші вбачають у такому договорі елементи різних видів договорів: про передачу у тимчасове користування майна, зберігання, харчування та інші [13]. Треті – як послуги з проживання та інші пов'язані з проживанням послуги [17]. Як убачається із наведеного, дослідники розрізняють такі основні готельні послуги, як «тимчасове користування», «тимчасове проживання», «тимчасове розміщення», розмежовуючи їх.

На нашу думку, основною готельною послугою з вищенаведених є послуга з проживання. Тому укладення договору з надання готельних послуг для інших цілей є неможливим. У цьому випадку укладаються інші цивільні договори – оренди (найму), позички тощо.

В юридичній літературі трапляються висловлювання щодо можливості поділу договорів з надання готельних послуг залежно від цілей використання готельних послуг замовником на споживчі та неспоживчі. До споживчих договорів з надання готельних послуг Д. А. Жмуліна пропонує відносити ті договори, за якими готельні послуги купуються громадянином, в тому числі індивідуальним підприємцем або юридичною особою, для власних потреб. Натомість до неспоживчих договорів з надання готельних послуг – договори, за якими готельні послуги купуються юридичною особою або індивідуальним підприємцем для подальшої реалізації своїм контрагентам з метою отримання прибутку [6].

Така позиція, на нашу думку, не витримує жодної критики, оскільки абсурдним є припущення про наявність у юридичної особи «особистих потреб». Цей термін більш доцільно використовувати до фізичних осіб. По-друге, якщо індивідуальний підприємець використовує готель для особистих потреб, то загалом можна зазначити, що він споживає такі послуги не у статусі підприємця, а як фізична особа. По-третє, юридична особа чи індивідуальний підприємець може використовувати готельний номер з метою отримання прибутку не лише шляхом подальшої реалізації контрагентам, а й для ведення комерційних переговорів, надання послуг третім особам, тобто для підприємницької діяльності [16]. Зокрема, це стосується й випадків укладення договорів юридичними особами для своїх працівників. Нечіткість визначення замовника за договором з надання готельних послуг викликає складнощі на практиці.

Прикладом може слугувати справа за позовом закритого акціонерного товариства «Пасаж» (далі – ЗАТ) до Управління розвитку споживчого ринку та захисту прав споживачів Одеської міської ради (далі – Управління) про стягнення грошових коштів у сумі 56 557 грн. У позові зазначалось, що 07.07.2008 р. Управління звернулося до ЗАТ з листом з проханням забронювати у готелі «Пасаж» 60 місць для учасників міжнародного театрального фестивалю. ЗАТ відповідно до названого гарантійного листа Управління розмістило учасників фестивалю та надало послуги з їх проживання на загальну суму 66 421 грн. У відзиві на позов Управління позовні вимоги ЗАТ не визнало, посилаючись на те, що воно не виступало замовником або споживачем готельних послуг та не несе відповідальності за дії осіб – учасників театрального фестивалю. ЗАТ не має жодного документального підґрунтя щодо поданих позовних вимог до Управління, яке є неналежним відповідачем у справі.

Ухвалою господарського суду Одеської області провадження у справі припинено, оскільки правочини, вчинені юридичними особами у питанні бронювання номерів (місць) у готелі як замовником

від імені та на користь споживачів – фізичних осіб, створюють, змінюють, припиняють цивільні права та обов'язки споживачів – фізичних осіб, яких представляють юридичні особи. Викладене свідчить про те, що відповідні фізичні особи мають бути відповідачами за позовом позивача, а такі справи не підлягають розгляду у господарському суді. Натомість Апеляційний господарський суд Одеської області це рішення скасував та направив справу на новий розгляд, зазначивши на необхідності додаткового з'ясування взаємовідносин між сторонами, які звернулися із позовом [10].

Зважаючи на наведене, слід зазначити, що використовувати готельний номер для проживання можуть тільки фізичні особи, але замовником таких послуг можуть бути не тільки споживачі, а й інші фізичні та юридичні особи. Такі особи не завжди укладають договір від імені фізичної особи, які будуть користуватися номером у готелі.

Отже, за своєю правовою природою договір з надання готельних послуг є непойменованим, двостороннім (взаємним), консенсуальним (вважається укладеним з моменту досягнення всіх істотних умов договору), оплатним, строковим, підприємницьким (мета – отримання прибутку), каузальним (чітко встановлена причина укладення) та належить до групи договорів приєднання та публічних договорів [14].

Отже, у правовідносинах з надання послуг суб'єкти за допомогою такого сильного інструменту як цивільно-правовий договір можуть врегулювати відносини між собою без застосування закріплених законодавцем норм, крім випадків, зазначених у абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України, оскільки використання учасниками відповідних правовідносин свого права на їх договірне саморегулювання унеможливлює застосування до відповідних відносин положень актів цивільного законодавства України, що регулюють їх інакше, ніж це визначено в договорі.

Таким чином, договірне регулювання правовідносин з надання послуг є індивідуальним, воно надає обов'язковість специфічному порядку дій контрагентів. Договірне регулювання в туристичній та готельній сферах виражається у встановленні порядку їх укладення, зміни і розірвання, виконанні сторонами прийнятих на себе зобов'язань, а також відповідальності за невиконання та неналежне виконання таких зобов'язань. Тобто договірні відносини з надання послуг регулюються цивільно-правовим договором, що виступає індивідуалізованим відношенням між замовником та виконавцем, які пов'язані правами і обов'язками, що визначають забезпечену законом міру можливої і необхідної поведінки в сфері здійснення певної діяльності або окремої дії на користь замовника.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франківськ, 2005. 211 с.
2. Викулова О. Н. Комментарий к Федеральному закону «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» (постатейный). М.: ЗАО Юстицинформ, 2008. 192 с.
3. Волошин Н. И. Правовое регулирование в туризме: учебник. 2-е изд., испр. и доп. М.: Советский спорт, 2004. 408 с.
4. Гудима М. М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2012. 247 с.
5. Долматов Г. М. Международный туристский бизнес: история, реальность и перспективы. Ростов-н/Д., 2001. 368 с.
6. Жмулина Д. А. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. СПб., 2009. 26 с.
7. Луць В. В. Цивільно-правовий договір: його суть і сфера дії в сучасних умовах. Радянське право. 1987. № 8. С. 15–18.
8. Майданик Р. А. Цивільне право як сфера приватного права України. Приватне право. 2013. № 1. С. 65–80.
9. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 95, 2/101.
10. Постанова Одеського апеляційного господарського суду від 28 січня 2010 р. по справі № 31-28/36-09-981 / Одеський апеляційний господарський суд. К.: CD–вид-во «Інформтехнологія» Нормативні Акти України, 2008. 1 електрон. опт. диск (DVD–ROM): кольор.; 12 см. Систем. вимоги: Pentium III 800 MHz; 128 Mb RAM; DVD–ROM; Windows 2000/XP/Vista. Назва з титул. екрану.
11. Серьогін О. Ю. Правове регулювання міжнародних туристичних відносин: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2002. 21 с.
12. Сібільов М. Базові моделі регулювання майнових відносин за новим Цивільним кодексом України. Українське комерційне право. 2003. № 4. С. 17–20.
13. Тихомирова А. В. Оказание гостиничных услуг по российскому гражданському законодательству: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Челябинск, 2008. 25 с.

14. Федорченко Н. В., Іваніна Ю. А. Готельні послуги: цивільно-правові аспекти: навч. посібник. К.: Вид-во «КУТЕП», 2012. 153 с.
15. Федорченко Н. В., Крамар Ю. А. Туристські послуги в Україні (теоретико-правовий аспект): навч. посібник. К.: Вид-во «КУТЕП», 2012. 112 с.
16. Федорченко Н. В. Цивільно-правові проблеми надання готельних послуг. Часопис київського університету права. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2010/4. С. 169–174.
17. Цаликова М. Б. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар, 2007. 21 с.

Fedorchenko N. **The Role of the Contract for the Provision of Tourism and Hotel Services**
The article highlights the role of the civil law contract in the tourism sector, reveals the problematic issues of providing tourist and hotel services. The emphasis is on the peculiarities of contractual regulation of tourist and hotel services. The author comes to the conclusion that the contract is the basis of such regulation.
Keywords: civil law contract, tourism, tourist sphere, tourist service, hotel service, agreement on provision of tourist services, agreement on provision of hotel services.

СПІРНІ ПИТАННЯ УКЛАДЕННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ ЗА СІМЕЙНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.34

Хобор Р. Б.,
кандидат юридичних наук, суддя Львівського апеляційного адміністративного суду

У статті аналізуються питання, пов'язані з укладенням шлюбного договору. Особлива увага акцентується на обов'язковості дотримання вимог щодо форми укладення шлюбного договору. Обґрунтовано доцільність запровадження відкритого єдиного реєстру шлюбних договорів, що повинні вести державні органи РАЦСу, в яких містилася б загальна інформація про шлюбні договори. Встановлено можливість укладення шлюбного договору неповнолітніми особами через законних або договірних представників, оскільки сторони шлюбного договору мають погодити умови і нотаріально посвідчити його. Натомість особи, цивільну дієздатність яких обмежено, можуть укладати шлюбний договір тільки особисто за наявності згоди піклувальника, в той час як особи, які визнані судом недієздатними, ні особисто, ні через представника не можуть укладати шлюбний договір.
Ключові слова: шлюбний договір, нотаріальне посвідчення, правовий режим майна подружжя, санація договору, єдиний реєстр шлюбних договорів, неповнолітні особи, недієздатні особи.

Шлюбний договір може бути укладено на визначений строк, безстроково, або виникнення певних правовідносин може залежати від певних обставин (наприклад, народження дитини, здобуття дитиною освіти тощо). Укладення шлюбного договору є передбаченою законом можливістю – правом наречених чи подружжя врегулювати свої майнові відносини. Якщо шлюбний договір не укладено, то майнові відносини подружжя регулюються за встановленими сімейним законодавством правилами.

Водночас непоодинокими є випадки укладення шлюбного договору з метою збереження своїх статків. Тому незаможні прошарки населення, як правило, не укладають шлюбний договір, зважаючи на те, що їхні втрати внаслідок поділу майна у разі розірвання шлюбу будуть незначними. Крім того, шлюбний договір має складну правову природу. Однією з її форм є визнання шлюбного договору юридичним документом, підписаним сторонами, який підтверджує (засвідчує) існування особливого правового регулювання майнових відносин подружжя. Зважаючи на це, окремого дослідження потребує порядок (процедура) укладення шлюбного договору.

На перший погляд нічого складного тут немає, оскільки шлюбний договір є різновидом цивільно-правових договорів, тому і порядок його укладення має бути аналогічним. Однак не все так просто, особливо зважаючи на те, що законодавцем неоднозначно визначено, чи має шлюбний договір особистісний характер.

Загальний порядок укладення цивільно-правових договорів визначений у ст. 638–647 ЦК України і включає форму договору, момент його укладення, пропозицію укласти договір (оферту), прийняття такої пропозиції (акцепт) і місце укладення договору. Крім того, важливе значення мають суб'єкти, які укладають договір, тобто особи, які мають право на укладення договору, адже від їх правового статусу залежить, чи може бути укладено договір взагалі.

Договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) іншою стороною. Пропозицію укласти договір (оферту) може зробити кожна зі

сторін майбутнього договору. Така пропозиція повинна містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Пропозиція укласти договір може бути відкликана до моменту або в момент її одержання адресатом. Пропозиція укласти договір, одержана адресатом, не може бути відкликана протягом строку для відповіді, якщо інше не вказано у пропозиції або не випливає з її суті чи обставин, за яких вона була зроблена [1].

Якщо той з подружжя, кому запропоновано укласти шлюбний договір, вирішить, що умови оферти можна змінити, то у такому разі його відповідь вважатиметься одночасно відмовою від оферти і новою офертою, оскільки відповідно до ст. 646 ЦК України відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію.

Згідно з ч. 1 ст. 639 ЦК України договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Щодо шлюбного договору така вимога закріплена у ст. 94 СК України, в якій зазначено, що шлюбний договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується. Інакше кажучи, закон позбавляє подружжя права обирати форму шлюбного договору, зобов'язуючи осіб, які бажають укласти шлюбний договір, не тільки викласти свої умови письмово, а й нотаріально посвідчити все, що зазначено на паперовому документі. Більше того, не має значення, чи складений документ письмово, як рукопис, чи створений за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем (наприклад, надрукований за допомогою комп'ютера тощо), важливо, щоб те, про що сторони домовились, було посвідчено нотаріально.

І тут потрібно звернути увагу на те, що нотаріальне посвідчення правочину здійснюється нотаріусом або іншою посадовою особою, яка відповідно до закону має право на вчинення такої нотаріальної дії, шляхом вчинення на документі, в якому викладено текст правочину, посвідчувального напису. Крім того, не тільки нотаріуси можуть вчиняти нотаріальні дії, а й інші особи, які наділені відповідно до Закону України «Про нотаріат» таким правом. Зокрема, згідно з ч. 2 і 6 ст. 1 Закону України «Про нотаріат» вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на державних і приватних нотаріусів, а вчинення нотаріальних дій за кордоном покладається на консульські установи України, а у випадках, передбачених чинним законодавством, – на дипломатичні представництва України. Водночас відповідно до ч. 5 ст. 1 зазначеного закону у населених пунктах, де немає нотаріусів, нотаріальні дії, передбачені ст. 37 Закону України «Про нотаріат», вчиняються уповноваженими на це посадовими особами органів місцевого самоврядування. Проте аналіз ст. 37 Закону України «Про нотаріат» свідчить, що посадові особи органів місцевого самоврядування не можуть посвідчувати шлюбні договори, оскільки закріплений у вищенаведеній статті перелік повноважень уповноважених посадових осіб органів місцевого самоврядування є вичерпним. Тому нотаріальне посвідчення шлюбного договору здійснюють державні або приватні нотаріуси, консульські установи або дипломатичні представництва України.

Водночас недотримання учасниками шлюбного договору вимог щодо його форми призведе до визнання договору неукладеним, оскільки він формально буде недійсним, тобто не породжуватиме для його сторін жодних правових наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю (ст. 216 ЦК). У такому разі сторони не зможуть змінити правовий режим подружнього майна. Щоправда, законодавець допускає санацію шлюбного договору у разі недотримання вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору. Зокрема, у ч. 2 ст. 220 ЦК України зазначається, що якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна зі сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається.

Такі жорсткі вимоги до форми шлюбного договору зумовлені тим, що, укладаючи договір, сторони вправі змінити правовий режим майна подружжя, встановлений законом, що, в свою чергу, може призвести до зміни умов чи порядку виконання зобов'язань одного з подружжя, які виникли до шлюбу. Зокрема, один з подружжя може спробувати уникнути відповідальності, наприклад, стягнення на своє майно, за невиконання своїх зобов'язань перед кредиторами. Тому усі зміни, що стосуються майна осіб, які укладають шлюбний договір, мають бути зафіксовані, а їхня воля посвідчена нотаріально. Так, нотаріус повинен встановити, чи мають право сторони шлюбного договору на майно, що є предметом шлюбного договору, чи вчиняється правочин добровільно, без примусу, обману тощо.

Крім того, нотаріальне посвідчення шлюбного договору має доказове значення у разі виникнення спору між його сторонами, оскільки нотаріус завжди має один примірник посвідченого ним договору, а всі нотаріальні дії згідно зі ст. 52 Закону України «Про нотаріат» реєструються у реєстрі нотаріальних дій. Щоправда, зважаючи на нотаріальну таємницю, доступ до посвідчуваних нотаріусом договорів дуже обмежений. Тому кредитори подружжя чи одного з подружжя не можуть повноцінно захистити свої інтереси від недобросовісного боржника – учасники шлюбного договору. Через це актуальною є проблема запровадження єдиного реєстру шлюбних договорів, який, як відомо, вже існує у західноєвропейських державах. Так, у вітчизняній цивілістиці до сьогодні тривають дискусії щодо виду такого реєстру. Одні дослідники вважають, що це має бути реєстр майнових правовідносин

подружжя, який може здійснюватися нотаріусами [2], на думку інших – це має бути реєстр шлюбних договорів (контрактів) [3]. На думку третіх – взагалі потрібно за прикладом ФРН (спеціальний реєстр) та Франції (оприлюднення в офіційних засобах масової інформації повідомлення про укладення шлюбного договору) наділити сторони шлюбного договору правом вносити відомості щодо укладення ними шлюбного договору до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців [4].

Висловлену Г. О. Гаро пропозицію підтримує й В. І. Труба, вважаючи, що розв'язання проблеми реєстрації правового режиму майна подружжя може здійснюватись шляхом внесення відомостей про укладення шлюбного контракту до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців або до Державного реєстру актів цивільного стану громадян чи до спеціального реєстру правового режиму майна подружжя у вітчизняному законодавстві. Водночас спеціальний реєстр, на думку науковця, повинен бути автоматизованою системою збирання, накопичення, захисту, обліку та надання інформації про режим володіння, користування та розпорядження майном подружжя [3].

Отже, як вбачається із наведеного, дедалі більшого поширення на доктринальному рівні набуває позиція щодо необхідності повідомлення інших учасників цивільних відносин про укладення шлюбного договору. Однак і далі тривають дискусії щодо способу такого повідомлення – шляхом внесення запису до вітчизняних реєстрів, створення окремого реєстру правового режиму майна подружжя чи шлюбних договорів, оприлюднення відомостей про укладений шлюбний договір в офіційних засобах масової інформації або поєднання цих способів.

На нашу думку, найбільш доцільним є запровадження відкритого єдиного реєстру шлюбних договорів, в яких містилася б загальна інформація про шлюбні договори. Зокрема, у такий реєстр можна було б вносити відомості про осіб, які уклали шлюбний договір (прізвище, ім'я, по батькові); місце і час укладення шлюбного договору; інформацію про зміну законного режиму майна подружжя шляхом вказівки – «змінено» чи «не змінено»; реєстраційний номер шлюбного договору. Водночас умови шлюбного договору вносити не слід, адже кредитори подружжя чи одного з подружжя зможуть ознайомитись з його змістом за згодою свого боржника або надіслати запит до нотаріуса, який посвідчував такий договір, з одночасним повідомленням подружжя-боржника про запит. Разом з тим, запроваджуючи такий реєстр, потрібно визначити чіткий перелік осіб, які можуть ознайомитись зі змістом шлюбного договору, зазначивши у ньому, крім інших, кредиторів учасників шлюбного договору. Для ознайомлення з умовами шлюбного договору кредитор повинен буде надати доказ того, що він перебуває з подружжям чи з одним із них у зобов'язальних відносинах (між чоловіком чи дружиною і кредитором існують зобов'язальні правовідносини).

Єдиний реєстр шлюбних договорів (контрактів), на нашу думку, мають вести державні органи РАЦСу, оскільки саме вони ведуть реєстри осіб, які уклали шлюб. Тому їм буде найлегше простежити за тим, чи перебувають чоловік і жінка у шлюбі. Відомості до такого реєстру, на нашу думку, можуть вносити як працівники державних органів РАЦСу за повідомленням сторін шлюбного договору, так і нотаріуси після посвідчення шлюбного договору.

Наступним не менш дискусійним питанням у сфері укладення шлюбних договорів є питання, пов'язане з суб'єктами, які наділені правом укладати шлюбний договір. Так, відповідно до ст. 92 СК України шлюбний договір може бути укладено особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжям. Разом з тим для укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його учасником є неповнолітня особа, потрібна письмова згода її батьків або піклувальника, посвідчена нотаріусом. На перший погляд, у цій нормі права немає нічого особливого, тому і проблем із її застосуванням не повинно виникати. Зокрема, особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу (наречені), – це чоловік і жінка, які погодились укласти шлюб, а свою згоду підтвердили, звернувшись до органу державної реєстрації актів цивільного стану, дотримуючись при цьому встановленої Законом України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» процедури. Натомість подружжя – це чоловік і жінка, які зареєстрували в органі державної реєстрації актів цивільного стану (РАЦС) шлюб. Проте дискусію породжує правова природа шлюбного договору, який є різновидом цивільно-правових договорів. Зокрема, науковці обговорюють можливість укладення шлюбного договору через представника, зважаючи, що шлюбний договір є документом, підписаним сторонами. Так, на думку О. О. Ульяненко, якщо закон дозволяє подання заяви про реєстрацію шлюбу через представника, то подібне є можливим і при укладенні шлюбного договору (ч. 3 ст. 28 СК) [5]. На думку І. В. Жилінкової, шлюбний договір не може бути укладений ні за участі законного представника, ні за довіреністю, оскільки шлюбний договір нерозривно пов'язаний з особами його учасників, які перебувають у шлюбних відносинах [6]. Так, в англомовній юридичній літературі цей договір інколи іменують «інтимним договором».

Г. О. Гаро також підтримує позицію, що шлюбний договір тісно пов'язаний з особою чоловіка і дружини [4]. Свою позицію дослідниця підкріплює думкою С. Н. Ландкофа, що представник за довіреністю, укладаючи будь-який договір, виражає волю особисто, хоча зміст цієї волі визначається повноваженнями, які повинна визнати особа, яку представляють [7]. Протилежну точку зору, що

представник виражає волю особи, яку він представляє, Г. О. Гаро вважає юридичною фікцією, оскільки представник не може адекватно сприймати почуття тієї чи іншої сторони договору, що штовхають його на включення до договору того чи іншого положення [4]. Схожого висновку дотримується А. Б. Гриняк, на думку якого шлюбний договір не є повсякденним правочином, який здебільшого укладається раз у житті (з подальшим внесенням змін). На думку вченого, він має особистий характер, тому й недоцільним видається можливість його укладення через представника [8].

На нашу думку, щоб вирішити проблему представництва сторін на стадії укладення шлюбного договору, потрібно розглянути питання про можливість укладення шлюбного договору особами, які мають дефекти цивільної дієздатності.

Як відомо, представник не може мати більше повноважень, ніж особа, яку він представляє. Тому ще раз нагадаємо, що шлюбний договір може бути укладено особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжям. Зазначені особи наділені правом на шлюб, тому згідно з ч. 1 ст. 23 СК України вони мають досягнути шлюбного віку, який згідно зі ст. 22 СК України на день реєстрації шлюбу має становити вісімнадцять років. За заявою особи, яка досягла шістнадцяти років, та відповідним судовим погодженням їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам.

Зважаючи на це, ч. 2 ст. 92 СК України передбачено, що на укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його учасником є неповнолітня особа, потрібна письмова згода її батьків або піклувальника, засвідчена нотаріусом. Причому, як зазначає С. Я. Фурса, присутність батьків або піклувальника неповнолітньої особи при укладанні шлюбного договору не обов'язкова, за наявності їх письмової згоди, яка посвідчена нотаріусом [9]. Водночас, якщо шлюбний договір укладається неповнолітньою особою (особами) в період шлюбу, то згода батьків не вимагається, адже такі особи з моменту державної реєстрації шлюбу набувають повної цивільної дієздатності (ч. 2 ст. 34 ЦК). Тобто законні представники залучаються до участі в укладенні шлюбного договору не як представники сторін шлюбного договору, а тільки для надання згоди на укладення шлюбного договору.

Разом із тим шлюбний договір може бути укладено неповнолітніми особами через законних або договірних представників, оскільки сторони шлюбного договору мають погодити умови шлюбного договору і нотаріально посвідчити його. Інакше кажучи, представники неповнолітніх можуть розробити умови шлюбного договору і подати його нотаріусу за умови належно посвідчених повноважень представника. Крім того, документ має бути підписаний сторонами шлюбного договору. Перешкод для цього не вбачається, оскільки шлюбний договір регулює майнові відносини подружжя, а його умови постійно обговорюються представниками сторін шлюбного договору. Більше того, заяву про реєстрацію шлюбу також допускається подавати через представника.

Спірною є висловлена в юридичній літературі пропозиція заборонити укладення шлюбних договорів неповнолітніми особа, зважаючи на специфіку шлюбного договору, що полягає в добровільному обмеженні майнових прав та інтересів особи, і з метою захисту інтересів таких осіб [10]. Вищенаведена позиція викликає сумніви хоча б з огляду на підвищену емансипацію сучасних підлітків, коли з моменту емансипації вони стають вже повністю дієздатними (ст. 35 ЦК), і зважаючи на необхідність отримання неповнолітніми особами нотаріально посвідченої згоди своїх батьків для укладення ними шлюбного договору.

Натомість варто погодитись із висловленою в юридичній літературі тезою про неможливість укладення шлюбного договору недієздатними особами [4, с. 90–91]. Згідно з ч. 1, 2 ст. 36 ЦК України суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Крім того, цілком можливою є ситуація обмеження цивільної дієздатності фізичної особи в судовому порядку, у випадку зловживання такою особою спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо і загрозою опинитись особисто, з членами своєї сім'ї, а також з іншими особами, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутному матеріальному становищі. Згідно з ч. 1–3 ст. 37 ЦК України над такою особою встановлюється піклування, наслідком чого є залишення за нею права самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини.

З цього приводу висловлюються думки про неможливість укладення шлюбного договору обмежено дієздатними особами, оскільки укладення шлюбного договору не належить до дозволеного для укладення кола дрібних побутових правочинів [11]. На нашу думку, особа, цивільна дієздатність якої обмежена, не тільки має отримати згоду піклувальника на укладення шлюбного договору, а й згідно з ч. 5 ст. 37 ЦК України самостійно несе відповідальність за порушення нею договору, укладеного за згодою піклувальника, та за шкоду, завдану нею іншій особі. Крім того, оскільки таку особу не позбавлено права вступати у шлюбні відносини, вона має бути наділена і необхідним обсягом майнових прав і обов'язків подружжя, щоб повноцінно жити сімейним життям. Водночас, оскільки обмежено дієздатна особа, на відміну від неповнолітньої особи, не може повноцінно усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, то укладати шлюбний договір через представника вона не може. До такого

висновку доходимо, зважаючи, що така особа не може належно контролювати дії та поведінку свого представника, незалежно від того, чи він законний, чи договірний. Тому представник за таких умов має більшу свободу дій, ніж у разі представництва ним повністю дієздатних осіб, які можуть більш реалістично у порівнянні з обмежено дієздатними особами усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними. Щодо осіб, які визнані судом недієздатними, слід зазначити, що вони не вправі вчиняти будь-якого правочину, тому ні така особа, ні її представник (законний чи договірний) не можуть укладати шлюбний договір.

Зважаючи на вищенаведене, доходимо висновку, що особисто укладати шлюбний договір можуть наречені або подружжя, через представника шлюбний договір можуть укласти особи, які є обмежено дієздатними, і неповнолітні особи. Причому останні можуть залучати як законного, так і договірного представника. Особи, цивільну дієздатність яких обмежено, можуть укладати шлюбний договір тільки особисто за наявності згоди піклувальника. Натомість особи, які визнані судом недієздатними, ні особисто, ні через представника не можуть укладати шлюбний договір.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. 2-е вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2008. С. 65–66.

2. Фурса С. Я. Настільна книга нотаріуса: сімейні відносини в нотаріальному процесі. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 49.

3. Труба В. І. До питання про необхідність законодавчого регулювання шлюбних договорів // Університетські наукові записки. 2008. № 3. С. 64.

4. Гаро Г. О. Шлюбний договір як інститут сімейного права України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2012. С. 122, 87, 92, 90–91.

5. Ульяненко О. О. Шлюбний договір в сімейному праві України: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2003. С. 86.

6. Жилинкова И. В. Брачный договор. Х.: «Ксилон», 2005. С. 55.

7. Ландкоф С. Н. Основи цивільного права. К.: Радянська школа, 1948. С. 121.

8. Andriy Hrynyak Debatable issues of the contractual regulation of property relations under the marriage agreement // European political and law discourse. Volume 3. Issue 2. 2016. P. 296.

9. Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: [наук.-практ. посіб. з інформ. додатком на лазерному носії]: у 2-х кн. / Л. Ю. Драгнєвич, О. С. Пульнєва, Є. І. Фурса, С. Я. Фурса та ін. [За заг. ред. С. Я. Фурси]. Київ: Видавець Фурса С. Я., 2005. Кн. 1. 2005. С. 323.

10. 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]. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 5, 13.

11. Гражданское право / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. И. Иванов и др. [Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева.]. СПб.: ТЕИС, 1996. Ч. 1. С. 55.

Khobor R. Controversial issues of the conclusion of the marriage contract according to the Ukraine's family legislation

The article analyzes issues related to the conclusion of a marriage contract. Particular attention is paid to the mandatory compliance with the requirements of the form of the conclusion of a marriage contract. The expediency of introducing an open unified register of marriage contracts is substantiated which should be conducted by public bodies and would contain general information about marriage contracts. The possibility of concluding a marriage contract with minors through legal or contractual representatives has been established, as the parties of the marriage contract must agree terms and notarize it. Instead, persons whose civil capacity is limited can enter into a marriage contract only with the consent of the trustee, while those who are recognized incapacitated by the court either personally or through a representative can not enter into a marriage contract.

Keywords: a marriage contract, notarial certificate, legal regime of property of spouses, sanation of a contract, a single register of marriage contracts, minors, incapacitated persons.

ПОНЯТТЯ ЖИТЛОВИХ ПРАВ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.35

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

У статті комплексно досліджуються визначення поняття та зміст житлових прав у розумінні реалізації їх фізичними особами. Аналізуються теоретико-правові підходи до визначення поняття «житлові права фізичних осіб» та основи їх правового захисту. На основі з'ясування сутності правових норм визначається структура прав у складі об'єктивного та суб'єктивного житлового права.

Ключові слова: житло, житлові права, житлові інтереси, захист житлових інтересів.

Актуальність визначення поняття «житлові права» зумовлена розвитком житлового законодавства, спрямованого на створення механізму охорони та захисту житлових прав у контексті адаптації законодавства України до умов Європейського Співтовариства на засадах розмежування та поєднання приватноправових і публічно-правових методів регулювання. Житлові права різняться залежно від платоспроможності. Платоспроможні громадяни, які потребують житла, забезпечують свої житлові права приватноправовим шляхом, не сподіваючись отримати в користування безоплатне житло державного та комунального житлових фондів, а соціально незахищені громадяни забезпечують житлові права безоплатно або за доступну для них плату.

Питанням правового регулювання та визначення змісту житлових прав приділялася увага, зокрема, у роботах таких вітчизняних вчених, як: І. А. Бірюков, В. С. Гопачук, О. В. Дзера, І. В. Жилінкова, Ю. О. Заіка, І. М. Кучеренко, Є. О. Мічурін, М. І. Сібільов, С. О. Сліпченко, О. В. Соболев, Ю. С. Червоний та інші.

Головна мета цієї статті визначити поняття житлових прав, їх сутність та зміст, а також шляхи удосконалення правового регулювання їх реалізації.

Сучасне розуміння житлових прав ґрунтується на визнанні цього права як невід'ємної частини прав людини, тому відповідним чином має захищатися. Проте воно вимагає нормативного закріплення механізму правової реалізації всіма громадянами України. Природний характер права на житло свідчить про те, що це право належить як дієздатній особі, так і особам, дієздатність яких є неповною внаслідок віку чи стану здоров'я, або повністю недієздатним особам [1, с. 108]. Крім того, особливу увагу необхідно звернути на те, що право на житло як природне право кожної людини дослідник визначає як таке, яке є одним з невід'ємних елементів правоздатності фізичних осіб.

Способи реалізації житлових прав є різними. З огляду на це варто погодитись з Л. Г. Мічманом: право на житло, яке закріплене в Конституції України, означає, насамперед, право особи мати житло для власного проживання і проживання членів його сім'ї або взяти в найм, набути право користування житлом в якості членів сім'ї власника жилого приміщення, а також в якості осіб, які постійно проживають із наймачем житла, яке забезпечується державними гарантіями недоторканності житла і недопущення свавільного його позбавлення [2, с. 15].

Умови правової конкретизації житлових прав будуються за рівнем правової регламентації. Перший рівень правового закріплення житлових прав встановлено у Загальній декларації з прав людини, у якій поняття «гідний рівень життя» пов'язано з наявністю у людини житла [3]. Статтею 11 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права встановлено, що держави, які беруть участь у ньому, визнають право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, що включає і неухильне поліпшення умов проживання [4].

Другий рівень правового закріплення визначено Конституцією України, зокрема, ст. 47 Конституції України серед основних прав і свобод людини та громадянина проголошує право кожного на житло. Є. О. Харитонов цілком правомірно вважає, що конституційне право на житло не є суб'єктивним правом, а елементом правоздатності фізичної особи, що розуміється як загальна можливість (здатність) мати права й обов'язки. Воно, як вважає автор, є лише передумовою для набуття конкретних суб'єктивних прав і обов'язків. При цьому суб'єктивні житлові права учасників відповідних відносин виникають у ході реалізації конституційного права на житло, а їх наявність або відсутність у певної людини не впливає на наявність і зміст його конституційного права [5, с. 78].

Третій рівень правового регулювання встановлюється спеціальним законодавством України на рівні Цивільного, Житлового, Сімейного кодексів України та комплексом спеціальних нормативних актів. Статтею 270 ЦК України забезпечується захист особистих немайнових прав, безпосередньо пов'язаних із правом на житло. Проте всі зазначені рівні закріплення у системі об'єктивних прав «житлові права» необхідно розглядати через чіткий механізм реалізації суб'єктивних житлових прав фізичною особою, що полягає у прагненні найповніше задовольнити свої житлові потреби при

користуванні конкретним житлом, прямо опосередковані у суб'єктивному праві. Тому житлові права можна визначити і як урегульовані нормами цивільного, сімейного і житлового законодавства, що виражаються в конкретному зв'язку між уповноваженими і зобов'язаними суб'єктами – носіями суб'єктивних юридичних прав, обов'язків, що забезпечуються державою, та настання відповідальності у випадку їх невиконання.

Житлові права полягають у забезпеченні інтересів всього суспільства і окремих його членів з метою забезпечення найважливіших життєвих потреб у певному користуванні певним житлом. Реалізація житлових прав можлива тільки на основі виявлення інтересу фізичної особи на володіння та користування конкретним житлом. У суб'єктивному змісті житлові права розуміються як права, що належать конкретній фізичній особі. Право громадян на житло охоплює можливість безпосереднього поліпшення житлових умов, право на володіння, користування та розпорядження конкретним житлом з дотриманням принципів недоторканності житла та свободи вибору місця проживання.

Житлові права є особливою формою взаємного зв'язку між конкретними суб'єктами через їхні права, обов'язки. Одна сторона має визначені суб'єктивні юридичні права (уповноважена сторона), на іншу сторону покладені відповідні суб'єктивні юридичні обов'язки (зобов'язана сторона). Ступінь конкретизації житлових прав і обов'язків сторін може бути різною: чітко визначена зобов'язана сторона; чітко визначена тільки уповноважена сторона, а коло зобов'язаних осіб не визначено; чітко визначені обидві сторони.

Розглядаючи зміст права на житло, Ю. К. Толстой звертає увагу на те, що це право може виникнути в силу різних підстав і завжди являє собою елемент житлових правовідносин, що є збірним поняттям, яке охоплює і відносини щодо експлуатації і управління житловим фондом, забезпечення його схоронності тощо, а також відносини щодо надання житлових приміщень [6, с. 215–216]. Тобто, зважаючи на те, що житлове законодавство регулює як житлові, так і пов'язані з ними інші майнові та немайнові відносини, поняття «житлові інтереси» охоплює різні види відносин, що виникають з приводу особливого об'єкта – житла, яке має свою об'єктивізацію.

Поняття «права на житло» відрізняється від поняття «реалізація права на житло», яке безпосередньо пов'язано з задоволенням житлового інтересу у користуванні конкретним житловим приміщенням. Захист житлових прав фізичних осіб слід розглядати в контексті захисту належних суб'єктивних житлових прав фізичних осіб, тобто прав, які виникли в них у зв'язку із реалізацією ними права на житло. А під реалізацію права на житло слід розуміти не абстрактну, потенційну можливість користування житлом, а реальне здійснення особою прав проживання. Житлові права – це, з одного боку, конкретне матеріальне та/або нематеріальне благо отримати, набути житло для користування або зберегти це право. Житлові права держава гарантує та бере на себе обов'язок сприяти тому, щоб кожен громадянин був забезпечений житлом, що має забезпечуватися юридичним обов'язком іншої сторони.

Право на житло відповідає поняттю інтерес у задоволенні житлової потреби. На думку В. П. Грибанова, термін «право на житло» необхідно розуміти: а) як право на задоволення потреби в житлі; б) як право на заняття приміщення; в) як право користування певним жилим приміщенням [7, с. 29], що виявляє інтерес (прагнення) фізичної особи, пов'язаний із житлом у широкому розумінні. Проте, на думку П. І. Седугіна, поняття «право на житло» слід відмежовувати від поняття «право на користування певним житловим приміщенням», яке треба розуміти як суб'єктивне житлове право [8, с. 36].

Слід зазначити, що в юридичній літературі радянського періоду розгорнулася дискусія щодо права на житло як елемента цивільної правоздатності [9, с. 7], яке, на нашу думку, збігається із поняттям існування житлового інтересу. Але право на житло як інтерес фізичної особи може перетворитися на суб'єктивне право тільки за наявності обставин, з якими держава пов'язує виникнення суб'єктивного права. У момент надання житлового приміщення у користування право на житло завершує своє формування і «трансформується у право користування даним житловим приміщенням» [10, с. 15], тобто стає суб'єктивним житловим правом [11, с. 5–8]. Відносини у сфері захисту суб'єктивних прав та законних інтересів, що охороняються, є складовою частиною житлових прав.

Зважаючи на дискусії, що й нині тривають в юридичній літературі, стає цілком зрозуміло, що серед дослідників немає єдності і щодо змісту права на житло. Так, В. А. Дозорцев та П. І. Седугін виділяли такі елементи права на житло: а) право громадян, які потребують поліпшення житлових умов, на одержання житла; б) закріплення житлової площі за громадянином у безстрокове користування [12, с. 7]. Натомість С. М. Корнєєв розглядав як два основні елементи права на житло: а) гарантовану державою можливість користування громадянином наявним у нього житлом; б) обов'язок держави сприяти забезпеченню кожного громадянина житлом [13, с. 7]. В юридичній літературі зазначається, що право на житло, а також особисте немайнове право на недоторканність житла та вільний вибір місця проживання є об'єктом кримінально-правової, адміністративно-правової, цивільно-правової, процесуально-правової охорони [14, с. 87]. У свою чергу, Л. Г. Лічман вважає, що праву на житло притаманні кілька юридичних можливостей: а) реалізувати своє природне право на житло; б) стабільно користуватися займаним легально приміщенням; в) постійно покращувати свої житлові умови різними способами;

г) використовувати житлове приміщення не тільки для особистого проживання, а й для проживання інших осіб чи використання з комерційною метою; д) претендувати на здорове та безпечне для проживання середовище [2, с. 16].

Отже, враховуючи проаналізовані нами погляди на зміст права на житло, пропонуємо розуміти спрямований на забезпечення можливості набуття та правомірного користування фізичними особами житлом на тих чи інших підставах при існуванні державних гарантій дотримання прав на житло.

В юридичній літературі виділяють риси, притаманні житловим правам фізичної особи, зокрема: носіями цих прав є всі громадяни України, що випливає безпосередньо з Конституції України, та інші фізичні та юридичні особи залежно від наявності відповідних юридичних фактів; право на житло закріплює за громадянином не тільки загальну можливість вступати в різні житлові відносини, а й юридичну можливість захищати їх.

Таким чином, житлові права необхідно також розуміти як передбачену законом можливість практичної реалізації житлових прав для задоволення власних житлових потреб, що полягають у володінні та користуванні житловими приміщеннями у будинках різних форм власності, при забезпеченні державою режиму недоторканності житлових приміщень.

Умовою реалізації житлових прав є наявність сторін, при цьому сторони повинні володіти право- і дієздатністю; наявність правової норми; наявність юридичного факту, з яким чинне законодавство пов'язує виникнення правових наслідків. Особи вступають у правові зв'язки один з одним щодо володіння, користування та розпорядження житлом, які називають правовідносинами, які проявляються як форми взаємодій або протидій.

Суб'єктивні житлові права за підставами виникнення поділяються на юридичні факти, що виникають: 1) з договорів та інших правочинів, передбачених ЦК, а також із договорів, які не передбачені ЦК, але не суперечать йому; 2) з актів державних органів і актів органів місцевого самоврядування, які передбачені житловим законодавством; 3) з судових рішень, що встановлюють житлові права і обов'язки; 4) внаслідок набуття у власність житла на підставах, передбачених законами України; 5) з членства в житлових (житлово-будівельних) кооперативах; 6) внаслідок дії (бездіяльності) учасників житлових відносин або інших юридичних фактів. Суб'єктивні житлові права виникають переважно з правочинів, а також правомірних та неправомірних дій та подій. Регулятивні відносини виникають відповідно до норми, а охоронні всупереч в порушення норми права. Абсолютність правовідносин полягає в тому, що суб'єктивному праву однієї особи протистоїть обов'язок невизначеного кола осіб.

Переважна більшість відносин, що регулюється житловим законодавством, є майновими. Ці правовідносини, що виникають в процесі користування житловими приміщеннями, поділяються на два види: зобов'язальні (договір найму (оренди) житлового приміщення) і речові (право власності на житлові приміщення (будинок), право володіння та користування чужим житлом, в тому числі членами сім'ї власника житла).

Специфіка реалізації житлових прав полягає в тому, що вони здебільшого носять нематеріальний характер, їх цінність не очевидна, метою реалізації цих прав є задоволення потреби людини в проживанні, а не отримання прибутку.

Дотримання житлових прав забезпечується державою, зокрема, це стосується випадків, що ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду. Відповідно до цього будь-яка особа не може бути виселена із займаного приміщення або обмежена у праві користування житловим приміщенням. Виселення допускається у виняткових випадках і тільки з підстав і у порядку, передбачених законом. Перш за все, ними можуть бути випадки, коли вони здійснюються в суперечності з їх призначенням або порушенням прав інших громадян, державних і громадських організацій. Приватне житло може бути вилучено тільки у випадку, передбаченому чинним законодавством, зокрема, у разі знесення будинку у зв'язку з вилученням земельної ділянки для державних потреб, конфіскації будинку за вироком суду у разі вчинення злочину тощо.

Житлові права є різними в будинках державного, комунального, приватного житлового фонду. Відповідно до законодавства про власність власник на свій розсуд вільно володіє, користується і розпоряджається житлом особисто чи спільно. Для ефективного використання приватного житлового фонду та управління ним власники житла можуть створювати об'єднання співвласників багатоквартирних будинків відповідно до Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку».

Власники житла мають право здійснювати всі права на власний розсуд: продати, подарувати, заповісти, здати в оренду, обміняти, закласти, укладати інші правочини, не заборонені законом. Порядок здійснення житлових прав у житловому фонді соціального призначення регулюється спеціальним законодавством України.

При здійсненні своїх прав власники житла зобов'язані дотримуватися моральних засад суспільства, зокрема, не порушувати права та інтереси інших фізичних та юридичних осіб, не завдавати шкоди довкіллю, не зловживати правом, дотримуватися публічного порядку.

Житлові права охороняються державою шляхом забезпечення існуючого правопорядку в країні в цілому. Органи державної влади і управління відповідно до покладених на них повноважень створюють умови для запобігання правопорушень, їх своєчасного виявлення та припинення. З моменту порушення суб'єктивних прав на житло держава в особі її юрисдикційних органів захищає їх шляхом вирішення спорів, оцінюючи дії особи або іншого суб'єкта права з точки зору їх правомірності та застосовуючи юридичні санкції до правопорушників.

Відносини у сфері захисту суб'єктивних прав та законних інтересів, що охороняються, є складовою частиною житлових прав. Право на захист житлових прав знаходиться в структурі суб'єктивного права на житло, воно частково конкретизоване в нормах ЦК і ЖК, з моменту порушення самого суб'єктивного права задіюються механізми цивільно-правового захисту і виникнення відповідного обов'язку в правопорушника поновити ушкоджене суб'єктивне житлове право. Забезпечення житлових прав як узагальнююча правова категорія об'єднує самостійні цивільні юридичні процеси (нотаріальний, цивільний, виконавчий), пов'язані правовою метою – забезпечення захисту та відновлення житлових прав. Цивільний процес як система процесуальних дій суб'єктів житлових відносин, що здійснюються відповідно до визначеної законом процедури та інших вимог законодавства, спрямований на забезпечення права громадян на житло. Захист житлових прав нотаріусом полягає у встановленні режиму окремого проживання подружжя за відсутності спору, видачі свідоцтва про право на спадщину на об'єкт незавершеного будівництва, обов'язковості встановлення сервітуту для громадян, які належать до груп соціального ризику, у разі посвідчення правочинів щодо житла у випадках, передбачених законом, стягнення коштів за комунальні послуги шляхом вчинення виконавчого напису нотаріуса; розроблення методики посвідчення нотаріусами особливостей договорів купівлі-продажу житла.

Захист житлових прав у виконавчому процесі потребує визначення правових способів захисту житлових прав при зверненні стягнення на житло боржника, що належить йому на праві власності, і має здійснюватися у виняткових випадках; звернення стягнення на житло боржника, що перебуває в інших осіб; при виселенні боржника або вселенні стягувача.

Висновок

1. У Конституції України (ст. 47) серед основних прав і свобод людини та громадянина проголошено право кожного на житло. Право на житло має дві складові: держава гарантує кожному можливість набути житло або користуватися житлом, яким він володіє на даний момент, на тих чи інших правових підставах, його недоторканність, недопущення неправомірного позбавлення.

2. Поняття «право на житло» необхідно розуміти у значенні права на задоволення потреби користування конкретним житлом. Поняття «право на житло» слід відмежовувати від поняття «реалізація права на житло». Право на житло, яке закріплене Конституцією, може перетворитися на суб'єктивне право тільки за наявності житла як майнового об'єкта, з яким пов'язує виникнення суб'єктивного права. У момент отримання житла в користування потенційне право на житло трансформується в право користування конкретним житлом.

3. Елементи права на житло: визначення категорій громадян, які потребують поліпшення житлових умов, право на одержання житла будь-яким способом; захист цього права від будь-яких протиправних посягань всіма доступними засобами.

4. Питання захисту житлових прав фізичних осіб вважаємо за доцільне розглядати в контексті саме захисту існуючих суб'єктивних житлових прав фізичних осіб, тобто прав, які виникли у них у зв'язку з реалізацією ними права на реальне здійснення особою прав проживання. Право на захист житлових прав знаходиться в структурі суб'єктивного права на житло, воно частково конкретизоване в нормах ЦК, ЖК, з моменту порушення самого суб'єктивного права задіюються механізми цивільно-правового захисту і виникнення відповідного обов'язку в правопорушника поновити ушкоджене суб'єктивне житлове право.

5. Підставами виникнення у фізичних осіб права на захист слід віднести порушення, невизнання чи оспорювання таких прав незалежно від виду житла. До фізичних осіб, у яких може виникнути право на захист житлових прав, слід відносити не тільки фізичних осіб, які є власниками житла, а й фізичних осіб, які є користувачами житла, осіб, які постійно проживають разом з користувачами житла, інших осіб, які вселені у житло наймачами тощо. До житлових прав, які захищаються в широкому розумінні, слід віднести будь-які права, що випливають із права володіння та користування житлом, як визначеного місця проживання особи, а не перебування.

6. Способи захисту житлових прав слід поділити на: а) речово-правові; б) зобов'язально-правові; в) захист особистих немайнових прав на недоторканність житла; г) спеціальні способи захисту поновлення житлових прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Галянтич М. К. Житлове право України: навч. посібник. К.: Юрінком Інтер, 2007. 528 с.
2. Лічман Л. Г. Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. 20 с.
3. Загальна декларація прав людини, проголошена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р.: док. ООН/PES/217 А // Інформаційно-пошукова система «Нормативні акти України». К.: АТ Інформтехнологія, 2004.
4. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей ООН по докладу Третьего комитета (А/6546) 2200 (XXI) // Бюлетень Міністерства юстиції України, 2002. № 2.
5. Харитонов Є. О. До визначення сутності права на житло / Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті В. П. Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства», 25 лютого 2011 р. С. 78–81.
6. Гражданское право. Ч. II.: учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 1997. С. 215–219.
7. Грибанов В. П. Основы советского жилищного законодательства. М., 1976. С. 29.
8. Седугин П. И. Право на жилище в СССР. М., 1983. С. 36.
9. Червоный Ю. С., Харитонов Е. О., Бровченко И. А. Правовое регулирование жилищных отношений в СССР. Одесса, 1984. С. 7.
10. Прокопченко И. П. Проблемы жилищного законодательства в СССР: автореф. дис…док. юрид. наук: 12.00.03. М., 1978. 20 с.
11. Богданов Е. В. Правовое регулирование предоставления жилой площади в домах государственного фонда: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харьков, 1979. 20 с.
12. Советское жилищное законодательство: учебник / Под ред. П. И. Седугина. М., 1986. С. 7.
13. Гражданское право. Т. 2. Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1993. С. 149.
14. Андрушко П. П. Категорія «інтерес» у кримінальному праві // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. № 81/2009. С. 89.

Galiantich M. The concept of housing rights

The article explores the definition of the concept and the content of housing rights in the understanding of their realization by individuals. The theoretical and legal approaches to the definition of the concept of «housing rights of individuals» and the basis for their legal protection are analyzed. On the basis of clarifying the essence of legal norms, the structure of rights in the composition of objective and subjective housing law is determined.

Keywords: housing, housing rights, residential interests, protection of residential interests.

ОСОБЛИВОСТІ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ НА ЖИТЛО

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.36

Гриняк О. Б.,

кандидат юридичних наук, начальник слідчого відділу військової прокуратури Центрального регіону України.

У статті аналізуються проблемні питання моменту виникнення права спільної власності подружжя на житло. Акцентується увага на тому, що момент укладення договору та передачі житла не завжди пов'язаний з моментом виникнення права спільної власності подружжя на житло. Моментом виникнення права спільної власності подружжя на збудоване ними житло є момент державної реєстрації відповідного права. Державна реєстрація прав подружжя на житло характеризується як складний (змішаний) фактичний склад набуття права власності на житло, що базується на сукупності юридичних фактів цивільно-правового (факт укладення договору) та публічно-правового (факт державної реєстрації) характеру та визначає комплексність публічно-правового регулювання приватноправових відносин.

Ключові слова: момент виникнення права спільної власності, укладення договору, передача житла, державна реєстрація, сукупність юридичних фактів.

Одним з найважливіших питань, які слід вирішити укладаючи договір, за яким у подружжя виникає право спільної власності на житло, є визначення моменту виникнення цього права, оскільки, як влучно зауважила Л. М. Николайчук, з цього моменту набувач може повною мірою здійснювати

правомочності власника щодо володіння, користування та розпорядження придбаним майном [1]. На думку К. І. Скловського, передача речі набуває особливого значення не лише в розумінні встановлення моменту виникнення власності, а й у розумінні самого способу її переходу, адже пов'язання моменту переходу права стосовно процедури передачі речі дозволяє вважати, що не щось інше, як сама ця передача, і є перехід власності [2]. Сама передача, як зазначається в юридичній літературі, є вчиненням сторонами дій щодо здійснення права набувачем і виконання обов'язку відчужувачем, які складають зміст зобов'язання, що виникло з договору про відчуження майна, тобто передачу речі потрібно розглядати як одну із дій щодо виконання договору (зобов'язання). Під виконанням зобов'язання прийнято вважати здійснення кредитором і боржником дій або утримання від вчинення дій, що складають предмет зобов'язання [1].

На нашу думку, передача речі свідчить про добросовісність сторін та про їхнє волевиявлення вчинити правочин, змінити долю речі. Проте пов'язувати з моментом передачі житла виникнення права спільної власності подружжя на нього не варто. Це можливо щодо рухомих речей. Натомість щодо нерухомого майна, яким є житло, вітчизняним законодавством визначено зовсім інший момент – момент внесення відповідного запису до держаного реєстру речових прав на нерухоме майно.

При цьому слід відрізняти момент укладення договору і момент виникнення права спільної власності подружжя на житло, адже вони у часі можуть збігатися, однак мають різне юридичне значення. Так, з моментом укладення правочину з житлом пов'язано момент виникнення цивільно-правових зобов'язань, а момент виникнення права спільної власності подружжя на житло вказує на можливість здійснення правомочностей власника. Такий момент, за загальним правилом, передбаченим ст. 334 ЦК України, настає з моменту передання житла. При цьому сторони в договорі мають право самі визначити момент виникнення такого права. Крім цього, законом також може бути встановлено інший момент виникнення права спільної власності. Так, відповідно до ч. 1 ст. 363 ЦК України частка у праві спільної часткової власності переходить до набувача за договором з моменту укладення договору, якщо інше не встановлено домовленістю сторін.

Разом із тим попри однозначну позицію законодавця щодо моменту виникнення права спільної власності подружжя на житло на підставі укладення договору тісно пов'язаним з моментом його набуття і формою правочину, на думку І. А. Спасибо, є питання фіксації права власності, якщо момент набуття права власності пов'язаний з переданням майна, то цей факт потребує доведення, а тому – фіксації. Якщо момент набуття права власності пов'язаний з нотаріальним посвідченням договору, то факт правонабуття збігається з означеними фактами. Утім існують й інші моменти виникнення права власності, що потребує врахування для визначення їх способів фіксації чи відсутності цього [3].

Щодо державної реєстрації договорів, то чинна редакція ст. 334 ЦК України не пов'язує момент виникнення права спільної власності подружжя на житло саме з нею. Однак у цивілістичній літературі висловлюються різні позиції щодо доцільності виключення положення про державну реєстрацію правочину зі ст. 334 ЦК України. Зокрема, державна реєстрація правочинів та прав на нерухоме майно, на думку окремих дослідників, вносить у суспільні відносини необхідний формалізуючий елемент, укріплює права, що випливають з договору, та робить беззаперечним факт належності майна набувачеві [4].

На нашу думку, відмова від подвійної державної реєстрації (і правочину, і прав на нерухоме майно) є однозначно позитивним моментом, оскільки це надало можливість уникнути зловживань з боку недобросовісних сторін договорів чи нотаріусів. Крім того, це надало можливість прискорити цивільний оборот житла, зменшило витрати сторін договору, оскільки вчинення будь-яких реєстраційних дій є платним, та дало змогу уникнути ситуацій, коли нерухоме майно (зокрема житло) має невизначений статус («висить у повітрі»), тому що не було здійснено обидві державні реєстрації.

Щодо сутності державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, то, на думку О. Б. Карліна, державна реєстрація прав на нерухоме майно – це складний (змішаний) фактичний склад набуття права власності на нерухоме майно, що включає в себе властивий речовим правам елемент управління, який базується на сукупності юридичних фактів цивільно-правового (факт укладення договору) та публічно-правового (факт державної реєстрації) характеру, та визначає комплексність і системність публічно-правового регулювання (державної реєстрації) приватноправових відносин (права власності на нерухоме майном). Державна реєстрація розглядається науковцем як система охоронних правовідносин, яка виражається у визнанні державою прав суб'єкта цивільних правовідносин на нерухоме майно [5].

О. С. Слободянюк вважає, що під державною реєстрацією треба розуміти внесення відомостей до Державного реєстру прав за спеціальною процедурою, яка передбачає перевірку достовірності даних. Разом із стандартною інформацією про права до реєстру включаються відомості про власників (співвласників) і дані про саму нерухомість [6].

Отже, беручи до уваги важливість державної реєстрації права спільної власності подружжя на житло, вважаємо за необхідне розглянути підстави та порядок державної реєстрації зазначеного права подружжя.

Згідно із положеннями Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» документи, що встановлюють виникнення, перехід, припинення прав на нерухоме

майно та їх обтяжень і подаються для державної реєстрації прав, повинні відповідати встановленим вимогам. Для державної реєстрації також подаються електронні документи, які оформляються згідно з вимогами законодавства у сфері електронних документів та електронного документообігу, а також електронного цифрового підпису. Звідси випливає, що обов'язковою умовою державної реєстрації прав на нерухоме майно є спеціальні документи, що підтверджують вчинення правочинів щодо відповідних об'єктів нерухомого майна [6, с. 168].

Такими документами згідно зі ст. 27 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є:

1) укладений в установленому законом порядку договір, предметом якого є нерухоме майно, речові права на яке підлягають державній реєстрації, чи його дублікат;

2) свідоцтво про право власності на частку у спільному майні подружжя у разі смерті одного з подружжя, видане нотаріусом або консульською установою України, чи його дублікат;

3) свідоцтво про право на спадщину, видане нотаріусом або консульською установою України, чи його дублікат;

4) видане нотаріусом свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів) та свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів), якщо прилюдні торги (аукціони) не відбулися, чи їх дублікати;

5) свідоцтво про право власності, видане органом приватизації наймачам житлових приміщень у державному та комунальному житловому фонді, чи його дублікат;

6) свідоцтво про право власності на нерухоме майно, видане до 1 січня 2013 року органом місцевого самоврядування або місцевою державною адміністрацією, чи його дублікат;

7) рішення про закріплення нерухомого майна на праві оперативного управління чи господарського відання, прийняте власником нерухомого майна чи особою, уповноваженою управляти таким майном;

8) державний акт на право приватної власності на землю, державний акт на право власності на землю, державний акт на право власності на земельну ділянку або державний акт на право постійного користування землею, видані до 1 січня 2013 року;

9) рішення суду, що набрало законної сили, щодо права власності та інших речових прав на нерухоме майно;

10) ухвала суду про затвердження (визнання) мирової угоди;

11) заповіт, яким установлено сервітут на нерухоме майно;

12) рішення уповноваженого законом органу державної влади про повернення об'єкта нерухомого майна релігійній організації;

13) рішення власника майна, уповноваженого ним органу про передачу об'єкта нерухомого майна з державної у комунальну власність чи з комунальної у державну власність або з приватної у державну чи комунальну власність;

14) інші документи, що відповідно до законодавства підтверджують набуття, зміну або припинення прав на нерухоме майно.

Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно (зокрема на житло) починається з подання заяви та відповідних правовстановлюючих документів. Вона відбувається у такому порядку:

1) прийняття/отримання документів для державної реєстрації прав, формування та реєстрація заяви в базі даних заяв;

2) виготовлення електронних копій документів, поданих для державної реєстрації прав, шляхом сканування (у разі подання документів у паперовій формі) та їх розміщення у Державному реєстрі прав;

3) встановлення черговості розгляду заяв, зареєстрованих у базі даних заяв;

4) перевірка документів на наявність підстав для зупинення розгляду заяви, зупинення державної реєстрації прав, відмови у проведенні державної реєстрації прав та прийняття відповідних рішень;

5) прийняття рішення про державну реєстрацію прав (у разі відсутності підстав для зупинення розгляду заяви, зупинення державної реєстрації прав, відмови у проведенні державної реєстрації прав);

6) відкриття розділу в Державному реєстрі прав та/або внесення до відкритого розділу або спеціального розділу Державного реєстру прав відповідних відомостей про речові права на нерухоме майно та їх обтяження, про об'єкти та суб'єктів цих прав;

7) формування витягу з Державного реєстру прав про проведену державну реєстрацію прав для подальшого використання заявником;

8) видача/отримання документів за результатом розгляду заяви.

У Державному реєстрі прав реєструються речові права та їх обтяження на земельні ділянки, а також на об'єкти нерухомого майна, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення, а саме: підприємства як єдині майнові комплекси, житлові будинки, будівлі, споруди, а також їх окремі частини, квартири, житлові та нежитлові приміщення.

Крім того, як наголошує С. О. Слободянюк, чинне законодавство України містить низку особливостей оформлення права власності на об'єкти нерухомого майна. Зокрема, до прийняття Закону України

«Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» в Україні була відсутня єдина нормативна база правового регулювання системи реєстрації прав на нерухоме майно. При цьому чітко розмежовуються державна реєстрація будівель і споруд та державна реєстрація земельних ділянок, що обумовлено еволюцією системи державної реєстрації нерухомого майна з часів Радянського Союзу, коли земля була виключною власністю держави, в той час як приватна власність на будівлі, переважно житлового фонду, допускалась. Саме тому, на думку дослідника, незважаючи на прийняття спеціального Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», в Україні досі державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно здійснюють різні органи державної влади [6].

Такими державними органами сьогодні згідно зі ст. 6 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є: Міністерство юстиції України та його територіальні органи; суб'єкти державної реєстрації прав: виконавчі органи сільських, селищних та міських рад, Київська, Севастопольська міські, районні, районні у містах Києві та Севастополі державні адміністрації; акредитовані суб'єкти; державні реєстратори прав на нерухоме майно.

У цей час функції державної реєстрації прав на нерухоме майно від Бюро технічної інвентаризації передано до органів системи Міністерства юстиції України, суб'єктів державної реєстрації прав та державних реєстраторів. Так, згідно з п. 3 ч. 3 ст. 10 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державний реєстратор під час проведення державної реєстрації прав, що виникли в установленому законодавством порядку до 1 січня 2013 року, обов'язково запитує від органів влади, підприємств, установ та організацій, які відповідно до законодавства проводили оформлення та/або реєстрацію прав, інформацію (довідки, засвідчені в установленому законодавством порядку копії документів тощо), необхідну для такої реєстрації, у разі відсутності доступу до відповідних носіїв інформації, що містять відомості, необхідні для проведення державної реєстрації прав, чи у разі відсутності необхідних відомостей в єдиних та державних реєстрах, доступ до яких визначено цим Законом, та/або у разі, якщо відповідні документи не були подані заявником [7].

Щодо державної реєстрації права спільної власності подружжя на житло, то, крім вищенаведеного, вона має певні особливості. Зокрема, згідно з ЖК України об'єктами державної реєстрації є житлові будинки й житлові приміщення в інших будівлях, житлові будинки (частини будинків), квартири, що належать громадянам на праві приватної власності; квартири в багатоквартирних житлових будинках, садибні (одноквартирні) житлові будинки, а також житлові приміщення в інших будівлях усіх форм власності, що надаються громадянам, які відповідно до закону потребують соціального захисту (житловий фонд соціального призначення).

Для здійснення реєстраційних процедур, як доречно наголошується науковцями, важливе значення має розташування цих об'єктів [6]. Зокрема, згідно із ЗК України житло допускається розташовувати на землях з таким цільовим призначенням. На сільськогосподарських землях, земельних ділянках для садівництва, земельних ділянках для ведення особистого селянського господарства не можуть бути споруджені житлові будинки. На землях житлової забудови можуть споруджуватися житлові будинки, але такі землі можуть знаходитись лише в межах населених пунктів [8].

Згідно з будівельним законодавством, а саме, ДБН 360-92 «Містобудування. Планування й забудова міських і сільських поселень» [9] (далі – ДБН «Містобудування…»), виділяють садибну забудову й садово-дачну забудову. Територія садибної забудови, як випливає з аналізу зазначеного нормативно-правового акта, відповідає землям житлової і громадської забудови (зокрема, коли йдеться про використання земельних ділянок для будівництва та обслуговування житлового будинку) відповідно до термінології, яка вживається у земельному законодавстві. У ДБН «Містобудування…» під сільським садибним будинком розуміється житловий будинок для однієї родини загальною площею, як правило, до 250 м^2, розташований на земельній ділянці в сільській місцевості разом зі спорудженнями господарського призначення, садом і городом, а також визначення індивідуального житлового будинку – одноквартирного будинку, що має прибудинкову ділянку.

З метою державної реєстрації об'єктів нерухомості, як наголошується в юридичній літературі, слід відрізняти допоміжні приміщення від підсобних приміщень житлового будинку. Допоміжні приміщення житлового будинку – приміщення, призначені для забезпечення та утримання будинку, а також побутового обслуговування населення за місцем проживання (вестибюль, сходова клітка, перехідний шлюз, міжквартирний коридор, колясочна, підвали, горища тощо), не підлягають окремій реєстрації прав. Тому погодимося з тим, що приміщення у житловому будинку, які не належать до житлового фонду, хоча і визнаються нежитловими приміщеннями, можуть бути зареєстровані як об'єкти нерухомості. А підсобні приміщення, тобто приміщення кухні, ванної кімнати чи душової, санвузла, квартирного коридору чи прихожої, вбудованих у квартирі комор або шаф, не можуть бути житлом і не підлягають державній реєстрації, оскільки вони не призначені для належного проживання там фізичних осіб, а становлять лише додаток до основної житлової площі [6].

Таким чином, моментом виникнення права спільної власності подружжя на збудоване ними житло є момент державної реєстрації відповідного права. Державна реєстрація прав подружжя на житло характеризується як складний (змішаний) фактичний склад набуття права власності на житло, що базується на сукупності юридичних фактів цивільно-правового (факт укладення договору) та публічно-правового (факт державної реєстрації) характеру, та визначає комплексність публічно-правового регулювання приватноправових відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Николайчук Л. М. Цивільно-правові договори як підстава виникнення права приватної власності громадян: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Х., 2004. С. 78.
2. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. М.: Дело, 2000. С. 205.
3. Спасибо І. А. Набуття права власності у цивільному праві Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2009. С. 155.
4. Жилінкова І. Договори щодо нерухомого майна: формальні аспекти // Вісник Академії правових наук України: збірник наукових праць. 2008. № 1. С. 139.
5. Карлин А. Б. Проблемы правового регулирования государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество: автореф. дис. … док. юрид. наук: 12.00.03. М., 2007. С. 42.
6. Слободянюк С. О. Правове регулювання державної реєстрації речових прав на нерухоме майно: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2013. С. 145, 168, 173, 218, 220 – 221.
7. Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.2004 № 1952-IV (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. 2004. № 51. Ст. 553.
8. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. 2002. № 3–4. Ст. 27.
9. Державні будівельні норми України. Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень ДБН 360-9, затверджені наказом Держкоммістобудування України від 17 квітня 1992 р. № 44 (зі змінами та доповненнями). URL: http://zakon.nau.ua/doc/?code=v0044481-92 (дата звернення: 16.09.2017).

Hryniak O. The peculiarities of the state registration of the right of the common property of spouses to housing

The article analyzes the problematic issues of the moment of the origin of the right of joint ownership of the spouses to housing. The emphasis is placed on the fact that the time of conclusion of a contract and transfer of housing is not always connected with the moment of the origin of the right of joint ownership of the spouses to housing. The moment of the origin of the right of joint ownership of spouses to their built housing is the moment of state registration of the right. The state registration of spouses' rights to housing is characterized by the complex (mixed) actual composition of the acquisition of the right to own property, based on the aggregate of legal facts of civil legal (the fact of concluding a contract) and public legal (the fact of state registration) character and defines the complexity of public-legal regulation of private legal relations.

Keywords: moment of origin of the right of joint property, conclusion of the contract, transfer of housing, state registration, set of legal facts.

ПРИВАТИЗАЦІЯ ТА КОРПОРАТИЗАЦІЯ: ВІДМІННІСТЬ ПРОЦЕСІВ І ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.37

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

У статті аналізується приватизація та корпоратизація як процеси, внаслідок яких майно вибуває з державної власності. Визначено основні відмінності процедури та правових наслідків даних процесів, окреслено основні проблеми, а також перспективи подальших досліджень у даному напряму.

Ключові слова: приватизація, корпоратизація, корпоративні права, державна власність.

Державна власність на сьогодні є актуальним об'єктом для дослідження, що пояснюється кількома причинами. З одного боку, значна кількість об'єктів державної власності потребує підвищення ефективності управління ними, що зумовлює перетворення державних підприємств у більш ефективні правові форми існування юридичної особи. З іншого боку, існування високої конкуренції за об'єкти державної власності робить необхідним забезпечення прозорості приватизаційних процесів.

Окрім того, з'ясування особливостей процесів, внаслідок яких було створено компанії, необхідне для з'ясування правового режиму майна таких підприємницьких організацій. Існує потреба в детальному дослідженні суті, відмінностей та правових наслідків приватизації та корпоратизації як процесів, що супроводжують вибуття об'єктів з державної власності. Проблеми державної вланості, а також правового статусу осіб, заснованих на державній вланості, досліджували: О. М. Вінник, Л. В. Винар, О. В. Дзера, В. М. Коссак, Н. С. Кузнєцова, І. А. Селіванова, Я. М. Шевченко, В. С. Щербина та інші.

Перш за все, необхідно зазначити, що відповідно до Указу Президента України «Про корпоратизацію підприємств» [1] та Закону України «Про приватизацію державного майна» [2] перетворення/корпоратизація не є підставою або способом приватизації.

Корпоратизація визначається як:

– перетворення державних підприємств, закритих акціонерних товариств, більш як 75 відсотків статутного фонду яких перебуває у державній власності, а також виробничих і науково-виробничих об'єднань, правовий статус яких раніше не був приведений у відповідність з чинним законодавством, у відкриті акціонерні товариства (згідно з Указом Президента України «Про корпоратизацію підприємств»)

або

– процес створення акціонерних товариств на базі державного майна або майна державного підприємства (згідно зі ст. 10-1 Закону України «Про приватизацію державного майна»).

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про приватизацію державного майна» приватизація державного майна – це платне відчуження майна, що перебуває у державній власності, у тому числі разом із земельною ділянкою державної власності, на якій розташований об'єкт, що підлягає приватизації, на користь фізичних та юридичних осіб, які можуть бути покупцями відповідно до цього Закону, з метою підвищення соціально-економічної ефективності виробництва та залучення коштів для здійснення структурної перебудови національної економіки.

Звісно ж, найочевиднішою із відмінностей приватизації та корпоратизації є процедура їх здійснення. Так, приватизація державного майна здійснюється згідно з визначеними Законом України «Про приватизацію державного майна» порядком (ст.12) та способами приватизації (ст. 15).

Загальний порядок приватизації державного майна складається з таких етапів:

– опублікування списку об'єктів, які підлягають приватизації, у виданнях державних органів приватизації, місцевій пресі;

– прийняття рішення про приватизацію об'єкта;

– опублікування інформації про прийняття рішення про приватизацію об'єкта;

– проведення аудиторської перевірки фінансової звітності підприємства, що приватизується;

– проведення у випадках, передбачених законодавством, екологічного аудиту об'єкта приватизації;

– затвердження плану приватизації або плану розміщення акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації та корпоратизації, та їх реалізація.

Статтею 15 вищезазначеного Закону визначаються такі способи приватизації:

– продаж об'єктів приватизації на аукціоні (у тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни);

– продаж об'єктів приватизації за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону;

– продаж акцій (часток, паїв), що належать державі у господарських товариствах, на аукціоні, за конкурсом, на фондових біржах та іншими способами, що передбачають загальнодоступність та конкуренцію покупців; іншими способами, що передбачають загальнодоступність та конкуренцію покупців;

– продаж на конкурсній основі єдиного майнового комплексу державного підприємства, що приватизується, або контрольного пакета акцій акціонерного товариства при поданні покупцем документів, передбачених ч. 1 ст. 12 цього Закону;

– викуп об'єктів приватизації.

Згідно з Положенням про порядок корпоратизації підприємств, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 5 липня 1993 р. № 508 [3], процедура корпоратизації передбачає такі етапи:

1) затвердження рішення про корпоратизацію державного підприємства;

2) створення комісії з корпоратизації;

3) підготовка акта оцінки вартості цілісного майнового комплексу відповідно до Методики оцінки вартості об'єктів приватизації підприємства, проекту плану розміщення акцій та проекту статуту АТ;

4) затвердження засновником акта оцінки вартості цілісного майнового комплексу, прийняття рішення про створення АТ та затвердження його статуту;

5) державна реєстрація АТ та його статуту. Припинення повноважень комісії з корпоратизації;

6) затвердження персонального складу спостережної ради, правління, ревізійної комісії АТ Міністерством економіки, Міністерством фінансів і Фондом державного майна України;

7) реєстрація випуску акцій у порядку, визначеному НКЦПФР;

8) укладення договору з реєстратором або зберігачем і депозитарієм, або одержання ліцензії НКЦПФР на самостійне ведення реєстру власників іменних цінних паперів у Національній депозитарній системі.

Ключовою відмінністю даних процедур є те, що внаслідок корпоратизації майно передається новоствореному товариству у власність, а натомість у держави виникають корпоративні права щодо даного товариства. Таким чином, держава залишає за собою можливість управління діяльністю товариства та отримання дивідендів від його діяльності. Корпоратизація має на меті зміну організаційно-правової форми господарської діяльності і більш ефективне корпоративне управління. Водночас приватизація є способом відчуження майна, що перебуває у державній власності, тобто відбувається вибуття майна з власності держави та перехід об'єкта власності до нового власника. Приватизація призводить до зміни власника майна та одночасно з цим повної втрати будь-яких майнових чи немайнових прав попереднього власника (держави) щодо приватизованого майна.

Як випливає з норм вищевказаних правових актів, об'єктом і приватизації, і корпоратизації є майно, що перебуває у власності держави. Об'єктами приватизації є об'єкти державної власності, а саме, підприємства як єдині майнові комплекси, об'єкти незавершеного будівництва та окреме індивідуально визначене майно разом із земельними ділянками, на яких вони розташовані, акції, що належать державі у статутному капіталі господарських товариства, об'єкти соціально-культурного призначення. Разом з тим існує визначений законом широкий перелік об'єктів, що не підлягать приватизації, зокрема: об'єкти, що мають загальнодержавне значення; об'єкти, діяльність яких забезпечує соціальний розвиток, збереження та підвищення культурного, наукового потенціалу, духовних цінностей; об'єкти, контроль за діяльністю яких з боку держави гарантує захист громадян від наслідків впливу неконтрольованого виготовлення, використання або поширення небезпечних речовин; об'єкти, які забезпечують життєдіяльність держави в цілому. Детальний перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, затверджується Верховною Радою України за поданням Кабінету Міністрів України.

Об'єктами корпоратизації є державні підприємства, закриті акціонерні товариства, більш як 75 відсотків статутного фонду яких перебуває в державній власності, а також виробничі і науково-виробничі об'єднання, правовий статус яких раніше не був приведений відповідно до чинного законодавства. З об'єктів корпоратизації виключені підприємства, які не підлягають приватизації відповідно до законодавства, по яких прийняте рішення про приватизацію, а також природні монополії та підприємства, які підпадають під дію спеціальних законів. З цього приводу варто зауважити, що нормою встановлено сукупність умов для того, щоб об'єкт визнати таким, який не підлягає корпоратизації: окрім наявності об'єкта в переліку об'єктів для приватизації, потрібно ще й прийняте рішення про його приватизацію. Зазначення об'єкта в переліку об'єктів, що не підлягають приватизації, не є достатньою підставою для відмови у його корпоратизації.

Очевидним є те, що перелік об'єктів, які можливо приватизувати, є значно обмеженішим, ніж перелік об'єктів, щодо яких можлива корпоратизація. Це, безумовно, пов'язано з тим, що з моменту приватизації припиняється будь-який вплив держави на підприємство, державне майно повністю вибуває з власності держави. Водночас при корпоратизації держава зберігає контроль та вплив на об'єкт власності через корпоративні права щодо майна створеного акціонерного товариства. З моменту корпоратизації держава здійснює вплив на підприємство шляхом реалізації належних їй корпоративних прав. Спільним для процесу приватизації і корпоратизації є те, що майно держави, яке перебувало у державних підприємствах на праві господарського відання, передається приватним суб'єктам у власність.

Першочерговим завданням приватизації є продаж майна та надходження коштів до бюджету. Метою корпоратизації є прискорення реформування системи управління за рахунок зменшення

адміністративних повноважень міністерств, забезпечення зближення умов для державних і приватних суб'єктів підприємництва, залучення приватних інвестицій до юридичних осіб, в яких корпоративні права належать державі. Перетворення державних юридичних осіб в акціонерні компанії надає можливість створити організаційно-фінансову основу для вирішення багатьох проблем, що виникають в процесі їх діяльності. Зокрема, створюються умови для виводу підприємства з-під адміністративного підпорядкування міністерству (натомість виникають відносини корпоративного характеру у разі, якщо засновником є міністерство). Плани виробничого та технологічного розвитку затверджуються товариством самостійно, без погодження з вищестоящими органами, які здійснюють адміністрування та нагляд. Також з'являються додаткові, суттєві джерела фінансування виробничого розвитку, зокрема іноземні інвестиції тощо.

В подальшому щодо корпоратизованих підприємств держава може відчужувати частину корпоративних прав (часток, акцій – залежно від організаційно-правової форми) або ж повністю продати свій пакет корпоративних прав приватним суб'єктам, які набудуть статус учасника –власника корпоративних прав.

Результатом приватизації є зміна власника майна, що перебувало у державній власності. Покупцями об'єктів приватизації з урахуванням обмежень, встановлених законом, можуть бути: громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства, юридичні особи, зареєстровані на території України, юридичні особи інших держав. Відчужене під час приватизації майно переходить до покупця, а держава втрачає будь-яке право на нього.

Згідно з Указом Президента України «Про корпоратизацію підприємств» результатом корпоратизації є утворення відкритих акціонерних товариств, засновниками яких є органи, уповноважені управляти цим майном – центральні органи державної виконавчої влади, інші підвідомчі Кабінету Міністрів України органи та обласні державні адміністрації, власником корпоративних прав в яких є держава. З корпоратизацією окремих підприємств, їх об'єднань та створення холдингових компаній в Україні з'явилися такі об'єднання: НАК – національні акціонерні компанії (наприклад, НАК «Надра України», НАК «Нафтогаз Україна» тощо), ДАК – державні акціонерні компанії (ДАК «Хліб України», ДАК «Украгролізинг» тощо) та ДАХК – державні акціонерні холдингові компанії. Слова «державний», «національний» у назві організаційно-правових форм цих компаній помилково створює враження, що форма власності цих компаній – державна. Однак слід наголосити, що держава є власником лише щодо корпоративних прав цих компаній, в той час як власником переданого засновником майна є створена юридична особа.

Слід зазначити, що законом допускається, що корпоратизація підприємств іноді може бути першим етапом приватизації. Так, згідно зі ст. 10-1 Закону України «Про приватизацію державного майна» передприватизаційна підготовка державних підприємств може включати процес створення акціонерних товариств на базі державного майна або майна державного підприємства (корпоратизація). Однак в такому випадку наступним етапом буде продаж корпоративних прав держави (усіх або їх частини) та спрямування коштів від продажу до бюджету.

Слід звернути увагу на те, що об'єкти, що не підлягають приватизації, можуть бути корпоратизовані. Так, зокрема, для сприяння проведення процесів корпоратизації був прийнятий Наказ про затвердження Типового статуту відкритого акціонерного товариства, створеного шляхом корпоратизації державного підприємства, яке не підлягає приватизації, затверджений наказом Фонду державного майна України, Міністерства економіки та з питань Європейської інтеграції України від 28.09.2004 р. № 2007/363 [4]. Із самої назви слідує, що заборона приватизації не виключає можливості корпоратизації, і державні підприємства, які не підлягають приватизації, можуть бути корпоратизованими.

Згідно з цим Наказом визначалися основні положення статуту відкритих акціонерних товариств, які створювалися на основі власності державних підприємств, які не підлягали приватизації, шляхом перетворення. За статутом товариство є правонаступником усіх прав та обов'язків державного підприємства, а також власником майна, переданого йому засновником у власність, продукції, виробленої Товариством у результаті господарської діяльності, одержаних доходів та іншого майна, набутого на підставах, не заборонених законом. Слід звернути увагу на закріплення у нормі положення про те, що саме товариство, а не держава, визначається власником переданого державним підприємством майна.

Так, у справах № 7/1-08 (про банкрутство дочірнього підприємства державної акціонерної компанії «Хліб України» «Роменський комбінат хлібопродуктів»), № 10/85/Б (про банкрутство дочірнього підприємства державної акціонерної компанії «Хліб України» «Чернівецький комбінат хлібопродуктів») [5; 6] суд касаційної інстанції погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій щодо припинення провадження у справах про банкрутство з огляду на те, що до боржників не можуть бути застосовані положення Закону про банкрутство в частині санації чи ліквідації, оскільки зазначені підприємства включено до переліку об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації відповідно до Закону України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації». Однак судом не було враховано, що майно об'єктів, що не підлягають приватизації, було передано юридичній особі ДАК «Хліб України» в процесі корпоратизації останньої на підставі Постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення Державної акціонерної

компанії «Хліб України» [7]. При цьому корпоратизацію майна об'єктів, що не підлягали приватизації, з огляду на вищенаведене, слід визнати такою, що відбулась згідно з законом. Помилковим також є поширення норм Закону України «Про управління об'єктами державної власності» [8] на майно дочірніх підприємств ДАК «Хліб України», оскільки об'єктом державної власності в даному випадку виступають корпоративні права держави в ДАК, а не майно юридичної особи чи її дочірніх підприємств.

Таким чином, приватизація та корпоратизація є різними процесами з відмінними процедурою, метою та правовими наслідками. Акціонерні товариства, що створюються шляхом корпоратизації, набувають у власність усе передане майно підприємства. До об'єктів, щодо яких запланована корпоратизація, не підлягає застосуванню Закон України «Про перелік об'єктів державної власності, що не підлягають приватизації» з огляду на те, що корпоратизація не тотожна приватизації і не є її видом. Це – різні правові форми переходу до конкурентної ринкової економіки і передачі майна у приватну власність.

Подальшого дослідження також потребує статус юридичних осіб, утворених у процесі корпоратизації, особливості реорганізації дочірніх підприємств юридичних осіб, що перебували в державній власності, правовий режим їх майна.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про корпоратизацію підприємств: Указ Президента України від 15.06.1993 № 210/93. URL: http://zakon.rada.gov.ua/go/210/93 (дата звернення: 29.12.2017 р.).
2. Про приватизацію державного майна: Закон України від 04.03.1992 № 2163-XII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-12 (дата звернення: 29.12.2017 р.).
3. Положення про порядок корпоратизації підприємств: Постанова Кабінету Міністрів України від 5 липня 1993 р. № 508 URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/508-93-п (дата звернення: 27.12.2017 р.).
4. Про затвердження Типового статуту відкритого акціонерного товариства, створеного шляхом корпоратизації державного підприємства, яке не підлягає приватизації: Наказ Фонду державного майна України, Міністерства економіки та з питань Європейської інтеграції України від 28.09.2004 р. № 2007/363 URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/z1346-04 (дата звернення: 29.12.2017 р.).
5. Постанова Вищого господарського суду України від 27.02.2013 у справі № 7/1-08 URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SD130393.html (дата звернення: 30.12.2017 р.).
6. Постанова Вищого господарського суду України від 29.07.2014 у справі № 10/85/Б. URL: http://document.ua/pro-bankrutstvo-doc208632.html (дата звернення: 30.12.2017 р.).
7. Про утворення Державної акціонерної компанії «Хліб України»: Постанова Кабінету Міністрів України № 1000 від 22 серпня 1996 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1000-96-п (дата звернення: 26.12.2017 р.).
8. Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21.09.2006 № 185-V URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/185-16 (дата звернення: 29.12.2017 р.).

Vasylieva V. Privatization and corporatization: difference between processes and legal consequences

The article analyzes privatization and corporatization as processes the result of which property is out of state ownership. The main differences between the procedure and the legal consequences of these processes are determined, the main problems are outlined, as well as prospects for further research in this direction.

Keywords: privatization, corporatization, corporate rights, state property.

УДОСКОНАЛЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛІННЯ В ПАТ «УКРАЇНСЬКА ЗАЛІЗНИЦЯ»

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.38

Вишневська Ю. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права та правового забезпечення туризму Київського університету туризму, економіки і права
Гаєвець М. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного та господарського права Національного університету біоресурсів та природокористування України

У статті проаналізовано реформаційні процеси органів транспортної галузі в умовах сьогодення, що дає можливість виділити основні елементи організаційно-правового механізму управління у даній сфері.

Ключові слова: управління транспортом, автомобільний транспорт, залізничний транспорт, авіаційний транспорт, морський транспорт, річковий транспорт.

Сучасний стан корпоративного управління в Україні характеризується низьким рівнем корпоративної культури, невідповідністю існуючої практики корпоративного управління загальноприйнятим принципам, недостатньою координацією дій органів державного управління у сфері регулювання корпоративних відносин, неефективністю управління державними корпоративними правами тощо.

Розгляд функціонування державного сектору економіки як важеля державного регулювання економіки України є традиційним у господарському праві. З позиції господарського права він знайшов обґрунтування у працях В. К. Мамутова, Г. Л. Знаменського, А. Г. Бобкової, В. С. Щербини, Д. В. Задихайла та інших вчених-господарників та закріплення у Господарському кодексі України та інших актах господарського законодавства [7, с. 50].

Метою цієї статті є аналіз реформаційних процесів органів транспортної галузі в умовах сьогодення, що дає можливість виділити основні елементи організаційно-правового механізму управління у даній сфері.

В. А. Євтушевський характеризує корпоративне управління як процеси регулювання власником руху його корпоративних прав з метою отримання прибутку, управління корпоративним підприємством, відшкодування витрат через отримання частки майна при його ліквідації [3, с. 10]. С. А. Румянцев надає корпоративному управлінню таке визначення: «Корпоративне управління – це система виборних та призначених органів, які здійснюють управління діяльністю відкритих акціонерних товариств, що відображає баланс інтересів власників і спрямована на збереження максимально можливого прибутку від усіх видів діяльності товариства згідно з нормами чинного законодавства» [5, с. 12]. Поняття «корпоративне управління» розглядає М. І. Небава, зокрема, він трактує це поняття так: «Корпоративне управління – це процеси регулювання власником руху його корпоративних прав із метою отримання прибутку, управління корпоративним підприємством, можливих спекулятивних операцій з корпоративними правами, відшкодування витрат через отримання частки майна при його ліквідації» [8, с. 13]. Ю. Уманцев доводить, що корпоративне управління – це сукупність відносин між окремими особами чи групами осіб, що ґрунтуються на відокремленні прав власності від прав управління (контролю). Для точнішого розуміння сутності проблеми корпоративного управління слід виходити з того, що «пучок правомочностей власності на компанію», включно з так званими кінцевими правами, виявляється розподіленим між окремими учасниками відносин [10].

Як цілісну категорію, що поєднує владну та фінансову складові, розглядає корпоративний контроль А. Педько. Владні інтереси центру контролю полягають у прагненні провадження у практику акціонерних відносин міжнародних стандартів та принципів корпоративного управління [6, с. 67–69].

У законодавстві України поняття корпоративного управління не має загальновизнаного визначення, проблеми корпоративного управління пов’язані з відокремленням прав власності від прав управління (контролю) в умовах розпорошеності між численними акціонерами титулів прав власності.

Вважається, що термін «корпоративне управління» почав використовуватися одночасно з появою такої організаційно-правової форми підприємницької діяльності як корпорація. Корпорація (від латинського слова corporatio – об’єднання, співтовариство) – товариство, в якому на основі централізації капіталів здійснюється колективне присвоєння результатів виробничої діяльності. Корпораціями в сучасній економічній і правовій літературі називаються господарчі товариства (насамперед акціонерні товариства), які мають статус юридичної особи, утворені шляхом об’єднання майна засновників і існують незалежно від зміни конкретних учасників. Якщо звернутися до норм вітчизняного законодавства, то термін «корпорація» застосовується в специфічному значенні – для позначення одного з видів об’єднань підприємств. У ГК України говориться, що «Корпорація – це договірне об’єднання, створене на основі об’єднання виробничих, наукових і комерційних інтересів підприємств, які об’єдналися, з передачею ними окремих повноважень централізованого регулювання діяльності кожного з учасників органам управління корпорації» [14, с. 15].

Створення корпоративних процесів в залізниці розпочалося з прийняттям Закону України «Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування», яким утворено публічне акціонерне товариство «Українська залізниця», 100 відсотків акцій якого закріплюються в державній власності, на базі Державної адміністрації залізничного транспорту, підприємств та установ залізничного транспорту загального користування, які реорганізовуються шляхом злиття. 21 жовтня 2015 року відбулася офіційна реєстрація ПАТ «Українська залізниця». Вказане свідчить про значні реформаційні процеси в галузі транспорту [2, с. 105].

В літературі існування різних підходів до проблеми побудови структури управління акціонерним товариством обумовлено як історичними факторами розвитку тієї або іншої країни, так і їх економічними, правовими й соціальними особливостями. Так, роль корпоративного управління в тих країнах, де значні пакети акцій сконцентровані в руках окремих суб’єктів, істотно відрізняється від тієї ролі, яку корпоративне управління відіграє у країнах з високим ступенем розпилення акціонерного капіталу. При порівняльному аналізі фахівці оперують в основному трьома моделями корпоративного управління: англо-американською, японською і німецькою (західноєвропейською).

Особливості англо-американської системи корпоративного управління безпосередньо пов'язані з особливостями акціонерної форми власності, головним чином, з відсутністю в англійських і американських корпораціях значних, домінуючих над іншими, інвесторів. Ця модель використовується у Великій Британії, США, Канаді, Австралії, Новій Зеландії та інших країнах. Інтереси акціонерів і керівництва не завжди збігаються. Корпоративне право вирішує цей конфлікт утворенням додаткової ланки – Ради директорів. Вона обирається акціонерами і виступає їхнім представником, виразником їхніх інтересів у корпорації. Рада директорів в англо-американській моделі складається з інсайдерів і аутсайдерів. Інсайдер – людина, яка працює в корпорації (виконавчий директор або службовець) або тісно позв'язана з управлінням корпорацією. Аутсайдер – це особа або установа, що безпосередньо не позв'язана з корпорацією і її управлінням, або це незалежний директор, тобто особа, яка запрошена для виконання певних функцій і не має інтересів у компанії.

Японська модель корпоративного управління є багатобічною і припускає наявність ключового банку та фінансово-промислової мережі. Такі мережі характеризуються загальним позиковим і акціонерним капіталом, торгівлею товарами та послугами, неформальними контактами.

Німецька модель корпоративного управління значно відрізняється від англо-американської і японської моделей, хоча існує деяка подібність з японською моделлю. Німецька модель корпоративного управління діє в Німеччині й Австрії. Деякі елементи моделі застосовуються в Голландії та Скандинавських країнах. Крім того, у Франції та Бельгії недавно були введені деякі аспекти німецької моделі. Характерною рисою цієї моделі управління є те, що акціонерний капітал німецьких компаній високо сконцентрований. За даними кінця 80-х років XX ст. у реєстрах 27 з 40 провідних німецьких компаній значився принаймні один акціонер, пакет якого становив більше 10% сукупного капіталу, а в більшості випадків три найбільші акціонери володіли в сукупності понад 50% акцій своєї компанії [14, с. 45].

Таким чином, виділяють три основні моделі корпоративного управління: 1) англо-американську модель, в якій важливу роль відіграють незалежні та саморегулятивні організації, а відносини акціонерів між собою та з корпорацією чітко визначені на рівні законодавства та локальних корпоративних актів; 2) німецьку (західноєвропейську) модель, яка заснована на акціонерах, працівниках, банківській системі (банки виступають кредиторами, агентами, що голосують депозитаріями); 3) японську модель, що ґрунтується на тісному зв'язку з ключовим банком та фінансово-промисловою мережею.

Погляди вчених щодо ідентифікації національної моделі різняться. На думку А. Мірошник, в економіці України ще чітко не склалася модель корпоративного управління [4, с. 14]. В. Оскольский [11, с. 4–9.], Л. Сав'юк [13, с. 18] дотримуються думки, що потенційно більш придатною для країн з перехідною економікою, у тому числі для України, вважається «німецька» модель, за якою великі банки, виступаючи власниками і кредиторами, відіграють провідну роль у корпоративному управлінні, а в акціонерних товариствах передбачені окремі органи з наглядовими функціями.

З 2014 по 2017 роки процес корпоратизації на підприємствах ПАТ «Укразалізниця» проходив поступово. І лише на початок 2017 року Уряд вніс зміни до Статуту публічного акціонерного товариства «Українська залізниця», прийнявши постанову № 52, яку ухвалено з метою удосконалення управління Кабінетом Міністрів України, як єдиним акціонером та засновником публічного акціонерного товариства «Українська залізниця», корпоративними правами держави стосовно цього товариства, як і відносно цілої низки стратегічних для держави підприємств.

Досі частина функцій, пов'язаних з управлінням цією компанією, була делегована Кабінетом Міністрів України Міністерству інфраструктури. Своїм рішенням Уряд відкликав ці делеговані функції – відтепер всі рішення стосовно управління компанії і її звітності будуть прийматися не Мінінфраструктури одноосібно, а Кабінетом Міністрів, який є колегіальним органом, до складу якого входить і Міністр інфраструктури. Мінекономрозвитку надані лише повноваження з підготовки проектів таких рішень.

Разом з тим в умовах реформування такої потужної і складної компанії як ПАТ «Укрзалізниця» надзвичайно важливо мінімізувати будь-які ризики суб'єктивізму у прийнятті управлінських і фінансових рішень, а тому зміни до Статуту компанії, на думку Уряду, однозначно підвищать ефективність у її роботі.

Також змінено склад наглядової ради ПАТ «Укрзалізниця», до якого на конкурсних засадах будуть відібрані та включені незалежні директори, як того вимагають зміни до законодавства.

Вказаним рішенням Статут ПАТ «Укрзалізниця» приведено у відповідність до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності», прийнятого Верховною Радою України 02.06.2016 р. в рамках реформи корпоративного управління суб'єктів господарювання державного сектору економіки.

Варто наголосити, що з моменту утворення ПАТ «Укрзалізниця» завжди перебувала в управлінні Кабінету Міністрів відповідно до чинного законодавства, а саме: Закону України «Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування» та Постанови Кабінету Міністрів від 25 червня 2014 р. № 200 «Про утворення публічного акціонерного товариства «Українська залізниця».

Крім того, ст. 2 і 9 зазначеного вище Закону та п. 25 і 26 Статуту ПАТ «Укрзалізниця» встановлено, що засновником та єдиним акціонером товариства є держава в особі Кабінету Міністрів України.

Управління корпоративними правами держави стосовно товариства з моменту його утворення здійснює Кабінет Міністрів України.

Пунктами 54 і 55 Статуту товариства також встановлено, що вищим органом публічного акціонерного товариства «Українська залізниця» є загальні збори, функції яких виконує Кабінет Міністрів України, та визначено повноваження, що належать до їх виключної компетенції [12].

Як свідчить зарубіжний досвід, функції централізації властиві залізничним системам більшості країн, що й визначає особливі підходи щодо забезпечення сталого функціонування залізничного транспорту. На думку В. Г. Вайцмана, вдосконалення діяльності публічних органів управління у сфері дорожнього транспорту має дуже велике теоретичне та практичне значення для вивчення питання організації діяльності публічних органів управління у сфері дорожнього транспорту. Через специфічність діяльності розглянутих суб'єктів простежуються специфічні соціальні процеси, напрямки оптимізації діяльності публічних органів управління у сфері дорожнього транспорту [1, с. 30].

Таким чином, державне регулювання господарських відносин у сфері транспорту дає змогу гармонічно поєднувати публічно-правові та приватноправові інтереси держави та суб'єктів господарювання у транспортних відносинах, визнаючи найвищою цінністю життя та здоров'я населення як основного споживача транспортних послуг [9].

Удосконалення корпоративного законодавства у залізничній сфері шляхом проведення реформаційних процесів та спеціального законодавства дає підстави вважати вказану сферу найбільш законодавчо врегульованою, хоча не можна відмовитися від позицій науковців щодо ухвалення Кодексу корпоративного управління.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Вайцман В. Г. Компетенція публічних органів управління у сфері дорожнього транспорту: проблеми теорії та практики реалізації // Юридичний вісник, 2009. № 4(13). С. 30–33.

2. Гаєвець М. В. Правове регулювання державного управління у сфері транспорту // Науковий вісник Національного університету біоресурсів та природокористування України. К., 2015. С. 102–107.

3. Євтушевський В. А. Основи корпоративного управління. К.: Знання- Прес, 2002. 317 с.

4. Мірошник А. М. Науково-організаційні основи розвитку корпоративного сектору економіки: автореф. дис. канд. екон. наук, спец. 08.02.03: організація управління, планування і регулювання економікою. К.: Наук.-дослідний економ. ін-т Мін. екон. України, 2006. 17 с.

5. Небава М. І. Теорія корпоративного управління. К.: ЦУЛ, 2004. 295 с.

6. Педько А. Б. Власність, контроль і конфлікт інтересів в акціонерних товариствах. К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2008. 325 с.

7. Правове забезпечення регіоналізації державного управління економікою: теорія і практика: монографія / За заг. ред. В. А. Устименка / НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень. Чернігів: Десна Поліграф, 2016. 248 с.

8. Румянцев С. А. Українська модель корпоративного управління: становлення та розвиток. К.: Знання, 2003. 149 с.

9. Транспортне право України: підручн. для студ. вищ. навч. закл. / М. Л. Шелухін, О. І. Антонюк, В. О. Вишневецька та інш.; за ред. М. Л. Шелухіна. К.: Вид. дім. «Ін Юре», 2008. 896 с.

10. Уманців Ю. Формування української моделі корпоративного управління. URL: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/Dibpp/2009_8/N4-str10-13.pdf) (дата звернення: 12.12.2017).

11. Оскольский В. Управления как средство привлечения инвестиций при помощи механизмов фондового рынка // Экономика Украины. 2006. № 8. С. 4–9.

12. Уряд удосконалює корпоративне управління ПАТ «Укрзалізниця»: відтепер всі рішення стосовно компанії прийматимуться колегіально на засіданні Уряду. URL: www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=2497 17614&cat_id=244276429 (дата звернення: 28.11.2017).

13. Формування системи державного управління корпоративними структурами в Україні: автореф. дис.. канд. наук з держ. упр.: 25.00.02 / Л. М. Сав'юк; Гуманіт. ун-т «Запоріз. ін-т держ. та муніцип. упр.». Запоріжжя, 2007. 20 с.

14. Штерн Г. Ю. Корпоративне управління: навч. посібник для студентів спеціальності 8.050201 «Менеджмент організацій». Харків: ХНАМГ, 2009. 278 с.

Gaievets M., Vyshnevska Y. Extremely appropriate corporate government in the PAT «Ukrainska zaliznitsia»

The article analyzes the reform processes of the transport industry bodies in the current conditions, which makes it possible to highlight the main elements of the organizational and legal management mechanism in this area.

Keywords: management of transport, road transport, railway transport, air transport, sea transport, river transport.

ЦИФРОВА ЕКОНОМІКА: ПРОБЛЕМИ КОМПЛЕКСНОГО ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.39

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

Стаття присвячена питанням комплексного правового забезпечення цифрової економіки. Аналізується зарубіжний і український досвід правового регулювання відносин у сфері цифрової економіки. Визначаються особливості правового забезпечення цієї сфери в Україні, а саме:

– багаточисельність актів законодавства, що регулюють окремі види відносин цифрової економіки;

– започаткування електронного урядування;

– прийняття плану дій в цифровій сфері відповідно до визначених принципів;

– слабкий захист прав споживачів у сфері електронної комерції.

Концепція розвитку електронного урядування в Україні та Концепція державної політики у сфері захисту прав споживачів передбачають низку заходів, серед яких і вдосконалення правового регулювання у сфері цифрової економіки

Ключові слова: цифрова економіка; електронне урядування; кодифікаційний акт цифрової економіки.

Використання цифрових технологій у всіх сферах суспільного життя істотно його змінює. Сфера економіки не є виключенням. З'явився навіть відповідний термін – цифрова економіка, що широко використовується міжнародною спільнотою включно з ЄС [1], а в деяких країнах навіть прийнято спеціальний закон з такою назвою – Digital Economy Act [2; 3].

Сінгапур, Велика Британія, Нова Зеландія, ОАЕ, Естонія, Японія, Ізраїль – країни-лідери з розвитку цифрової економіки [4]. Проте й Україна має значні здобутки в цій сфері – саме вона першою у світі запустила електронний державний аукціон на основі криптографічної технології blockchain, а сподівання ще більші – підвищення рівня ВВП [5].

Разом з тим проблема комплексного правового забезпечення цифрової економіки залишається актуальною донині, оскільки має включати не лише правове регулювання відносин у цій сфері, в т.ч. визначення правового статусу основних її учасників (представників е-бізнесу та споживачів е-послуг, регуляторів різних рівнів – від державних до саморегулівних) та форм їх зв'язків (договірних, корпоративних, управлінсько-регулятивних), а й забезпечення реалізації норм, що регулюють відносини цифрової економіки та визначають специфіку розгляду/врегулювання спорів/конфліктів між учасниками такої економіки.

У зазначеному ракурсі відносини цифрової економіки малодосліджені, хоча окремим її проблемам (як правило, з точки зору електронної комерції, захисту прав споживачів та прав інтелектуальної власності) приділялась увага представниками різних галузей науки – економіки, менеджменту, права, технічних наук [6; 7; 8; 9; 10; 11; 12]. Відтак *метою цієї статті* є заповнення (певною мірою) згаданої прогалини і визначення основних напрямів розв'язання проблеми комплексного правового забезпечення цифрової економіки.

Насамперед варто приділити увагу стану правового регулювання відносин, для якого характерне акцентування на електронній торгівлі як в ЄС [13; 14], так і в більшості країн, включно з Україною [15].

Слід, однак, зазначити, що Європейська комісія запропонувала політичні та юридичні рішення щодо розв'язання проблем сучасної економіки ЄС у рамках своєї стратегії цифрового єдиного ринку [1], проте без прийняття відповідного акта (регламенту чи директиви) щодо комплексного регулювання ключових відносин у цій сфері. В стані обговорення директива щодо Європейського кодексу електронних комунікацій (European Electronic Communications Code), який має регулювати відносини щодо комунікацій як визначальної складової цифрової економіки, що забезпечує її функціонування [16].

Отже, в ЄС відсутній акт, який би комплексно регулював відносини у сфері цифрової економіки, а дію англійського закону Digital Economy Act [2; 3], присвяченого значній частині відносин в цій сфері (щодо: доступу до цифрових послуг; цифрової інфраструктури; он-лайн порнографії; інтелектуальної власності; цифрового уряду та ін.) варто ґрунтовно дослідити з точки зору його ефективності (тим паче, що регулювання зазнало змін в 2017 р. порівняно з версією згаданого акта, прийнятого 2010 р.).

Україна в основному йде шляхом інших країн щодо регулювання зазначених відносин, і відсутність кодифікаційного акта цифрової економіки значною мірою компенсується численними актами законодавства, деякі з яких спеціально присвячені окремим аспектам відносин сфери цифрової економіки (Закони України «Про електронну комерцію» [15], «Про електронні документи та електронний документообіг» [17], «Про електронний цифровий підпис» [18]), нещодавно (05.10.2017 р.) прийнятий «Про електронні довірчі послуги» [19]), що містять визначення понять, які стосуються відповідних відносин.

Деякі відносини щодо використання інформаційно-комунікаційних технологій регулюються також *актами законодавства*, основним предметом регулювання яких є інші (безпосередньо не пов'язані з електронними ресурсами) відносини, зокрема:

кодекси: *Господарський кодекс* [20] (містить норми про обов'язкове оприлюднення державними, казенними та комунальними підприємствами, господарськими товариствами, що контролюються державою або органом місцевого самоврядування, інформації про свою діяльність шляхом розміщення її на власній *веб-сторінці/веб-сайті* або на *офіційному веб-сайті* суб'єкта управління об'єктами державної/ комунальної власності, що здійснює функції з управління підприємством, – ст. 73, 75, 77–79, 90 ГК); *Цивільний кодекс* [21] (закріплює положення щодо *можливості:* відображення інформації в електронному вигляді – ст. 200; вчинення правочину в електронній формі (ст. 205) як однієї з модифікацій письмової форми – ст. 207; відображення твору у загальнодоступних електронних системах інформації – ст. 442; електронної форми розрахунків – за допомогою розрахункових документів у електронному вигляді – ст. 1087); *Податковий кодекс* [22], який (серед іншого) передбачає: використання електронних ресурсів у сфері оподаткування (Єдиного реєстру податкових накладних та Єдиного реєстру акцизних накладних, які ведуться в *електронному вигляді* центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику; надання послуг *електронного цифрового підпису* – ст. 14; організацію впровадження *електронних сервісів* для суб'єктів господарювання як одну з функцій контролюючих органів (ст. 19-1) та ін.;

закони: *«Про Кабінет Міністрів»* [23] – передбачає оприлюднення на офіційному *веб-сайті* Кабінету Міністрів України (КМУ) проектів актів Уряду та прийнятих в установленому порядку постанов КМУ (ст. 50; 52); «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» [24] – закріплює: обов'язок органів виконавчої влади щодо створення та забезпечення функціонування в *мережі Інтернет веб-сторінок*, які містять інформацію, необхідну суб'єктам господарювання для провадження ними господарської діяльності (ст. 8); можливість подання *в електронній формі* за допомогою засобів *телекомунікацій* заяви про одержання (переоформлення, одержання дубліката, анулювання) документа дозвільного характеру, а також повідомлення дозвільного органу про відмову у видачі такого документа (ст. 4-1); *«Про доступ до публічної інформації»* [25], який: серед джерел доступної інформації виділяє офіційні *веб-сайти в мережі Інтернет*, єдиний державний *веб-портал відкритих даних* (ст. 5); закріплює поняття публічної інформації у формі відкритих даних, порядок її надання розпорядником на єдиному державному веб-порталі відкритих даних та на своїх веб-сайтах, своєчасного оновлення такої інформації; покладає обов'язок щодо створення та забезпечення функціонування єдиного державного веб-порталу відкритих даних на центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері електронного урядування (ст. 10-1); *«Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»* – містить визначення низки понять (персонального кабінету підприємця, порталу електронних сервісів, коду доступу до результатів надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації) [26, ст. 1] та ін.;

підзаконні акти, в т.ч. про: *електронні гроші* [27]; *електронне урядування,* головною складовою якого є *електронний уряд* – єдина інфраструктура міжвідомчої автоматизованої інформаційної взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування між собою, з громадянами і суб'єктами господарювання [28] та уповноважений з цих питань орган – Державне агентство з питань електронного урядування України, одним з основних завдань якого є реалізація державної політики у сфері інформатизації, електронного урядування, формування і використання *національних електронних інформаційних ресурсів*, розвитку інформаційного суспільства [29, п. 3]; здійснення державної реєстрації *електронних інформаційних ресурсів* державних органів, органів місцевого самоврядування та інших юридичних осіб публічного права, доступ до яких здійснюється через телекомунікаційні мережі загального користування, та видає відповідні свідоцтва; забезпечення (в межах своїх повноважень) належного функціонування *Єдиного веб-порталу Кабінету Міністрів України* з можливістю інтеграції інформаційних ресурсів центральних та місцевих органів виконавчої влади, що розміщені в Інтернеті; координування діяльності органів виконавчої влади, пов'язаної із створенням та інтеграцією електронних інформаційних систем і ресурсів в *Єдиний веб-портал органів виконавчої влади* та наданням інформаційних та інших послуг через *електронну інформаційну систему «Електронний Уряд»;* функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків [30]; *підготовку проектів актів законодавства в електронній формі* [31] та ін.

У Верховній Раді доопрацьовуються й проекти інших законів, пов'язаних з використанням електронних ресурсів, в т.ч. «Про електронні комунікації» [32].

Отже, масив актів законодавства, що регулюють відносини у сфері цифрової економіки, стрімко збільшується, а відтак орієнтуватися в ньому стає доволі проблематично, в т.ч. визначитися зі змістом відповідних термінів, закріплених в значній кількості актів законодавства різної юридичної сили, в т.ч. підзаконних [34; 35 та ін.]. До того ж, відсутня уніфікація частини термінів (подібні за змістом ***електронний кабінет*** [34] та ***персональний кабінет*** [26, ст. 1] в різних актах законодавства),

невизначеність змісту деяких з них (зокрема, поняття електронного бізнесу/E-Business), що почав використовуватися спочатку за кордоном [36; 37; 38], а згодом і вітчизняним законодавцем [39]).

Цифрова економіка як складова *інформаційного суспільства* потребує відповідного правового регулювання, що має, насамперед, забезпечуватися актом малої кодифікації – Законом «Про цифрову економіку», в якому доцільно закріпити: а) визначення понять (цифрова/електронна економіка, електронний бізнес, електронна комерція, електронний договір, електронні послуги, електронний Уряд, електронні уповноважені органи, електронний обмін інформацією, Інтернет-магазин, споживачі електронних послуг, електронні комунікації тощо); б) основні засади використання електронних ресурсів у сфері цифрової економіки; в) суб'єктний склад відносин цієї сфери (представники е-бізнесу та їх саморегулівні організації, споживачі, уповноважені органи); г) їх права та обов'язки в сфері цифрової економіки, механізми захисту прав та законних інтересів, відповідальність за порушення в цій сфері та наслідки зловживання правами, особливості розгляду конфліктів/спорів. Це відповідало б не лише основним засадам розвитку інформаційного суспільства в Україні (щодо вдосконалення інформаційного законодавства з точки зору його кодифікації) [39, п. 2 розділу III], а й надало б учасникам відносин у сфері цифрової економіки, що стрімко розвивається і витісняє традиційні форми ведення бізнесу, більше можливостей щодо реалізації своїх прав та інтересів і водночас – їх захисту у разі порушення.

Природно, що в такому акті навряд чи можна закріпити визначення всіх понять та врегулювати всі відносини у сфері цифрової економіки, проте він має містити положення щодо основних актів законодавства, які регулюють певний вид відносин та визначають зміст відповідних понять (Податковий кодекс [22] – у сфері оподаткування; Закон «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» [40] – щодо електронних грошей та електронних платежів ін.).

Отже, формування цифрової економіки та її соціальне спрямування вимагає адекватного правового регулювання. І хоча в Україні прийнята значна кількість актів (в т.ч. вищезгаданих), проте потребує вирішення проблема комплексного регулювання основних видів відносин у сфері цифрової економіки за допомогою кодифікаційного акта, яким може бути Закон «Про цифрову економіку» чи Кодекс цифрової економіки. Це дозволить вдосконалити законодавство в цій сфері з точки зору змісту, форми, системи та адаптації до кращих світових стандартів з урахуванням власних надбань, а можливо, й створити більш досконале правове регулювання відносин електронної економіки, ніж вже існуюче за кордоном.

Друга складова правового забезпечення – функціонування основного регулятора цифрової економіки – Електронного уряду як базової передумови цифрової економіки [41]. У 2016 р. Європейська комісія ухвалила новий eGovernment Action Plan до 2020 р. [42], на який Україна орієнтується. Для усунення бар'єрів на шляху цифрових перетворень у найбільш перспективних сферах та реалізації першочергових ініціатив Державним агентством з питань електронного урядування України спільно з Мінекономрозвитку та Hi-Tech Office Ukraine [43] напрацьований комплексний план цифрових перетворень в Україні, прийняття якого очікується після відповідного обговорення [44]. Створена у 2016 р. Міжгалузева рада з питань розвитку е-урядування [45] – тимчасовий консультативно-дорадчий орган Кабінету Міністрів України, утворений з метою сприяння забезпеченню координації дій з формування, виконання та реалізації програм та проектів (завдань) розвитку електронного урядування.

Принципи розвитку України в цифровому просторі як основи для розвитку цифрової економіки викладені в презентованому в грудні 2016 р. Digital Agenda – важливому документі, розробка якого була здійснена групою експертів світових та вітчизняних лідерів ринку за підтримки Міністерства економічного розвитку та торгівлі України, Комітету Верховної Ради України з питань інформатизації та зв'язку та Адміністрації Президента України [46]. Отже, основи, в т.ч. правові, електронного урядування та його співпраці з представниками електронного бізнесу вже закладено і йдеться про вдосконалення цієї системи відповідно до завдань Концепції розвитку електронного урядування в Україні [28], що серед іншого акцентує увагу на необхідності вдосконалення правового регулювання зазначених відносин.

Важливою складовою комплексної системи правового забезпечення цифрової економіки є забезпечення можливості реалізації учасниками відносин у цій сфері своїх прав, ефективність механізмів захисту у разі їх порушення. Важливість цієї проблеми можна побачити на прикладі споживачів у сфері електронної комерції: попри закріплення в Законах України «Про електронну комерцію» [15] та «Про захист прав споживачів» [47] відповідальності продавця за порушення приписів цих актів, уповноважений орган – Держпродспоживслужба практично безсила, оскільки перший із згаданих законів містить лише відсилочні положення про відповідальність у цій сфері до «закону та договору» (ст. 17–19), а другий – попри наявність положень щодо недотримання вимог першого з названих законів щодо розкриття інформації про учасників відносин та пропонований товар (роботи, послуги) [47, п. 7 ч. 1 ст. 23], не враховує належним чином специфіки електронної торгівлі (включно з можливостями покупця/ споживача щодо підтвердження факту укладання та змісту електронного договору через порушення продавцем своїх обов'язків, в т. ч. інформаційного характеру) та можливостей уповноваженого органу – Держпродспоживслужби щодо притягнення порушників до відповідальності [48].

На проблеми відповідальності у сфері електронної торгівлі звертають увагу як дослідники [7; 8], пропонуючи шляхи їх вирішення включно з внесенням змін до вищезгаданих законів [49; 50, с. 30–40],

так і Уряд, прийнявши Концепцію державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 р. [51], в якій наголошується на проблемах беззахисності споживача через слабкий їх захист державою внаслідок декларативного характеру проголошених прав та відсутності механізмів їх реалізації та відновлення. Метою цієї Концепції є створення та впровадження ефективної системи захисту прав споживачів в Україні на засадах права ЄС з урахуванням кращих практик країн Євросоюзу, а серед поставлених завдань – забезпечення захисту прав споживачів у сфері електронної комерції, що здійснюється суб'єктами господарювання за допомогою інформаційно-телекомунікаційних мереж, у тому числі Інтернету. Розв'язання проблем у сфері електронної торгівлі можливе шляхом застосування комплексного підходу до вирішення питань забезпечення інтересів ***споживачів***, що передбачає розвиток та взаємодію всіх складових системи захисту їх прав в Україні, зокрема, правового забезпечення, що має включати й закріплення в пропонованому кодифікаційному акті цифрової економіки положень щодо відповідальності продавця у сфері електронної комерції за: ненадання/нерозкриття передбаченої законодавством інформації; надання недостовірної інформації; незберігання інформації про укладений договір; застосування (без укладення агентських договорів) послуг інших суб'єктів підприємництва, задіяних в інтернет-торгівлі на боці продавця в інших місцевостях, де розташовані склади продавця; ненадання (ненадсилання) покупцеві електронного документа про підтвердження укладення договору на погоджених сторонами умовах.

Складність цифрової економіки, стрімкий її розвиток з огляду на появу нових технологій зумовлює необхідність вирішення цілого комплексу проблем як правового характеру (щодо захисту інформації, обміну інформацією вищезгаданих та ін.), так і іншого, в т.ч. технічного характеру (адже цифрова економіка – породження технічного прогресу). Тому проблемами цифрової економіки цікавляться представники різних наук, а правова складова у їх (проблем) вирішенні посідає значне місце і зумовлює не лише адекватне правове регулювання (у формі згаданого тут кодифікаційного акта про цифрову економіку) та реалізацію його на практиці, а й ґрунтовні наукові дослідження (дисертаційні й монографічні).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Commission outlines next steps towards a European data economy. URL: http://europa.eu/rapid/ press-release_IP-17-5_en.htm (дата звернення: 31.08.2017).
2. Digital Economy Act 2017. Wikipedia. URL: https://en.wikipedia.org/ wiki/Digital_Economy_Act_2017 (дата звернення: 05.09.2017).
3. Digital Economy Act 2017. Legislation.gov.uk. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/30/ contents/enacted (дата звернення: 08.09.2017).
4. Цифровая экономика. Как мы будем жить в эру digital. URL: http://blog.easypay.ua/ru/tsifrovaya-ekonomika-kak-myi-budem-zhit-v-eru-digital/ (дата звернення: 18.11.2017).
5. Цифрова економіка здатна стрімко підвищити ВВП – Гройсман. URL: https://www.ukrinform.ua/ rubric-economy/2300896-cifrova-ekonomika-zdatna-strimko-pidvisiti-vvp-grojsman.html (дата звернення: 18.11.2017).
6. ІТ-право: теорія та практика: навч. посібник / Авт. кол-в; за ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової. Одеса: Феникс, 2017. 472 с.
7. Кузьміна М. М. Правове регулювання захисту прав споживачів в Інтернет-торгівлі // Право та інновації, 2014. № 3 (7). С. 36–42.
8. Язвінська О. М. Цивільно-правова відповідальність за порушення законодавства про захист прав споживачів // Економіка та управління на транспорті, 2016. Вип. 2. С. 255–261.
9. Юрій Асадчев. Ринок електронної комерції в Україні: поточний стан та перспективи розвитку, проблеми правового регулювання. URL: http://lexliga.com/ua/novosti/rinok-elektronnoi-komerczi (дата звернення: 25.09.2017).
10. Веретюк С. М., Пілінський В. В. Визначення пріоритетних напрямків розвитку цифрової економіки в Україні // Наукові записки Українського науково-дослідного інституту зв'язку, 2016. № 2 (42). С. 51–58.
11. Борецька І. Ю., Марєєв С. В., Степова С. В. Електронна комерція як складова частина електронного бізнесу. URL: http://www.rusnauka.com/ 15_APSN_2010/Informatica/67272.doc.htm (дата звернення: 07.11.2016 р.).
12. Апалькова В. В. Концепція розвитку цифрової економіки в Євросоюзі та перспективи для України // Вісник Дніпропетровського університету. Серія «МЕНЕДЖМЕНТ ІННОВАЦІЙ», 2015. Випуск 4. С. 9–18.
13. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. URL: http://eur-lex.europa.eu (дата звернення: 27.09.2017).

14. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts. URL: http://eur-lex.europa.eu (дата звернення: 25.09.2017).

15. Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 р. // ВВР України, 2015. № 45. Ст. 410.

16. Proposed Directive establishing the European Electronic Communications Code. URL: https://ec.europa.eu/ digital-single-market/en/news/proposed-directive-establishing-european-electronic-communications-code (дата звернення: 08.09.2017).

17. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 р. // ВВР України, 2003. № 36. Ст. 276.

18. Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 р. // ВВР України, 2003. № 36. Ст. 276.

19. Про електронні довірчі послуги: Закон від 05.10.2017 р. // Урядовий кур'єр від 08.11.2017. № 210.

20. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // ВВР України, 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.

21. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // ВВР України, 2003. № 40. Ст. 356.

22. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. // Офіційний вісник України, 2010. № 92.

23. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27.02.2014 р. // ВВР України, 2014. № 13. Ст. 222.

24. Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності: Закон України від 06.09.2005 р. // ВВР України, 2005. № 48. Ст. 483.

25. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. // ВВР України, 2011. № 32. Ст. 314.

26. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.05.2003 р. // ВВР України, 2003, № 31–32. Ст. 263.

27. Положення про електронні гроші в Україні, затверджене постановою Правління Національного банку України від 04 листопада 2010 року № 481 // Офіційний вісник України, 2010. № 100. Ст. 3571.

28. Концепція розвитку електронного урядування в Україні, затв. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2017 р. № 649-р // Офіційний вісник України, 2017. № 78.

29. Положення про Державне агентство з питань електронного урядування України, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 1 жовтня 2014 р. № 492 // Офіційний вісник України, 2014. № 80. Ст. 2269.

30. Порядок функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків, затв. постановою Кабінету Міністрів України № 166 від 24 лютого 2016 р. // Офіційний вісник України від 25.03.2016, 2016. № 22. С. 13. Ст. 855.

31. Деякі питання підготовки проектів актів законодавства в електронній формі: Постанова Кабінету Міністрів України № 608 від 18.08.2017 // Офіційний вісник України від 05.09.2017, 2017. № 69. Ст. 2073.

32. Постанова Верховної Ради України від 20.09.2016 № 1521 «Про направлення на повторне перше читання проекту Закону України про електронні комунікації» (реєстр. № 3549-1) // ВВР України, 2016. № 40. Ст. 629.

33. Наказ Мінфіну України від 14.07.2017 р. № 637 «Про затвердження Порядку функціонування Електронного кабінету» // Офіційний вісник України, 2017 р. № 68. Ст. 2057.

34. Порядок обміну електронними документами з контролюючими органами, затв. Наказом Міністерства фінансів України № 557 від 06.06.2017. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0959-17 (дата звернення: 08.09.2017).

35. Electronic Business (E-Business). URL: https://www.techopedia.com/ definition/1493/electronic-business-e-business (дата звернення: 08.09.2017).

36. Definitione-business (electronic business). URL: http://searchcio.techtarget.com/ definition/e-business (дата звернення: 08.09.2017).

37. Electronic business – Wikipedia. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/ Electronic_business (дата звернення: 08.09.2017).

38. Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки, затв. Законом від 09.01.2007 // ВВР України, 2007. № 12. Ст. 102.

39. Стратегія розвитку інформаційного суспільства в Україні: схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 травня 2013 р. № 386-р // Офіційний вісник України, 2013. № 44. Ст. 1581.

40. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 05.04.2001 // ВВР України, 2001. № 29. Ст. 137.

41. Олександр Риженко. Digital by Default – принципи цифрової економіки**.** URL: https://nachasi.com/ 2017/07/12/digital-by-default-ukr/ (дата звернення: 18.11.2017).

42. European eGovernment Action Plan 2016-2020 / План действий Европейского электронного правительства 2016–2020 гг. URL: https://ec.europa.eu/ digital-single-market/en/european-egovernment-action-plan-2016-2020 (дата звернення: 19.11.2017).

43. Что представляет собой украинский Hi-Tech Office. URL: https://ain.ua/2016/08/01/chto-iz-sebya-predstavlyaet-ukrainskij-hi-tech-office (дата звернення: 19.11.2017).

44. «Digital Agenda for Ukraine» Робота набирає обертів! URL: http://www.ht-office.org/digital-agenda/ (дата звернення: 19.11.2017).

45. Положення про Міжгалузеву раду з питань розвитку електронного урядування, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 14 січня 2009 р. № 4 // ОВУ від 26.01.2009, 2009. № 3. Ст. 77.

46. Про захист прав споживачів: Закон від 12.05.1991 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1991. № 30. Ст. 379.

47. Більшість інтернет-магазинів працює поза законом про захист прав споживачів // Мультимедійна платформа іномовлення України. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-economics/2133247-bilsist-internetmagaziniv-pracue-poza-zakonom-pro-zahist-prav-spozivaciv.html (дата звернення: 10.05.2017).

48. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про захист прав споживачів» та деяких законодавчих актів України щодо заходів детінізації діяльності суб'єктів електронної комерції (№ 6754 від 17.07.2017). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62329 (дата звернення: 25.09.2017).

49. Лист Голови Правління Інтернет Асоціації України О. Федієнко за №130/1-4 від 24.07.2017 щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про захист прав споживачів» та деяких законодавчих актів України щодо заходів детінізації діяльності суб'єктів електронної комерції». URL: http://inau.ua/document/lyst-no1301-4-vid-24072017-shchodo-proektu-zakonu- ukrayiny-pro-vnesennya-zmin-do-zakonu (дата звернення: 24.09.2017).

50. Захист прав споживачів: Стандарти ЄС та України: Звіт ОФЕА/Офісу з фінансового та економічного аналізу у ВРУ. Авторський колектив: Патрік фон Браунмюль, Роксолана Байко, Людмила Васильєва. Київ, 10.05.2016. 40 с.

51. Концепція державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року: Схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 р. № 217-р / Урядовий портал. URL: http://www.kmu.gov.ua/ control/uk/cardnpd?docid=249869713 (дата звернення: 10.05.2017).

Vinnyk O. Digital economy: problems of integrated legal support.

The article is devoted to issues of integrated legal support of rapidly developing digital economy.

The foreign and Ukrainian experience of legal regulation of relations in the field of digital economy is analyzed. The peculiarities of legal support of this sphere in Ukraine are determined, namely:

– the number of legislative acts regulating certain types of digital economy relations;

– the launch of the Electronic Government, relevant departments and organizations;

– adoption of a plan of action in the digital sphere in accordance with the established principles;

– weak protection of consumer rights in e-commerce.

Concepts of e-governance development in Ukraine and the Concept of state policy in the field of consumer protection provide a number of measures, including improvement of legal regulation in the field of digital economy.

Keywords: digital economy; e-government; codification act of the digital economy.

ПРИНЦИПИ ЗДІЙСНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА В СВІТЛІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ 2017 РОКУ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.40

Дрішлюк В. І.,

кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри господарсько-правових дисциплін факультету № 4 Одеського державного університету внутрішніх справ

У статті досліджуються принципи (засади) здійснення судочинства у господарських справах у світлі останніх змін до господарського процесуального законодавства у 2017 р. На підставі аналізу норм чинного господарського процесуального законодавства України, теорії господарського процесуального та цивільного процесуального права сформульовані висновки щодо змісту принципів господарського судочинства в Україні та окреслені проблеми застосування норм господарського процесуального законодавства в процесі реалізації зазначених принципів.

Ключові слова: реформа, господарське процесуальне законодавство, господарське судочинство, принципи.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями

Черговий етап реформування українського законодавства пов'язаний із запровадженням принципових змін до процесуального законодавства, Конституції України [1], Закону України «Про судоустрій та

статус суддів» [2] та інших законодавчих актів. Не є виключенням і Господарський процесуальний кодекс України [3], норми якого багато років потребували оновлення та перегляду. Принципові зміни, що запроваджені судовою реформою в частині представництва адвокатами інтересів осіб, що беруть участь у судовому процесі, порядку розгляду окремих категорій справ залежно від їх класифікації та ін., повинні втілюватися, виходячи з принципів здійснення судочинства у господарських справах. Еволюція принципів господарського судочинства спостерігається з 1991 р. з часів ще Арбітражного процесуального кодексу України. Розвиток господарського процесуального законодавства та науки господарського процесуального права дозволили сформулювати специфічні, притаманні саме господарському процесу, принципи здійснення судочинства, серед яких – принцип оперативності, досудового врегулювання господарських спорів та ін. Зміна виробничих та економічних відносин, політичного та економічного курсу країни зумовлюють зміни не тільки в матеріальному законодавстві, а й в процедурах розгляду та вирішення спорів, що виникають між учасниками господарських правовідносин. Вироблення та закріплення в законодавстві принципів, на яких здійснюватиметься розгляд та вирішення господарських справ, є одним з головних питань, які вирішуються з прийняттям або зміною процесуального законодавства. На сьогодні проектом Господарського процесуального кодексу України передбачено статтю 2, частина 3 якої визначає нову систему принципів здійснення господарського судочинства. Нові принципи господарського судочинства потребують вивчення та аналізу щодо відповідності цілям господарського судочинства та з точки зору історичного аналізу еволюції господарського процесуального законодавства в цій частині та задоволення потреб суб'єктів господарських правовідносин у розгляді та вирішенні їх спорів у суді.

Метою статті є розгляд принципів здійснення господарського судочинства за перспективним господарським процесуальним законодавством України, запропонованим судовою реформою 2017 р., з'ясування їх змісту та виявлення можливих проблем в їх застосуванні на практиці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Виклад основного матеріалу дослідження

Питання сутності принципів судочинства, в т. ч. у господарських справах, були предметом уваги відомих правників-вчених майже у всіх галузях права, зокрема О. А. Беляневич, Ю. В. Білоусова, О. М. Вінник, В. М. Дем'яка, О. В. Дзери, Л. Є. Зуєвої, Н. С. Кузнєцової, С. О. Короєда, О. П. Подцерковного, Д. М. Притики, В. С. Щербини та інших.

Для з'ясування сутності принципів господарського процесуального законодавства слід визначитися із правовою категорією принципів (засад) права. До того ж слід зазначити, що в формулюванні ст. 2 ГПК України законодавець фактично ототожнює поняття принципів та засад, що відображає домінуюче у правовій літературі розуміння засад та принципів як основних, визначальних ідей та уявлень про право, на підставі яких здійснюється регулювання відповідних суспільних відносин. Якщо проаналізувати погляди на поняття принципів права, то можна уявити, що засади є певною частиною (складовою) поняття принципу або його синонімом (О. О. Красавчиков [4], С. С. Алексєєв [5], М. О. Стефанчук [6], Є. О. Харитонов [7] та ін.). У той же час у літературі можна зустріти думки про необхідність поділу таких категорій, як принципи і засада. Наприклад, В. Н. Баландін зазначає, що визначати принципи через поняття засад неприйнятно, оскільки засади більшою мірою означають правило, а принцип за своїм змістом ближче до поняття ідеї [8, с. 5].

Принципами права визнаються такі відправні (основні) положення, які виражають найважливіші закономірності розвитку права, визначають його головні риси, характеризуються найвищим рівнем імперативності й загальною значимістю, відбивають об'єктивну необхідність побудови й зміцнення певного суспільного ладу [9, с. 252]. Необхідно зазначити, що думка про принципи права як категорію, що визначає загальні риси права, є дискусійною в літературі.

Принципи права розглядаються як правова категорія, що формувалася протягом багатьох десятиліть з моменту, коли право стало частиною культури людства, і відносяться до таких правових цінностей, як громадянське суспільство, правова держава, справедливість, свобода та ін. [10, с. 29].

Одночасно принципи права розглядаються не тільки як власне ідеї, певні вихідні положення, а й як такі положення та ідеї, що втілені в законодавстві. Принципи в праві – це основні вихідні положення, які юридично закріпляють об'єктивні закономірності суспільного життя [11, с. 163].

На думку Л. Є. Зуєвої, виходячи з лексичного значення слова, принципами господарського процесуального права (процесу) називають фундаментальні його положення, основоположні правові ідеї, закріплені в нормах права найбільш загального характеру [12, с. 19].

Принципи господарського процесу – це основні засади, що визначають характер організації господарського суду, його діяльності щодо здійснення правосуддя у господарських відносинах [13, с. 22]. Далі в цьому ж джерелі зазначається, що принципи (засади) судочинства незалежно від галузевої приналежності розуміють як передбачені законодавством пов'язані з метою і завданням останнього основні ідеї, які відображають специфіку інститутів, стадій, особливості процесуальної діяльності суду та всіх інших учасників процесу [14, с. 125].

У джерелах з цивільного процесуального права можна знайти різні думки про сутність принципів цивільного судочинства. Так, у підручнику з цивільного процесу за редакцією Ю. С. Червоного наводиться огляд розуміння принципів цивільного процесуального права: виражені в ньому керівні засади, що характеризують його зміст та відображають особливості цієї галузі права [15, с. 33]; основні засади здійснення правосуддя у цивільних справах, що закріплені нормами цієї галузі, або його основну, керівну ідею [16, с. 6]; теоретичні положення, які виражають необхідність визначення способів та форм регулювання суспільних відносин державою, що обумовлені суб'єктивними закономірностями суспільного розвитку [17, с. 31]; корінні основи цивільного процесуального права [18, с. 45]; керівні положення, що мають певне значення для всієї системи права, його процесуальних інститутів та виражають найбільш суттєві риси цієї галузі права [19, с. 16]. Як слушно зазначає В. Комаров, одним із недоліків цього визначення є те, що в ньому не знайшла свого відображення така суттєва ознака принципів, як нормативне закріплення [20, с. 150]; основні ідеї, уявлення про суд і правосуддя, які закріплюються в нормах цивільного процесуального права і внаслідок цього стають його основними положеннями, якісними особливостями, які визначають характер процесуального права, порядок його реалізації та перспективи подальшого розвитку [21, с. 14]. Принципи будь-якої галузі права – це основні положення, характерні для всіх чи більшості інститутів певної галузі права та закріплені в її нормах. Принципи цивільного процесуального права, як зазначається в літературі, виражають панівні в певному суспільстві ідеї щодо суду та правосуддя у цивільних справах [22, с. 28].

Принципи права виконують функцію нормативних підстав права та виступають як орієнтир його формування, відображають його сутність та сутність усієї правової системи держави [23, с. 19]. К. С. Юдельсон під принципами права розумів теоретичні положення, що втілюють необхідність визначених засобів та форм правового регулювання суспільних відносин державою, що зумовлені об'єктивними закономірностями суспільного розвитку [24, с. 31–32]. На думку Н. А. Чечіної, принципи цивільного процесуального права – це основні ідеї, положення, керівні засади з питань здійснення правосуддя у цивільних справах, закріплені нормами цивільного процесуального права [25, с. 52]. М. А. Гурвич вважав, що принципи цивільного процесуального права є керівними положеннями, що мають керівне значення для інститутів та втілюють найбільш суттєві риси цієї галузі права [26, с. 16].

На думку А. В. Андрушко, у принципах цивільного процесуального права відображаються основні засади функціонування права та здійснення судочинства [27, с. 18].

Відповідно до ст. 124 Конституції України та Закону України «Про судоустрій та статус суддів» в Україні діє система господарських судів, на яку покладено вирішення судових спорів, що виникають між суб'єктами господарювання.

Відповідно до ст. 2 ч. 3 ГПК України основними засадами (принципами) господарського судочинства є: 1) верховенство права; 2) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; 3) гласність і відкритість судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; 4) змагальність сторін; 5) диспозитивність; 6) пропорційність; 7) обов'язковість судового рішення; 8) забезпечення права на апеляційний перегляд справи; 9) забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у визначених законом випадках; 10) розумність строків розгляду справи судом; 11) неприпустимість зловживання процесуальними правами; 12) відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення.

Метою цієї статті не є класифікація принципів господарського судочинства, тому лише зазначимо, що в науці господарського процесуального права (власне як і в науці цивільного процесуального) існує поділ принципів залежно від підстави на: конституційні, галузеві, міжгалузеві, функціональні, організаційні та ін. Зупинимося на характеристиці принципів, що містяться в ст. 2 проекту змін ГПК України і які визначають на сьогодні основні ідеї судового провадження у господарських справах.

Принцип верховенства права фактично не є новим для процесуального законодавства, щоправда, на рівні процесуального законодавства такий принцип раніше не містився, але застосовувався, виходячи зі ст. 8, 129 Конституції України. Сутність цього принципу судочинства полягає в обов'язку суду керуватися нормами права, в домінуванні ідеї права над інтересами окремих учасників процесу та інтересами держави.

У тому значенні, в якому його слід розуміти як *«rules of law»,* верховенство права є невід'ємною частиною будь-якого демократичного суспільства. В рамках цього поняття вимагається, щоб усі, хто наділений повноваженнями ухвалювати рішення, ставилися до кожного з виявом поваги, на основі рівності та розумності й відповідно до закону, і щоб кожен мав можливість оскаржити незаконність рішень у незалежному та безсторонньому суді, де кожен має бути забезпечений справедливими процедурами. Отже, предметом верховенства права є здійснення влади і стосунки між особою та державою [28, с. 171]. Слід також зазначити про необхідність відмежування цього принципу від принципу законності та верховенства закону. До речі, в зазначеній вище доповіді зазначалося про певне спотворення принципу верховенства права і ототожнення із верховенством закону, або заміною на владарювання за законом та ін. Стосовно необхідності відмежування верховенства права від верховенства

закону слід також зазначити підходи, вироблені ОБСЄ, серед яких верховенство права слід відмежовувати від формальної законності, яка забезпечує введення і дотримання демократичних процедур в суспільстві, але означає також і справедливість, засновану на сприйнятті людини як найвищої цінності і гарантуванні інститутами держави її найповнішого розвитку [28, с. 173].

У процесуальному аспекті верховенство права означає також гарантування конституційного контролю через судові процедури, забезпечення прозорості судових процедур, справедливе застосування закону, уникнення свавілля, рівність перед законом, відповідальність перед законом. У зв'язку із таким тлумаченням принципу верховенства права актуалізується питання про суддівський розсуд та застосування суддями норм права, а також слідування принципам права у разі законодавчої невизначеності щодо конкретної ситуації у судовій справі.

Принцип рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом логічно слідує із принципу верховенства права, і в цьому контексті є необхідним підкреслити рівність прав та обов'язків учасників судового процесу, а також неможливість домінування «вищих інтересів держави», певних груп учасників господарської діяльності та ін. Відтак цікавим представляється перегляд методів регулювання господарських процесуальних відносин, а опосередковано й господарських відносин у частині забезпечення балансу диспозитивних та імперативних засад їх регулювання. Слід також зазначити, що такий принцип також міститься в ст. 129 Конституції України і є запровадженням на галузевому рівні відповідного конституційного принципу. Рівність всіх учасників процесу перед законом та судом означає, що правосуддя у господарських справах здійснюється судом незалежно від того, яке походження, соціальний та майновий стан, стать, освіту, мову, відношення до релігії та характер заняття, місце проживання тощо має учасник процесу.

Гласність і відкритість судового процесу та його повне фіксування технічними засобами також відомі новітньому господарському процесуальному законодавству. До того ж в історичній ретроспективі господарське судочинство було першим, що вводило поняття інформаційно-технічного забезпечення процесу і відповідної плати за таке забезпечення. В новому ГПК України на реалізацію цього принципу в ст. 6 ГПК України передбачено створення Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, яка, зокрема, забезпечує фіксування судового процесу і участь учасників судового процесу в судовому засіданні в режимі відеоконференції. Крім того, суд під час розгляду справи в судовому засіданні здійснює повне фіксування його перебігу за допомогою відео- та (або) звукозаписувального технічного засобу, крім випадків, передбачених ГПК України. Конкретні правила здійснення фіксування судового процесу, а також права учасників процесу в зв'язку з таким фіксуванням передбачені главою 7 ГПК України. Гласність і відкритість судового процесу, а також його повне фіксування технічними засобами передбачено ст. 129 Конституції України і, відповідно такий принцип знайшов своє закрпілення й на галузевому рівні. Стаття 9 ГПК України передбачає, що розгляд справ у господарських судах проводиться усно і відкрито, крім випадків, передбачених ГПК України. Будь-яка особа має право бути присутньою у відкритому судовому засіданні. Особи, присутні в залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити у залі судового засідання фотозйомку, відео- та аудіозапис з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, встановлених цим Кодексом. Трансляція судового засідання здійснюється з дозволу суду. Якщо всі учасники справи беруть участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції, здійснюється транслювання перебігу судового засідання в мережі Інтернет в обов'язковому порядку. Одночасно в статті визначено випадки, коли суд має право обмежити чи заборонити застосування технічних засобів особами, що присутні в залі, а також прийняти рішення про проведення закритого судового засідання чи його частини шляхом постановлення відповідної ухвали. Слід зазначити, що ст. 9 ГПК України стала предметом дискусії і досить обґрунтованої критики з боку громадськості в частині непрозорих правил запровадження закритого судового засідання та можливості свавільного тлумачення суддями поведінки осіб, що здійснюють зйомку процесу і які нібито можуть створювати перешкоди у веденні судового процесу чи реалізації учасниками процесу їх прав та обов'язків.

Змагальність, як і диспозитивність, є головними принципами, що забезпечують можливість учасникам процесу користуватися своїми правами та виконувати обов'язки, а також досягати мети звернення до суду. Принцип змагальності відомий процесуальному законодавству з найдавніших часів і з плином часу його сутність лише вдосконалювалася. Змагальність сторін як принцип судочинства означає, що сторони та інші учасники процесу мають рівні, забезпечені законом можливості для доведення перед судом переконливості своєї правової позиції. Принцип змагальності безпосередньо регулює дії сторін у самому процесі розгляду й вирішення конкретної справи, а також дії суду (зокрема, щодо збирання й дослідження доказів). Зміст принципу змагальності становить сукупність норм процесуального права, що встановлюють права і обов'язки учасників процесу з захисту своїх прав, які забезпечують винесення обґрунтованого й законного рішення у справі при активній ролі суду, наділеного функціями зі здійснення правосуддя, управління і керування процесом [23, с. 29].

Іншим важливим принципом господарського процесу, що забезпечує здійснення своїх процесуальних прав учасниками процесу, є принцип диспозитивності. Сутність принципу диспозитивності зводиться до надання законодавством учасникам процесу вільно користуватися своїми процесуальними правами. Тому учасники процесу самостійно вирішують питання звернення до суду з заявами, клопотаннями щодо оскарження судових рішень і т. д. Особа, що звертається до суду, не може бути примушена до здійснення її прав без її на те волі. Принцип диспозитивності процесуального права – це основна ідея, що втілює свободу учасників процесу, які мають у справі матеріально-правовий та процесуальний інтерес здійснювати свої матеріальні права для захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів засобами, встановленими процесуальним законодавством [23, с. 29]. Як правильно зазначається в процесуальній літературі, головними суб'єктами, на яких впливає принцип диспозитивності, є сторони та треті особи із самостійними та без самостійних вимог на предмет спору. Дія принципу диспозитивності не є безмежною, і права позивача можуть бути обмежені законом, наприклад, в частині зміни предмета чи підстави позову на стадії розгляду справи в суді.

Принцип пропорційності є одним із проявів принципу верховенства права, який полягає у забезпеченні балансу приватних та публічних інтересів, допущенні необхідного державного впливу у приватні відносини. В зв'язку з цим допускається обмеження певних прав з огляду на істотні цілі таких обмежень. Такі обмеження запроваджуються на підставі обґрунтованих заходів таким чином, щоб мінімально торкатися прав особи, яка піддається такому впливу. Вважається, що зміст такого принципу більш притаманний нормам матеріального права, зокрема господарського, коли необхідність забезпечення розвитку економіки в державі зумовлює запровадження державою механізмів регулювання господарських відносин, обмеження свободи договору. В господарському процесуальному праві принцип пропорційності не має бути визначальним щодо розгляду та вирішення господарських справ. Він не має впливати на рівність учасників процесу перед законом і судом і може виявлятися у застосуванні судом заходів забезпечення позову, в процесі ухвалення судового рішення, яким обмежуються конкретні права учасника процесу.

Обов'язковість судового рішення як принцип господарського судочинства означає, що судове рішення виконується на всій території України і підлягає виконанню всіма суб'єктами, що їх стосується, та всіма органами, на які покладено функції примусового виконання судового рішення. Відповідно до ст. 124 Конституції України судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій її території. Однією з основних засад судочинства ч. 9 ст. 129 Конституції України визначає обов'язковість судового рішення. В цьому контексті судове рішення слід розуміти як будь-який судовий акт, що приймається судом від імені держави, і який містить певний владний припис (рішення) із конкретного питання.

Забезпечення права на апеляційний перегляд справи як принцип господарського судочинства є відносно новим, оскільки сам інститут апеляційного перегляду судових актів запроваджено в зв'язку з одним з етапів судової реформи в 2001 р. Крім того, власне як принцип господарського судочинства він не був закріплений в господарському процесуальному законодавстві, і тому це можна вважати новелою законодавства. Перегляд в апеляційному порядку є одним із засобів забезпечення обґрунтованості та законності судового рішення і одночасно гарантією отримання належного судового захисту особою, що звертається до суду.

Принцип забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у визначених законом випадках є також новелою господарського процесуального законодавства, оскільки нормативно в Господарському процесуальному кодексі України такого принципу не було визначено. Інститут касаційного оскарження судових актів є також однією з гарантій судового захисту і засобом усунення помилок, що можуть бути допущені судами нижчих інстанцій під час ухвалення судових рішень. Формулювання принципу забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у передбачених законом випадках вказує на те, що правом касаційного оскарження можна скористатися не в будь-якому випадку, а лише у випадках, передбачених ст. 288 ГПК України. З огляду на цілі касаційного оскарження певні непорозуміння викликає обмеження права касаційного оскарження законом, особливо якщо детально проаналізувати положення ст. 288 ГПК України, яка, зокрема, оперує такими оціночними поняттями, як «фундаментальне значення», «значний суспільний інтерес», «виняткове значення» і т. ін. Перш за все, викликає непорозуміння поняття «малозначності» судової справи, оскільки не для кожного суб'єкта господарювання сума у розмірі до 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб є незначною. Спадає на думку, що хоча питання механізмів касаційного оскарження в господарському процесі повинно стати предметом окремого дослідження, питання про «обмеженість» права на касаційне оскарження повинно бути переглянуто.

Розумність строків розгляду справи судом як принцип господарського судочинства нормативно визначений в ГПК України і передбачає обов'язок суду розглянути справу у встановлені законом строки з урахуванням особливостей, передбачених ГПК України. Стаття 196 ГПК України передбачає, що суд має розпочати розгляд справи по суті не пізніше ніж через шістдесят днів з дня відкриття

провадження у справі, а у випадку продовження строку підготовчого провадження – не пізніше наступного дня з дня закінчення такого строку. Одночасно суд розглядає справу по суті протягом тридцяти днів з дня початку розгляду справи по суті. В свою чергу, ст. 115 ГПК України надає поняття розумності процесуальних строків. Суд має встановлювати розумні строки для вчинення процесуальних дій. Строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданню господарського судочинства. Слід зазначити, що раніше діюча редакція ГПК України в ст. 69 передбачала строк у 2 місяці для розгляду господарського спору з моменту отримання позовної заяви. Строк міг бути продовжений за клопотанням сторони, але не більше ніж на 15 днів. І хоча нормативне визначення розумності строків судочинства як його принципу є важливим кроком у розвитку процесуального законодавства, встановлення строків розгляду справи, які у підсумку становлять три місяці, навряд чи сприяє закріпленню такого принципу судочинства, і має прямий негативний вплив на принцип оперативності розгляду господарських спорів.

Принцип неприпустимості зловживання процесуальними правами є новим для процесуального законодавства України. Необхідність протидії зловживанню процесуальними правами є однією з нагальних потреб сучасної судової системи. Законодавцем в ст. 44 ГПК України визначена заборона учасникам процесу зловживати своїми процесуальними правами. Проте закон прямо визначає, що безумовно є зловживання процесуальними правами, оскільки суд може визнати такі дії залежно від конкретних обставин. Закон відносить до таких випадків подання скарги на судове рішення, яке не підлягає оскарженню, необґрунтоване або штучне об'єднання позовних вимог з метою зміни підсудності справи, подання кількох позовів до одного й того ж самого відповідача (відповідачів) з тим самим предметом та з тих самих підстав, або подання кількох позовів з аналогічним предметом і з аналогічних підстав або вчинення інших дій, метою яких є маніпуляція автоматизованим розподілом справ між суддями і т. д. Стаття 247 ч. 2 ГПК України встановлює, що суд може постановити окрему ухвалу у випадку зловживання процесуальними правами, порушення процесуальних обов'язків, неналежного виконання професійних обов'язків (в тому числі, якщо підписана адвокатом чи прокурором позовна заява містить суттєві недоліки) або іншого порушення законодавства адвокатом або прокурором. Інше питання, що заборона дій, які можуть бути розцінені як зловживання процесуальними правами, роззброює представників сторін у певних категоріях спорів. Певне затягування судового процесу іноді має на меті змінити позицію іншої сторони, яка навіть на шкоду власним інтересам принципово не бажає, наприклад, продажу частки майна співвласника і т. д. Правила, визначені в ГПК України щодо зловживання процесуальними правами та наслідків такого зловживання, є прийнятними для судової системи, що ідеально функціонує. В сучасних умовах подання кількох позовів, що передбачають один і той же самий суб'єктний склад, предмет і підстави позову, має на меті не стільки розподіл справи на суддю, на якого можна чинити вплив, скільки потрапляння судової справи до судді, який має достатню кваліфікацію, досвід роботи для того, щоб її вирішити. Окреме непорозуміння викликає можливість постановлення окремої ухвали судом стосовно адвоката або прокурора, позовна заява якого містить суттєві недоліки, або у випадку іншого порушення ними законодавства, оскільки такі формулювання можуть призвести до зловживання своїми процесуальними правами окремими суддями стосовно адвокатів чи прокурорів, що займають принципові позиції у справах. Слід згадати зміни до процесуального законодавства 2010 р., коли апеляційна інстанція була позбавлена права повертати справи на новий судовий розгляд. Такими змінами не тільки було запроваджено швидкість розгляду судових справ, а й ліквідовано механізми недбалого ставлення до власних обов'язків суддів апеляційної інстанції і фактично зловживання правами, наданими законом. У зв'язку з цим вбачається, що запровадження механізмів протидії зловживання процесуальними правами слід вводити поступово, і на перших етапах обмежити або заборонити застосування штрафів, передбачених ст. 136 ГПК України у випадку зловживання процесуальними правами учасником процесу. Відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення, як принцип господарського процесу є логічним втіленням положень діючого законодавства і судової практики з метою компенсації витрат, що були понесені особою в зв'язку з необхідністю захисту в суді власного права або інтересу. Разом з тим таке відшкодування має включати і відшкодування витрат на правову допомогу, яка надається відповідними адвокатами. Стаття 124 ГПК України визначає, що судові витрати складаються з судового збору та витрат, пов'язаних з розглядом справи. До витрат, пов'язаних з розглядом справи, належать витрати: 1) на професійну правничу допомогу; 2) пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів, експертів та проведенням експертизи; 3) пов'язані з витребуванням доказів, проведенням огляду доказів за місцем їх знаходження, забезпеченням доказів; 4) пов'язані з вчиненням інших процесуальних дій, необхідних для розгляду справи або підготовки до її розгляду. Статтею 127 ГПК України передбачено, що витрати, пов'язані з правничою допомогою адвоката, несуть сторони, крім випадків надання правничої допомоги за рахунок держави. В той же час, розмір витрат на оплату послуг адвоката має бути співмірним із: 1) складністю справи та виконаних адвокатом робіт (наданих послуг); 2) часом, витраченим адвокатом на виконання відповідних робіт (надання послуг); 3) обсягом наданих адвокатом послуг та виконаних робіт; 4) ціною позову та (або) значенням справи

для сторони, в тому числі впливом вирішення справи на репутацію сторони або публічним інтересом до справи. В господарському процесі з метою компенсації витрат на правову допомогу не застосовується Закон України «Про граничний розмір компенсації витрат на правову допомогу у цивільних та адміністративних справах» та постанова Кабінету Міністрів України від 27.04.2006 № 590 «Про граничні розміри компенсації витрат, пов'язаних з розглядом цивільних та адміністративних справ, і порядок їх компенсації за рахунок держави», про що зазначається в Пленумі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування розділу VI Господарського процесуального кодексу України» № 7 від 21.02.2013 року [24].

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки.

Система принципів господарського судочинства має вирішальне значення для здійснення судочинства в господарських справах. Принципи господарського судочинства – це основні ідеї, засади, уявлення про порядок здійснення судочинства у господарських справах, що нормативно визначені в господарському процесуальному законі. Розвиток господарського процесуального законодавства зумовлює появу нових і вдосконалення змісту вже відомих принципів здійснення судочинства. Оновлення господарського процесуального законодавства в результаті прийняття змін до Господарського процесуального кодексу України 3 жовтня 2017 р. зумовлює появу зміненої системи принципів господарського судочинства. Серед нових принципів, що були відомі, але на сьогодні стали законодавчо визначеними, слід зазначити: принцип забезпечення права на апеляційний перегляд справи; забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у визначених законом випадках, пропорційності, неприпустимості зловживання процесуальними правами, відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення, розумності строків розгляду справи судом. Принципи верховенства права, рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, гласності і відкритості судового процесу та його повного фіксування технічними засобами, змагальності сторін, диспозитивності, обов'язковості судового рішення мають своє відображення в нормах Конституції України і знайшли визначення в нормах ГПК України. Вбачається, що норми законодавства, за допомогою яких розкривається зміст принципів господарського судочинства, підлягають перегляду, оскільки ідеї, що визначені нормами-принципами, не завжди можуть бути втілені в правову дійсність за допомогою процедурних норм, а іноді навіть можуть бути використані на шкоду учасникам процесу. У зв'язку з цим вважаємо, що проблеми, пов'язані з реалізацію принципу верховенства права в контексті дотримання норм європейського законодавства, його співвідношення з принципом законності, зловживанням процесуальними правами та чітким визначенням таких випадків в законодавстві, віднайдення балансу в законодавчому визначенні випадків зловживання процесуальними правами, допущенням суддівського розсуду і застосуванням норм, що передбачають наслідки такого зловживання, а також можливість «обмеженої» реалізації права на касаційне оскарження судового рішення становлять окремі напрямки подальших наукових розвідок.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Конституція України: Закон України № 254к/96 - ВР від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України, 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 07 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України, 2010. № 44–45. Ст. 529.

3. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991р. // Відомості Верховної Ради України, 1992. № 6. Ст. 56.

4. Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Сб. научн. трудов СЮИ. Вып. 27. Свердловск, 1973. С. 10–18.

5. Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. М.: Юрид. лит., 1981. Т. 1. 359 с.

6. Стефанчук М. О. Здійснення суб'єктивних цивільних прав: дис. канд. юрид. наук. 12.00.03. К., 2006. 202 с.

7. Харитонов Є. О. Цивільне право України (традиції і новації): монографія / Авт. кол.; за заг. ред. Є. О. Харитонова, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової; наук. ред. Н. Ю. Голубєва. Одеса: Фенікс, 2010. 700 с.

8. Баландин В. П. Принципы юридического процесса: автореф. дис. на здобуття наук, ступеня канд. юрид. наук.: спец 12.00.03 «Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право». Саратов, 1998. 18 с.

9. Цивільне право України: підручник: 2-е вид., допов. і перероб. У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. К.: Юрінком Інтер, 2004. Кн. 1. 736 с.

10. Вязов А. Л. Принцип справедливости в современном российском праве и правоприменении (теоретико-правовое исследование): дис. канд. юрид. наук. 12.00.01. М., 2001. 155 с.

11. Хропанюк В. Н. Теория государства и права: учеб. пособие / Под ред. проф. В. Г. Стрекозова. М: ИПП «Отечество», 1993. 344 с.

12. Зуєва Л. Є. Принципи господарського процесу: дис. канд. юрид. наук. 12.00.04. Одеса, 2012. 197 с.
13. Господарське процесуальне право України: підручник. К., 2009. 360 с.
14. Городовенко В. Принцип незалежності суддів і підкорення їх лише законові як один з основних принципів судочинства в Україні // Право України, 2002. № 4. С. 125.
15. Гражданский процесс / Под общей ред. К. С. Юдельсона. М., 1972. С. 33.
16. Боннер А. Т. Принцип диспозитивносги советского гражданского процессуального права. М., 1987. С. 6.
17. Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 31–32.
18. Клейнман А. Ф. Советский гражданский процесс. М., 1954. С. 45.
19. Советский гражданский процесс / Под ред. М. А. Гурвича. М., 1975. С. 16–17.
20. Проблемы наук и гражданского процессуального права / Под ред. В. В. Комарова. Харьков, 2002. С. 150.
21. Тертышников В. И. Гражданский процесс (Курс лекций). Харьков, 2002. С. 14.
22. Цивільний процес України: підручник / За ред. Ю. С. Червоного. К., 2007. 392 с.
23. Цивільний процес України: підручник. Х., 2012. 496 с.
24. Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 31–32.
25. Чечина Н. А. Актуальные проблемы теории и практики гражданского процесса. Л., 1979. С. 52.
26. Советский гражданский процесс / Под ред. М. А. Гурвича. М., 1975. С. 16–17.
27. Цивільний процес: навч. посіб. / А. В. Андрушко, Ю. В. Білоусов, Р. О. Стефанчук, О. І. Угриновська та ін. / За ред. Ю. В. Білоусова. К., 2006. 293 с.
28. Верховенство права (Доповідь, схвалена Венеціанською Комісією на 86 пленарному засіданні 25–26 березня 2011 року) // Право України, 2011. № 10. С. 168–184.
29. Про деякі питання практики застосування розділу VI Господарського процесуального кодексу України: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 7 від 21.02.2013 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va007600-13/page2 (дата звернення: 29.11.2017).

Drishlyuk V. Principles of implementation of commercial legal proceedings in the light of the judicial reform of 2017

The scientific article deals with the study of the principles of the implementation of commercial legal procedure in economic matters in the light of the latest changes in the commercial procedural legislation. Based on the analysis of the norms of the current commercial procedural legislation of Ukraine, the theory of commercial procedure and civil procedure law, conclusions are drawn about the content of the principles of economic legal proceedings in Ukraine and outlines the problems of applying the rules of commercial procedure legislation in the implementation of these principles. In particular, the problems associated with the implementation of the rule of law in the context of compliance with the norms of European legislation, its relationship with the principle of legality, the principle of the inadmissibility of abuse of procedural rights and other new and previously known principles of commercial litigation.

Keywords: reform, economic procedural legislation, economic legal proceedings, principles.

INTERNATIONAL VISION OF STANDARDIZATION AS A MEANS OF REGULATING ECONOMIC ENTITIES IN TERMS OF INSTABILITY AND GLOBALIZATION

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.41

Popovych T.,
Researcher of Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of NALS of Ukraine

Today, standardization as one of the manifestations of socio-economic formation affects the development and state of economic entities. The main factors that directly influence the further development of national standardization are a multi-vector foreign policy aimed at Ukraine's integration into the European Union, membership in the World Trade Organization, cooperation with other countries of the world. The understanding of standardization as organizing active activity in the field of regulation is analyzed. It is indicated by the erroneousness of the verbal translation of the «technical regulation» as an activity, and not an act of regulation. This led to the false understanding that there is a system of technical regulation in Europe along with standardization. It is proposed to build a national standardization system based on requirements based on international experience. There are seven such blocks of requirements.

Keywords: standardization, technical regulation, regulation, acts of legislation, economic activity, elimination of barriers to trade, self-regulation, voluntary and mandatory requirements.

On February 10, 2016, the new wording of the Law of Ukraine «On Technical Regulations and Conformity Assessment» defined the legal and organizational principles for the development, adoption and application of technical regulations and conformity assessment procedures provided for by them, as well as voluntary conformity assessment on the basis of international requirements. Today, standardization as one of the manifestations of socio-economic formation affects the development and state of the business people. The developments of society, the high pace of scientific and technological progress, and large-scale economic and social challenges have contributed to the increasing role of standardization. The main factors that directly influence the further development of national standardization are a multi-vector foreign policy aimed at Ukraine's integration into the European Union, membership in the World Trade Organization, cooperation with other countries of the world.

In the scientific literature, certain questions of standardization as a phenomenon, process and means of implementing the state policy in the field of legal provision of economic activity have already been the subject of research in scientific works: A. G. Bobkova, M. I. Braginsky, S. N. Bratus, M. D. Ginzburg, I. E. Zamoyskiy, G. L. Znamensky, A. S. Komarov, D. Kh. Lipnitsky, M. S. Malein, V. K. Mamutov, Yu G. Matveev, D. I. Sakoyan and many others.

The purpose of the article is to summarize the experience of standardization and to find out its significance for regulating economic activity in countries that have joined the world markets.

Ukraine, being a part of the USSR, joined the ISO, but did not take an active part in its activities, as the USSR did not aim at the globalization of its market and access to markets in other countries. At the same time, after the war, ISO is actively developing. Founded in 1947 with the slogan «friendship between peers» in 25 countries, today it has 163 members in its members.

It is also important to follow the development, when and what accents is placed on ISO (based on the materials and databases of the official website – www.iso.org [1]). In 1951, the first standard ISO / R1: 1951 was issued for standard temperature measurement for industrial length. In the future, the standard has been updated several times and today it is ISO 1: 2002 Geometrical Specifications (GPS) – Standard reference temperature for geometric product specification. That is, ISO's first steps have become standardization of requirements for units and measurement methods. The Development Committee of the developing countries (DEVCO) was created in 1961, and in 1968 it introduced a correspondent composition. This allows developing countries to be aware of the work of international standardization without full cost of membership in ISO. Similarly, there is potential benefit for developed countries as they are able to extend their requirements to other countries and expand their markets. That is, we are talking about the emergence of globalization processes in standardization.

In 1968, ISO publishes its first standard for freight containers. Cargo transportation and packaging are one of the areas where ISO is particularly active. Unification of packaging and methods of moving goods (global logistics aspects) allows for the promotion of goods around the world. End 60s of the twentieth century characterized by the end of «technical nationalism». That is, the slogan that arose at the beginning of the industrial revolution, the use of technology as a key item in strengthening the nation for its confidence in the uniqueness of the country's innovative development and the guarantees of the diffusion of technology among its own. International standardization leads to the need to spread knowledge and technology beyond the borders of individual countries.

In the early 70's of the twentieth century ISO focuses on security (environmental) issues. Particular attention is paid to the quality of air and water. At present, attention is focused on many objects: land quality, environmental management, renewable energy, etc. In 1987, ISO publishes its first quality management standard. The standards of the ISO 9000 series have gradually become part of the most famous and most popular standards. These standards are accepted by countries almost unchanged, because in the case of application symbolize the high level (class of enterprise) and the ability to rival.

Middle of 90s of the twentieth century is characterized by the development of digital technologies. ISO does not stand aside, but first creates an official page on the Internet, and since 2000 already even sells standards through the site. In those years, ISO launches a series of ISO 14000 environmental management systems. These standards provide tools for businesses and organizations that help them identify and control their environmental impact. In 2003, ISO expanded its scope to cover new technologies such as nanotechnology and biofuels. That is, we see that ISO monitors technological breakthroughs, helps to typify and unify innovation, and therefore, in 2005, the Joint Technical Committee ISO and IEC JTC1 launch ISO / IEC 27001 – the standard of information security management system. The explanation for such attention to this area is very simple – enterprises are becoming increasingly dependent on information technologies, and therefore ensuring the requirements for this system and minimizing risks becomes more and more important in corporate practice.

In 2010, ISO actively supports work on social responsibility, which leads to the launch of the ISO 26000 standard. This is the first international standard containing guidelines for social responsibility. Since social responsibility has become a daily part of business, the ISO 26000 has proven to be a global reference for organizations that care about their impact on a wide range of people. In the same years, the world

community is thinking about energy efficiency and energy saving, which is one of the most important challenges faced by every entrepreneur. That is why ISO introduces the ISO 50001 Energy Management Standard, which provides public and private sector management strategies for energy savings, cost savings and energy efficiency improvements.

In 2016, ISO provides a powerful new tool for combating global disaster – bribery. The ISO 37001 standard is the first international benchmarking system designed to help organizations combat the risk of receiving bribes in their own operations and in all their global securities systems. It has the potential to reduce corporate risk and costs associated with bribery by creating a managed business system to prevent, detect and deal with bribery.

– ISO 37001: 2016 defines requirements and provides guidance for the establishment, implementation, support, review and improvement of the anti-bribe management system. The system can be independent or can be integrated into the general control system. ISO 37001: 2016 refers to the following activities of the organization:

– bribery in public, private and non-profit sectors;
– bribery in the organization;
– bribery of the personnel of the organization acting on behalf of the organization or in favor of it;
– bribery of business partners of the organization acting on behalf of the organization or in favor of it;
– bribery of the organization;
– bribery of the personnel of the organization in relation to the organization's activities;
– bribery of the business partners of the organization in relation to the organization's activities;
– direct and indirect bribery (for example, a bribe offered or accepted through a third party).

ISO 37001: 2016 applies only to bribery. It defines requirements and provides guidance for a management system designed to help the organization prevent, detect and respond to bribery, and enforce bribery laws and voluntary commitments that apply to its activities. ISO 37001: 2016 does not specifically deal with fraud, cartels and other anti-monopoly / competition offenses, money laundering and other activities related to corruption, although the organization may choose to extend the scope of the management system to include such activities. The requirements of ISO 37001: 2016 are general and are intended for use by all organizations (or parts of the organization), regardless of the type, size and kind of the activity, as well as in the public, private or non-profit sectors. The degree of application of these requirements depends on various factors.

Since 1962, when ISO adopted the first definition of the term «standardization», its perfection periodically took place, reflecting the development of standardization due to the level of development of scientific and technological progress. The current term in the interpretation of ISO has the following definition: standardization is an activity aimed at achieving the optimal level of regulation in a particular industry by establishing provisions for the general and reusable use of real or possible tasks [2]. This activity consists of the processes of developing, issuing and implementing standards. The important benefits of standardizing ISO / IEC Guide 2: 2004 (Standardization and Related Activities – Common Dictionary) are improving the suitability of products, processes and services for their intended purpose, preventing barriers to trade and facilitating technical cooperation [3].

The security task of standardization in official international and national documents is not explicitly mentioned, but when a separate type of document is being developed, it necessarily refers to the need to take into account security factors, since each product has an impact on the environment at all stages of its life cycle, from the extraction of resources to life-long processing and the need to reduce the potential negative impact on the environment of the product. It is recognized throughout the world, and as a practical tool for addressing these issues, as well as a tool for regulating sustainable international trade, is the guide to ISO Guide 64: 2008 «Guidelines for addressing environmental problems in commodity (production) standards» [4].

Now the business entity in the world market informally impose such blocks requirements: 1) the quality of production and management (ISO 9000 series of standards, ISO 22000); 2) safety, including environmental protection and information security (series of standards ISO 14000, ISO 27000); 3) social responsibility (a series of standards ISO 22000, the standard ISO 26000); 4) the purity of the business, including the risks of bribery (ISO standard 37001).

When the question of unification of Europe, it was founded as the European Committee for the Coordination of standards that have become the central body of the EU in this area. The future relationship between standardization and legislation at the European level has been developed and is being developed by the European Committee for Standardization (renamed from 1970) in accordance with the so-called «new approach» to technical harmonization and standards, which were introduced in 1985 (here and below analyzes the material on official site – www.cen.eu [5]). It is then that the European Union adopts supranational legislation (the EU Directive) which defines the basic requirements for security and other aspects of public interest that should be part of the goods and services sold on the single market. If necessary, the European Commission issues standardization requests (mandates) to the European Standardization Organizations (CEN, CENELEC – European Committee for Standardization in Electrical and Electronics – and ETSI – the European Institute for Telecommunication Standardization) responsible for the preparation of

technical standards and specifications, which facilitates compliance with these basic requirements. At the same times, all national authorities must recognize that all manufactured goods (and services) in accordance with harmonized standards are presumed to comply with the essential requirements of the relevant EU legislation. European standards from the beginning were and remain voluntary, and therefore there is no legal obligation for their use (EN 45020: 2006 – Standardization and related activities – General vocabulary (ISO / IEC Guide 2: 2004 [6]). Any manufacturer (or service provider) who decides not to follow a harmonized standard to prove that their products (or services) to meet other basic requirements.

Today, the European Committee for Standardization (CEN) is an association that includes participants and coordinates the national standards bodies of 34 European countries. CEN is one of the three European standardization organizations (together with CENELEC and ETSI) that are officially recognized by the European Union and the European Free Trade Association (EFTA) as responsible for the development and definition of voluntary standards at European level. CEN provides a platform for the development of European standards and other technical documents for various types of products, materials, services and processes. CEN supports standardization activities across a wide range of areas and sectors, including: air and space, chemicals, construction, consumer products, defense and security, energy, environment, food and feed, health and safety, health, information and communication technologies, mechanical engineering, materials, pressure equipment, services, intelligent life, transport, packaging, etc.

CEN has shown and shows that European standardization plays an important role in the development and strengthening of the European single market, and Europe as a political and social conglomerate. Indicative is the fact that every European standard is recognized throughout Europe, automatically becoming a national standard in 34 European countries, which allows businesses to sell their products or services to consumers on a single European market.

CEN, together with CENELEC and ETSI, is recognized by the European Union as the official standardization organization. The legal basis for this cooperation is set out in the EU Regulation 1025/2012, which in its final version came into force on January 1, 2013 [7]. CEN brings together the expertise of all its members, business and industry, other stakeholders, and aims to develop European standards for products, materials, services and processes. These European standards cover advanced technology and innovation. When European standards are correctly applied, quality, productivity and compatibility of goods and services are ensured. They help protect the environment, as well as the health and safety of consumers and workers. CEN also try to support the international standardization system and works closely with the International Organization for Standardization (ISO) through the Vienna Technical Cooperation Agreement between ISO and CEN (Vienna Agreement, 1991 [8]). The purpose of the Vienna Agreement is the simultaneous recognition of standards at the international and European levels through better information sharing and mutual representation at meetings. So, standardization activities should be carried out at the same level if at all possible. Now, an edited version of this Agreement is in operation, giving priority to international standardization and giving the ISO leadership a greater weight than previous versions. Also, a European standard based on the ISO standard can only be reviewed for ISO leadership regardless of their original origin.

In the world, including the EU, there are technical barriers to trade and they solve these problems through tools and requirements of standardization. According to the New Approach and Related Directives (for example, HRN EN 45020: 2004, Standardization and related activities – General vocabulary (ISO / IEC Guide 2: 1996; EN 45020: 1998) [9], there are «standardization», «regulation» and «technical regulation». There is an understanding of standardization as organizing active activities in the field of regulation, and regulations and technical regulations are understood by Europeans as regulatory acts. It is believed that the literal translation of «technical regulation» as «technical regulation» has led to the false understanding that in Europe there is a system of technical regulation along with standardization.

If we return to Ukraine's participation in the globalization process, especially in the economic sphere, we can say that today our country is represented in 9 international, European and regional organizations for standardization. In particular, Ukraine is a member of the International Organization for Standardization (ISO) in 1993 and became a member of the European Committee for Standardization (CEN) in 1997, the status of corresponding member (status envisaged especially for countries that intend to integrate into the EU).

Under the terms of membership, we can:

1) create a strong partnership that will provide some sectors of the economy privileged position in the European market;

2) get unlimited access to European standards (EN) for adoption (adaptation);

3) provide national stakeholders to become part of the European standardization process and join the leading European industries and companies.

The main benefits that we have to promote for stakeholders are:

1. Get direct access to the CEN and CENELEC repositories containing the accumulated expertise of the large CEN and CENELEC network of over 200,000 experts in their industry from 34 countries.

2. There is an opportunity to promote technical harmonization that will allow interested individuals to enter the market with 600 million consumers and generate additional revenue.

3. Become an observer in an unlimited number of technical bodies and get the chance to form future EN by opening the door to a European single market for yourself.

4. Participate in the meetings of the CEN and CENELEC General Assembly as observers. Get first-hand information on strategic changes in the leading economic bloc.

We propose, based on European and international requirements, to build national standardization on the following principles:

1. Standards are voluntary and free to use. Unlike laws, standards are not legally and obligatory. They become obligatory, if they are mentioned in the contracts and / or legal acts.

2. The objective of standardization is to support Ukrainian legislation. The technical regulations should include references to standards that simplify the system and allow for faster and more automatic updating of the legislation when standards are updated.

3. Balancing between requirements that determine essential requirements for human health, environmental safety and product quality, and self-regulation opportunities for a business entity. They can freely choose how to comply with mandatory requirements, and automatically benefit from the presumption of conformity for free access to the European market.

4. Standards are useful and effective in determining liability. Even if the standards are not explicitly mentioned in the contract or regulatory act, they can be used to resolve legal disputes, especially in cases where it is a matter of responsibility for the quality of products or regarding the issue of the security component of standardization. Courts can use standards (in the wide sense) to decide whether the manufacturer really followed the verified rules and did «due diligence». Thus, standards can provide legal certainty in the application of liability.

5. Standards can help secure the rights of the consumer or other interested person. Technical standards play a special role in the field of commercial law, because interested parties can use them to help determine whether a product is defective or not. However, where the use of the standard was not mandatory, non-compliance does not necessarily mean that the product or service is defective. In the end, products can be manufactured properly, even where standards are not applied, especially when their use is voluntary.

6. Standards should ensure the rights of the parties to the contract or end-user (in particular, for troubleshooting, delivery of a fail-safe product, or compensation for any damage that arose due to lack of guaranteed characteristics). Standards can be used as a protector for damage detection and help identify the subject of responsibility and distribute losses.

7. Implementation of the promotion of standardization values for economic entities. In particular, to conduct an information policy and to emphasize the following advantages of standardization:

– improvement of their products and / or services;
– attraction of new clients;
– increase of competitiveness;
– increase of trust in business;
– reduction of errors;
– development and innovation cost reduction;
– guaranteeing the compatibility of their products with other components;
– facilitating the conclusion of contracts and fulfillment of obligations;
– facilitating the emergence of new markets;
– increase the chances of success in the application of standards within the entity of economic activity.

REFERENCES:

1. The official website of the International Organization for Standardization. URL: https://www.iso.org/about-us.html (дата звернення: 12.11.2017).

2. Official information about the first 50 years of the ISO (1947–1997). URL: http://www.iso.org/iso/ru/2012_friendship_among_equals.pdf (дата звернення: 12.11.2017).

3. ISO/IEC Guide 2:2004 Standardization and related activities – General vocabulary. URL: https://www.iso.org/standard/39976.html (дата звернення: 12.11.2017).

4. ISO Guide 64:2008 Guide for addressing environmental issues in product standards. URL: https://www.iso.org/standard/41352.html (дата звернення: 12.11.2017).

5. The official website of the European Committee for Standardization. URL: https://www.cen.eu/about/Pages/default.aspx (дата звернення: 12.11.2017).

6. European Standards Database. URL: https://standards.cen.eu (дата звернення: 12.11.2017).

7. Regulation (EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on European standardisation. URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:316:0012:0033:EN:PDF (дата звернення: 12.11.2017).

8. Agreement on technical co-operation between ISO and CEN (Vienna Agreement). URL: http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/4230450/4230458/Agreement_on_Technical_Cooperation_between_ISO_and_CEN_(Vienna_Agreement).pdf (дата звернення: 12.11.2017).

9. EN 45020:2004, Standardization and related activities – General vocabulary (ISO/IEC Guide 2:1996; EN 45020:1998). URL: https://www.en-standard.eu/csn-en-45020-standardization-and-related-activities-general-vocabulary/ (дата звернення: 12.11.2017).

Попович Т. Г. Міжнародне бачення стандартизації як засобу регулювання діяльності суб'єктів господарювання в умовах нестабільності та глобалізації

На сьогодні стандартизація як один із проявів суспільно-економічної формації впливає на розвиток і стан господарюючих суб'єктів. Основними факторами, які безпосередньо впливають на подальший розвиток національної стандартизації, є багатовекторна зовнішня політика, спрямована на інтеграцію України в Європейський Союз, членство у Світовій Організації Торгівлі, співпраця з іншими країнами світу. Аналізується розуміння стандартизації як організуючої активної діяльності в сфері упорядкування. Вказується на помилковість дослівного перекладу «technical regulation» як «технічне регулювання», яке привело до неправильного розуміння, що в Європі діє система технічного регулювання поруч зі стандартизацією. Пропонується будувати національну систему стандартизації на основі блоків вимог, заснованих на міжнародному досвіді. Таких блоків вимог пропонується сім.

Ключові слова: стандартизація, технічне регулювання, регулювання, законодавчі акти, господарська діяльність, ліквідація бар'єрів у торгівлі, саморегуляція, добровільні та обов'язкові вимоги.

СТВОРЕННЯ НАГЛЯДОВИХ РАД У ДЕРЖАВНИХ ПІДПРИЄМСТВАХ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.42

Черненко О. А.,

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

У статті розглядаються новели законодавства, що пов'язані зі змінами в управлінні суб'єктами державного сектора економіки шляхом включення до органів управління згаданих підприємств такого органу, як наглядова рада.

Ключові слова: державне унітарне підприємство, державне корпоративне підприємство, наглядова рада, незалежні члени наглядової ради.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності» від 02.06.2016 р. було внесено суттєві зміни в управління суб'єктами державного та комунального секторів економіки шляхом включення до органів управління згаданих підприємств такого органу як наглядова рада, яка в межах компетенції, визначеної статутом підприємства та законом, контролює і регулює діяльність керівника підприємства.

Впровадження міжнародного досвіду корпоративного управління в Україні має сприяти підвищенню інвестиційної привабливості українських компаній на міжнародному ринку.

У науковій літературі домінує думка, що поява наглядових рад серед органів управління державними унітарними підприємствами сприятиме ефективній діяльності таких суб'єктів, оскільки управління стає більш відкритим. Впровадження інституту наглядових рад дає можливість залучати до управління професійних та незалежних фахівців, а це має підвищити економічні показники діяльності суб'єктів державного сектора економіки.

Окремі питання формування та функціонування наглядових рад розглядались у працях таких вчених, як: О. М. Вінник, Д. В. Задихайло, О. Р. Кібенко, І. В. Лукач, Д. І. Погрібний, І. В. Спасибо-Фатєєва та інші.

Метою дослідження у межах даної статті є огляд проблематики, пов'язаної зі змінами в управлінні суб'єктів державного сектора економіки, які відбулися з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності».

Доцільність створення наглядової ради як органу контролю, що покликаний захищати інтереси власників компанії, визнана у багатьох країнах світу. В корпоративних підприємствах компетенцію наглядової ради розглядають з поділом на три групи: 1) повноваження щодо контролю за роботою виконавчого органу (укладення від імені товариства контракту з керівником, затвердження умов

договорів з головою (членами) правління та ін.); 2) повноваження щодо роботи з акціонерами (організація і контроль за виконанням рішень загальних зборів, узгодження порядку денного і попередній розгляд питань, включених до неї, вимога про скликання позачергових зборів тощо); 3) повноваження щодо вирішення фінансових питань діяльності товариства (визначення основних напрямів діяльності товариства і затвердження його планів, узгодження правочинів; вибір аудитора та ін.) [1, с. 178].

Слід звернути увагу на те, що незалежні наглядові ради планується створити не лише в господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, а й в державних унітарних підприємствах.

Зміни в управлінні суб'єктами державного та комунального секторів економіки зумовили як внесення змін до чинного законодавства (ГК України, Закону України «Про управління об'єктами державної власності»), так і прийняття нових нормативно-правових актів, серед яких зазначимо таке:

1. Критерії, відповідно до яких утворення наглядової ради є обов'язковим на державних унітарних підприємствах та в господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, що затверджені Постановою КМУ від 10.03.2017 р. № 142.

2. Порядок проведення конкурсного відбору кандидатів на посаду незалежного члена наглядової ради державного унітарного підприємства та їх призначення, а також проведення конкурсного відбору кандидатів на посаду незалежного члена наглядової ради господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, що пропонуються суб'єктом управління об'єктами державної власності до обрання на посаду незалежних членів наглядової ради, що затверджений Постановою КМУ від 10.03.2017р. № 142.

3. Порядок утворення, організації діяльності та ліквідації наглядової ради державного унітарного підприємства та її комітетів, що затверджений Постановою КМУ від 10.03.2017р. № 142 тощо.

Отже, відповідно до вищезгаданих нормативних актів суб'єкт управління об'єктами державної власності, що здійснює функції з управління державним унітарним підприємством, приймає рішення про утворення на державному унітарному підприємстві наглядової ради згідно із затвердженими Кабінетом Міністрів України критеріями.

Законодавець передбачив, що наглядова рада *обов'язково* утворюється у державних унітарних підприємствах та господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, за наявності одного з таких критеріїв:

1) *вартість активів* державного унітарного підприємства або господарського товариства згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 2 млрд гривень;

2) *розмір чистого доходу* такого державного унітарного підприємства або господарського товариства згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 1,5 млрд гривень;

3) *розмір статутного капіталу* новоутвореного державного унітарного підприємства, господарського товариства на дату його утворення перевищує 2 млрд гривень;

3) *кількість акціонерів* – власників простих акцій такого господарського товариства становить 10 або більше осіб.

Після прийняття рішення суб'єктом управління об'єктами державної власності, що здійснює функції з управління державним унітарним підприємством, про утворення у державному унітарному підприємстві наглядової ради:

1) затверджуються відповідні зміни до статуту підприємства та положення про принципи формування наглядової ради;

2) затверджуються умови оплати послуг членів наглядової ради в порядку, встановленому законодавством;

3) приймається рішення про проведення конкурсного відбору кандидатів на посади незалежних членів наглядової ради та визначаються рекомендації щодо їх кваліфікації, досвіду та неупередженості;

4) визначаються представники держави в наглядовій раді, які мають відповідати вимогам щодо їх кваліфікації, досвіду та неупередженості;

5) затверджується положення про наглядову раду та її склад.

До питань, які відносяться до виключної компетенції наглядової ради, віднесено:

1) прийняття рішення про тимчасове відсторонення керівника від здійснення повноважень та призначення особи, яка тимчасово виконуватиме повноваження керівника;

2) призначення на посаду та припинення повноважень керівника, затвердження умов контракту з ним, встановлення розміру винагороди керівника, укладення і розірвання з ним контракту, здійснення контролю за дотриманням умов контракту;

3) обрання незалежного аудитора державного унітарного підприємства та визначення умов договору, що укладається з ним, встановлення розміру оплати його послуг;

4) визначення форм контролю за фінансово-господарською діяльністю державного унітарного підприємства;

5) призначення та припинення повноважень керівника підрозділу внутрішнього аудиту державного унітарного підприємства;

6) формування антикорупційної політики підприємства та затвердження правил ділової етики;

7) інші питання згідно зі ст. 11^4 Закону України «Управління об'єктами державної власності».

Реалізовувати ці повноваження мають незалежні члени наглядової ради особисто.

У науковій літературі існують різні думки щодо формування наглядової ради в акціонерному товаристві:

1) виключно з числа акціонерів;

2) із членів від акціонерів і від найманих працівників;

3) не лише з акціонерів та їх представників, а й з кваліфікованих спеціалістів: економістів, фінансистів, банкірів тощо;

4) з незалежних осіб, які не представляють інтереси будь-кого з акціонерів.

Згадані вище нормативні акти встановили певні вимоги до незалежних членів наглядової ради державного унітарного підприємства. Незалежний член також має відповідати таким вимогам, як

– наявність повної цивільної дієздатності;

– наявність вищої освіти, професійних знань та навичок, досвіду роботи та інших характеристик, необхідних для належного здійснення повноважень члена наглядової ради, що відповідає видам діяльності державного унітарного підприємства та господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі;

– добропорядність, неупередженість та бездоганна ділова репутація;

– не посідати виборні посади та не бути посадовою особою органів державної влади та/або місцевого самоврядування;

– відсутність непогашеної судимості;

– відповідність іншим вимогам та володіння необхідними компетенціями, визначеними комісією з конкурсного відбору кандидатів на посаду незалежного члена наглядової ради державного унітарного підприємства та господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, що не можуть відрізнятись від інших вимог та необхідних компетенцій, визначених для представників держави, що призначаються (обираються) до наглядової ради такого підприємства, господарського товариства.

Кандидати на посаду незалежних членів наглядової ради визначаються за результатами конкурсного відбору в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Так, для участі в конкурсному відборі претендент особисто подає та/або надсилає електронною поштою разом із заявою:

– копію документа, що посвідчує особу, копії трудової книжки (за наявності) або документів, що підтверджують наявність досвіду роботи, копію документа про вищу освіту;

– біографічну довідку (резюме);

– згоду на обробку персональних даних;

– рекомендації (за наявності);

– заяву щодо відповідності критеріям незалежності члена наглядової ради підприємства, товариства;

– мотиваційний лист щодо виконання функцій члена наглядової ради.

Крім того, закріплено положення, відповідно до якого незалежним членом наглядової ради не може бути особа, яка:

1) є або протягом останніх п'яти років була посадовою особою такого державного унітарного підприємства або господарського товариства, або його дочірнього підприємства, філії, представництва та/або іншого відокремленого підрозділу;

2) є або протягом останніх трьох років була працівником такого державного унітарного підприємства або господарського товариства, або його дочірнього підприємства, філії, представництв та/або іншого відокремленого підрозділу;

3) є афілійованою особою (у значенні, яке надане цьому терміну Законом України «Про акціонерні товариства») такого державного унітарного підприємства або господарського товариства та/або його акціонерів (учасників), або його дочірнього підприємства, філії, представництва та/або інших відокремлених підрозділів та/або їх посадових осіб;

4) отримує або отримувала від такого державного унітарного підприємства або господарського товариства, або його дочірнього підприємства, філії, представництва та/або іншого відокремленого підрозділу будь-які доходи, крім доходів у вигляді винагороди за виконання функцій члена наглядової ради;

5) є власником корпоративних прав такого господарського товариства (самостійно або разом з афілійованими особами) або представляє інтереси такого власника;

6) є державним службовцем чи представником держави;

7) є аудитором такого державного унітарного підприємства або господарського товариства, або була ним протягом певного періоду за останні три роки, що передували її призначенню (обранню) до наглядової ради;

8) бере участь в аудиті такого державного унітарного підприємства або господарського товариства, або його дочірнього підприємства, філії, представництва та/або іншого відокремленого підрозділу як

аудитор, який працює у складі аудиторської організації, або брала участь у такому аудиті протягом певного періоду за останні три роки, що передували її призначенню (обранню) до наглядової ради;

9) має або мала протягом останнього року господарські або цивільно-правові відносини з таким державним унітарним підприємством або господарським товариством, або його дочірнім підприємством, філією, представництвом та/або іншим відокремленим підрозділом безпосередньо чи як акціонер (учасник), керівник або член виконавчого органу суб'єкта господарювання, яке має або мало такі зв'язки;

10) працювала на посаді незалежного члена у складі наглядової ради такого державного унітарного підприємства або господарського товариства протягом трьох строків тощо.

Важливими є і вимоги законодавця щодо кількісного складу членів наглядової ради. За законодавством України кількість членів наглядової ради не може бути менше ніж п'ять осіб та більше ніж 11осіб. Крім того, незалежні члени наглядової ради мають більшість від її загального складу.

Непарна цифра зумовлена необхідністю дотримання принципу «більшість – незалежні члени». Відповідно, представників держави буде на одного менше. Крім того, наглядова рада має формуватися з дотриманням принципу різноманітності персонального і функціонального складу. Отже, члени наглядової ради повинні мати різні компетенції.

Слід зазначити, що в науковій літературі існують різні думки стосовно мінімальної чисельності цього контролюючого органу:

– не менше двох осіб;

– в товаристві з кількістю власників голосуючих акцій більше однієї тисячі – не менше семи осіб, більше десяти тисяч – не менше дев'яти;

– мінімум із трьох осіб, а в АТ з числом акціонерів більше 1000 – мінімум із п'яти осіб, в АТ з числом акціонерів більше 10000 – мінімум із семи осіб.

У зарубіжній практиці мінімальна кількість членів наглядової ради встановлюється по-різному. Так, у ст. 385 Кодексу торгових товариств Республіки Польща зазначено, що наглядова рада складається не менше ніж з трьох членів, що обираються загальними зборами акціонерів. За Акціонерним законом Німеччини мінімальна кількість членів наглядової ради – три особи, максимальна залежить від розміру основного капіталу: якщо капітал перевищує 20 мільйонів євро, то в складі наглядової ради має бути 21 особа. Хоча, на думку деяких дослідників, склад наглядової ради у Німеччині з 15 і більше членами є переповненим та неефективним. У Казахстані кількість членів ради директорів має становити не менше трьох (у народному акціонерному товаристві – не менше п'яти) осіб. За рекомендацією ради інституційних інвесторів США наглядова рада для того, щоб зберігати незалежність та ефективність, має налічувати у своєму складі від 5 до 15 чоловік [1, с. 182].

Отже вважаємо, що надмірна кількість членів наглядової ради може виявитися неефективною в умовах спільної роботи та комунікації, що призведе до ускладнень у координації проведення її засідань та перешкоджання повноцінній участі кожного члена. Строк повноважень члена наглядової ради становить три роки і не більше ніж три строки підряд.

Окремо необхідно звернути увагу на положення закону, відповідно до якого член наглядової ради не може одночасно бути членом наглядових рад більше ніж п'яти юридичних осіб.

Якщо уявити, що незалежний член є членом 5 наглядових рад, то виникає питання про ефективність його роботи, оскільки важко зосередитись на стратегії розвитку п'яти суб'єктів господарювання. А отже, тривалість часу, який доведеться присвятити роботі на відповідну компанію, незалежні члени визначатимуть самостійно. Тому доречним, на нашу думку, буде закріплення на законодавчому рівні значно меншої кількості юридичних осіб, де особа може одночасно бути членом наглядової ради (можливо, дозволити бути членом лише однієї наглядової ради).

Також слід зазначити, що незалежний член наглядової ради виконує свої повноваження з дотриманням умов укладеного з ним договору та статуту державного унітарного підприємства або господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі.

Постає питання щодо відповідності обсягу винагороди незалежних членів наглядової ради рівню їх інтелектуальних трудових затрат. Оскільки на початку важко передбачити, яким є рівень професійності членів наглядової ради. Виникає питання і щодо відповідальності членів наглядової ради за результати своєї роботи, тому в договорі необхідно передбачити згадані аспекти та встановити відповідальність за невиконання встановлених цілей суб'єкта господарювання.

Актуальним є питання і щодо можливості політичного впливу на склад наглядових рад. Доречним прикладом є формування складу наглядової ради НАК «Нафтогаз України». Перший персональний склад наглядової ради НАК «Нафтогаз України» був призначений 21 квітня 2016 р. відповідно до наказу Міністерства економічного розвитку і торгівлі України № 725. Незалежними директорами були призначені Пол Ворвік, Чарльз Проктор та Маркус Річардс. З квітня по вересень 2017 р. повноваження голови наглядової ради виконував Пол Ворвік, який був обраний головою наглядової ради з числа незалежних директорів.

На першому засідання наглядової ради у травні 2016 р. було створено три комітети – Комітет з питань аудиту, Комітет з питань етики та Комітет з призначень та винагород. Всі комітети очолили незалежні директори. Однак у липні та вересні 2017 р. незалежні члени наглядової ради повідомили Компанію про складення своїх повноважень і зазначили, що незважаючи на запевнення, які були надані членам наглядової ради представниками вищого політичного керівництва України, протягом останніх п'яти місяців не сталось жодних суттєвих зрушень вперед. Незалежні члени наглядової ради НАК «Нафтогаз України» перерахували причини, які змусили їх написати заяви про відставку. Так, серед основних причин, що викликали занепокоєння у членів наглядової ради, було втручання уряду в діяльність «Укртрансгазу» і «Укргазвидобування» («Наглядова рада не в змозі працювати так, як це узгоджувалося раніше, а саме, на принципах цілісності, прозорості та справедливості»).

Кабінет Міністрів України 22.11.2017 р. затвердив новий склад наглядової ради НАК «Нафтогаз України», до якої увійшли: Клер Споттісвуд (Велика Британія), Брюно Лескер (Франція), Амос Хохштайн (США), Стівен Хейсом (Канада), Олександр Гриценко, Сергій Попик та Володимир Демчишин (Україна) [2].

На сьогодні низка державних підприємств має створити незалежні наглядові ради, серед яких і ДП «Укрхімтрансаміак», ПАТ «Укрзалізниця», Міжнародний аеропорт «Бориспіль» тощо.

Отже, підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що відбулися кардинальні зміни в управлінні унітарними державними підприємствами, які покликані оптимізувати та підвищити ефективність державного сектора економіки, а чи дійсно вони будуть такими, покаже час та практика.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Мягкий А. В. Корпоративне управління за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. К., 2017. 229 с.

2. Кабмін затвердив новий склад наглядової ради Нафтогазу. URL: http://www.naftogaz.com/www/3/nakweb.nsf/0/F3A3383187EAACCBC22581E0004B (дата звернення: 23.11.2017).

Chernenko O. Creation of supervisory board in state enterprises

The article considers new norms of legislation related to changes in management of subjects of the public sector of the economy by including a supervisory board in the management bodies of state enterprises.

Keywords: state unitary enterprise, state corporate enterprise, supervisory board, independent members of supervisory board.

МІЖНАРОДНА ТА ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНА ПІДСУДНІСТЬ СПРАВ У СПОРАХ ЗА ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИМИ КОНТРАКТАМИ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.43

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

У статті розкрито константи та зміни загальних засад вітчизняного законодавства щодо міжнародної підсудності судам України спорів за зовнішньоекономічними контрактами та юрисдикції господарських судів щодо цієї категорії справ.

Аналіз матеріалів узагальнення судової практики та низки конкретних договірних спорів між українськими й іноземними контрагентами, які розглядались у порядку господарського судочинства, надав можливість виявити окремі проблемні моменти в частині неоднакового застосування судами першої та апеляційної інстанцій системи норм міжнародного приватного права та господарського процесуального права.

Ключові слова: міжнародна підсудність, пророгаційна угода, підвідомчість, юрисдикція, господарські суди, договірні спори

У сукупності правових чинників, які обов'язково беруться до уваги потенційними іноземними інвесторами, торговельними партнерами під час прийняття рішень щодо доцільності або недоцільності інвестування на території Україні, укладення зовнішньоторговельних контрактів з українськими суб'єктами господарської діяльності, до ключових чинників слід віднести законодавчо передбачені можливості та бар'єри для захисту порушених або оспорюваних прав в судах України.

У такому загальному контексті актуалізується проблема щодо несуперечливого закріплення в нормативно-правових актах законодавства України системи правових норм як міжнародного приватного права, так і господарського процесуального права щодо підсудності справ, що виникають із зовнішньоекономічних договірних спорів. Це має забезпечити як формування належної судової практики в Україні, так і чіткого розуміння українськими та іноземними суб'єктами підприємництва того, які спори, ускладнені іноземним елементом, є підсудні судам України у цілому та який конкретно суд розглядатиме зовнішньоекономічний договірний спір, який може виникнути у майбутньому або вже фактично виник.

Окремі аспекти цієї проблематики досліджувались у роботах Д. М. Притики, С. Ф. Демченка, А. Й. Осетинського, Г. А. Цірата, Ю. В. Черняк, О. К. Намясенко, Н. О. Петренко, І. В. Дробязкіної та інших правознавців. Однак синтезований підхід, імплементований у межах цієї статті, який органічно поєднував би ключові засади міжнародного приватного права та господарського процесуального права щодо підсудності зовнішньоекономічних договірних спорів судам України у цілому та господарським судам зокрема, містить у собі ознаки новизни у методологічній площині та має прикладне значення для українських й іноземних сторін зовнішньоекономічних контрактів.

У контексті наведеного вище метою цієї статті є системне розкриття основних аспектів, які свідчитимуть, чи зберігають інститут міжнародної підсудності та релевантні йому інститути підвідомчості й підсудності договірних спорів певну сталість в нових умовах, чи вони зазнають суттєвих еволюційних змін.

Серед законодавчо передбачених підстав міжнародної підсудності, на яких можуть ґрунтуватись рішення українських судів щодо визнання себе компетентними на розгляд зовнішньоекономічних договірних спорів, «пальма першості» належить пророгаційній угоді договірних сторін, передбаченій у загальному вигляді для справ з іноземним елементом у п. 1 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 № 2709-IV.

Інші підстави міжнародної підсудності застосовуються значно рідше, зокрема, щодо права вітчизняних судів приймати до свого провадження та розглядати спори з іноземним елементом, якщо дія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право». Можливо, у цьому криється одна з причин того, що суди першої та апеляційної інстанцій обґрунтовують протилежні правові позиції щодо одних і тих самих обставин справи.

Так, господарський суд Івано-Франківської області відмовив у прийнятті позовної заяви українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності ТОВ «Кочіс Україна Імекс» до італійського контрагента «Kocis s.r.l.» на підставі п. 1. ч. 1 ст. 62 ГПК України, де передбачено, що суддя відмовляє у прийнятті позовної заяви, якщо заява не підлягає розгляду в господарських судах України. Пунктом 7.1 контракту № 1/2014 від 01.11.2014 р. сторони передбачили, що у випадку недосягнення згоди щодо спірних питань шляхом переговорів усі питання вирішуються у судовому порядку. Проте, на думку місцевого господарського суду, у цьому контракті відсутні умови, які передбачали б підсудність

даного спору господарським судам України. При цьому письмової пророгаційної угоди до матеріалів позовної заяви не було подано, як і не подано будь-яких доказів стосовно погодження між сторонами питання щодо підсудності спорів, які виникають при виконанні контракту № 1/2014 від 01.11.2014 року.

У постанові Львівського апеляційного господарського суду від 20 січня 2016 р. за справою № 909/579/15 відмову місцевого господарського суду у прийнятті позовної заяви визнано незаконною. Позиція суду апеляційної інстанції ґрунтується на тому, що місцевим господарським судом не взято до уваги ключову обставину справи, яка полягає у тому, що дія, яка стала підставою для подання позову, мала місце на території України. При цьому, дійсно, згідно із п. 7 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право» суди України можуть приймати до свого провадження і розгляду будь-які справи з іноземним елементом у випадку, якщо дія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України, що й мало місце у даному випадку.

За результатом розгляду апеляційної скарги ТОВ «Кочіс Україна Імекс» Львівським апеляційним господарським судом її було задоволено та, відповідно, скасовано ухвалу господарського суду Івано-Франківської області від 28.05.2015 р., а справу направлено до місцевого господарського суду для розгляду по суті [1] .

З позиції Харківського апеляційного господарського суду, викладеної у його постанові від 16 червня 2015 р. за справою № 922/5693/14, подібної помилки щодо необґрунтованого незастосування п. 7 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право» до зовнішньоекономічних договірних правовідносин припустився й господарський суд Харківської області під час розгляду позовної заяви українського суб'єкта підприємництва – фізичної особи до бельгійського контрагента Aramex Autos Societe de Personnes A responsabilite Limitee про стягнення заборгованості [2].

Вирішивши проблему щодо міжнародної юрисдикції спору судам України, іноземні суб'єкти підприємництва – позивачі часто стикаються з іншою важливою процесуально-правовою проблемою, яка у цілому є характерною для нерезидентів України та полягає у визначенні безпосередньо того судового органу, який є компетентним на розгляд зовнішньоекономічного договірного спору як суд першої інстанції.

У загальному плані договірні спори з іноземним елементом можуть бути вирішені загальними або господарськими судами згідно з системою норм відповідних кодифікованих нормативно-правових актів. Президією ВГС України підкреслювалось, що якщо сторони зовнішньоекономічного контракту обрали саме українські суди як такі, що є компетентними відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право», спір підлягає вирішенню господарськими судами відповідно до норм розділу III ГПК України, який включає норми щодо договірних спорів.

Оскільки належне застосування процесуальних норм цього розділу викликали певні проблеми як у суддів, так і суб'єктів господарювання, ВГС України додатково акцентував увагу на необхідності розмежування двох процесуально-правових інститутів – підвідомчості та підсудності на стадії прийняття позовних заяв. При цьому під підвідомчістю слід було розуміти визначену законом, а саме, ст. 12 ГПК України, сукупність повноважень господарських судів щодо розгляду справ, віднесених до їх компетенції. У свою чергу, підсудність визначалась колом справ у спорах, вирішення яких віднесено до підвідомчості певного господарського суду.

Відповідно до пп. 3.1 п. 3 постанови пленуму ВГС України від 24.10.2011 № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» господарський спір є підвідомчим господарському суду за наявності кількох умов, зокрема, участі у спорі суб'єкта господарювання; існування спору про право, що виникає саме з господарських відносин; наявності у законі норми, що прямо передбачала б вирішення спору господарським судом, чому кореспондує умова щодо відсутності норми, що прямо передбачала б вирішення такого спору судом іншої юрисдикції [3].

Як слушно зазначає О. К. Намясенко, одна з основних теоретичних проблем у господарському судочинстві щодо підвідомчості та підсудності полягає у відсутності єдиного підходу до застосування та розуміння категоріального апарату [4]. Дослідивши термінологічні проблеми у сфері міжнародного цивільного процесу в практичній площині, І. В. Дробязкіна наголошує на тому, що, на відміну від терміна «судова юрисдикція», термін «підвідомчість» взагалі не застосовується у процесуальному праві іноземних держав, більше того, «міжнародним актам з процесуальних питань цей термін є також не знайомим» [5, с. 49].

Відносини щодо підсудності було врегульовано низкою статей ГПК України, зокрема ст. 13, в якій було передбачено, що у першій інстанції усі справи, підвідомчі господарським судам, розглядаються місцевими господарськими судами. Розмежовуючи юрисдикцію місцевих господарських судів за територіальною ознакою, у ст. 15 ГПК України було передбачено, що за місцезнаходженням сторони, зобов'язаної за договором здійснити на користь іншої сторони певні дії, як то передати майно, надати послуги, виконати роботу, сплатити грошові кошти, підлягають розгляду дві категорії справ у договірних спорах: 1) що виникають при укладанні, зміні та розірванні господарських договорів; 2) про визнання договорів недійсними. У свою чергу, за місцезнаходженням відповідача підлягали розгляду справи у спорах щодо виконання укладених та дійсних господарських договорів.

У даному контексті доцільно звернути увагу на певну правову асиметрію в законодавстві України у питанні щодо визначення міжнародної та внутрішньої підсудності за зовнішньоекономічними договірними спорами. Так, з одного боку, українські суб'єкти підприємницької діяльності та їх іноземні контрагенти, як сторони зовнішньоекономічних контрактів, мають право підпорядкувати договірні спори судам України на підставі укладеної ними пророгаційної угоди, звичайно, не порушуючи імперативні норми щодо виключної підсудності. З іншого боку, на відміну від такого визнання міжнародної підсудності, ці самі сторони контрактів не тільки не мали права на зміну виключної підсудності, а й на обрання господарського суду, який був би компетентним як суд першої інстанції на вирішення їхніх спорів на договірних засадах. Це зумовлено особливістю господарського процесуального законодавства України, яка полягає у відсутності договірної підсудності за господарськими спорами.

У межах певного кола справ, які законодавчо віднесено до виключної підсудності господарських судів, одна категорія справ стосувалась договірних правовідносин. Отже, відповідно до ч. 1 ст. 16 ГПК України за місцезнаходженням органу транспорту підлягали розгляду справи у спорах з договору перевезення, в яких одним із відповідачів є зазначений орган.

Реформоване у 2017 р. процесуальне законодавство України оперує терміном «юрисдикція», яка відповідно до гл. 2 модернізованого ГПК України поділяється на предметну і суб'єктну, інстанційну, територіальну юрисдикцію. Отже, в частині предметної й суб'єктної юрисдикції господарські суди вирішують справи у спорах, що виникатимуть при укладенні, зміні, розірванні та виконанні договорів як правочинів у господарській діяльності, а також у спорах щодо правочинів, укладених для забезпечення виконання зобов'язання, сторонами якого є підприємці. При цьому, однак, виключенню підлягають правочини, стороною яких є фізична особа, що не є підприємцем. В частині інстанційної юрисдикції договірні спори підлягають вирішенню місцевими господарськими судами як судами першої інстанції.

Термін «підсудність» застосовано поряд з терміном «юрисдикція» лише щодо територіальної складової, у межах якої передбачено загальний критерій пред'явлення позову, яким є місцезнаходження відповідача, яке для сторін договорів – підприємців визначається згідно з Єдиним державним реєстром юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

В частині виключної підсудності щодо спорів з договорів перевезення законодавство України зберігає прив'язку до спеціальної сторони такого договору, оскільки відповідно до ст. 31 модернізованого ГПК України зазначені спори підлягають розгляду господарським судом за місцезнаходженням перевізника у випадку, якщо перевізник є одним з відповідачів.

Узагальнюючи судову практику, президією ВГС України було надано роз'яснення «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31.05.2002 р. № 04-5/608, у абз. 10–11 п. 1 яких зазначено, що господарський суд повинен відмовити у прийнятті позовної заяви у двох випадках, а саме, якщо у пророгаційній угоді сторонами неправильно викладено назву суду або зазначено суд, існування якого не передбачено Законом України «Про судоустрій України» [6].

Так, у справі за позовом українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності ПП «Стоун Контракт» до німецького контрагента – компанії Turabdin Feinkost про стягнення суми заборгованості за контрактом ухвалою господарського суду м. Києва від 3 червня 2011 р. у прийнятті позовної заяви було відмовлено. Підставою для прийняття такого рішення стало те, що сторони контракту нібито неправильно зазначили назву суду. Так, у п. 6.2 контракту № 07/12-С від 07 грудня 2010 р. сторони передбачили, що у разі недосягнення згоди шляхом переговорів усі спори, що належать до неналежного виконання цього договору, вирішуються у судовому порядку в господарському суді України (м. Київ).

Київський апеляційний господарський суд визнав таку правову позицію помилковою, оскільки, зокрема, місцевий господарський суд не врахував втрату чинності Закону України «Про судоустрій» згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 № 2453-VI, у ст. 21 якого передбачено, що до місцевих господарських судів належить також господарський суд м. Києва.

У резолютивній частині постанови Київського апеляційного господарського суду від 22.05.2012 р. за справою № 05-6-13/324 визначено задовольнити апеляційну скаргу приватного підприємства «Стоун Контракт» та скасувати відповідну ухвалу господарського суду м. Києва, а також спрямувати цю справу на розгляд до господарського суду м. Києва [7].

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що понятійний апарат процесуального законодавства України зазнав певної оптимізації у процесі його модернізації у 2017 р. Водночас, високо ймовірно, що у своїй практиці господарські суди України й надалі зазнаватимуть суттєвих труднощів щодо належного застосування системи норм щодо як міжнародної, так і внутрішньої підсудності спорів, які виникли із зовнішньоекономічних контрактів українських суб'єктів підприємництва з їхніми іноземними контрагентами.

Розкритими у цій статті важливими аспектами щодо підсудності зовнішньоекономічних договірних спорів ця проблематика не вичерпується, внаслідок чого у подальшому доцільним є дослідження питань прийняття позовної заяви господарськими судами України за одночасної наявності у контракті пророгаційної угоди та арбітражного застереження, дієвості пророгаційної угоди договірних сторін у контексті норм двосторонніх договорів України про правову допомогу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Справа № 909/579/15 ТОВ «Кочіс Україна Імекс» (Україна) *v* «Kocis s.r.l.» (Італія), 28.05.2015 р., Господарський суд Івано-Франківської області. URL: http:// www.reyestr.court.gov.ua/Review/4444439491-93, 20.01.2016 р., Львівський апеляційний господарський суд. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 55279955 (дата звернення: 10.11.2017).

2. Справа № 922/5693/14, фізична особа–підприємець (Україна) *v* Aramex Autos Societe de Personnes A responsabilite Limitee (Бельгія), 16.06.2015 р., Харківський апеляційний господарський суд. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45352684, 11.12.2014, Господарський суд Харківської області. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 41868981 (дата звернення: 15.11.2017)

3. Постанова пленуму Вищого господарського суду України від 24.10.2011 № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/ laws/show/v0010600-11 (дата звернення: 11.11.2017).

4. Намясенко О. К. Підвідомчість і підсудність господарських спорів: загальний огляд теоретичних і практичних проблем. Часопис Київського університету права. 2001. № 3. С. 185–187.

5. Дробязкина И. В. Международный гражданский процесс: проблемы и перспективы. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. 321 с.

6. Роз'яснення президії Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31.05.2002 р. № 04-5/608. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/ laws/show/v_608600-02 (дата звернення: 11.11.2017).

7. Справа № 05-6-13/324, приватне підприємство «Стоун Контракт» (Україна) *v* компанія Turabdin Feinkost (Німеччина), 05.09.2011, господарський суд міста Києва, 22.05.2012, Київський апеляційний господарський суд. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/27296708 (дата звернення: 18.11.2017).

Korol V. International and domestic jurisdiction over disputes arising from international commercial contracts

The article is aimed at revealing of constants and amendments of domestic legislation fundamentals relating to Ukrainian courts' international jurisdiction over disputes arising from international commercial contracts as well as jurisdiction of economic courts relating to such category of litigation.

Case law analysis of contractual disputes between Ukrainian and foreign counterparties adjudicated by economic courts of Ukraine discovered some challenges caused by the same Private International Law and Economic Procedure Law rules different application by the first-instance and appellate courts.

Keywords: international jurisdiction, prorogation agreement, domestic jurisdiction, economic courts, contractual disputes.

УНІВЕРСАЛЬНА ТА РЕГІОНАЛЬНА УНІФІКАЦІЯ У СФЕРІ МІЖНАРОДНОГО МОРСЬКОГО ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖІВ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.44

Микита І. Р.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджується стан та особливості уніфікації правових норм у сфері міжнародного морського перевезення.

Ключові слова: уніфікація, UNCITRAL, Рим I, колізійне право, Роттердамські правила, національне право, теорія характерного виконання.

Річні звіти Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (далі – UNCITRAL) за 1968 – 1970 роки свідчать про те, що уніфікація права міжнародної торгівлі визначається як процес, у якому є конфліктні правові питання, пов'язані з двома або більше правовими системами, спрямований на застосування одного єдиного правила, яке буде застосовуватись до міжнародної правової угоди, і що даний процес є лише частиною загального процесу уніфікації у міжнародному приватному праві [1].

А. Яннополус зазначав, що рух товарів від держави до держави ускладнюється просуванням технологій і набирає величезних масштабів кожного року, але для цього потрібні сприятливі умови, особливо для сфери міжнародних морських перевезень. Сторонам зобов'язального відношення потрібні гарантії того, що при вирішенні судових суперечок рішення, які будуть виноситися в одній державі, підпадають під виконання і в іншій державі.

Вважається, що сфера міжнародних морських перевезень є другою за величиною після права інтелектуальної власності, у якій почалася універсальна уніфікація матеріальних норм приватного права. У другій половині XIX ст., а саме на початку 60 років, засновник італійської доктрини міжнародного приватного права П. Манчіні висловив думку на одній із своїх лекцій, що така небезпечна субстанція як море потребує однотипних правових режимів. 1863 р. француз Де Курсі, який відомий своїми працями з історії морського права, публікує працю «Міжнародна реформа морського права», в якій підкреслює єдність основ морського права більшості держав. Того самого року італійський парламент, а у 1973 р. парламент Нідерландів приймають резолюції про необхідність зменшення розходження національних морських законів шляхом укладання міжнародних угод.

У 1885 та 1888 роках бельгійський уряд організовує міжнародні конгреси з торгового права, у складі яких працюють секції з морського права і лунають заклики щодо уніфікації морського права. Прагнення до визначеності правового режиму міжнародного торговельного мореплавства надало поштовх, по-перше, до розробки і кодифікації звичаїв, узвичаєнь і типових умов морських перевезень і морської торгівлі і, по-друге, до підготовки проектів міжнародних документів про уніфікацію морського права.

Ці заклики пов'язані з тим, що на той час міжнародна торгівля із використанням морського транспорту була поділена на дві частини – країни- перевізники (Англія, Франція) та країни-вантажовідправники (США). Держави часто приймали суперечливі норми, що забезпечували національні стандарти до коносаментів, які включали в себе міжнародні контакти. У державах, де існувала доктрина свободи договору (Франція та Велика Британія), сторони були вільні у виборі застосованого права; там, де перевізники були обмежені в праві звільнятись від відповідальності за недбалість (США), правом суду оголошувалось право, застосоване до всіх контрактів, що укладені або виконуються у межах юрисдикції суду. Як наслідок, положення, яке було включено до коносаменту, яким було оформлено закордонне перевезення, могло бути дійсним в одній країні і не дійсним в іншій, така сама плутанина відбувалась і з відповідальністю перевізника.

Уніфікація сфери міжнародних морських перевезень вантажів, а саме її договірної основи, розпочалась з Міжнародної конвенції з уніфікації деяких правил (Гаазькі правила), що стосуються коносаментів, яку було прийнято 1924 р. в Брюсселі.

Г. Г. Іванов вважає, що основним внеском даної Конвенції є те, що вона закріпила мінімальну відповідальність перевізника та досить чітко розподілила ризики між ним і вантажовласником, створила відповідну базу для страхування вантажів та відповідальності.

Більшість морських держав ратифікувала Конвенцію, а інші – формально не приєднувались, але перейняли норми, впроваджені в їх внутрішнє законодавство. Також були відмінності у сфері застосування єдиних норм і норм вибору застосованого права щодо коносаментів. Залежно від місця судового розгляду один і той самий коносамент міг бути або не бути предметом регулювання зазначеної Конвенції, навіть там, де суд знаходився в одній з договірних держав і коносамент включав контакти з іншою договірною державою.

Згідно зі ст. 10 Конвенції 1924 р. вона має застосовуватись до всіх коносаментів, виданих у будь-якій договірній державі. Таким чином, зазначене обмеження географічної сфери Конвенції призвело до труднощів її застосування. Це було зумовлено тим, що у протоколі підписання Конвенції передбачався альтернативний порядок набуття нею чинності в договірних державах: вони могли надати конвенції сили закону або запровадити її правила до свого національного законодавства, надавши її форму, властиву своєму законодавству. Як приклад, Англія обмежила сферу дії конвенційних правил лише перевезеннями вантажів зі своїх портів, тобто експортним перевезенням, тоді як дія Закону США 1936 р. про морське перевезення вантажів поширюється на всі договори перевезення із портів та в порти США.

Інша складність – обмеження відповідальності в сумі 100 англійських фунтів за місце або одиницю вантажу внаслідок чисельних девальвацій та інфляційних явищ уже не задовольнило світову торгівлю, а саме, поняття місця або одиниці вантажу неоднозначно трактувалось у законодавстві та судах різних держав.

Але найголовніше те, що світова спільнота намагалась виправити ці недоліки. Спеціальний підкомітет Міжнародного морського комітету з міжнародних конфліктів визнав, що міжнародна єдність не була забезпечена навіть між державами, які підписали та ратифікували Конвенцію, не кажучи вже про держави, які не підписали її. Єдиним шляхом до досягнення єдності із цього питання Комітет вбачав у збільшенні кількості держав – учасниць Конвенції 1924 року. І не вважалось за доцільне брати на себе уніфікацію колізійних норм, оскільки це призвело б до зовсім інших, значно важчих проблем. Дана Конвенція, створена для регулювання відносин між перевізником та держателями коносаментів, навряд чи є ідеальним засобом для встановлення положень колізійного права, які б визначали застосовну юрисдикцію.

Також відсутнє визначення терміна «відправник вантажу», на відміну від терміна «перевізник», але, власне, термін «відправник» згадується до 20 разів. Вочевидь це зроблено для того, щоб

визначення змісту поняття «відправник вантажу» в конкретних ситуаціях відбувалось за волею сторін договору морського перевезення [2].

На зміну Гаазьким правилам з'явилася Конвенція ООН про морське перевезення вантажів 1978 року (Гамбурзькі правила). На думку А. С. Кокіна, вона містила більш точні положення, що регулюють коносаменти і передбачають використання необоротних транспортних документів. Гамбурзькі правила застосовуються до договору морського перевезення, які визначаються як «будь-який договір, за яким перевізник зобов'язується за сплату фрахту перевезти вантаж морем з одного порту до іншого. Відрізняються вони від попередніх тим, що застосовуються не лише до коносаментів, а й до подібних до них документів.

О. Г. Калпін вважає, що Гамбурзькі правила внесли зміни до міжнародно-правового регулювання морського перевезення у лінійному судноплавстві. Період відповідальності перевізника за вантаж охоплює час від прийняття вантажу у його відання в порту навантаження до його видачі у порту вивантаження. За Гаазькими правилами період такої відповідальності обмежувався формулою «від такелажу до такелажу». Дана Конвенція підтвердила, що в основі відповідальності перевізника за втрату чи нанесення збитків вантажу лежить принцип вини перевізника з встановленням презумпції винуватості. Разом з цим відповідно до попередніх правил було виключено правило про «навігаційну помилку», це виключало відповідальність перевізника. Крім того, Гамбурзькі правила вже не містили той приблизний перелік, який найчастіше використовувався при доказуванні відсутності вини перевізника і за яким перевізники звільнялись від відповідальності за незбереження вантажу. Але, у свою чергу, було підвищено межу відповідальності за незбереження вантажу. За цими правилами межа становить 835 розрахункових одиниць за місце чи іншу одиницю відвантаження або за 2, 5 розрахункової одиниці за один кілограм втраченого чи пошкодженого вантажу. Відповідальність перевізника за затримку здачі вантажу обмежено сумою в 2,5 раза кратного фрахту, але не може перевищувати розміру фрахту. Під розрахунковою одиницею розумілась одиниця «спеціального права запозичення», що було визначено Міжнародним валютним фондом.

Згаданий вчений погоджується, що деякою мірою Гамбурзькі правила удосконалили правове регулювання договірних відносин у сфері морських перевезень, але в цілому вони не створили збалансованого міжнародного режиму за відповідальність перевізника за збереження вантажу. Також ці правила якнайменше враховували нові технології, пов'язані з «контейнерною революцією», а також з розвитком мультимодальних перевезень і встановлення відповідальності одного перевізника за збереження вантажу «від дверей до дверей» з використанням електронних транспортних записів. Але держави розділились на ті, що підтримували Гаазькі та Гаазько-Вісбійські правила, та ті, що підтримували Гамбурзькі, що вказувало на те, що існувало два чи три різних правових режими, що не може не ускладнювати міжнародну торгівлю [3].

UNCITRAL позиціонує Конвенцію ООН про договори повного чи часткового перевезення морського вантажу від 11 грудня 2008 року (далі – Роттердамські правила) як Конвенцію, яка встановлює єдиний і сучасний правовий режим, що регулює права та обов'язки вантажовідправників, перевізників та вантажоодержувачів за договором перевезення «від дверей до дверей», включаючи sea legs. Даний документ спирається на досвід попередніх документів і забезпечує сучасну альтернативу. Роттердамські правила забезпечують правову основу, пов'язаний і збалансований режим та враховують багато технічних та комерційних змін, що відбулись на морському транспорті після прийняття більш ранніх конвенцій, враховуючи зростання контейнеризації, розробки електронних документів.

Джон Вільсон зазначає, що Роттердамські правила укладені в стилі Гамбурзьких правил, хоча, на відміну від них, більш детально охоплюють різні аспекти договору перевезення, що включає у загальній кількості 96 статей. Нова Конвенція передбачає режим «від дверей до дверей», який є швидшим ніж режим «від порту до порту». Період відповідальності перевізника буде розпочинатись з моменту отримання вантажу і тривати до часу отримання вантажу вантажоодержувачем, включаючи відповідальність за втрату, пошкодження і затримку протягом перевезення, що буде здійснюватись по суші, яке передує перевезенню морем [4].

О. Г. Калпін вважає, що при мультимодальних перевезеннях існує два підходи. Один з них передбачає наявність відповідальності перед вантажовласником першого перевізника протягом всього перевезення вантажу, з яких би відрізків воно не складалось і якими б видами транспорту здійснювалось. Відшкодувавши збитки, які були спричинені незбереженістю вантажу, перевізник, який вступив першим до договору, має право пред'явити регресний позов до співперевізника, на ділянці якого було нанесено збитків вантажу. Якщо ж збиток або втрата вантажу були заподіяні на всьому шляху, то перевізник вправі у регресному порядку вимагати відшкодування з інших співперевізників за мінусом тієї частки збитку, яка припадає на виконане ним перевезення.

Однак при контейнерному перевезенні «від дверей до дверей» доволі складно встановити, на якій ділянці перевезення було допущене незбереження вантажу. До того ж при пред'явленні регресного позову до одного із співперевізників його відповідальність буде визначатись за нормами

міжнародного договору, що належить до відповідного виду транспорту, або нормами імперативного національного законодавства. Отже, вона може не збігатись з відповідальністю того перевізника, який вступив до мультимодального перевезення.

Другий підхід до визначення сфер дії міжнародних конвенцій отримав назву мережевого. Його зміст зводиться до того, що при мультимодальному перевезенні кожен із співперевізників несе відповідальність за втрату або пошкодження вантажу, що були допущені на його навантаженні. Він відповідає за нормами тієї конвенції, що регулює відносини відповідно до певного виду транспорту. За таким підходом при контейнерних мультимодальних перевезеннях у скрутному становищі опиняється вантажоодержувач, на якому лежить обов'язок встановити, на якому відрізку перевезення вантажу було допущено незбереження вантажу і виникли обставини, які завадили його вчасному здаванню.

Вільям Тетлі у своїй праці «A summary of General Criticism of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules)» вважає, що дана Конвенція має обмежену сферу застосування. За цим договором буде забезпечуватися перевезення морем і перевезення вантажу іншими видами транспорту на додачу до морського перевезення. Це пояснює можливість даного документа застосовуватись до мультимодальних перевезень, але не застосовуватись до мультимодальних перевезень повітряним і автомобільним транспортом, чого не можна сказати про таке перевезення морським і автомобільним. Ця обмежена сфера дії застосування Роттердамських правил суперечить самій меті їхнього створення, а саме, «зобов'язального універсального режиму підтримки функціонування договорів міжнародного перевезення, включаючи інші види транспорту, що були заявлені у преамбулі Роттердамських правил». Як результат, режим регулювання є неповним, тому сторони будуть змушені шукати інші конвенції та інші правові режими для керування їхніми транспортними договорами. Отже, Роттердамські правила нездатні створити певного одноманітного кістяка регулювання мультимодального транспорту і додають складності до вже існуючих мультимодальних транспортних режимів.

На думку В. Тетлі, набагато обґрунтованіший підхід до перевезення вантажу за допомогою мультимодального перевезенням можна знайти у Конвенції ООН з міжнародних мультимодальних перевезень. Перша стаття даної конвенції могла б застосовуватись до перевезення вантажів як мінімум двома різними видами транспорту і не обмежуватися морським перевезенням та іншими видами транспорту як у випадку Роттердамських правил. Якщо ст. 26 вищезгаданого документа містить норму про те, що втрата чи пошкодження вантажу, подія чи обставина призводять до затримки при його здаванні і виникають в період відповідальності перевізника, однак лише до моменту його навантаження на судно або тільки після моменту його вивантаження з судна, то Конвенція не має переважної сили порівняно з положеннями іншого міжнародного документа. У п. b ст. 26 передбачається норма, відповідно до якої положення такого документа застосовувалися б у відносно всіх або будь-яких видах діяльності перевізника, якщо вантажовідправник уклав з перевізником окремий і прямий договір, що стосується конкретної стадії перевезення, на якій виникли втрата або пошкодження вантажу, або подія або обставина, що ведуть до затримки в його здаванні. Це означає, що інший правовий інструмент має пріоритет над цими правилами, коли останні передбачають обмеження відповідальності. Вони можуть водночас застосовуватись до одного і того самого договору міжнародного морського перевезення. Оскільки різні унімодальні міжнародні конвенції та національні закони вміщають різні обсяги відповідальності, це може викликати складності для сторін договору прогнозувати межу відповідальності. Більшість сторін також не може бути ознайомлена зі всіма різними унімодальними конвенціями та тими обмеженнями, що вони містять відносно обмеження відповідальності і не зможуть передбачити можливі потенційні вимоги, які мають виплив.

Отже, можна зробити висновок, що дана Конвенція, насправді, може застосовуватись тільки до повного морського перевезення. Ця обмежена сфера дії Роттердамських правил також створює проблему непередбачуваності.

В. Тетлі припускає, що є можливість Роттердамським правилам регулювати договірні відносини, які складаються у сфері міжнародного морського перевезення. Але зазначає, що є певні неточності з ч. 14 «Юрисдикція» та 15 «Арбітраж», а саме, вони не є обов'язковими для держав, які ратифікували Конвенцію, проте надається можливість приєднання до положення про юрисдикцію. Стаття 74 ч. 14 встановлює, що вона зобов'яже лише договірні держави, що повинні виконувати ці правила. Стаття 78 ч. 15 також містить аналогічне положення про те, що арбітражні положення будуть застосовуватись тоді, коли держави зобов'яжуться виконувати ці правила. В результаті, не для всіх держав, які ратифікували Роттердамські правила, положення про юрисдикцію та арбітраж будуть обов'язковими. У свою чергу, сторони договору мультимодального перевезення вантажу, відносини яких регулюватимуться Роттердамськими правилами, будуть змушені спеціально перевіряти, чи їхня договірна держава зробила заяву про обов'язковість щодо положення про юрисдикцію та арбітраж. Навіть якщо це і не так, то договірні сторони будуть зобов'язані прийняти певні положення про арбітраж і юрисдикцію для регулювання договору міжнародного морського перевезення. Необов'язкова природа положень про юрисдикцію та арбітраж Конвенції ООН про повне чи часткове морське перевезення вантажів не сприяє досягненню одноманітного регулювання мультимодальних перевезень вантажів, а лише додає проблем.

Також було виявлено проблеми, пов'язані з використанням транспортних документів. Роттердамські правила передбачають використання оборотних документів, необоротних документів та коносаментів. Тетлі вважає, що краще було б залишити два види – оборотні та необоротні документи, оскільки вони спричиняють три різні правові наслідки, коли виступають як докази, наприклад, при частковій доставці вантажу, при аварії судна. Конвенція містить певні двозначності, наприклад, відповідно до ст. 17 (6) перевізник несе відповідальність лише за ту частину втрати, пошкодження або затримки, що пов'язано з подією чи обставиною, за які він несе відповідальність. Це посилання на «частину втрати» передбачає, що відповідальність може бути розподілена, але не пояснено, як цей розподіл можна здійснити на практиці. Таким чином, виходить, що стаття містить дві інтерпретації – це знову потягне за собою непорозуміння між сторонами.

Зробивши аналіз універсальної уніфікації у сфері міжнародних морських перевезень вантажів, можна дійти висновку, що світова спільнота намагається врівноважати розвиток та вимоги світової торгівлі за допомогою правового регулювання. Але існує дуже багато неточностей у вищезгаданих правових інструментах, які залишаються невирішеними.

Теодора Нікакі (Theodora Nikaki), Баріс Соєр (Baris Soyer) аналізують у своїй статті новий правовий режим регулювання договорів міжнародного морського перевезення. Міжнародна спільнота визначила, що для процвітання міжнародної морської торгівлі потрібно створити міжнародний режим, який би містив дві мети: 1) гнучке виділення ризиків відповідальності у зв'язку з комерційними інтересами перевізників; 2) запобігання зловживань та забезпечення захисту для сторін більш слабких у переговорах. Значну більшість міжнародних морських перевезень регулює змінений варіант Гаазько-Вісбійських правил. Гамбурзькі правила було пізніше розроблено як альтернативу вищезгаданим правилам з метою відновлення балансу між інтересами вантажовідправників та перевізників. Правила так і не залучилися великою підтримкою. Як результат, Гамбурзькі правила зруйнували надії досягти однаковості у всьому світі і в цій галузі. Після цього розпочалось нове лобіювання з приводу створення нової альтернативної системи регулювання. Як зазначалось раніше, у грудні 2008 р. Генеральна асамблея ООН прийняла нову Конвенцію ООН про договори повного та часткового перевезення морем. Роттердамські правила останніми роками є джерелом інтенсивної академічної та промислової дискусій. Водночас даний документ має як своїх прихильників, так і організації, які висловили свої заперечення.

Теодора Нікакі (Theodora Nikaki), Баріс Соєр (Baris Soyer) вирішили проблеми, пов'язані з Роттердамськими правилами. Одне з головних завдань для будь-якого міжнародного документа – підвищення правової визначеності. Укладачі доклали всіх зусиль, щоб переконати, що остаточний документ нової Конвенції буде зрозумілим, оскільки буде сприяти підвищенню ефективності та передбачуваності в контексті перевезення вантажу. Ці поліпшення повинні, у свою чергу, зменшити деякі транзакційні витрати та судові спори, що випливають за договором міжнародного морського перевезення. Застосування єдиного закону до всього договору міжнародного морського перевезення, безсумнівно, буде сприяти забезпеченню правової визначеності. Наразі досягти цього не так просто, бо, зазвичай, пріоритети можуть відрізнятись від держави до держави і мати більшу вагу в процесі прийняття рішення в одній державі, ніж в іншій. Наприклад, це стосується того, на кого держава більше орієнтується – на вантажовідправників чи перевізників.

Основними цілями, що лежать в основі Роттердамських правил, є: 1) сприяння правовій визначеності; 2) узгодження та модернізація правил, що регулюють міжнародні морські перевезення; 3) сприяння розвитку торгівлі; 4) підвищення ефективності.

Дебати переключились на політичну арену. Європейський Союз закликав деражави-члени прийняти Роттердамські правила без затримки. Вчені налогошують на тому, що при прийнятті таких рішень кожна держава, у свою чергу, повинна визначити свою кінцеву позицію за Роттердамськими правилами, взявши до уваги національні інтереси і те, чи їхні торгові партнери погоджуються на прийняття такого документа. Якщо у двох різних державах будуть існувати два різні правові режими, то економіка таких держав може постраждати від негативних наслідків. При прийнятті таких політичних рішень необхідно враховувати не лише інтереси держав та їхніх вантажовідправників, а й трейдерів, банків, страховиків, що надають свої послуги з підтримки морського сектору.

Роттердамські правила пропонують гармонізацію правового режиму регулювання міжнародних морських перевезень вантажу, досягаючи цієї мети шляхом поліпшення вже існуючих правил з урахуванням нових комерційних практик або технічних досягнень. Крім того, вони вирішують велике коло питань, які в даний час не врегульовані, наприклад, перевезення «від дверей до дверей», електронні транспортні документи, відповідальність третіх сторін, категорія «морська виконуюча сторона», затримка в доставці, доставка товарів та права контролюючих сторін. Перевага підходу Роттердамських правил, на думку вчених, полягає у тому, що він заповнює існуючі прогалини вже існуючих режимів і водночас сприяє однаковому тлумаченню в застосуванні, що допоможе судам різних юрисдикцій

Щодо регіональної уніфікація, яка стосується колізійного регулювання договірних відносин, А. С. Довгерт зауважує, що специфіка сучасної уніфікації міжнародного приватного права в ЄС відбувається не за міжнародними конвенціями, а за регламентами [6].

Колізійне регулювання договірних зобов'язань в країнах ЄС здійснювалось за допомогою Римської конвенції про право, яке застосовується до договірних зобов'язань 1980 р., що набула чинності 1991 року. Вона доповнювала Брюсельську конвенцію 1968 р. щодо питання юрисдикції та примусового виконання судових рішень по відношенню до цивільних та комерційних спорів, але з часом її було замінено на регламент Рим I, де передбачається можливість розгляду. У ЄС спочатку планувалась модернізація Римської конвенції, проте поліпшення тексту не змогло б вирішити проблеми, які виникли. Даний регламент набув чинності автоматично і одночасно в усіх державах-членах.

О. В. Руденко вважає, що уніфікація міжнародного приватного права в ЄС має бути доповнена такими термінами: «амальгамація» та «асимптота». Амальгамація позиціонується як злиття двох чи кількох підприємств або банківських установ, які раніше були самостійними; асимптота – це пряма, яка не має жодної спільної точки з певною кривою, що необмежено наближається до прямої. Асимптоту вчена називає принципом А1 і стосується вона директив, а амальгамацію – А2 і стосується вона міжнародних конвенцій та регламентів, що укладаються у рамках ЄС. У першому випадку уніфікація міжнародного приватного права ніколи не може призвести до повного злиття нормативного матеріалу, оскільки така мета всього-на-всього не ставиться, а у другому випадку – навпаки, завжди призводить до повного злиття нормативного матеріалу. О. В. Руденко зазначає, що вищезазначені явища надають можливість більш точно виразити ті чи інші засади та ідеї, які мають на увазі європейські законодавці, коли розпочинають уніфікацію міжнародного приватного права. Також вона пропонує визначити уніфікацію міжнародного приватного права у ЄС як процес створення єдиних норм міжнародного приватного права, а також забезпечення їх однакової імплементації, який здійснюється при постійній взаємодії та узгодженні волі контрагентів, які репрезентують держави-члени, пов'язані певною формою міжнародного співробітництва, і спрямований на гармонізацію правовідносин між фізичними та юридичними особами цих держав у визначених сферах [7].

В. А. Канашевський зазначає, що Конвенція мала пріоритет перед національним правом держав-членів. Це призводило до того, що на практиці положення національних законів держав-членів Конвенції визначають вибір застосованого права до міжнародних контрактів. Право, яке застосовується відповідно до Конвенції, має застосовуватись незалежно від того, чи воно є правом договірної держави. Таким чином, для застосування Конвенції не потрібно, щоб сторона – учасник спору була зареєстрована в державі-учасниці. Єдиною умовою для застосування Конвенції є те, що спір мав розглядатись у державі-учасниці [8].

Dr. Volker Behr вважає, що Римська конвенція була дуже цінною як перший крок до уніфікації приватного права у ЄС, але не набула автоматичної ратифікації у державах-членах, проте автоматично ставала національним правом. Даний документ кілька разів підпадав під модифікацію, в результаті чого держави, які приєднались до ЄС, були зобов'язані приєднатись і до Римської конвенції, це призвело до того, що держави ратифікували різні варіанти даного документа. При перетворенні Римської конвенції на Рим I були «стерті» недоліки. Перш за все, існує однаковий текст і автоматично застосовується у всіх державах-членах, не потребуючи ратифікації.

На думку А. С. Довгерта, Рим I, хоча і замінив Римську конвенцію, але не є її копією. А. О. Виноградов вважає, що замість того, щоб створити новий документ, Європейська конвенція трансформувала вже існуючу Конвенцію в інструмент права ЄС. Проект і кінцевий варіант Регламенту Рим I містили низку поправок, які мали на меті модернізувати зміст тих колізійних норм, які існують на даний час, та координацію їхнього застосування поряд з іншими інструментами приватного права ЄС, особливо з регламентами Рим II та Брюсель I. Зміни та нововведення пропонується розподілити на три основі групи:

– вихід з ситуації, коли відсутній вибір застосованого права;
– права слабкої сторони за договором;
– проблема застосування імперативних норм.

До суттєвих відмінностей можна віднести, наприклад, положення п. 1 ст. 1, де чітко зазначається, що Регламент підлягає застосуванню до договірних відносин з цивільних та торгових справ у випадку колізії правових норм. Як і колись, в основі всього Регламенту лежить автономія волі. Сторони вільні у виборі правового регулювання, яке буде застосовуватись до укладеного ними договору. Тим не менше, у п. 3 ст. 1 чітко зазначено термін «закон». Це означає, що сторони не можуть застосовувати lex mercatoria [12]. Також про це зазначає і А. С. Довгерт, зважаючи на сучасні тенденції розвитку комерційних відносин і дедалі більшого визнання даної конценції [6].

А. В. Асосков здійснив аналіз механізму дії Римської конвенції та Рим I. Стаття 4 застосоване право за відсутності його вибору Римської конвенції ґрунтується на основі складного поєднання теорії характерного виконання і принципу найбільш тісного зв'язку. Важливо підкреслити те, що автори теорії характерного виконання визнавали доцільність її формулювання у вигляді гнучкої колізійної норми. Крім того, до моменту прийняття Римської конвенції практично в усіх західноєвропейських країнах мав місце гнучкий підхід, що був заснований на визначенні гіпотетичної волі сторін та найбільш тісного зв'язку договору з певною правовою системою. У зв'язку з цим перехід до використання

побудованих на теорії характерного виконання жорстких колізійних норм виглядав недоречно. Тому в ст. 4 Римської конвенції її розробники намагались віднайти компроміс між гнучким за своєю природою принципом найбільш тісного зв'язку і жорсткою колізійною нормою, яка мала за основу теорію характерного виконання. А. Даймонд зазначав, що вищезазначений підхід покликаний віднайти певний компроміс, але, на жаль, ризикує не задовольнити нікого.

Структура ст. 4 Римської конвенції складалась з трьох компонентів, співвідношення яких викликало лише труднощі. Стаття 4 (1) фіксувала загальне правило про застосування до договору права держави, з яким він найтісніше пов'язаний. Стаття 4 (2) передбачала умови виконання положень 4 (5), за якими договір найтісніше пов'язаний з державою, де знаходиться сторона, що здійснює характерне виконання. Але, у свою чергу, у ст. 4 (5) встановляється застереження, відповідно до якого презумпція застосування теорії характерного виконання не діяла, якщо через сукупність обставин справи випливало, що договір більш тісно пов'язаний з іншою державою. Насамперед це стосувалось договору перевезення вантажу. За статтею 4 (4) договір перевезення вантажу не підпадав під таку презумпцію, якщо країна, у якій на момент укладення договору перевізник мав своє основне комерційне підприємство, яке є також країною місцезнаходження навантаження, розвантаження або країною основного місцезнаходження комерційного підприємства вантажовідправника, у такому випадку позиціонується, що договір має більш тісний зв'язок з даною державою.

Відповідно до вищевикладеного підходу можна зробити висновок, що він передбачає визначення застосованого права у три етапи, а саме: якщо на першому етапі суд намагається визначити найбільш тісний зв'язок договору з певним правопорядком без звернення до будь-яких чітких колізійних прив'язок, якщо це становить складність, то на другому етапі суд має звернутись до теорії характерного виконання, а на останньому етапі суд повинен перевірити чи не існує держави, з якою договір демонструє найбільш тісний зв'язок порівняно з отриманим результатом, який було отримано при застосовуванні теорії характерного виконання. Як результат, виконується певний коловорот: визначення застосованого права закінчується там, де починається пошуку країни, яка має найбільш тісний зв'язок з договором.

У свою чергу, коли йшла підготовка проекту Регламенту Рим I Європейська комісія поставила питання про зміну підходу, який містився у ст. 4 Римської конвенції. Була пропозиція взагалі виключити положення як ст. 4 (1), так і уточнення ст. 4 (5) Римської конвенції. Відповідно до п. 2 ст. 4 проекту Регламенту принцип найбільш тісного зв'язку підлягав до застосовування виключно у ситуації, коли специфіка договору взагалі не надає можливості визначити виконання зобов'язання якої сторони є характерним для відповідного договору. Така пропозиція фактично була перетворенням теорії характерного виконання у жорстку колізійну норму, результат застосування якої не підлягав коректуванню. Інститут Макса Планки надав відповідний коментар щодо цієї пропозиції: «Інститут цілком впевнений у тому, що загальний підхід, який заключається у практично повній відмові від гнучкості при визначенні права, яке буде застосовуватись до договорів за відсутності вибору такого права, є небажаним». Незважаючи на те, що така суворість певним чином сприяє правовій визначеності та уніфікованому застосуванню майбутнього акта, вона не залишає суддям вибору збалансованого підходу до комерційних інтересів і адаптації норми до потреб майнового обороту. Також таке нововведення є суттєвим відхиленням від практики більшості європейських країн. Інститут пропонував зберегти гнучкий принцип найбільш тісного зв'язку, доповнений системою презумпцій, і обмежитись більш вузьким уточненням про виключення, за допомогою цього можна досягнути компромісу між посиленням визначеності застосування і збереженням судової гнучкості для індивідуальних випадків (compromise between enhanced certainly of application and retained judicial flexibility in individual cases).

Але розробники пішли іншим шляхом, було використано підхід, заснований на зазначенні результатів застосування теорії характерного виконання для конкретних видів цивільно-правових договорів. Деякі автори піддають критиці і даний підхід, оскільки перелічені колізійні норми для кожного конкретного виду беззаперечно створюють складні проблеми кваліфікації. Не всі колізійні норми ст. 4 (1) Регламенту Рим I можна визнати як результат теорії характерного виконання, тому правильна кваліфікація договору може мати принципове значення. Зміст цього зауваження полягає у тому, що при кваліфікації договору слід звертати увагу не на назву, а на його реальний зміст прав і обов'язків сторін [12].

Отже, можна зробити висновок, що сфера міжнародних морських перевезень вантажів на даний момент не є достатньо врегульованою, що звичайно є негативним явищем, яке матиме вплив на розвиток договірних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Unification of the law of international trade: note by Secretariat. URL: http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1968-70-e/vol1-p13-17-e.pdf (дата звернення: 12.12.2018).

2. Покора І. Є. Гаазькі правила як перший досвід міжнародно-правової регламентації перевезення вантажу морем // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету, 2014. № 11. 2 т. С. 172–175.

3. Калпин А. Г. Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской перевозке грузов (Роттердамские правила) // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2010. № 4. С. 40–57.
4. Wilson J. Carriage of goods by sea. London: Longman, 2010. P. 174–231.
5. William Tetley «Summary of Some General Criticism of the UNCITRAL Convention (The Rottedarm Rules). URL: http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/ Tetley_Criticism_of_Rotterdam_Rules.pdf (дата звернення: 12.12.2018).
6. Довгерт А. С. Колізійне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та Україні // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 11. К.: 2012. С. 32–34.
7. Руденко О. В. Сучасні тенденції розвитку міжнародного приватного права ЄС. URL: http://lawreview.chnu.edu.ua/visnuku/st/578/10.pdf (дата звернення: 26.11.2018).
8. Канашевський В. А. Международное частное право: учебник. М.: Междунар. отношения, 2006. С. 255.
9. Behr Volker Rome I Regulation a mostly unified private international law of conctractual relationships within most the European Union. URL: http://jlc.law.pitt.edu/ojs/index.php/jlc/article/view/3 (дата звернення: 14.12.2018).
10. Виноградов А. А. «Рим I» «Рим II»: вопрос выбора. URL: http://cyberleninka.ru/article/n/rim-i-i-rim-ii-vopros-vybora (дата звернення: 26.11.2018).
11. Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 385–394.

Mykyta I. Universal and regional unification in area of international carriage of goods by sea

Article considers general condition and features of universal and regional unification of private rules in area of international carriage of goods by sea.

Keywords: unification, UNCITRAL, Rome I, conflict law, Rotterdam rules, national law, the theory of characteristic execution.

ДЕЯКІ ФОРМИ МІЖДЕРЖАВНОГО ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.45

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

У статі розглядаються проблеми міждержавного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Аналізуються правові підходи щодо усиновлення дітей-сиріт іноземцями в Україні. Робиться висновок про зменшення віку дітей, які перебувають на обліку і можуть бути усиновлені іноземцями в Україні.

Ключові слова: піклування, опіка, усиновлення, батьківство, діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, іноземці.

Міжнародно-правові питання, пов’язані з влаштуванням дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, та подальше удосконалення законодавства України в цій сфері завжди перебувають під пильною увагою не лише науковців, а й усіх громадян держави без винятку. Це пов’язано насамперед з відсутністю єдності у підходах щодо міждержавного влаштування цих осіб, а також вироблення єдиного механізму захисту порушених прав та інтересів дітей, які потрапляють в іноземну сім’ю.

Враховуючи те, що різні держави мають свої системи права, відповідно правові вимоги виражаються у неоднаковій процедурі влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Враховуючи відмінність правового статусу у різних державах, надзвичайно стає актуальною проблема належного правового регулювання різних форм сімейного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

В Україні дедалі більшого значення набуває питання міжнародного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Однак, враховуючи досвід попередніх років, вважаємо, що нашій державі слід виваженіше підходити до розгляду цих питань, адже доведеться чітко відповідати на запитання: міжнародне усиновлення – це забезпечення права дитини на сім’ю чи латентна торгівля дітьми ?

Нинішні прагнення української держави стати повноправним членом світового співтовариства зумовлює спрямування усіх зусиль державних органів на першочергове застосування універсальних

міжнародно-правових стандартів, дотримання прав і свобод людини та національних правових норм у цій сфері. Враховуючи принцип пріоритетності національного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, що повною мірою відповідає усім міжнародно-правовим актам, доводиться констатувати протилежність розвитку цих відносин. Так, у випадку коли влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, неможливе або не здійснюється протягом певного часу в державі, здебільшого звертаються, в інтересах цих осіб, до механізму міждержавного усиновлення, в нашому контексті – усиновлення дітей іноземцями в Україні. Саме тому потреба у створенні та застосуванні універсальних міжнародно-правових стандартів (механізмів) у цій галузі є більш ніж актуальною.

Під міжнародно-правовими стандартами у галузі усиновлення О. В. Скоробогач пропонує розуміти систему закріплених у міжнародних документах загальноприйнятих норм, спрямованих на розвиток та удосконалення єдиних загальнолюдських принципів, які застосовуються для регулювання правових відносин між суб'єктами усиновлення і третіми особами у процесі усиновлення дітей іноземцями [1].

Для правильного розуміння процесів міждержавного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, необхідно провести екскурс щодо трансформації універсальних конвенцій і угод в національне законодавство. Так, українським законодавством врегульовуються такі форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як: усиновлення, опіка та піклування, патронат, прийомна сім'я, дитячий будинок сімейного типу. З усього переліку найвищою формою прийнято вважати усиновлення, адже дитина приймається у сім'ю і проживає на правах дочки або сина. Такі сім'ї йменуються як *фостерні*. У контексті нашого дослідження, звертаючи увагу на поняття «фостерінг» (від анг. to foster – виховувати, навчати, проявляти батьківську турботу), що є процесом забезпечення розвитку і виховання дитини, фостерна сім'я – це сім'я, яка виховує чужу дитину певний період часу.

У процесі удосконалення українського законодавства саме зарубіжний досвід, зокрема аналіз щодо створення, організації, діяльності механізму правового регулювання фостерних сімей, буде корисним для розвитку нашого законодавства. Адже, за даними Інституту соціології НАН України, протягом 1993–2013 рр. сім'я, за рівнем довіри у населення, постійно займає перше місце серед усіх соціальних інститутів. Індекс довіри до неї в опитуванні населення у 2013 році становив 4,5 %, тоді як, наприклад, до церкви – 3,2 %, до засобів масової інформації – 3,0 %, до міліції – 1,9 %, до Верховної Ради – 1,8 %, астрологів – 2,3 % [2].

Наступна форма влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є опіка та піклування. Загальні положення про опіку та піклування в українському законодавстві регулюються ЦК України. У гл. 6 ЦК детально регламентуються питання встановлення опіки та піклування, призначення опікуна та піклувальників, права та обов'язки, скасування опіки та піклування щодо осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, або осіб, які визнані судом недієздатними, та інше. Перелічені можливості встановлення опіки та піклування за ЦК України в основному відбуваються в судовому порядку та, відповідно, з великою тратою часу. Натомість у СК України (гл. 19) пропонується врегульовувати відносини опіки і піклування над дітьми-сиротами і дітьми, позбавленими батьківського піклування, за рішенням органів опіки і піклування. Так, у ст. 224 СК України передбачено, що опікуном, піклувальником дитини може бути за її згодою повнолітня дієздатна особа. Призначення дитині опікуна або піклувальника органом опіки та піклування відбувається при врахуванні особистих якостей особи, її здатність до виховання дитини, ставлення до неї і, найголовніше, бажання дитини.

Враховуючи перелік вимог, який надається у ст. 212 СК України щодо усиновлювачів, слід зазначити, що до опікунів та піклувальників повинні застосовуватися аналогічні вимоги. Зокрема, опікун чи піклувальник не повинен: бути обмежений у дієздатності чи визнаний недієздатним; позбавлений батьківських прав, якщо ці права не були поновлені; перебувати на обліку або лікуванні у психоневрологічному чи наркологічному диспансері; зловживати спиртними напоями або наркотичними засобами; не мати постійного місця проживання та постійного заробітку (доходу); страждати на хвороби, перелік яких затверджений центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я; іноземцем, що не перебуває у шлюбі, крім випадків, коли іноземець є родичем дитини; за станом свого здоров'я потребувати постійного стороннього догляду; бути особою без громадянства; перебувати у шлюбі з особою, яка відповідно до пп. 3–6, 8 і 10 ст. 212 СК України не може бути усиновлювачем (опікуном/піклувальником). У випадку, коли опікуни, піклувальники, прийомні батьки, батьки-вихователі були усиновлювачами іншої дитини, але усиновлення було скасовано або визнано недійсним (припинено опіку, піклування чи діяльність прийомної сім'ї або дитячого будинку сімейного типу) з їхньої вини, можливість усиновлення, опіки та піклування є неможливим. Не менш важливими ознаками відмови є такі: коли опікун чи піклувальних були засуджені за злочини проти життя і здоров'я, волі, честі та гідності, статевої свободи та статевої недоторканності особи, проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або

прейскурантів, а також за злочини, передбачені ст. 148, 150, 150[1], 164, 166, 167, 169, 181, 187, 324, 442 Кримінального кодексу України, або мають непогашену чи не зняту в установленому законом порядку судимість за вчинення інших злочинів. Наведені вимоги є абсолютно обґрунтованими та такими, що виправдали себе у реаліях сьогодення.

Окрім наведеного українським законодавством встановлено, що у разі якщо дитина постійно проживає у закладі охорони здоров'я, навчальному або іншому дитячому закладі, функції опікуна та піклувальника щодо неї покладаються на адміністрацію закладу (ст. 245 СК України). На орган опіки та піклування покладається контроль за умови утримання, виховання, навчання дитини, над якою встановлено опіку або піклування.

При колізійному регулюванні опіки та піклування слід зазначити, що відносини між опікуном (піклувальником) та особою, яка перебуває під опікою (піклуванням), визначаються правом держави, орган якої призначив опікуна (піклувальника). Відповідно до ст. 24 Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – закон про МПрП) встановлення і скасування опіки та піклування над малолітніми, неповнолітніми, недієздатними особами, особами, цивільна дієздатність яких обмежена, регулюються особистим законом підопічного. Обов'язок опікуна (піклувальника) прийняти опікунство (піклування) визначається особистим законом особи, яка призначається опікуном (піклувальником). У випадках коли особа, що перебуває під опікою (піклуванням), проживає в Україні, застосовується право України. У випадках, коли громадяни, над якими встановлено опіку (піклування), проживають за межами України, відносини врегульовуються за законодавством країни проживання дитини, над якою встановлено опіку (піклування). Така опіка (піклування) вважається дійсною в Україні, окрім випадків, якщо проти її встановлення, її визнання немає законних заперечень відповідної консульської установи або дипломатичного представництва України. Щодо осіб, які не є громадянами України, а перебувають в Україні, або їх майна, що знаходиться на території України, у разі потреби в інтересах опіки чи піклування можуть бути вжиті заходи для захисту прав та охорони майна відповідно до права України [3].

Окрім наведених найпоширеніших видів влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у сімейному законодавстві України передбачено й інші види, серед яких патронат, прийомна сім'я та дитячий будинок сімейного типу.

Главою 20 СК України, зокрема ст. 252 СК України, встановлено, що за договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, за її згодою (якщо досягли такого віку та рівня розвитку, що можуть її висловити) на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття за плату, розмір якої визначається за домовленістю між органом опіки та піклування та патронатним вихователем. Договір про патронат припиняється у разі відмови від нього вихователя або дитини, яка досягла чотирнадцяти років. До призначення дитині нового вихователя або передання дитини іншій особі, навчальному закладу, закладу охорони здоров'я або соціального захисту вихователь, який відмовився від договору, зобов'язаний піклуватися про дитину. Договір про патронат може бути розірваний за згодою сторін або за рішенням суду в разі невиконання вихователем своїх обов'язків або якщо між ним та дитиною склалися стосунки, які перешкоджають виконанню обов'язків за договором.

Інститут прийомної сім'ї був започаткований в Україні в 2006 році. Правовому регулюванню прийомної сім'ї присвячено гл. 20-1 СК України, зокрема, ст. 256-1 СК України передбачено, що *прийомна сім'я* – сім'я, яка добровільно взяла на виховання та спільне проживання від одного до чотирьох дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Прийомні батьки несуть обов'язки за виховання та розвиток дітей, передбачені ст. 150 СК України. Прийомними батьками не можуть бути особи, зазначені в ст. 212 СК України. Між прийомними батьками та органом, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї, на основі типового договору укладається договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї. Орган, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї, зобов'язаний контролювати виконання прийомними батьками своїх обов'язків щодо виховання та утримання дітей. Положення про прийомну сім'ю та типовий договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Правове регулювання щодо дитячого будинку сімейного типу та влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, міститься у гл. 20-2 СК України.

Відповідно до ст. 256-5 СК України дитячий будинок сімейного типу – це окрема сім'я, що створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, для забезпечення сімейним вихованням та спільного проживання не менш як п'яти дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Вихованцями дитячого будинку сімейного типу є за їх згодою (якщо досягли такого віку та рівня розвитку, що можуть її висловити) діти-сироти і діти, позбавлені батьківського піклування. Згода дитини на влаштування її до дитячого будинку сімейного типу з'ясовується службовою

особою закладу, в якому вона перебуває, у присутності батьків-вихователів і представника органу опіки та піклування, про що складається відповідний документ. Вихованці проживають і виховуються у дитячому будинку сімейного типу до досягнення 18-річного віку, а в разі продовження навчання у професійно-технічному, вищому навчальному закладі I-IV рівнів акредитації до його закінчення.

Між батьками-вихователями та органом, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного типу, на основі типового договору укладається договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу. Орган, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного типу, зобов'язаний контролювати виконання батьками-вихователями своїх обов'язків щодо виховання та утримання дітей. Положення про дитячий будинок сімейного типу і типовий договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Повертаючись до матеріально-правових проблем міждержавного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, слід зазначити, що детальний аналіз регулювання цих відносин в українському законодавстві не зовсім привабливий для осіб-іноземців. Адже довготривала процедура усиновлення, недостатність нормативного забезпечення у питаннях принципу усиновлення, а також прогалини у законодавстві щодо опіки та піклування, прийомної сім'ї, дитячих будинків сімейного типу та безпосередньої участі іноземців у них потребують доопрацювання.

Безумовно, в українському законодавстві є норми, які регулюють усиновлення іноземцем дитини, яка є громадянином України, зокрема ст. 283 СК України. Згідно з положеннями цієї статті усиновлення іноземцем в Україні дитини, яка є громадянином України, здійснюється на загальних підставах. Дитина, яка є громадянином України, може бути усиновлена іноземцем, якщо вона перебуває не менш як один рік на обліку в центральному органі виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері усиновлення та захисту прав дітей, і досягла п'яти років. На нашу думку, така імперативно встановлена вікова градація щодо усиновлення дітей здебільшого призводить до втрати інтересу іноземцями щодо усиновлення, адже відомо, що процедура усиновлення інколи може затягнутися на декілька років. Відтак існують ризики «не встигнути» пройти процедуру усиновлення щодо 5-річної дитини (найпоширеніші випадки трапляються коли на момент вирішення питання щодо усиновлення дитини їй виповнилося уже три і більше років). Тому, щоб уникнути в майбутньому розчарування, зокрема безпосередньо у дітей, яких планувалося усиновити, іноземці довго зважують і здебільшого відмовляються у проходженні такої процедури.

Таким чином, зважаючи на вищенаведене, доходимо висновку про скасування вікового критерію для дітей, які можуть бути усиновлені в 5 років. Вважаємо, що такі законодавчі зміни не лише дозволять відновити інтерес іноземців до усиновлення дітей в Україні, а й приведуть до позитивних змін у ситуації міждержавного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, про яку часто в негативному вимірі звітує Міністерство закордонних справ України.

Розвиваючи в цьому руслі думку, слід зазначити, що Україні потрібно не лише спростити порядок усиновлення, зменшити небезпеки, пов'язані із зловживанням службовим положенням та корупційної складової працівників, а й створити необхідну базу для двостороннього співробітництва щодо правової допомоги у сфері міждержавного співробітництва, з метою не лише створення обліку цих дітей, а й проведення відповідного нагляду за дотриманням прав дітей, які усиновлені іноземцями.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Скоробогач О. В. Міжнародно-правові стандарти усиновлення іноземцями дітей, які є громадянами України. Право і безпека. 2013. № 1 (48). С. 201–205.

2. Українське суспільство 1992–2013. Стан та динаміка змін. Соціологічний моніторинг. За ред. В. Ворони, М. Шульги. К.: Інститут соціології НАН України, 2013. 566 с.

3. Калакура В. Я. Міждержавне усиновлення та інші форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. URL: https://docs.google.com/document/preview?hgd=1&id=1dfPMmrnCgFRd7LXJvy-kBF5nzLGqZJgSXl7ZrzePIG4 (дата звернення 22.10.2017 р.).

Pleniuk M. Some forms of interstate placement of children of orphans and children deprived of parental care

The article deals with the problems of interstate placement of orphans and children deprived of parental care. The legal approaches to adoption by foreigners in Ukraine are analyzed. A conclusion is drawn about the reduction of the age of children who are registered and may be adopted by foreigners in Ukraine.

Keywords: guardianship, guardianship, adoption, fatherhood, orphans, children deprived of parental care, foreigners.

INTERNATIONALIZATION OF CONSUMER LAW AND CONSUMER PROTECTION

https://doi.org/10.32849/2409-9201.2018.18.46

Pozhodzhuk R.,
Ph. D., Researcher of F. H. Burchak Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepreneurship NALS of Ukraine

The article is devoted to issues of internationalization of consumer law and consumer protection. Also, the new trends in the field of consumer relations are considered. Special attention is paid to modern approaches of understanding the protection of consumer rights in the international context.

Keywords: internationalization, consumer law, protection of consumer rights, consumer relations, consumer interests.

Our world changes and consumer society changes, too. During last thirty years, we have been observed how world market liberalization and technological development affect on consumers relationships. Nowadays, consumer has more possibilities to get complex information about different goods, works and services from various sources. The development of Internet and social networks canceled borders between people and companies. Moreover, that development led to emerge the new era of communication and facilitation to access to the world markets for consumers from all over the world.

In an era of transnationalization, consumers are also facing more challenges. Due to the diversity of selling methods and new technology, the changing way of business practices, and the phenomenon of mass tourism, consumers are being exposed to new risks and fraudulent, deceptive, and unfair practices. Products and services (financial products in particular) are becoming progressively sophisticated and are difficult to assess even for experts. Subprime lending to lower-income consumers is considered the root cause of recent global financial crisis. In many occasions, consumers are provided with misleading information and advertisement. The disputes arising from cross-border consumption often turn out to be burdensome with low efficiency for consumers [1, p. 3–4]. We fully agree with author who pays attention to the diversity of selling methods and new technology, the changing way of business practices, and the phenomenon of mass tourism and comes to the logical conclusion that the above challenges can lead to new risks and fraudulent, deceptive, and unfair practices. In this context, it must be taken into account that the consumer as the weaker side of contractual relations must adapt to new methods, technologies, etc. and use them for the possibility of satisfying of his own interests.

Taking into consideration the fact that companies are constantly looking for and improving new methods of influencing on consumer in order to realize their own products, such consumer is an insecure side in consumer relations, and needs the additional protection.

The author also focuses on the low efficiency of consumer protection connecting with cross-border consumption. In accordance with this kind of protection, it should be noted that with the development of Internet commerce and with the possibility to purchase goods from the different parts of the world without leaving home, the consumer needs some kind of protection not only at the national level, but also at the international level. Due to this a consumer, who buys goods through Internet in another country, is deprived of the possibility of protection at the national level. In addition, the consumer cannot always effectively protect his rights through a specialized consumer protection authority in the country of purchase of goods. The reasons of low level of protection or its absence can vary, for example, the ignorance of the legislation of foreign country, the lack of access to specialized consumer protection authority in a foreign country, high expenses for a lawyer in comparison with the harm was done, etc. However, the consumer should be protected, both at the national and international levels. Such protection is possible in case of appealing to international consumer protection organizations.

At the same time, it should be noted that despite the existence of a significant number of international consumer protection organizations and international legal acts in the field of consumer protection, it is hard to claim that the consumer has an appropriate level of protection of his rights as a participant of consumer relations.

In the aspect of internationalization of consumer protection, the main attention should be paid to consumer interests. Usually, consumer interests can be defined as a legitimate desire to use certain tangible or intangible benefits. Therefore, it can be asserted that consumer interests are the main objective of any seller who is focused on the sale of goods, works and services directly to the consumer. Thus, the correct understanding of consumer interests is a key in a researching of a question of internationalization of consumer protection.

Although consumer issues consist of a wide range of topics, consumer interests can be clustered into three levels: fundamental, economic and societal interests:

– fundamental interests relate to the opportunity to participate in consumption. The subject of fundamental interests centres on the access to consumption and fair and equitable distribution of those goods that are essential for survival, e.g. water, food, or medicine. Fundamental consumer interests also include health, i.e. the interest that the consumer's health is not damaged or endangered by the products and services he or she consumes.

– economic interests are often referred to as «classic» consumer interests. While fundamental interests focus on the access to the market, economic interests relate to consumer protection within the market. The foremost interest in this respect is the maximisation of benefit on the consumer's side with regard to the goods and services purchased. This also includes the best possible product quality at the lowest price.

– societal interests relate to the interest consumers have in their wider ecological and social environment. While it is undoubted that consumers want to live in an intact ecological and social environment, it is not as clear that they will make their purchasing decisions in such a way as to promote environmental protection, poverty eradication or labour rights. For a majority of consumers a gap still remains between everyday life in which economic considerations are still to a large extent predominant, and the degree of awareness for the support of societal interests. The consumer who decides to buy ecologically or socially beneficial goods or services will also benefit the public welfare or society as a whole, but in many cases the direct economic profit for the consumer himself remains immeasurable. Conversely, the consumer who buys ecologically or socially harmful goods, such as those produced by child labour, is unlikely to feel the societal consequences of this purchasing decision [2].

Today, we can talk about the internationalization of consumer protection in the aspect of each of three levels of consumer interests. All above said is caused by the globalization of almost all spheres of human life activity. Globalization is undoubtedly an integral part of modern society, manifested in the emergence of political, economic, social, ethical and legal interests beyond the boundaries of a particular state. As a result, specific interests are the subject of legal regulation of two or more states and, consequently, they require compliance with common principles of legal regulation.

Originally, consumer protection has been envisaged at a national level. Today, economic globalization increases the need to have universal standards to protect consumers both nationally and internationally and consumer law requires incorporating the international dimension. As an autonomous discipline, consumer law is distinct from traditional legal branches like civil law and commercial law by giving priority to the consumer rather than the transaction itself. Just as Thierry Bourgoignie has put it, consumer law offers a subjective understanding (instead of an objective conception) of the phenomenon of consumption as consumption is not a neutral process of technical destruction and the consumer plays a vital role on the market [3, p. 297; 1, p. 4]. The specificity of consumer law stands the recognition of the principle of vulnerability of the consumer in terms of information, choice, and negotiation capacity. In cross-border consumption relationships, the vulnerability of the consumer still remains and in most cases turns out to be much more obvious than the one reflected in internal transactions. Claudia Lima Marques pointed out some peculiar characteristics of international consumer transactions, namely, international consumer contracts are not long-lasting and repetitive, the cost for upholding rights are much higher, the consumer, in addition to language barriers, is not familiar with foreign laws and jurisdictions and has more difficulty in having access to justice [4, p. 37–40; 1, p. 4].

In the global context, consumer law has to develop to «a truly international discipline» [5, p. 206; 1, p. 4]. The international community needs to develop common principles as well as concrete instruments to implement the goals or objectives of "consumer protection" listed in international treaties or legal documents. Taking into account the internationalization of consumer transactions, the international dimension of consumer law has to contain a number of themes [1, p. 4]. Hence, taking into full consideration the fact of globalization of consumer economy, protection of consumer has to be the core of consumer law. In this case, consumer needs to be protected not only by the national law, but also by international law. For this reason, international society has to create the unique principles of international consumer protection.

Some authors highlight the fact that there are two principal reasons for the increasing internationalization of consumer law. The first is that the experience of different national regulatory approaches towards consumer protection typically represents a form of material non-tariff obstacle for international trade [6]. Major global traders in the market advocate a unified consumer policy that facilitates their business activities. The alignment of diverse regulatory regimes of consumer protection amongst different countries encourages the development of cross-border trade and, in such a manner, increases commercial activities.

In this sense, the internationalization of consumer law corresponds with the phenomenon of globalization in all spheres of society, commercial transactions and the market. A particular challenge is the manner of protection of consumers on a global level. Trade liberalization, as a necessary prerequisite for globalization, and the development of unified systems of consumer protection can be seen as complementary rather than conflicting goals. The question remains, however, as to what the level should be of such consumer protection globally.

The second reason for the internationalization of consumer law is that many underdeveloped and developing countries either do not have consumer law regimes at all, or do not have adequately developed regimes. International organizations support the establishment and improvement of consumer law in these countries by providing models of consumer laws, and through offering diverse programmes and different types of support for the implementation of these models.

This phenomenon is increasingly prevalent outside the developing countries due to the global financial crisis. The lack of an adequate system of consumer protection contributed to the occurrence of the crisis. Furthermore, it has also led to consumers, in particular vulnerable consumers, suffering from the consequence of the crisis in an unjustified and appropriate manner. Importantly, the defects of the regulatory regimes of consumer protection have been observed not only in developing countries, but also in a number of developed countries. It is for this reason that even the OECD[1] has started to involve itself in the consumer policy of its Member States [7, p. 2]. The above, once again, confirms the urgent need for an appropriate internationalization of consumer law and protection of consumer rights. For this, first of all, it is necessary to accept as a dogma the fact that the consumer interests should be put on the first place not only at the national but also at the international level. At the same time, the international community needs to adopt a single international legal document (convention) on the protection of consumer rights. Such a convention should unite the countries in a common vision of the basic principles of consumer protection and liability for their violation.

Speaking about the internationalization of consumer law and consumer protection, we need to mention the paper, prepared by Policy Department A at the request of the Committee for Internal Market and Consumer Protection of European Parliament, which presents the emerging trends having an impact on consumers and identifies the challenges associated to them in the area of consumer protection. In this paper, Carine Piaguet classified the main new consumer trends and possible challenges connected with them in two groups. **The first group named «New digital consumer trends and challenges» consists of the following components:**

1) emergence of new digital products and services;

2) widespread use of internet as information tool for purchasing purposes;

3) increased use of electronic payments and emergence of new forms of payment;

4) traditional exchanges redefined through technology and peer communities: the development of sharing economy services.

The second group named «Non-digital consumer trends: the need for better information and knowledge» consists of following components.

1. Increased complexity of financial products and services.

2. Purchasing decisions increasingly influenced by environmental, social, ethical and other quality aspects.

3. A new environment leading to a new kind of vulnerable consumers [8]. In this context, it should be noted that the above research, classification and detailed analysis of the new trends testify the interest and awareness of some committees of the European Parliament on the current state of consumer relations. Therefore, it is logical to conclude that the specified interest and awareness clearly emphasize the importance of consumer protection and development of consumerism at the European Union level.

Undeniably, the given trends reflect the current state of consumer relations. However, the first group reflects the preconditions that are intended to facilitate the consumer's rights realization. Meanwhile, the second group reflects the real threats that require the immediate response.

Anyway, for appropriate legal regulation and consumer protection, the international community must not only reveal new consumer trends and possible challenges connected with them, but also to react on them. Appropriate reaction usually is reflected as the adoption of new international legal acts of various nature in the field of consumer rights protection, carrying out informational and educational work and activities for providing consumers the information that they can use to protect their rights and to prevent the violation of such rights.

SUMMARY

Summarizing the foregoing we can admit that the process of internationalization of consumer law and protection of consumer rights is inevitable. In my opinion, this process is due to four main factors: the globalization of consumption, the digitalization of consumption and consumer relations, the development of the Internet and social networks, and the impact of consumption on the environment. In this context, it is important to note that internationalization as a phenomenon should influence positively on the development of consumer relations and significantly expand the possibilities of the consumer. Consequently, the sphere of consumption should be reasonably regulated in accordance with challenges of the time and with the main goal – the protection of consumer rights.

REFERENCES:

1. Marques C. L., Wei D. (ed.). Consumer Law and Socioeconomic Development: National and International Dimensions. Springer, 2017. 492 p.

[1] The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

2. Consumer Interests and Sustainable Development in International Trade Law, Federation of German Consumer Organizations (vzbv), Policy Brief https://www.ecologic.eu/sites/files/download/projekte/1850-1899/1885/1885_vzbv_policy_brief.pdf (Date of reference: 01.12.2017).

3. Bourgoignie T. Characteristics of consumer law // Journal of Consumer Policy. 1992. Vol. 14. Issue. 3. pp. 293–315.

4. Lima Marques C. (2012) Relations between international law and consumer law in the globalized world: challenges and prospects. In: Lima Marques C., Arroyo DPF, Ramsay I. et al. The Global Financial Crisis and the Need for Consumer Regulation: New Developments on International Protection of Consumers. 2012.

5. Twigg-Flesner C., Micklitz H. Think Global – Towards International Consumer Law // Journal of consumer policy. 2010. Vol. 33. Issue. 3. pp. 201–207.

6. Grainger, Andrew (2011) Trade facilitation: a conceptual review. Journal of World Trade, 45 (1). pp. 39–62. URL: http://eprints.nottingham.ac.uk/ 1769/1/TRAD_45%281%29_Andrew_Grainger.pdf (Date of reference: 01.12.2017).

7. Durovic M., Micklitz H. W. Internationalization of Consumer Law: A Game Changer. – Springer, 2016. URL: https://books.google.com.ua/books?id=g_VV7DQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Internationalization+of+Consumer+Law:+A+Game+Changer&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwj565XruofYAhUjDZoKHYQeDmIQ6AEIJjAA#v=onepage&q=Internationalization%20of%20Consumer%20Law%3A%20A%20Game%20Changer&f=false (Date of reference: 07.12.2017).

8. Carine Piaguet. New Trends and Key Challenges in the Area of Consumer Protection: In-depth Analysis. European Parliament. Directorate-General for Internal Policies of the Union. 2014. URL: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2014/518773/IPOL_IDA%282014%29518773_EN.pdf (Date of reference: 13.12.2017).

Пожоджук Р. В. Інтернаціоналізація споживчого права та захисту прав споживачів

Статтю присвячено питанням інтернаціоналізації споживчого права та захисту прав споживачів. Розглянуто нові тренди у сфері споживчих відносин. Особливу увагу приділено сучасним підходам до розуміння захисту прав споживачів у міжнародному контексті.

Ключові слова: інтернаціоналізація, споживче право, захист прав споживачів, споживчі відносини, інтереси споживача.

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 18, 2018

Редактори **А. М. Шадріна, І. А. Янчук**

Оригінал-макет **С. В. Максименко**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки **С. В. Максименко**

Підписано до друку 28. 03. 2018 р. Формат 60х84/8
Обл.-вид. арк. 26,1 Тираж 300 прим. Зам. № 18-002

Видавець Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
вул. Раєвського, 23-а, м. Київ, 01042
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції,
серія ДК № 2233 від 05.07.2005 р.

Виготовлювач Редакція газети «Підручники і посібники».
46000, м. Тернопіль, вул. Поліська, 6а. Тел.: (0352) 43-15-15; 43-10-21.
Збут: zbut@pp-books.com.ua Редакція: red@pp-books.com.ua
Виробництво: print@pp-books.com.ua www.pp-books.com.ua
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 4678 від 21.01.2014 р.