

МВС України
Харківський національний університет внутрішніх справ

Харківський обласний осередок Всеукраїнської громадської організації
«Асоціація цивілістів України»

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Тези доповідей учасників
науково-практичної конференції,
присвяченої світлій пам'яті
Олександра Анатолійовича Пушкіна

Харків, 25 травня 2018 р.

Харків
ХНУВС
2018

*Друкується відповідно до доручення
Харківського національного університету внутрішніх справ
від 06.03.2018 № 34*

- П78 **Проблеми** цивільного права та процесу : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків, 25 трав. 2018 р. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». – Харків : ХНУВС, 2017. – 376 с.

У збірнику розміщено тези наукових доповідей та повідомлень, у яких розглядаються актуальні проблеми цивільного, сімейного, господарського процесуального та цивільного процесуального права.

УДК 346+347

Матеріали викладені в авторській редакції з незначними коректорськими правками. Відповідальність за точність поданих фактів, цитат, цифр і прізвищ несуть автори та їх наукові керівники.

Електронна копія збірника безоплатно розміщується у відкритому доступі на сайті Харківського національного університету внутрішніх справ (<http://www.univd.edu.ua>) у розділі «Видавнича діяльність. Матеріали науково-практичних конференцій, семінарів тощо», а також у репозитарії ХНУВС (<http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/>).

ЗМІСТ

Сокуренко В. В. Вітальне слово.....	10
Борисова В. І. Базові принципи цивільного права України	12
Васильєва В. А. Закон України «Про вищу освіту»: інноваційні положення та практика застосування.....	16
Венедіктова І. В. Актуальні питання комерціалізації інноваційних продуктів вищими навчальними закладами України.....	19
Галянтич М. К. Проблеми застосування терміна «житло» в законодавстві України	22
Завальна Ж. В. Поняття публічності в договірному регулюванні відносин приватної сфери.....	25
Заїка Ю. О. Правові наслідки визнання заповіту недійсним: здоровий глузд чи буква закону?	26
Канзафарова І. С. Частное право в условиях глобализации и регионализации: отдельные аспекты.....	29
Кізлова О. С. Цивільно-правова категорія місця проживання особи під час здійснення митного оформлення транспортних засобів	31
Кохановська О. В. До питання про економічну конкуренцію у законодавстві України	35
Кузнєцова Н. С. Перспективи розвитку приватного права в контексті європейської інтеграції України....	40
Майданик Р. А. Учення про юридичну методологію в контексті приватного права України	47
Мартыненко И. Э. О соотношении и взаимовлиянии гражданско-правовых норм и положений законодательства об охране культурного наследия (памятников истории культуры)	55
Притика Ю. Д. Онлайн-арбітраж у системі альтернативних способів вирішення спорів: pro et contra ...	58
Сліпченко С. О. Правові наслідки незаконного володіння чужим майном	61
Спасибо-Фатєєва І. В. Корпоративні правовідносини та корпоративні спори	64
Харитонов Є. О. Інформаційне суспільство, громадянське суспільство та приватне право: питання співвідношення.....	68
Харитонova О. І., Бігняк О. В. Захист прав учасників господарських товариств: новели та проблеми.....	72

Шишка Р. Б.	
Визначна постать у становленні міліцейської цивілістичної наукової школи в Харкові ..	75
Гетманець О. П.	
Принцип правовладдя у бюджетних відносинах України.....	77
Гриняк А. Б.	
Цивільно-правова норма як елемент механізму правового регулювання підрядних відносин	79
Жорнокуй Ю. М.	
Значення медіаційного договору у вирішенні корпоративних конфліктів	82
Зозуляк О. І.	
Сучасний стан розвитку договірного права України: окремі аспекти	85
Калаур І. Р., Зайцева-Калаур І. В.	
Проблеми гармонізації законодавства України в сфері гарантії права на зміну (корекцію) статеві належності	87
Коструба А. В.	
Дуалізм приватного права франції: в пошуках компромісу.....	89
Кот О. О.	
Зловживання правами за новими процесуальними кодексами.....	94
Красицька Л. В.	
Прогалини у регулюванні сімейних відносин	96
Кройтор В. А.	
Існування помірного судового збору як гарантії реалізації права на судовий захист в аспекті доступу до правосуддя	99
Махінчук В. М.	
Про основні заходи щодо підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки	101
Пленюк М. Д.	
Принцип економічності та співробітництва (взаємодії) сторін у договірних зобов'язаннях.....	104
Сергієнко В. В.	
Правові проблеми реалізації положень закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирних будинків»	106
Синегубов О. В.	
Захист прав малолітніх і неповнолітніх осіб у сучасних умовах	108
Старинський М. В.	
Щодо засобів і прийомів нейтралізації норм права в приватних правовідносинах	111
Харченко Г. Г.	
Позовна давність і проблеми захисту інтересу добросовісного набувача у судовій практиці України.....	114
Цюра В. В.	
Довіреність як форма уповноваження представника за законодавством США.....	117

Єфремова І. О. Тенденції розвитку законодавства України у сфері захисту сімейних прав та інтересів.....	120
Швець Д. В. Місце річного плану в державних закупівлях	123
Аврамова О. Е. Построение элементов в структуре жилищных правоотношений.....	125
Адамова О. С. Щодо об'єкту правовідносин морського страхування.....	128
Бортнік О. Г. Урегулювання спорів у цивільному судочинстві України	131
Васильєв С. В. Філософські категорії в цивільному судочинстві	134
Горобець Н. О. Сучасні тенденції правового регулювання права власності	137
Давидова І. В. Деякі особливості суб'єктного складу правочинів в інформаційному суспільстві	139
Євко В. Ю. Особливості судового захисту сімейних прав	142
Єфремова І. І. Право на відшкодування моральної шкоди: проблеми реалізації.....	145
Зайцев О. Л. Розвиток договору закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти.....	148
Кириченко Т. С. До питання «поняття сім'ї».....	151
Коробцова Н. В. Право пацієнта на захист персональних даних як одна з гарантій реалізації медичної реформи в Україні	155
Кочин В. В. Майбутні метаморфози регулювання відносин припинення юридичної особи: «рівняння» з кількома невідомими	158
Кухарєв О. Є. Реалізація принципу свободи заповіту в спадковому праві України	161
Лукашевич-Крутник І. С. Співвідношення понять «транспортні договори», «договори перевезення» й «договори у сфері транспорту»	164
Мінченко А. О. Проблема визначення місця проживання малолітньої дитини з одним із батьків.....	167
Мороз О. В. Проблемні аспекти строку договору оренди майна державного підприємства	170
Некіт К. Г. Порівняльний аналіз законодавчих підходів до визначення понять криптовалюти та майнінгу	173

Панова Л. В.	
Юридична категорія «платіжна система»	176
Первомайський О. О.	
Правова футурологія. Спроба обґрунтування необхідності	178
Піхурець О. В.	
Окремі питання здійснення права на доменне ім'я	182
Радченко Л. І.	
Окремі аспекти термінологічної характеристики базового поняття сімейного права України	186
Рябоконь Є. О.	
До питання про співвідношення понять «заміна боржника у зобов'язанні» та «переведення боргу»	189
Сабодаш Р. Б.	
Проблемні питання застосування статті 20 закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»	193
Савченко А. С.	
Перебудова та знесення як наслідки самочинно зведеного об'єкта нерухомості	196
Садикова Я. М.	
Відношення інтересів у праві	199
Сакара Н. Ю.	
Спрошене позовне провадження як новела цивільного процесуального права	202
Селіванов М. В.	
Підстави поновлення процесуальних строків	205
Селіванова І. А.	
Про деякі питання правового статусу суб'єктів державного та комунального секторів економіки, актуалізовані українськими реформами	207
Соболев О. В.	
Здійснення права на житло громадянами, що потребують соціального захисту	211
Соловйов О. М.	
«Lost in translation», або автономність концепції «власність», що ґрунтується на статті 1 протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини	214
Тіхонова М. А.	
Щодо права на визначення гендерної приналежності	218
Ткалич М. О.	
Спортивне приватне право як підгалузь цивільного (приватного) права	220
Чалий Ю. І.	
Межі приватноправового регулювання відносин освітньої сфери	224
Шишка О. Р.	
Об'єктоздатність особистих немайнових прав: деякі питання концептуально-правового регламентування	226
Якубівський І. Є.	
Про юридичну природу майнових прав інтелектуальної власності	230

Ясечко С. В.	
Щодо питання іміджевих прав	233
Вакулович Е. В.	
Особливості укладення договору оренди транспортного засобу для здійснення міжнародних перевезень	235
Васильєва В. В.	
Майнові права як предмет застави та їх відмінність від суміжних категорій	238
Глотов С. О.	
Триступеневий тест за бернською конвенцією: загальна характеристика	242
Гнатів О. М.	
Окремі аспекти правового регулювання цивільно-правової відповідальності держави	243
Гниздовская А. М.	
Правовая природа и особенности договора на спортивную подготовку игрока (на примере футбола)	245
Жорнокуй В. Г.	
Вина юридичної особи: сучасний етап вивчення	248
Карнаух Б. П.	
Причинний зв'язок: дилема двох мисливців	251
Макода В. Є.	
Деякі теоретичні та практичні аспекти визнання недійсним договору довічного утримання. Аналіз судової практики	255
Менська О. А.	
Заклад культури як елемент культурно-правової системи України	259
Музика Т. О.	
Питання припинення договору довічного утримання (догляду), укладеного зі співвласниками щодо майна, що є в їх спільній сумісній власності	263
Печений О. П.	
Проблеми відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця	266
Пономаренко О. М.	
Взаимодействие диспозитивного и императивного метода в правовом регулировании алиментных отношений	268
Попов В. А.	
Вузлова угода та договір перевалки як правові підстави перевалки вантажів	271
Рубан О. О.	
Новітні освітні технології викладання юридичних дисциплін з орієнтацією на компетентісний підхід	273
Сидоренко О. В.	
Правове регулювання антиспаму	277
Сідей О. В.	
Види особистих немайнових прав, пов'язаних із правом на здоров'я	279
Скриннікова К. О.	
Деякі аспекти цивільно-правового регулювання відносин у сфері надання медичних послуг	282

Степаненко Т. В.	
Щодо масових (групових) позовів у цивільному судочинстві (в світлі нової редакції Цивільного процесуального кодексу України)	284
Суц О. П.	
Суб'єктивні права інвесторів корпоративних інвестиційних фондів	285
Сядриста І. І.	
Засоби індивідуалізації фізичної особи – підприємця	288
Філатова Н. Ю.	
Відмова від традиційних форм і ренесанс формалізму в умовах розповсюдження практики укладання електронних договорів	290
Ходєєва Н. В.	
Про право на інформацію про стан здоров'я дитини або підопічного	293
Хоменко М. М.	
Категория «недействительность» и защита гражданских прав: концепция Хозяйственного кодекса	295
Журавлєва Т. В.	
О правовом режиме паралимпийской, дефлимпийской и специальной олимпийской символики	298
Замуравкина Р. М.	
Проблемные вопросы договора аренды жилища с выкупом	301
Кацюба К. В.	
Цивільна правосуб'єктність непідприємницьких товариств	303
Пугачова Н. Г.	
Укладення договорів одним із подружжя щодо спільного майна	306
Артикуленко О. В.	
Окремі питання правоздатності юридичних осіб у цивільному праві України	309
Бєлова Ю. Д.	
Сучасні підходи до класифікації персональних даних	311
Борисова А. О.	
Цивільно-правове регулювання відносин у сфері інформаційних комунікацій: загальний огляд нормативно-правових актів України	314
Бринчак М. П.	
Сутність права свободи світогляду та віросповідання у цивільному праві України	316
Голоденко І. А.	
Организационно-правовые формы высших учебных заведений	319
Гордевська О. М.	
Здійснення права спільної часткової власності у римському праві	322
Гордейчук В.	
Проблематика визначення поняття «введення в цивільний обіг» товарів, що містять охоронювану торговельну марку, за законодавством України	324
Єніна Л. В.	
До питання про нотаріальне посвідчення шлюбного договору	326

Епішко І. С.	
Кримінально-правовий захист честі та гідності поліцейського як громадянина	328
Задорожний О. В.	
Проблемні аспекти формування стартової ціни об'єктів приватизації.....	330
Калмыкова Ж. Н.	
Правовые проблемы электронной торговли в Украине	333
Киреева Н. С.	
Ризики споживачів і банківських установ у сфері електронного банкінгу.....	335
Кірик А. А.	
Строк придатності харчових продуктів як цивільно-правова категорія.....	339
Кочина К. А.	
Розмежування понять «воля юридичної особи» та «воля учасника(-ів) юридичної особи»	341
Красник К. С.	
Визначення поняття «сім'я» у правовій доктрині	344
Мосейчук А. І.	
Суб'єкти усиновлення іноземцем дитини за законодавством України та країн Європейського Союзу.....	347
Навальнєва Н. М.	
Визнання необґрунтованими активів та їх витребування.....	350
Негода О. А.	
Захист прав дитини як «слабкої сторони» договірних правовідносин	354
Петрофанова К. Р.	
До питання про правову природу договору про використання електронних грошей	356
Пилипенко Ю. О.	
Проблемні питання адвокатської «монополії» в цивільному процесі	359
Попова С. О.	
Цивільно-правові аспекти виникнення особистих немайнових прав юридичних осіб.....	363
Сліпченко А. С.	
Співвідношення у цивільному обігу понять «відчуження» та «перехід»	365
Ткаченко В. С.	
Визначення поняття «будівництво» в контексті самочинного будівництва	368
Приходько Д. О.	
Вплив законодавства ЄС на національні правові системи та національне законодавство	371
Цебинога В. Ю.	
Оборотоздатність об'єктів авторського права.....	373

ШАНОВНІ УЧАСНИКИ КОНФЕРЕНЦІЇ!

Вітаю вас із початком роботи 20-ї науково-практичної конференції «Проблеми цивільного права та процесу», присвяченої світлій пам'яті професора Олександра Анатолійовича Пушкіна.

Сьогодні в цьому залі присутні як провідні вчені, так і молоді дослідники, як працівники судових і правоохоронних органів, так і представники провідних закладів вищої освіти та науково-дослідних установ, як науковці нашої країни, так і дослідники з інших країн. Щиро дякую всім тим, хто особисто бере участь у заході.

21 травня цього року Олександр Анатолійович Пушкін – видатному вітчизняному вченому у сфері цивільного права, професору, доктору юридичних наук, лауреату Державної премії Української РСР, Заслуженому юристу України – виповнилося 693 роки.

Життя Олександра Анатолійовича було досить складним. Ще юнаком він пізнав лихо війни. У 1943 році він був призваний до лав Червоної Армії, брав участь у бойових діях на 3-му Українському фронті, а також на Карельському фронті в Білорусі, був нагороджений орденом Червоної Зірки й орденом Вітчизняної війни.

Після демобілізації у 1945 році Олександр Анатолійович став студентом Харківського юридичного інституту імені Дзержинського (нині Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), який закінчив із відзнакою. У 1949 році майбутній професор вступив до аспірантури цього ж навчального закладу та присвятив своє життя проблемам цивільного права та процесу, а також дослідженню римського приватного права.

У Харківському юридичному інституті Олександр Анатолійович Пушкін пропрацював більш ніж 40 років, починаючи з посади старшого викладача й закінчуючи посадою завідуючого кафедрою цивільного права. У цьому ж навчальному закладі в 1952 році він захистив кандидатську дисертацію «Правове положення державного промислового підприємства», а 1965 році – докторську дисертацію «Цивільно-правові форми управління промисловістю в СРСР».

На 1992–1997 роки припадає завершальний етап плідної науково-педагогічної діяльності Олександра Анатолійовича. У 1992 році професор очолює кафедру цивільно-правових дисциплін у єдиному на той момент в Україні багатопрофільному вищому навчальному закладі в системі МВС – Інституті внутрішніх справ (нині Харківський національний університет внутрішніх справ). Завдяки зусиллям ученого відбулося становлення не лише кафедри, а й університетської цивілістичної школи. Творчий доробок Олександра Анатолійовича становить близько 200 наукових праць. Усі вони глибокі в теоретичному плані, оригінальні за формою висвітлення питань і завжди практично спрямовані. Саме через це його роботи були й залишаються корисними і науковцям, і практичним працівникам, і, звичайно ж, курсантам, студентам, ад'юнктам та аспірантам. В Олександра Анатолійовича не було робіт незначних. Кожна з його статей чи книг свідчить про глибоке опрацювання матеріалу, розуміння самих основ піднятої проблематики. Одне з фундаментальних наукових досліджень, проведених професором, стосується проблем сутності юридичних осіб, яку він послідовно обґрунтовував через організаційну єдність (що в подальшому вплинуло на визначення юридичної особи в чинному Цивільному кодексі України).

Останні роки життя видатного вченого були присвячені розробці проекту Цивільного кодексу України. У складі робочої групи, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16.11.1995 р., він виконував обов'язки наукового координатора. На жаль, Олександр Анатолійович не дожив до моменту, коли Кодекс був ухвалений. 29 червня 1997 року він пішов з життя.

Олександр Анатолійович Пушкін був відкритою, доброзичливою, порядною людиною, але відрізнявся принциповістю й самостійністю власних позицій та оцінок.

Тож, те, що сьогодні в цьому залі ми проводимо вже двадцяті щорічну науково-практичну конференцію, присвячену світлій пам'яті професора О. А. Пушкіна, є не випадковим і вже стало доброю традицією.

Питання, що виносяться на обговорення учасниками конференції, є вкрай важливими, оскільки від гармонізації цивільно-правової сфери залежить повноцінне функціонування нашої незалежної, демократичної та правової держави. Адже цивільно-правові відносини, приватні відносини завжди були та залишаються правовим фундаментом автономного існування особи, сім'ї та колективу в соціально-економічному просторі.

От і ця конференція має стати черговим кроком нашого навчального закладу на шляху поступу цивільно-правової та процесуальної науки, що буде розвиватися в полеміці сьогоднішніх доповідей.

Бажаю всім учасникам конференції творчого настрою, плідної дискусії та маю надію на те, що вона не лише буде корисною науці, а й інтелектуальне задоволення кожному з Вас.

***Ректор
Харківського національного університету внутрішніх справ
доктор юридичних наук, доцент,
Заслужений юрист України
Валерій Васильович Сокурченко***

Валентина Іванівна Борисова,

завідувач кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук, професор, член-кореспондент

Національної академії правових наук України

БАЗОВІ ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

До чинників, що характеризують цивільне право України як галузь приватного права, відносяться не тільки предмет, метод правового регулювання, функції цивільного права, але й притаманні тільки йому принципи, оскільки без них неможливо створювати право і вдосконалювати правове регулювання. Слід погодитися із тим, що принципи – це не тільки чинник, що дозволяє виокремити галузь цивільного права, а й у її рамках – робочі механізми, за допомогою яких визначаються межі можливої та належної поведінки учасників цивільно-правових відносин [1, с. 123]. Цивільні відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. А це означає, що останні можуть діяти на власний розсуд, зокрема мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, ними не врегульовані; відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд, на свій розсуд вирішити питання про засоби та час реалізації своїх прав. У приватній сфері існує юридична рівність учасників відповідних відносин. Вони можуть діяти за власного ініціативою, оскільки у цій сфері пріоритет надається інтересам саме приватної особи.

І хоча ст. 3 ЦК України присвячена загальним засадам цивільного законодавства, у ній йдеться саме про принципи цивільного права, глибинний зміст якого як права приватного обумовлений природним правом, що покладено в його основу, і для якого іманентною є наявність відправних ідей, зокрема таких як добросовісність, розумність, справедливість. Тому більшості з правників виражено загальні засади цивільного права ототожнюються саме з принципами цієї галузі права [2, с. 62; 14].

Загальними принципами цивільного права є: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України (далі – Конституція) та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність. Безумовно, ст. 3 ЦК України не містить вичерпного переліку принципів. З цього приводу доречно згадати С. М. Братуся, який зазначав, що основні принципи будь-якої галузі права слід виявити у самих нормах, що складають у сукупності дану галузь; якщо ж там принципи прямо не сформульовані, вони мають бути виявлені, виходячи з загального змісту норм [3, с. 137]. Зокрема, становлення незалежної та суверенної України як правової держави, що зорієнтована на принципи життя громадянського суспільства, демократичні перетворення у ньому, формування ринкової економіки, обумовили, перш за все, створення принципу служіння держави громадянському суспільству.

Цивільні відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Це – основний принцип цивільного права, який означає, що його учасники можуть діяти на власний розсуд, зокрема мають право врегулювати у

договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, ними не врегульовані; відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд, на свій розсуд вирішити питання про засоби та час реалізації своїх прав. Це означає таке становище учасників цивільних відносин, де воля одного з них не залежить від волі іншого, який не може йому наказувати, оскільки сам учасник: будь то фізична або юридична особа – самостійні у прийнятті тих чи інших рішень. Безумовно, даний принцип не є абсолютним, бо деякі винятки у рівності все ж таки можуть бути, але це відбувається лише у випадках, передбачених законом.

Наступний принцип – це принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини. Норми цивільного права як приватного права завжди спрямовані на забезпечення приватних інтересів учасників цивільних відносин. Виходячи з цього, ніхто, за винятком випадків, передбачених актами цивільного законодавства, не може свавільно втручатися в приватні справи (будь то фізична або юридична особа), зокрема, охороняється таємниця особистого життя (ст. 301 ЦК України), кореспонденції (ст. 306 ЦК України), стану здоров'я (ст. 286 ЦК України) тощо. Неприпустимість свавільного втручання в приватні справи означає заборону не тільки для публічних утворень, а, навіть, для батьків (наприклад, впливати на дієздатну особу стосовно розпорядження нею своїми доходами, заробітком тощо).

Одним з принципів цивільного права вважається і принцип свободи власності (неприпустимості позбавлення права власності). Він знаходить вираження у тому, що власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном, які він здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав, а держава не втручається у їх здійснення. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності чи обмежений у його здійсненні (ст. 316–317, 319, ч. 1 ст. 321 ЦК України). Між тим можливості власника, безумовно, мають певні межі, чітко визначені законом. Так, власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі (ч. 5 ст. 319 ЦК України); власник повинен вживати заходів щодо збереження пам'яток історії і культури, у противному разі він може бути позбавлений цієї власності шляхом викупу з боку держави (ст. 352 ЦК України) тощо. Але всі наведені заборони та обмеження застосовуються лише як заходи захисту публічних інтересів [4, с. 37].

Принцип свободи договору. І. О. Покровський називав цей принцип головною засадою цивільного права, одним з наріжних каменів всього сучасного цивільного устрою [5, с. 249–250]. Відповідно до ст. 626 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента і визначенні умов договору з урахуванням вимог актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Таким чином, принцип свободи договору можна визначити як передбачену законом одну з основних засад цивільного права, що встановлює для суб'єктів договірних відносин свободу: вибору контрагентів, укладення договору певного виду, визначення умов договору. Причому свобода договору проявляється навіть у тому, що сторони можуть укладати не тільки ті договори, які передбачені актами цивільного законодавства, а й договори, в яких містяться елементи різних договорів (змішані договори – ч. 2 ст. 628 ЦК України) тощо. Між тим закон може обмежувати свободу договору для захисту більш слабшої сторони або для захисту публічних інтересів. Наприклад, підприємець під страхом спонукання його до укладення договору в судовому порядку не має права відмовитися від укладення

публічного договору за наявності у нього можливості надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг) – ч. 4 ст. 633 ЦК України; актами цивільного законодавства можуть бути встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладенні і виконанні публічного договору (ч. 5 ст. 633 ЦК України) тощо.

Принцип свободи підприємницької діяльності. Підприємництво може здійснювати в будь-якій з організаційних форм, передбачених законом. При цьому суб'єкти підприємницької діяльності мають право на власний розсуд приймати рішення і здійснювати будь-яку діяльність, що не суперечить законодавству, відповідно до потреб ринку із збереженням комерційної таємниці тощо. Але при цьому саме в сфері підприємницької діяльності повинен бути встановлений баланс свободи суб'єктів такої діяльності і методів регулювання останньої з боку відповідних державних органів, інакше кажучи баланс дозволів і заборон з тим, щоб унеможливити не тільки необґрунтовані перевірки і безпідставне втручання в підприємницьку діяльність її суб'єктів з боку державних органів, а й унеможливити утворення монопольного становища будь-кого з суб'єктів підприємницької діяльності, не допустити обмеження конкуренції, що може негативно вплинути на інтереси споживачів та суспільства в цілому.

Принцип судового захисту цивільного права та інтересу. Відповідно до ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання, а також захист інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Захищеність – необхідна складова права. Між тим захист цивільних прав має особливості, до яких слід віднести: абсолютний характер захисту, оскільки кожна особа може звертатися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права й інтересу (ст. 15 ЦК України); можливість самій особі вирішувати питання стосовно захисту свого права, оскільки звернення за захистом – це її право, а не обов'язок; наявність спеціальних органів захисту, до яких відносяться не тільки судові органи (ст. 16 ЦК України), а також Президент України, органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (ст. 17 ЦК України), нотаріус (ст. 18 ЦК України); можливість до самозахисту, тобто застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 19 ЦК України); універсальність способів захисту, що в повній мірі відповідає абсолютному характеру захисту і полягає у тому, що певний з способів захисту може бути застосований незалежно від того, передбачений він чи ні законодавством (або договором) відносно певного правопорушення. До універсальних способів захисту слід віднести – визнання права, припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; відшкодування збитків тощо (ч. 2 ст. 16, ст. 22 ЦК України).

Між тим існують і такі способи захисту прав та інтересів, наприклад, відшкодування моральної шкоди (ст. 23 ЦК України), що застосовуються лише у випадках, передбачених законом. При цьому перелік способів захисту не є вичерпним і суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом (ч. 2 ст. 16 ЦК України).

ЦК України не сформулював сам принцип добросовісності, справедливості та розумності, що свій початок бере ще з часів Давнього Риму, але аналіз змісту його положень, зокрема ч. 5 ст. 12, ст. 13, ч. 3 ст. 23 України тощо, дозволяє стверджувати, що за допомогою таких категорій як добросовісність, розумність, справедливий закон встановлює межі здійснення цивільних прав осіб, запобігаючи тим самим зловживанню правом з боку останніх. Добросовісність і недобросовісність, розумність і нерозумність, справедливості і

несправедливість мають правове значення у спеціально вказаних в законі випадках. Причому і добросовісність, і розумність учасників цивільних правовідносин презюмуються. Так, зокрема ч. 5 ст. 12 ЦК України передбачає, що якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом.

Юридична особа набуває і здійснює цивільні права і обов'язки через свої органи. Закон покладає на членів органу юридичної особи, як і на інших осіб, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, проте порушують свої обов'язки щодо представництва, діючи недобросовісно або нерозумно, солідарну відповідальність за збитки, завдані ними юридичній особі. Виходячи з того, що діяльність зазначених осіб в даному статусі вважається діяльністю самого юридичної особи, і всі наслідки цієї діяльності наступають для юридичної особи в цілому, відповідальність їх перед юридичною особою настає тільки за умови доведеності вчинення ними правопорушення, передбаченого нормами ЦК України про деліктну відповідальність (ст. 1166 України).

З метою захисту інтересів юридичної особи і його учасників законодавство вводить норми, які зобов'язують органи або осіб, належним чином уповноважених здійснювати свої повноваження в рамках сумлінності і розумності. За допомогою зазначених категорій закон встановлює межі здійснення повноважень представниками юридичної особи, запобігаючи тим самим зловживання правом з їх боку. Відповідно до ч. 5 ст. 12 ЦК України розумність і добросовісність дій органу юридичної особи або осіб, належним чином уповноважених, презюмується. Укладення правочину з перевищенням повноважень не створює правових наслідків для особи, від імені якої він здійснений. Тому перевищення повноважень органу юридичної особи, імперативно встановлених законом, тягне за собою визнання правочину недійсним за правилами ст. 215–216 ЦК України.

Таким чином, можна погодитись із тим, що справедливість в цивільному праві – це детермінована добросовісністю і розумністю учасників цивільних відносин властивість, яка визначає характер взаємовідносин таких учасників у цивільному обороті або співвідношення тих чи інших явищ в межах цивільного права (зокрема прав та обов'язків) і пов'язана з можливістю застосування до винної в цивільному правопорушенні особи заходів цивільно-правової відповідальності, пропорційних характеру вчиненого правопорушення [6, с. 6].

Список бібліографічних посилань

1. Кузнецова Н. С. Основні завдання книги першої проекту Цивільного кодексу України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгєрта. Київ : Укр. центр правничих студій, 2000. 336 с.
2. Майданик Р. А. Розвиток приватного права України : монографія. Київ : Алерта, 2016. 225 с.
3. Братусь С. Н. Предмет и метод советского гражданского права. М., 1963. 197 с.
4. Басин Ю. Г. Гражданское право как отрасль права // Избранные труды по гражданскому праву. СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. 591 с.
5. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1998. 353 с.
6. Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2011. 18 с.

Одержано 12.04.2018

Валентина Антонівна Васильєва,

директор навчально-наукового юридичного інституту

Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника,

доктор юридичних наук, професор

ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ВИЩУ ОСВІТУ»: ІННОВАЦІЙНІ ПОЛОЖЕННЯ ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ

Правопорядок в країні залежить від багатьох факторів. Наявне законодавство і правильно виписані з позиції юридичної техніки норми, ще не є запорукою правопорядку, який би базувався на принципах верховенства права і гарантував би застосування положень закону з врахуванням не тільки форми, але й духу права. Серед впливових чинників реалізації норми права не останнє місце займає правосвідомість учасників суспільних відносин, їх правова культура, категоріальний стан суспільного мислення. Адже безпосереднє застосування навіть найбільш прогресивних норм закону може спотворити його засадничі принципи, а суб'єктивне тлумачення норми при її застосуванні, іноді викривляє саму мету оновлення законодавства і на практиці призводить до протилежних результатів.

Серед таких прикладів – Закон України «Про вищу освіту» (далі Закон). Стан регулювання освітніх відносин є віддзеркаленням розвитку суспільства, як такого, що сповідує базові принципи демократичного розвитку в основі якого покладена людиноцентристська філософія. Законодавство у цій сфері є одним із найчутливіших до радикальних суспільних змін і тому після Революції гідності був прийнятий довгоочікуваний Закон «Про вищу освіту». Його основні положення базуються на приватноправових принципах і це не тільки декларативні норми. Слід зазначити, що «духом університетської свободи» пронизані більша частина його положень. Звичайно, можна говорити про певні нормотворчі колізії або не зовсім чітко виписані норми Закону, але це аж ніяким чином не нівелює загалом його прогресивний характер. Новий освітній закон в повній мірі використовує принципи приватного права та юридичну техніку конструкції приватноправових норм. Положення цього Закону рясніють диспозитивними нормами, відсиланням до внутрішнього регулювання, відкритими переліками повноважень та можливістю їх перерозподілу.

Системний аналіз положень Закону дозволяє окреслити основні його світоглядні надбання щодо врегулювання освітніх відносин в Україні на сучасний період розвитку, але практика застосування зміщує акценти, на жаль, не в кращу сторону.

1. Спрямованість до ринкової економіки та збільшення обсягу приватноправових заasad у механізмі правового регулювання відносин у сфері освіти зумовили появу подвійного статусу вищого навчального закладу. З одного боку, установа – це юридична особа, що не має на меті отримання прибутку, з іншого, – повноцінний учасник комерційних правовідносин. У разі необхідності навчальні заклади беруть участь у майновому обороті з метою матеріального забезпечення своєї основної некомерційної мети. Юридична конструкція установи не передбачає розподілу прибутку між засновниками, а тільки його використання для досягнення цілей діяльності. Вперше на законодавчому рівні встановлюється режим майна ВНЗ як такого, що передається йому державою на праві повного господарського відання, а не оперативного управління. На розвиток цих положень не заборилися і зміни до Постанови Кабінету Міністрів України «Про надання платних послуг

зкладами освіти від 20.05.2015 року № 305, які суттєво зросли у своєму переліку, розширивши університетам межі дієздатності.

Проте, на сьогодні, стан речей у цій сфері засвідчує те, що університети опинившись у матеріальній скруті не користуються можливістю додатково (окрім платного навчання) заробляти кошти, а, в кращому випадку, починають інтенсивно «заощаджувати», при цьому навіть не на витратах, на якості навчання. Йдеться про зміни у графіку навчального процесу, збільшенням канікулярного періоду, зменшенням аудиторних годин, зниженням температури в приміщеннях, відсутністю ремонтів тощо. До таких «економних ресурсів» слід віднести і запровадження дистанційної форми навчання як частково заміною аудиторну. І хоча дистанційна форма навчання в Законі прописана як додаткова до заочної, а не як окрема форма, проте на практиці це може виглядати зовсім по-іншому. Дистанційною формою навчання можуть заповнюватися навіть цілі періоди семестрового навчання денної форми.

2. Ще одним реформаторським підходом щодо регулювання освітніх відносин на засадах університетської свободи та впровадження принципу плюралізму в університетське життя є положення пов'язані з управлінням вищим навчальним закладом. На відміну від попереднього закону, ціла низка нових положень є новими не тільки за своїм змістом, але і за «своїм духом». Зокрема, законодавець спроектував принцип розподілу «гілок влади» в університеті (за аналогією) на законодавчу та виконавчу, відмовившись від імперативного положення про те, що голова Вченої ради – ректор. Зокрема, відповідно до п. 3 ст. 36 Закону Вчену раду очолює її голова, який обирається з числа членів Вченої ради, має науковий ступінь, вчене або почесне звання і обирається на строк діяльності вченої ради. Компетенція Вченої ради ВНЗ передбачає колегіальну розробку стратегічних напрямів розвитку університету, визначає фінансову стратегію ВНЗ, визначає систему внутрішнього забезпечення якості освіти тощо. Впровадження цього принципу у діяльність університетів дозволило б поселити у стіни університетів плюралізм та дискусії щодо університетського розвитку.

Самоврядна та автономна діяльність навчального закладу передбачає делегування управлінських повноважень суб'єктам внутрішньої системи самоорганізації – заступникам, структурним підрозділам (деканам, вченим радам), самоврядним організаціям, студентському самоврядуванню. Проте, на відміну від раніше прописаних положень щодо компетенції вчених рад факультетів (інститутів), у новому законі такого переліку немає. І це не стільки прогалина законодавця, як елемент автономії ВНЗ, оскільки системне тлумачення положень Закону на виписаних у ньому ж засадничих принципах здавалося б не залишала місця для іншого на практиці. Але аналіз оновлених статутів ВНЗ в частині делегованих повноважень, які містяться на сайтах не є підтвердженням цьому. На практиці це призводить до концентрації повноважень, і як наслідок – не ефективності управління через перевантаженість центральних керівних органів, збільшення їх кількості, не ефективності засідань Вчених рад ВНЗ в зв'язку із перевантаженістю їх питаннями, що носять неістотний характер. і які достатньо було б розглянути в структурних підрозділах. І якщо наведена практика є непоодиноким, то йдеться не про недолугість законодавця, а про вади у правореалізації.

3. Особлива увага законодавця зосереджена на положеннях щодо особистих немайнових та майнових відносинах у сфері освіти, зокрема, правах викладача та студента на академічну свободу, права на приватність, правовідносинах між студентом і вищим навчальним закладом, між викладачем і вищим навчальним закладом. Академічна свобода

містить дві складові: право вільно навчати (академічна свобода професора) і право вільно навчатися (академічна свобода студента). Закріплення за студентом права на академічну свободу є важливою умовою реалізації студентоцентрированої моделі освіти, гуманістичної освітньої парадигми, що надає студентам право вибору в процесі професійної підготовки. Академічна свобода асоціюється з можливістю обирати освітні програми, навчальні курси, форму навчання – це студенту. А викладач вільний у виборі методів та засобів навчання. На відміну від тих часів, коли норми планування навчального навантаження викладача містилися у Наказі МОН, на сьогодні самостійність та незалежність учасників освітнього процесу втілена у праві ВНЗ на самостійне нормування годин навчального навантаження викладачів. Норма діючого Закону містить лише верхню межу індивідуального навчального навантаження – не більше 600 годин (за попереднім законом було 900 годин). Викладацька спільнота, сприйняла таке положення з великим піднесенням, розуміючи при цьому, що воно не повинно призвести до збільшення кількості ставок і передбачаючи використання вивільненого часу на наукову роботу. Проте, на практиці реалізація цих положень призводить до протилежних ситуацій. Виявилось, що завдяки університетському нормотворенню навантаження викладача може зменшитись і до 350–400 годин. Все залежить від того, які види навчальної роботи впровадити у внутрішніх положеннях, а які залишити не облікованими. Тому на практиці фактичне навантаження на викладача може навіть істотно зрости. В додаток до цього слід зазначити, що ст. 29 Закону також дозволяє національним університетам перерозподілити нормативи чисельності осіб, які навчаються, на одну посаду науково-педагогічного працівника). В кінцевому результаті ми маємо протилежний до бажаного результат – збільшення фактичного навантаження викладача.

4. Новий закон про Вищу освіту проголошує органи студентського самоврядування рівноправними учасниками освітнього процесу. Студентське самоврядування – це право і можливість студентів вирішувати питання навчання і побуту, захисту прав та інтересів, а також брати участь в управлінні ВНЗ (ст. 40 Закону). Паралельно із цим, відбулося звільнення викладача від виховної опіки над студентом. Серед переліку видів робіт викладача відсутня виховна робота. І це є цілком правильним, адже йдеться про самостійних та сформованих людей. Цю сферу діяльності в університеті законодавець передбачив заповнити активною організаційною роботою студентського самоврядування. Проте, по факту цього не відбулося. Та й прописана у Законі майнова самостійність студентського самоврядування (ст. 40 п. 10 Закону – 0,5 % від кошторису університету) по суті такою не є. Отож, прописані у Законі зміни вимагають його сутнісного переосмислення усіма учасниками освітнього процесу та структурних змін у самій системі підготовки спеціалістів.

Ознакою та мірилом реалізації норми права є не тільки правомірність дій, але і соціальна корисність та позитивний суспільний ефект. Застосування юридичних норм у передбачених законодавством випадках виступає неодмінною організаційною передумовою реалізації юридичних норм суб'єктами права, внаслідок чого його соціальним призначенням є організація та забезпечення втілення у життя юридичних норм і забезпечення їх реальної дії у найважливіших суспільних відносинах. На сьогодні, проголошена автономія ВНЗ поки що призводить тільки до надмірного «власного» нормотворення, яке в основній своїй масі не працює на розвиток засадничих принципів закону, а на практиці, досить часто, їх нівелює або ж звужує обсяг дозвільної норми.

Реалізувати норми права, що містяться в приписах законів та інших нормативно-правових актах, означає не тільки добровільно втілити їх у життя – у суспільні відносини,

але і правильно витлумачити та застосувати. Без належної реалізації (здійснення) право втрачає свій соціальний зміст і призначення. Перефразовуючи Ш. Монтеск'є, слід констатувати: «гарні закони зустрічаються скрізь, але мене цікавить як вони здійснюються».

Одержано 14.04.2018

УДК 347.1:378:346.7

Ірина Валентинівна Венедіктова,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,

доктор юридичних наук, професор

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КОМЕРЦІАЛІЗАЦІЇ ІННОВАЦІЙНИХ ПРОДУКТІВ ВИЩИМИ НАВЧАЛЬНИМИ ЗАКЛАДАМИ УКРАЇНИ

Сучасне життя характеризується стрімкою глобалізацією та розвитком технологій на рівні, який, ще сто років назад вважався неможливим для досягнення. Провідні університети світу, приймаючи виклики наукоємного суспільства також не залишаються осторонь та виводять свою діяльність за рамки простих центрів навчання і дослідження, формуючи новітні передові технологічні та інноваційні центри, які не тільки надають освітні послуги та культурний розвиток своїм студентам, а також вносять вагомий внесок в економіку міста та країни за допомогою комерціалізації інноваційних продуктів та розвитку трансферу технологій. Як свідчить світова практика, такі дії навчальних закладів можуть приносити вагомий економічний результат, підтримувати талановитих дослідників та створювати робочі місця для населення.

Український законодавець, навіть, спонукає виші долучатися до реалій сьогодення та оцінювати результати наукової діяльності з точки зору їхньої ринкової важливості та ліквідності. Так, відповідно до ч. 1 ст. 68 Закону України «Про вищу освіту», наукова, науково-технічна та інноваційна діяльність може провадитись закладами вищої освіти, у тому числі через створені ними юридичні особи, предметом діяльності яких є доведення результатів наукової і науково-технічної діяльності закладу вищої освіти до стану інноваційного продукту та його подальша комерціалізація [1].

Наразі можливо виділити 3 основні напрями комерціалізації результатів наукової і науково-технічної діяльності закладів вищої освіти, шляхом утворення юридичних осіб, як певної площини для здійснення досліджень та розробок: 1. Наукові парки. 2. Технологічні парки. 3. Консорціуми.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», технологічний парк (технопарк) – це юридична особа або група юридичних осіб (далі – учасники технологічного парку), що діють відповідно до договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів з метою створення організаційних засад виконання проектів технологічних парків з виробничого впровадження наукоємних розробок, високих технологій та забезпечення промислового випуску конкурентоспроможної на світовому ринку продукції [2].

Технологічний парк може бути створений як об'єднанням ВНЗ, наукових установ так і юридичних осіб. Результати науково-технічної діяльності здійснюються шляхом проведення наукових досліджень, до яких може залучатися будь-який дослідник, а не тільки штатний працівник навчального закладу. Окрім того, технопарк передбачає налагодження виробничого процесу – тобто вищий навчальний заклад може забезпечувати робочими місцями своїх випускників, викладачів, науковців, залучати інвесторів, отримувати гранти.

За допомогою технопарку вищі навчальні заклади отримують можливість надати своїм науковим колективам і окремим науковцям для здійснення комплексних досліджень засобів та приміщень, які не будуть залежати від фінансування з державного бюджету, та створення конкурентоспроможної науково-технологічної продукції, яка може бути комерціалізована у вигляді патентів, розробок, технологій, які будуть цікавими для придбання, забезпечуватимуть інтереси суспільства, та будуть залучати інвесторів до регіону. Інтелектуальний капітал та інфраструктура навчального закладу можуть слугувати певним «магнітом» для промисловості і підприємництва, які будуть прагнути отримати доступ до ресурсів, що є тільки в розпорядженні навчального закладу (бібліотеки, дослідні лабораторії, спеціальне обладнання, висококваліфіковані викладацькі і наукові кадри). Тобто, технопарки підвищують престиж вищого навчального закладу та його роль у розвитку регіону. Проте, незважаючи на очевидну вигідність таких форм розвитку для навчальних закладів та регіонів, а також на певну підтримку з боку законодавця, реальна ситуація в країні залишається доволі нестабільною. Наприклад, згідно офіційного сайту Міністерства освіти і науки України, наразі офіційно зареєстровано тільки 16 технопарків [4]. До того ж, технологічні парки не реєструвалися вже більше 10 років. Адже згідно ст. 4 ЗУ «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», підставою для державної реєстрації технологічного парку є включення його до переліку технопарків, що наведений у преамбулі цього Закону. Преамбула налічує 16 технопарків, інформація щодо яких розміщена й на сайті Міністерства освіти й науки України [2; 4]. До того ж, державна підтримка таких установ та їх фінансування практично припинилося з 2006 року і технопарки мають доводити свою спроможність виживати за законами ринкового середовища, залучати приватних інвесторів.

Подібним до технопарку засобом комерціалізації результатів інтелектуальної діяльності вищого навчального закладу є науковий парк.

Згідно ст. 1 Закону України «Про наукові парки», науковий парк – це юридична особа, що створюється з ініціативи вищого навчального закладу та/або наукової установи шляхом об'єднання внесків засновників для організації, координації, контролю процесу розроблення і виконання проектів наукового парку [3].

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про наукові парки», науковий парк створюється з метою розвитку науково-технічної та інноваційної діяльності у вищому навчальному закладі та/або науковій установі, ефективного та раціонального використання наявного наукового потенціалу, матеріально-технічної бази для комерціалізації результатів наукових досліджень і їх впровадження на вітчизняному та закордонному ринках [3].

Тобто, науковий парк може допомогти вищому навчальному закладу реалізувати його інноваційні розробки, що стане в подальшому підставою для їх комерціалізації та підвищення уваги вітчизняних й іноземних інвесторів до наукової діяльності навчального закладу. До того ж, науковий парк може бути ефективним засобом для забезпечення викладачів гідною заробітною платою та стабільною цікавою роботою, що буде мотивувати суспільство до зайняття науковою діяльністю, а це, в свою чергу, зможе вивести на інший рівень науку України в цілому.

Законодавець підтримує діяльність наукових парків. Так, наприклад, такі юридичні особи отримують можливість звільнення від сплати ввізного мита для ввезення наукового, лабораторного і дослідницького обладнання, а також комплектуючих та матеріалів, що не виробляються в Україні.

Цікавим способом об'єднання наукової діяльності університету з підприємництвом може слугувати консорціум.

Згідно ч. 6 ст. 27 Закону України «Про вищу освіту», заклади вищої освіти можуть утворювати навчальні, навчально-наукові та навчально-науково-виробничі комплекси, наукові парки та входити до складу консорціуму. Всі учасники комплексу, консорціуму зберігають статус юридичної особи і фінансову самостійність [1].

Спірним видається визначення консорціуму Господарським кодексом України (далі – ГК України). Згідно ч. 4 ст. 120 ГК України, консорціум – це тимчасове статутне об'єднання підприємств для досягнення його учасниками певної спільної господарської мети (реалізації цільових програм, науково-технічних, будівельних проектів тощо). Консорціум використовує кошти, якими його наділяють учасники, централізовані ресурси, виділені на фінансування відповідної програми, а також кошти, що надходять з інших джерел, в порядку, визначеному його статутом. У разі досягнення мети його створення консорціум припиняє свою діяльність [5].

На перший погляд може здатися, що учасником консорціуму може бути тільки підприємство. Проте, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК України, суб'єктами господарювання є господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку.

Згідно ч. 1 ст. 62 ГК України, підприємство – це самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами.

Згідно ч. 2 ст. 62 ГК України, підприємства можуть створюватись як для здійснення підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності.

Слід зазначити, що в Україні наразі однією з найбільш важливих цілей є саме зрушити економіку з мертвої точки, запустити виробництво, створивши умови для ефективного інноваційного процесу. Найбільш швидким та ефективним засобом подолання кризи, залучення інвестицій та забезпеченням робочих місць може стати комерціалізація інноваційних продуктів вищих навчальних закладів. Світовий досвід доводить, що країни, які хочуть стати лідерами в обраній сфері техніки і технології, починають виробляти знання в даній області разом з вищими навчальними закладами. Саме тому, розвиток наукових парків, технологічних парків та консорціумів для навчальних закладів повинен стати предметом дискусій як в науковій так і в практичній площині.

Список бібліографічних посилань

1. Про вищу освіту : закон України від 01.07.2014 № 1556-VII // База даних «Законодавство України» (БД «Законодавство України») / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18> (дата звернення: 12.04.2018).

2. Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків : закон України від 16.07.1999 № 991-XIV // БД «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/991-14> (дата звернення: 12.04.2018).

3. Про наукові парки : закон України від 25.06.2009 № 1563-VI // БД «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1563-17> (дата звернення: 12.04.2018).

4. Технологічні парки // Міністерство освіти і науки України: офіційний сайт. URL: <https://mon.gov.ua/ua/auka/innovacijna-diyalnist-ta-transfer-tehnologij/tehnologichni-parki> (дата звернення: 12.04.2018).

5. Господарський кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 436-IV // БД «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 12.04.2018).

Одержано 11.04.2018

УДК 347.254

Микола Костянтинович Галянтич,

*заступник директора Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України,
доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент
Національної академії правових наук України*

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕРМІНА «ЖИТЛО» В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Розділ 3 ЦК України закріплює особливості правового режиму нерухомості і відповідно набуття права власності на новостворене майно або набуття права власності за договором виникає з моменту державної реєстрації цієї нерухомості або переходу права власності на неї.

Визначений поділ нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) впливає на його правове регулювання з огляду на особливі економічні, правові та соціальні чинники, відповідно до поняття «житлова нерухомість», яка має використовуватися для задоволення житлових потреб громадян. Відповідно до цивільного законодавства житлові будинки, квартири, інші житлові приміщення визнаються об'єктами житлової нерухомості. До житлової площі об'єкта житлової нерухомості не належить площа приміщень, призначених для гігієнічних або господарсько-побутових потреб громадян (ванна, вбиральня, духова, приміщення для прання, кухня, комора, передпокій, внутрішньо квартирний хол, коридор, вбудована шафа тощо).

Виникає питання щодо визначення житлової та загальної площ об'єкта житлової нерухомості через різні правові поняття закріплені у нормах ЖК Української РСР і інших нормативних актів, з метою додержання основоположних принципів Конституції України, за якими Україна є соціальною, правовою державою, яка забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності, соціальну спрямованість економіки.

У зв'язку з цим актуальним видається розглянути питання щодо поняття об'єкта житлової нерухомості, оскільки ст. 182 ЦК України передбачено, що право власності та інші права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації.

Виходячи з переліку прав стосовно об'єктів нерухомого майна, що розташовані на земельній ділянці, визначеного ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію речових

прав на нерухоме майно та їх обтяжень», державній реєстрації підлягають: речові права та їх обтяження на об'єкти нерухомого майна, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення, а саме: житлові будинки, будівлі, споруди, а також їх окремі частини, квартири, житлові та нежитлові приміщення. При цьому право власності на квартиру, житлове та нежитлове приміщення може бути зареєстровано незалежно від того, чи зареєстровано право власності на житловий будинок, будівлю, споруду, а також їх окремі частини, в яких вони розташовані.

Наведений перелік об'єктів свідчить, що це складна й багатопланова категорія, що змінюється на тлі реформування відносин власності, що здійснюється нині в Україні. Стаття 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», визначає, що державній реєстрації прав підлягають: право власності та речові права, похідні від права власності (право володіння та користування житлом).

Житло це призначений для постійного проживання, відповідно до цивільного законодавства різновид нерухомого майна, у вигляді обраного місця, адресно-географічні координати якого визначають приміщення, спеціально призначене для вільного проживання людини. Термін «житло» означає особливу споруду або приміщення, спеціально призначене для проживання людей: житловий будинок, квартира, кімната разом з відповідною допоміжною площею (кухня, коридор, ванна кімната тощо), а також різного роду інші об'єкти житлового фонду (ліфт та ліфтове господарство, інше інженерне обладнання). Житло має відповідати певним ознакам.

Слід зазначити, що до поняття житла включаються багатоквартирні житлові будинки та квартири, приміщення, що знаходяться в них, враховуючи особливості житла як специфічного об'єкта права власності. Однак в ЦК України та інших нормативних документах не визначено єдиного об'єкта нерухомості – житлового будинку, проте вводячи поняття «квартира», поряд із «житловим будинком», виникає право подвійного права власності на один і той самий об'єкт.

В юридичній літературі тривають пошуки критеріїв виокремлення різних об'єктів, що знаходяться в житловому будинку., що відмінність жилого приміщення від нежилого полягає в наявності чи відсутності певних умов: технічних, територіально-просторових, санітарно-гігієнічних тощо з встановленим щодо нього специфічним правовим режимом. Жилими приміщеннями може бути також відособлена кімната в нежилому будинку, що відповідає всім встановленим нормам і правилам. Належне функціонування житла нерозривно пов'язане як з жилим приміщенням, так і з його необхідними частинами і атрибутами (веранда, кухня, балкон тощо), що належать до приміщень нежилого характеру.

Під житловою нерухомістю необхідно розуміти майно з встановленими правами володіння, користування і розпорядження в межах майна, що включає: житлові будинки, квартири, інші житлові приміщення в житлових будинках та інших будівлях, придатні для постійного і тимчасового проживання; споруди і елементи інженерного обладнання житлової сфери.

Щодо законодавчого підходу, то слід вказати, що нині у зв'язку з розширенням об'єктів житлової нерухомості стає зрозумілим, що необхідно змінити різноманіття термінів (житло, житловий будинок, будинок, жиле приміщення, квартира багатоквартирних будинків, одноквартирний будинок, кімната у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають двоє і більше наймачів, кімната в гуртожитку, житлові споруди, будівлі) на більш узагальнююче й універсальне поняття, яке є родовим до означених різновидів житла.

Можна спиратися на поняття житла, що розкривається в ст. 379 ЦК України, де житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них.

Основна відмінність житлових від нежилх будівель (споруд) полягає у різному їх призначенні. Перші об'єкти призначені для постійного чи тимчасового проживання громадян, а інші використовуються для потреб іншого характеру, як об'єкти соціальної інфраструктури, адміністративні заклади тощо.

Інколи пропонується вживати поняття «житлова нерухомість» як універсальне, яке використовується як узагальнююче, розуміючи будинок, квартиру, їх частини, як різновиди жилих приміщень; як частина будинку чи квартири; в житловому будинку знаходяться, крім жилих, й нежилі приміщення, що складають з ним одне ціле, а це породжує деяку колізію поняття.

Отже, вважаємо найбільш вдалим використання терміна «житло» як узагальнюючу, родову категорію, що має практичне значення, що відповідатиме поняттю, що застосоване у Конституції України (ст. 47).

Термін «житло» є усталеним більше ніж поняття «житловий фонд» і застосовується не лише в житловому праві, а й інших галузях чи правових інститутах. Хоча в ч. 1 ст. 812 ЦК України також використовується термін «помешкання», однак роз'яснюється, що ним є «квартира або її частина, житловий будинок або його частина». Тому термін «житло» є більш прийнятним щодо всіх «приміщень, придатних для проживання», тобто жилих приміщень. Отже термін «помешкання» тільки підкреслює публічно-правовий аспект об'єкта реєстрації як житла.

Разом із тим слід констатувати, що правове регулювання житлового, промислового будівництва, а також пов'язаних з ним земельних відносин не відповідає сучасному стану правового регулювання, визначеного ЦК України. При цьому прослідковується розбіжність норм земельного, цивільного, будівельного, податкового та інших галузей законодавства за умови фактично відсутнього ефективного контролю за будівництвом і подальшою експлуатацією житла з боку уповноважених державних органів. Правові проблеми розбіжностей визначення «житла» досить значні, тому, спершу, вважаємо за необхідне зупинитися лише на проблемі законодавчого визначення поняття «житло» та проблемах вживання цієї термінології саме в Податковому кодексі України.

Незважаючи на використання термінів «котедж, житлові комплекси, дачний, садовий будинок, будинок (одноквартирний, індивідуальний, багатоквартирний), садиба, садібний будинок тощо, і це не лише ускладнює законодавчу термінологію, а й призводить до неоднозначного тлумачення одних і тих самих понять, що використовуються законодавцем.

Отже, на понятійному рівні використання терміна «житло» сприятиме єдиній державній реєстрації об'єктів нерухомості та систематизації термінології у нормативних документах, відмежування його від понять «житлова нерухомість», «нежитлова нерухомість». Цей термін є найбільш уніфікованим поряд з іншими термінами, що також вживаються: «житловий будинок», «житлове приміщення» тощо та охоплює всі існуючі об'єкти житлової нерухомості. Використання терміна «житло» надає можливість безпомилково визначити цей об'єкт права серед інших споруд з урахуванням притаманних йому специфічних якостей.

Підсумовуючи вищезазначене, доходимо висновку, що в Україні простежується тенденція вдосконалення відносин щодо визначення поняття житло в різних нормативних документах, але даний правовий інститут залишається одним з найменш досліджених у сучасній цивілістичній науці в Україні.

Одержано 13.04.2018

УДК 347.4:342.9

Жанна Вікторівна Завальна,*професор кафедри цивільно-правових дисциплін**Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,**доктор юридичних наук, професор*

ПОНЯТТЯ ПУБЛІЧНОСТІ В ДОГОВІРНОМУ РЕГУЛЮВАННІ ВІДНОСИН ПРИВАТНОЇ СФЕРИ

В юридичній науці та в законодавстві України нерідко застосовуються одні й ті ж поняття із різними смисловим значенням. Мало зауважити, що це є нелогічним і для науки, і для практики, але стан проблеми погіршується тим, що застосування таких термінів відображається незаконними та несправедливими рішеннями на долях людей і держави. До таких загально відомих понять відноситься також і термін «публічний». Деякі результати аналізу та міркувань з приводу застосування терміну «публічний договір» при регулюванні відносин приватної сфери наведені у нижчевикладених тезах.

1. Публічність є принципом всього механізму правового регулювання не тільки відносин публічної, а також і приватної сфери. Мова йде, не про точкове та виключне зазначення характеристики правового інституту, наприклад захисту прав споживачів, але про пронизуючий елемент механізму, який визначає напрямок роботи всього механізму правового регулювання відносин у суспільстві. Виходячи з цього публічний договір є кінцевою точкою механізму регулювання, конкретним засобом впливу на відносини.

2. Публічна та приватна сфера є дві частини одного цілого – правового поля [1, с. 86]. Приватне та публічне взаємодіють і на теоретичному, і на практичному рівні з'являється все більше проявів конвергенції приватного та публічного права. І сфери відносин, і їх правове регулювання мають точки взаємодії та взаємопереходів із приватного в публічне, і навпаки. На нашу думку, публічний договір є однією з таких точок взаємодії сфер та регулювання.

Якщо в приватному праві, зокрема в цивільному законодавстві прямо закріплений публічний договір, виникає питання про існування приватного договору в публічному праві. Публічний договір домовленість між з одного боку багатьма слабкими та одним сильним – з іншого. Приватні домовленості можуть бути в публічній сфері, але це вже неправове договірне регулювання, оскільки проявляються ознаки корупційних дій, оскільки всі діють на благо суспільства і тільки один задовольняє свої інтереси. Закони логіки та принцип рівноваги, в протизаг цивільному праву підштовхує до того, щоб запропонувати введення поняття «приватний договір» в адміністративне право. Введення даного поняття здійснюватиме функцію захисту публічного інтересу.

3. Поняття «публічний договір» в цивільному праві за своїм змістовним навантаженням не відповідає ознакам та функціям, які закладені в дане поняття законодавцем та відображені в положеннях ст. 633 ЦК України. Виходячи із аналізу згаданої статті, законодавцем надається поняття, що містить ознаки, які стосуються: 1) виокремлення кола суб'єктів-сторін такого виду договорів; 2) захисту приватного інтересу; 3) встановлення обмеження свободи договору в частині обрання контрагента.

Щодо *першої ознаки*, привертає увагу те, що законодавець не зазначає обов'язкової участі ні одного із суб'єктів публічного права, які можуть бути учасниками цивільних відносин згідно зі ст. 2 ЦК України. *Друга ознака* також вказує на приватність даних видів договорів. Оскільки ті види договорів, які вказані законодавцем як публічні (роздрібна

торгівля, перевезення транспортом загального користування, медичне, готельне обслуговування, тощо), як правило (за виключенням банківського обслуговування), можуть укласти переважно фізичні особи, що також свідчить про наявність охорони та захисту приватних інтересів. Щодо *третьої ознаки*, сторона-надавач не може відмовити в укладенні договору за наявності *можливостей надання* споживачеві відповідних товарів, робіт, послуг. В даному випадку законодавець зробив акцент на сукупності суб'єктивного та об'єктивного, тобто суб'єктивної можливості як суб'єктивного права особи та наявності об'єктивованих у часі та просторі товарів, ресурсів щодо надання послуг чи виконання робіт. На відміну від публічної сфери де сторона-надавач також зобов'язана надавати публічні послуги всім і кожному, хто до неї звернеться, але у такої сторони є повноваження (право-обов'язок), яке вона повинна обов'язково виконати без будь-яких застережень про наявність чи відсутність суб'єктивних можливостей.

Такі договори всіма своїми видовими ознаками спростовують свою назву «публічні». Такий висновок став можливим за наявності таких аргументів. По-перше, такі договори направлені на захист прав споживачів, які є приватними особами; по-друге укладаються та виконуються на захист інтересу одного чи групи приватних осіб, але не для захисту публічного інтересу; по-третє, принцип свободи договору є приватноправовим принципом і його обмеження може бути встановлене тільки у приватній сфері, оскільки в публічній сфері відносно договірної регулювання відносин діє протилежний принцип «тільки те, що дозволено». Тому навряд чи справедливо говорити про адекватне застосування категорії «публічний» до договорів, основною функцією яких є захист приватного інтересу будь-кого із споживачів, хоча і в розумній відкритості, доступності товару, послуги будь-кому.

Виходячи із того, що в таких договорах превалює функція охорони прав споживачів, було б справедливніше говорити не про «публічний договір», а про «споживчий договір». В даному випадку це дало б позитивний результат як в наукових, так і в практичних цілях, і слугувало б для очищення поняттєвого апарату приватного і публічного права, оскільки одночасне застосування одного і того ж поняття із різними визначеннями, як мінімум, є нелогічним і непослідовним.

Список бібліографічних посилань

1. Алексеев С. С. Теория права. Изд. 2-е, перераб. и доп. М. : Бек, 1995. 320 с.

Одержано 02.04.2018

УДК 347.67

Юрій Олександрович Заїка,

професор кафедри цивільного і трудового права

Київського національного економічного університету

імені Вадима Гетьмана, доктор юридичних наук, професор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1946-3171>

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВИЗНАННЯ ЗАПОВІТУ НЕДІЙСНИМ: ЗДОРОВИЙ ГЛУЗД ЧИ БУКВА ЗАКОНУ?

У нових умовах української державності певне місце в перетворенні економічної основи нашого суспільства посідає інститут спадкування.

Розширення кола об'єктів спадкового правонаступництва, суттєве збільшення черг спадкоємців за законом, поява принципово нових за змістом інститутів – складання заповіту з умовою, «секретного заповіту», спадкового договору, можливість зміни черг спадкоємців як при спадкуванні за законом, так і при спадкуванні за заповітом, не могло не обумовити значного зростання кількості цивільних справ, пов'язаних із спадкуванням.

Спадкоємців не завжди задовольняє ні зміст заповіту, ні визначена законодавцем послідовність спадкування за законом. Зростає кількість заможних громадян, розширюється коло об'єктів спадкового правонаступництва, отримана «вчасно» спадщина дозволяє розв'язати особисті, сімейні, побутові, «бізнесові» проблеми. Тому не випадково, саме спадкування за заповітом, і проблеми, пов'язані із реалізацією і захистом спадкових прав, викликають увагу вітчизняних вчених. Судові справи, пов'язані із визнанням заповіту недійсним, є досить специфічними за своїм характером, оскільки при їх розгляді відсутня найбільш зацікавлена особа – заповідач. Особливість заповіту полягає в тому, що цивільно-правові наслідки настають не негайно, після належного волевиявлення у відповідній формі, а лише після смерті особи, яка його уклала. Тому питання щодо дійсності заповіту зацікавлені особи можуть ініціювати лише після смерті спадкодавця, тобто, після відкриття спадщини, коли заповіт набуває реальної сили.

Як свідчить узагальнена нами судова практика по справах із спадкування, найбільш численною є категорія справ, пов'язаних із визнанням заповіту недійсним. Чинне законодавство не містить спеціальних підстав визнання заповіту недійсним, тому заповіт може бути визнано недійсним при порушенні загальних умов дійсності будь-якого правочину.

Для дійсності заповіту необхідно не лише з'ясувати волю особи, яка бажає скласти заповіт, але і належним чином оформити волевиявлення. Саме нотаріальна форма заповіту дозволяє: впевнитися у вільному волевиявленні заповідача, з'ясувати істинний зміст заповіту, запобігти прийняттю поспішних, необміркованих рішень, особливо під впливом сторонніх осіб, дає можливість скористатися порадами фахівця, і головне, дозволяє уникнути обставин, які надалі суд може визнати підставами для визнання заповіту недійсним.

Правовим наслідком недійсності заповіту, передбаченим ч. 4 ст. 1254 ЦК України, є відновлення раніше складеного заповіту, якщо він визнається недійсним як такий, що вчинено дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними (ст. 225 ЦК України) або під впливом насильства (ст. 231 ЦК України). Визнання заповіту недійсним з інших підстав не відновлює чинності попереднього заповіту.

Саме таке буквальне тлумачення цієї норми. Проте логіку законодавця важко зрозуміти. Чому визнання недійсним нового заповіту не завжди відновлює чинність попереднього? Умовами дійсності заповіту є вільне і свідоме волевиявлення заповідача і посвідчення у належній формі такого волевиявлення. На заповіти поширюються загальний поділ недійсних правочинів на нікчемні і оспорювані. Залежно від підстав недійсності заповіту він може бути як нікчемним, так і оспорюваним

Заповіт може бути абсолютно недійсним з часу його укладання у випадках, коли:

- а) заповіт укладала особа, що визнана в судовому порядку недієздатною або не досягла віку заповідальної дієздатності;
- б) заповідач не підписав особисто заповіт і за його проханням заповіт не підписаний іншим громадянином;
- г) за проханням заповідача заповіт підписано особою, яка не мала права його підписувати;
- в) заповіт посвідчений особою, якій таких повноважень не надано.

Підстави визнання заповіту недійсним можуть бути встановлені і після відкриття спадщини:

- а) складання іншого заповіту, який по суті скасував попередній;
 - б) встановлення обставин, які спотворили волю заповідача на момент укладання заповіту (наси́льство, обман, помилка);
 - в) встановлення факту, що на момент складання заповіту заповідач не здатний був усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними;
- Заповіт може бути визнаний недійсним в певній частині, якщо:
- а) заповідач позбавив права на спадщину обов'язкових спадкоємців;
 - б) розпорядився всім майном, хоча йому належала лише частка (наприклад, не врахував частки подружжя в спільному майні подружжя);
 - в) умови отримання спадщини, визначені в заповіті, суперечать законодавству, обмежують правоздатність спадкоємця, є аморальними або нездійсненними.

В судовій практиці зустрічають не лише заповіти, укладені особою, яка не розуміла значення своїх дій чи укладені внаслідок погроз чи насильства, а і заповіти, укладені внаслідок помилки і навіть кабальності.

Щодо нікчемних заповітів, то вважається що вони є недійсними з моменту їх укладання і визнавати їх в судовому порядку недійсними потреби немає оскільки будь-які особи можуть ставитися до такого заповіту як до неіснуючого, скажімо до заповіту, складеного малолітньою особою або до заповіту, посвідченого начальником житлового-комунальної контори.

Проте виникає питання: як довести нікчемність заповіту, якщо у спадкоємців виник сумнів в тому, що його дійсно підписав заповідач? У нотаріуса немає підстав відмовити у видачі свідоцтва про спадщину спадкоємцю за заповітом навіть якщо спадкоємець за законом вважає, що заповіт заповідачем не підписаний. В таких випадках де-факто недійсний заповіт необхідно перевести в площину недійсності де-юре за допомогою рішеня суду.

Так, досить типовою є категорія прав, коли заповіти, посвідчені посадовими особами в лікарнях, шпиталях, в органах місцевого самоврядування відповідними посадовими особами, визнаються недійсними, оскільки за висновком судово-почеркознавчої експертизи підпис на заповіті заповідачу не належить, а обставини, які не дали можливість заповідачу особисто підписати заповіт, посадова особа, яка посвідчувала заповіт, не зазначила.

На жаль, саме ця категорія посадових осіб допускає найбільше порушень встановлених вимог оформлення заповіту. Це пов'язано тим, що ці особи, як правило, належним чином не ознайомлені з особливостями вчинення цього правочину, і ті правила, які на їх погляд є несуттєвими, дрібними, іноді відіграють істотне значення, а їх недотримання, тягне за собою недійсність заповіту.

Такі порушення можна зустріти і в практиці посвідчення заповітів нотаріусами, особливо в тих випадках, коли заповіт посвідчується на дому у заповідача.

Проте і такий нікчемний заповіт, тобто, не підписаний заповідачем, також скасовує попередній, якщо буквально тлумачити ч. 4 ст. 1254 ЦК.

За загальним правилом недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю (ч. 1 ст. 216 ЦК). Тобто, заповіт, який є чи визнано недійсним в судовому порядку з будь-яких підстав не може змінити чи скасувати попередній заповіт. При недійсності заповіту такий квазі-правочин не повинен тягнути за собою ніяких правових наслідків в тому числі і скасування попереднього заповіту оскільки такий

правовий наслідок може спотворювати дійсну волю заповідача, а саме такий правовий наслідок може настати, якщо виходити із змісту відповідного положення законодавства.

Пропонується викласти ч. 4 ст. 1254 ЦК у наступній редакції:

«У випадку недійсності нового заповіту спадкування здійснюється у відповідності із попереднім заповітом».

Одержано 06.04.2018

УДК 340.15:347

Илона Станиславовна Канзафарова,

заведующая кафедрой гражданско-правовых дисциплин

Одесского национального университета имени И. И. Мечникова,

доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины

ЧАСТНОЕ ПРАВО В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ И РЕГИОНАЛИЗАЦИИ: ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

В начале XXI столетия в юридической литературе отмечалось, что одной из важнейших особенностей современного частного права является его гармонизация, унификация и конвергенция. При этом указывалось, что: под юридической гармонизацией понимается сближение национальных правовых систем; унификация представляет собой правотворческий процесс, направленный на создание (замену, прекращение) правовых норм, тождественных другой правовой семье; юридическая конвергенция – это устранение различий между правовыми семьями путем перехода отдельных институтов, присущих ранее только определенной правовой семье, в другую правовую семью, а также путем осуществления процессов сближения и унификации правовых норм [1, с. 5].

В настоящее время в большинстве научных публикаций, посвященных изучению особенностей современного частного права, в той или иной мере затрагиваются вопросы трансформации частного права в условиях глобализации и регионализации. И это не удивительно, поскольку в современном мире глобализация, как макромасштабный и многоплановый процесс, оказывает существенное влияние на правовую сферу, а само право, как регулятор общественных отношений, выходит за рамки национальных границ и превращается в некое «национально-международное образование», на которое возлагается задача опосредования отношений глобальной взаимозависимости.

Наряду с этим, имеют место и процессы регионализации, результатом которых становится создание определенных наднациональных образований (среди которых в настоящее время наиболее известным является ЕС) и норм права, регулирующих соответствующие общественные отношения.

Вне всяких сомнений, процессы глобализации и регионализации проявляют свое влияние не только в сфере публичного, но и в сфере частного права.

В юридической литературе обращается внимание на то, что с появлением интеграционных правовых систем прежде двухсистемную структуру международного и национального права сменила принципиально новая современная трехсистемная структура взаимоотношений. В нее на равноправных условиях входят три автономные системы права: национальное право государств, наднациональное интеграционное право (удачнее всего представленное правом Европейского Союза) и международное право [2].

При этом важным фактором, оказывающим существенное влияние на процессы трансформации права в целом и частного права в частности, является отнесение к источникам национального права принципов и норм международного права. А возникающие между элементами вышеуказанной «триады» взаимосвязи «приобретают разноразрядный характер» и «демонстрируют качественно новые параметры» [2].

Так, например, в рамках ЕС, как регионального образования, «мирно сосуществуют» элементы романо-германского и англосаксонского права, хотя в научных сравнительно-правовых исследованиях, как правило, обращается внимание на существенные отличия между романо-германским и англосаксонским правом.

Очевидно, что эти отличия касаются прежде всего формы, а не содержания указанного права [3]. И именно это (наряду с другими факторами) обуславливает возможность органичного сочетания элементов романо-германского и англосаксонского права в рамках ЕС.

Более того, «мирное сосуществование» вышеуказанных элементов, а также некоторые другие причины позволили отдельным специалистам говорить не о двух относительно самостоятельных правовых семьях (романо-германской и англосаксонской), а о единой правовой семье, именуемой «правовая система либерального и демократического Запада» [3]. Хотя после проведения в Великобритании Brexit и оглашения его результатов такие утверждения нуждаются в корректировке.

Украина, избрав вектор евроинтеграции, встала на путь «адаптации» своего законодательства к праву ЕС (именно «адаптации», что закреплено в соответствующем Законе Украины 2004 года, а не «гармонизации»). Наше государство прилагает определенные усилия в указанном направлении, но при этом не учитывает, что правовые средства и механизмы правового регулирования должны соответствовать уровню развития регулируемых общественных отношений и реальной возможности государства гарантировать реализацию определенных прав и исполнение соответствующих обязанностей. Если же это правило игнорируется, само по себе закрепление на законодательном уровне определенных «западных» стандартов, прежде всего – в сфере реализации основных прав человека, совершенно не будет гарантировать внедрения и соблюдения этих стандартов в реальной правовой жизни.

Взаимопроникновение элементов разных правовых семей является нормальным процессом, если вышеуказанные элементы органично вписываются в структуру конкретной правовой системы.

Так, например, в нашей стране 23 февраля 2006 г. был принят Закон Украины «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека», ст. 17 которого установила, что суды при рассмотрении дел применяют практику Европейского Суда по правам человека как источник права. Таким образом, судебная практика вышеуказанного Суда приобрела статус источника права, а, как известно, отнесение судебной практики к источникам права характерно для англосаксонской правовой семьи. Хотя здесь необходимо учитывать и то обстоятельство, что принятие вышеуказанного закона, в свою очередь, было обусловлено евроинтеграционными устремлениями Украины.

Но если происходит необоснованное внедрение институтов одной правовой семьи в другую, без учета правовых традиций последней, их «приживление» может оказаться весьма затруднительным либо вообще невозможным. На наш взгляд, таким неудачным экспериментом можно считать включение в Гражданский кодекс Украины института доверительной собственности, который по своей сути является институтом англосаксонского

права. Хотя в частном праве других государств, например Японии и Южно-Африканской Республики, вышеуказанный институт вполне «уживается» с традиционными институтами романо-германского права.

Наряду с этим мировой практике известны случаи, когда в частном и публичном праве одного государственно-правового образования «мирно соседствуют» разные правовые традиции. Так, например, в Луизиане (штате США, бывшей французской колонии) в частноправовой сфере преобладают традиции романо-германского права, а в публично-правовой – общего и статутного американского права.

В юридической литературе, как правило, выделяют три основных направления влияния глобализации на правовые системы современности. Первое из них связано с влиянием глобализации на характер взаимоотношений национальных правовых систем. Второе ассоциируется преимущественно с изменением главного направления развития англосаксонской правовой семьи. Третье связано с влиянием глобализации не столько на право как явление, сколько на его теорию и соответствующую методологию [4, с. 166].

Изучение указанных вопросов может быть предметом дальнейших исследований в данной сфере научных интересов.

Список библиографических ссылок

1. Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран. Отдельные институты : учеб. пособие. Харьков : Одиссей, 2003. 352 с.
2. Кашкин С. Ю. Интеграционное право, глобализация и современное юридическое образование // Актуальные проблемы правового развития России : материалы Всерос. науч.-практ. конф. / под ред. Ю. С. Руденко, В. И. Липунова. М. : Изд-во ЧОУВО «МУ им. С. Ю. Витте», 2016. С. 41–64.
3. Марченко М. Н. Романо-германское и англосаксонское право в правовой системе Европейского Союза: общее и особенное // Актуальные проблемы правового развития России : материалы Всерос. науч.-практ. конф. / под ред. Ю. С. Руденко, В. И. Липунова. М. : Изд-во ЧОУВО «МУ им. С. Ю. Витте», 2016. С. 65–80.
4. Хаустова М. Трансформация правовой системы Украины в условиях глобализации: общетеоретические аспекты. *Закон и жизнь*. 2014. № 8. С. 166–171.

Получено 11.04.2018

УДК 347.171:339.543:629

Олена Сергіївна Кізлова,

*завідувач кафедри цивільного та господарського права
та процесу Міжнародного гуманітарного університету,
доктор юридичних наук, професор*

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ОСОБИ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ МИТНОГО ОФОРМЛЕННЯ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ

Право на вибір місця проживання і свободу пересування відноситься до цивільних прав в системі конституційних прав особи і врегульоване насамперед нормами Європейської конвенції з захисту прав людини та основоположних свобод, Конституцією України.

Відповідно до ст. 33 Конституції України кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом. Зміст свободи пересування полягає у закріпленій в Конституції України можливості фізичної особи вільно переміщатися не лише в межах окремо взятого приміщення, а й в межах міста, по всій території держави (в тому числі свого громадянства або постійного проживання), можливості виїзду за її межі та повернення у будь-який час. Належну реалізацію права громадян на вільне пересування та вибір місця проживання варто розглядати як одну з основних гарантій свободи особистості, необхідну умову її професійного, духовного та культурного розвитку. Це вимагає розробки та впровадження відповідними органами державної влади дієвих механізмів забезпечення реалізації права громадян на вільне пересування та вибір місця проживання, зокрема механізму реалізації права фізичних осіб на вибір місця проживання та місця перебування.

Певні труднощі правозастосовчого характеру дуже часто виникають у спеціалістів в галузі митного права та митного законодавства, які відповідно до повноважень і компетенції визначених законом, здійснюють функції щодо митного оформлення товарів та транспортних засобів особистого та комерційного призначення. Так, дещо проблемним виявилось питання здійснення митного оформлення транспортних засобів, що ввозяться громадянами на митну територію України для вільного обігу, пов'язане з місцем проживання або тимчасового перебування таких осіб.

Відповідно до ч. 6 ст. 247 Митного кодексу України (далі – Кодекс) місця здійснення митного оформлення товарів, що переміщуються через митний кордон України громадянами, визначаються відповідно до розділу XII Кодексу. Згідно ч. 7 ст. 365 Кодексу місця здійснення митного оформлення ввезених на митну територію України громадянами товарів за товарними позиціями 8701–8707, 8711, 8716 згідно з УКТ ЗЕД, що підлягають державній реєстрації, визначаються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику. На сьогоднішній день не прийнято відповідного підзаконного акту нормативного характеру, який би врегулював питання місця здійснення митного оформлення ввезених на митну територію України товарів громадянами.

Порядок здійснення митного оформлення транспортних засобів, у тому числі, встановлюється Правилами митного контролю та митного оформлення транспортних засобів, що переміщуються громадянами через митний кордон України, затверджених наказом Держмитслужби України від 17.11.2005 р. № 1118 «Про затвердження правил митного контролю та митного оформлення транспортних засобів, що переміщуються громадянами через митний кордон України». Але, цей підзаконний нормативний акт у питанні встановлення місця здійснення митного оформлення вважається недоречним у зв'язку з його протиріччям нормативним актам, які мають вищу юридичну силу. Так, норми будь-якого акту підзаконного характеру, що за своїм змістом суперечать положенням закону, в тому числі Кодексу, є недійсними (нікчемними) і спеціального скасування не потребують. Так як в даному випадку діє загальне правило юридичної сили нормативно-правових актів, а саме – закони України мають вищу юридичну силу, будь-які підзаконні нормативні акти, включаючи і нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади, міністерств і відомств, мають прийматися на їх виконання і зміст їх положень не може суперечити змісту законодавчого акту.

Крім того, згідно ч. 3 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» Кодексу, нормативно-правові акти центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію

державної політики у сфері державної митної справи та інших центральних органів виконавчої влади, прийняті на виконання законів України з питань державної митної справи до набрання чинності цим Кодексом та нормативно-правові акти, які використовуються при застосуванні норм законів з питань державної митної справи, застосовуються в частині, що не суперечить цьому Кодексу.

По-друге, зазначені Правила митного контролю були прийняті задовго до вступу в законну силу нині діючого кодифікованого акту – Митного кодексу України, прийнятого 13.03.2012 р. за № 4495-VI, і за своїм змістом суперечать основним положенням Кодексу щодо правил ввозу та розмитнення на території України громадянами товарів за товарними позиціями 8701–8707, 8711, 8716 згідно з УКТ ЗЕД.

Відповідно до ч. 2 ст. 4 Цивільного кодексу України основним актом цивільного законодавства є Цивільний кодекс України (далі – ЦК України). Актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та цього кодексу.

До нормативно-правових актів, які регулюють місце проживання фізичної особи також відносять:

- Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р.;
- Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» від 11.12.2003 р. (далі – Закон № 1382-IV);
- Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» у редакції від 06.01.2018 р.;
- та інші нормативні акти.

Місце проживання має істотне значення для здійснення і захисту прав фізичної особи, забезпечення стабільності цивільних відносин, для охорони прав і законних інтересів громадян та держави, для забезпечення стійкості цивільних правовідносин. Право на місце проживання фізичної особи є комплексним особистим немайновим правом фізичної особи, до якого відносять: 1) право мати місце проживання, тобто передбачена законом можливість утримувати на певному речовому рівні житловий будинок, квартиру, інше приміщення придатне для проживання в ньому; 2) право на вільний вибір та зміну місця проживання, тобто передбачена законом можливість вільно обрати той населений пункт, де б розташувалось місце проживання, а також змінювати його у випадку необхідності.

Цивільний кодекс України визначає місцем проживання фізичної особи житловий будинок, квартиру, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово. Частиною 5 ст. 3 Закону № 1382-IV визначається місце проживання особи як житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, в якому особа проживає. Отже, ст. 29 ЦК України та ч. 5 ст. 3 Закону № 1382-IV містять тотожне визначення терміну «місце проживання». В той же час, визначення постійного місця проживання в діючому законодавстві відсутнє, як і відсутні будь-які часові критерії для визначення факту постійності.

Під місцем постійного проживання розуміється те місце, де громадянин постійно проживає. Під місцем переважного проживання розуміється місце, у якому особа перебуває більше часу, ніж в інших містах, наприклад, у зв'язку з виконанням своїх трудових обов'язків. Під тимчасовим місцем проживання розуміється місце перебування під час відпустки, відрядження та інше.

Місце проживання фізичної особи слід відрізнати від місця перебування. Під місцем перебування слід розуміти місце, де фізична особа тимчасово проживає: готель, санаторій, слідчий ізолятор, лікарня тощо.

Цивільним кодексом України вперше визначено, що фізична особа може мати кілька місць проживання. Окрім того, відповідно до ч. 6 ст. 29 ЦК України фізична особа може мати кілька місць проживання. Тобто, особа може мати постійне, переважне та тимчасове місце проживання та не обов'язково постійно знаходитись в одному місці. Вільний вибір перебування також передбачений Законом № 1382-IV. Вільний вибір місця проживання чи перебування – право громадянина України, а також іноземця та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, на вибір адміністративно-територіальної одиниці, де вони хочуть проживати чи перебувати (ст. 3 Закону № 1382-IV). Крім того, статтею 6 цього Закону встановлюється презумпція можливості проживання особи у двох і більше місцях. Так, Законом закріплено, що у разі якщо особа проживає у двох і більше місцях, вона здійснює реєстрацію місця проживання за однією з цих адрес за власним вибором.

Крім того, місце перебування особи також не пов'язується с категорією «реєстрація» фізичної особи. Виходячи зі змісту ст. 2 Закону № 1382-IV вбачається, що реєстрація місця проживання чи місця перебування особи або її відсутність не можуть бути передумовою реалізації прав і свобод, передбачених Конституцією України, або підставою для їх обмеження. Згідно зі ст. 3 Закону, реєстрація – внесення інформації до реєстру територіальної громади, документів, до яких вносяться відомості про місце проживання/перебування особи, із зазначенням адреси житла/місця перебування із подальшим внесенням відповідної інформації до Єдиного державного демографічного реєстру в установленому Кабінетом Міністрів України порядку.

За адресою зареєстрованого місця проживання з особою ведеться офіційне листування та вручення офіційної кореспонденції. Тобто, Закон не встановлює обов'язковості здійснення інших юридично визначених дій за місцем реєстрації фізичної особи.

Крім згаданого, необхідно вказати, що у відповідності до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

Відповідно до ст. 317 ЦК України власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном. На зміст права власності не впливають місце проживання власника та місцезнаходження майна. Особа може здійснювати своє суб'єктивне право власності у будь який спосіб та у будь якому місці. Під здійсненням права приватної власності слід розуміти комплекс заходів (активні чи пасивні дії) власника, спрямовані на реалізацію правомочностей володіння, користування, розпорядження та інших правомочностей, які складають зміст суб'єктивного права приватної власності, з належним майном з метою задоволення законних потреб та інтересів власника.

Конституція України передбачає межі здійснення громадянами своїх прав. Так, згідно зі ст. 64, конституційні права і свободи людини та громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень можуть встановлюватися в умовах воєнного або надзвичайного стану. Але, ані Основний Закон, ані інші нормативні правові акти не встановлюють обмеження здійснення суб'єктивних прав місцем проживання або перебування особи.

Таким чином, особа, яка набула право власності, в тому числі на товари за товарними позиціями 8701–8707, 8711, 8716 згідно з УКТ ЗЕД, у відповідності до ст. 328 ЦК України, на підставах, що не заборонені законом, зокрема з правочинів, може згідно закону, а саме ст. 365 Митного кодексу України, здійснити повноваження щодо володіння та користування зазначеним товаром, включаючи його розмитнення, в будь-якому місці на території України незалежно від місця свого постійного проживання. Тим більше, що відповідно до ст. 64 Конституції України конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України.

Одержано 14.04.2018

УДК 347.1

Олена Велеонінівна Кохановська,

професор кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент

Національної академії правових наук України

ДО ПИТАННЯ ПРО ЕКОНОМІЧНУ КОНКУРЕНЦІЮ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

У сучасній енциклопедичній літературі конкуренція визначається як спосіб досягнення певного соціально значущого результату на засадах суперництва, змагання [1, с. 444]. При цьому вона може розглядатися в загальносоціальному і спеціальному (економічному, юридичному) значенні.

Як загальносоціальне явище конкуренція є суперництвом, боротьбою за досягнення найвищих вигод, переваг. У свою чергу, в економічній науці конкуренція розуміється як спосіб досягнення переваг перед конкурентами (виробниками аналогічної продукції, наприклад) з метою отримання найкращого економічного результату.

В основі конкуренції лежить економічне суперництво окремих товаровиробників, які змагаються з метою найкращим чином задовольнити свої потреби і отримати високий прибуток, створюючи найбільш вигідні умови виробництва і збуту товарів. Іншими словами, економічний зміст конкуренції полягає в здатності створювати сприятливе середовище в економіці країни в цілому для найбільш ефективного виробництва і збуту товарів.

В літературі називають дві невід'ємні ознаки конкуренції як економічного явища: наявність на ринку великої кількості незалежних продавців і покупців певного виду товару та відсутність для них бар'єрів входу (виходу) на ринок [1, с. 445]. Таким чином, конкуренція виступає не тільки економічним механізмом регулювання пропорцій виробництва певного виду товарів (робіт, послуг), поліпшення їх якості, а й одним із ефективних умов функціонування ринку, наявності на ньому великої кількості незалежних виробників, покупців і продавців, виступаючи об'єктивною закономірністю товарного виробництва і властивістю ринкової економіки.

Розуміння основних форм конкурентних відносин також надає економічна наука, розрізняючи умови переходу до тих чи інших форм власності і господарювання.

Юридичне значення терміна «конкуренція» закріплено в Україні на законодавчому рівні як змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, в результаті чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку [2, ст. 1]. Юридичний зміст конкуренції складають дії двох або більше учасників економічного змагання (суб'єктів господарювання), які можуть відноситись до якості продукції або послуг, ціни, а також сукупності тих чи інших умов договорів, інших факторів (обставин) господарської діяльності, які мають значення для споживача.

Залежно від характеру правових наслідків конкуренція може бути правомірною (добросовісною) і неправомірною (недобросовісною). Причому правомірна конкуренція ґрунтується на діях, які не суперечать законодавству і звичаям у підприємницькій діяльності, а неправомірна (недобросовісна) конкуренція полягає в будь-яких діях в конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності [3, ч. 1 ст. 32]. У зв'язку з цим слід зазначити, що перший варіант ухваленого Господарського кодексу України (далі – ГК України), який закріпив норми про конкуренцію, перенісши їх зі старого законодавства, був критично переглянутий і надалі ці норми, які не відповідають потребам часу, були офіційно виключені з нього під тиском Антимонопольного комітету України (далі – АМК України) [4]. В результаті в ГК України залишилася фактично одна стаття (ст. 18), яка регламентує, як впливає з її назви, обмеження монополізму та сприяння змагальності у сфері господарювання. В інших питаннях регулювання стало здійснюватися спеціальними законами, що однозначно свідчить про фактичну втрату ГК України будь-якого реального значення і впливу в питаннях формування конкурентного законодавства.

Що стосується міжнародно-правового регулювання конкурентних відносин, то воно стало, як відомо, результатом тривалої роботи з прийняття у 1883 р. Паризької конвенції про охорону промислової власності, ст. 10-bis якої дала приблизний перелік недобросовісних конкурентних дій [5].

В кінці XIX – на початку XX ст. в законодавстві ряду країн також з'явилися норми, які врегулювали конкурентні відносини і закріпили її основні ознаки, серед яких, узагальнивши, можна назвати наступні: 1) змагальність (боротьба) між конкурентами як основний зміст конкуренції; 2) змагальність знаходить вираз в діях (правомірних і неправомірних) підприємців, спрямованих на досягнення переваг над своїми конкурентами; 3) споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість обирати між кількома продавцями чи покупцями; 4) окремий підприємець не може впливати на конкретні ринкові механізми.

Надалі регулювання здійснюється або шляхом створення в країні спеціального законодавства про недобросовісну конкуренцію, або через розвиток практики припинення недобросовісних конкурентних прийомів на основі загальних норм цивільного права. Як правило, мова йде про способи захисту, розроблені адміністративною чи судовою практикою на основі загальних норм цивільного права.

В Україні при підготовці нормативних актів у сфері конкурентного законодавства і в практиці їх застосування враховується також, що в правових системах різних держав відсутнє єдине розуміння антиконкурентних дій, а правове регулювання питань у сфері конкуренції ґрунтується на необхідності охорони внутрішньої економічної стабільності держави. При цьому розрізняють три групи складів недобросовісної конкуренції, виходячи

з характеру антиконкурентних дій: 1) неправомірне використання ділової репутації господарюючого суб'єкта (підприємця); 2) створення перешкод господарюючим суб'єктам (підприємцям) у процесі конкуренції та отримання неправомірних переваг у конкуренції; 3) неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці.

Як законодавство, так і практика, визначаючи поняття недобросовісної конкуренції, розуміють під нею таку конкуренцію, яка «суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах» (ст. 10-bis Паризької конвенції) [5].

Це визначення, яке можна охарактеризувати як найбільш загальне, уточнюється і конкретизується в національних законодавчих актах, наприклад, в країнах німецької системи права, з точки зору загальних принципів цивільного права, таких як «сумлінність», «розумність», «звичаї ділового обороту», «добрі звичаї» тощо.

У країнах Центральної та Східної Європи нормативні акти включають також у визначення недобросовісної конкуренції критерій заподіяння шкоди недобросовісними конкурентними діями споживачам або господарюючому конкуренту. Таким чином, переважна більшість країн під недобросовісною конкуренцією розуміє господарську діяльність, що суперечить «добрим звичаям», правилам, прийнятим в діловому обороті або в сумлінній торговельній практиці. Законодавчі акти більш пізнього періоду це визначення доповнили посиланням на споживача, який так само, як і конкуруючий господарюючий суб'єкт може зазнавати шкоди в результаті застосування недобросовісних конкурентних дій.

Увагу привертає і те, що в ряді країн в кінці XX – на початку XXI ст. були прийняті законодавчі акти, які характеризуються як комплексні, в яких поряд із положеннями про припинення недобросовісної конкуренції містяться норми антимонопольного характеру. Проблема полягає в тому, що в якості конкурентних розглядаються дії, спрямовані на монополізацію ринку, а забезпечення домінуючого становища на ньому не є тим же самим, що і недобросовісна конкуренція як вид конкуренції, яка не допускається в звичайній господарській практиці.

Стаття 42 Конституції України закріплює захист конкуренції як принципу. Зокрема, у зазначеній статті проголошено, що держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності [6]. Крім того, не допускається зловживання монопольним становищем на ринку та неправомірне обмеження конкуренції, а також недобросовісна конкуренція. Виключно законами визначаються і правила конкуренції, і норми антимонопольного законодавства (п. 8 ст. 92 Конституції України).

Відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності (ст. 1) [7].

Конкретний перелік дій, які за законодавством України можуть характеризуватися як недобросовісна конкуренція, не є вичерпним. Вітчизняні нормативні акти містять також їх уточнюючу кваліфікацію, що є вимогою практики. У числі дій, пов'язаних з дискредитацією конкурента і досягненням в результаті цього неправомірних переваг у конкуренції, названі такі: дискредитація конкурента; купівля-продаж товарів, виконання робіт, надання послуг із примусовим асортиментом; порівняльна реклама; схилення до бойкоту господарюючого суб'єкта (підприємця); схилення господарюючого суб'єкта (підприємця) до розірвання договору з конкурентом; схилення постачальника до дискримінації покупця (замовника); підкуп працівника постачальника і також досягнення неправомірних переваг у конкуренції, що означає різноманітні форми нечесної конкуренції.

Значна кількість актів недобросовісної конкуренції пов'язана з порушенням прав на об'єкти інтелектуальної власності, такі як торгівельні марки, винаходи, корисні моделі, промислові зразки тощо.

Серед них, зокрема: копіювання зовнішнього вигляду виробу; неправомірне використання товару іншого виробника; неправомірне використання чужих рекламних матеріалів, позначень, пакування, неправомірна порівняльна реклама та ін.

Не викликає сумнівів, що економічна свобода господарюючих суб'єктів може бути ефективно забезпечена тільки за допомогою цілого комплексу дій щодо запобігання недобросовісній конкуренції та активної боротьби з нею. Ділова репутація і набутий комерційний досвід вимагають постійної уваги і надійного захисту. Основними органами, покликаними надавати такий захист, є суди України, АМК України, правоохоронні органи держави.

Як створення перешкод господарюючим суб'єктам (підприємцям) у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції кваліфікується дискредитація господарюючого суб'єкта (підприємця); купівля-продаж товарів, виконання робіт, надання послуг із примусовим асортиментом; схилення до бойкоту господарюючих суб'єктів (підприємців); схилення господарюючого суб'єкта (підприємця) до розірвання договору з конкурентом; підкуп працівника постачальника; підкуп працівника покупця (замовника); досягнення неправомірних переваг у конкуренції.

До групи антиконкурентних дій у вигляді неправомірного збору, розголошення та використання комерційної таємниці відноситься неправомірне збирання комерційної таємниці; її розголошення і схилення до її розголошення, а також її неправомірне використання.

Розвиток економіки на нинішньому етапі характеризується посиленням конкуренції, що надає всім процесам позитивне ринкове забарвлення. Для держав в сучасному глобальному світі впровадження і захист конкурентних відносин стає пріоритетним завданням.

Становлення конкурентного законодавства незалежної України можна віднести до самого початку 1990-х р. р. Так, формування антимонопольного законодавства почалося в 1992 р. з прийняттям Закону України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18.02.1992 р, нині скасованого. Названий Закон заклав основні механізми антимонопольного регулювання. В період 1992–1993 рр. грошово-кредитна і цінова політика України зазнала більш жорсткого державного регулювання, що істотно відбилося на реформуванні всієї економічної системи. В результаті цього поширення набула практика державної підтримки та дотацій, субсидій і пільгових кредитів організаціям і підприємствам, зокрема монополістам, збільшилася кількість і обсяги держзамовлень і централізованого розподілу товарів.

Основи конкурентної боротьби, які тільки зароджувалися, стали певною перешкодою для зловживання монополієм становищем. Розвиток конкурентного ринкового середовища значною мірою було підтримано створенням і розвитком Антимонопольного комітету України. З 1993 р. в Україні було прийнято низку законодавчих актів, спрямованих на реформування та вдосконалення конкурентного законодавства, в тому числі пакет законів у сфері права інтелектуальної власності.

Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції», який згадувався вище, був прийнятий 7 червня 1996 р. Він визначив правові засади захисту господарюючих суб'єктів (підприємців) і споживачів від недобросовісної конкуренції. Пізніше, вже після прийняття Конституції України, 20.04.2000 р. Закон України «Про природні монополії» закріпив основи державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій [8].

У зв'язку з цим були внесені зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. і до Кримінального кодексу України від 05.04.2001 р. Таким чином, вже в цей час були сформовані положення щодо адміністративної та кримінальної відповідальності за порушення антимонопольного законодавства.

11 січня 2001 р. був прийнятий вже згадуваний вище Закон України «Про захист економічної конкуренції». Без будь-яких перебільшень можна сказати, що цей законодавчий акт вигідно відрізняється концептуальною новизною і прогресивністю, зокрема від ГК України, і може розглядатися в якості стрижневого нормативного акту у сфері вітчизняного конкурентного законодавства. Його розробці передувало глибоке вивчення зарубіжного законодавства, зокрема законів держав Західної, Центральної та Східної Європи, законодавства країн-членів СНД; аналізувався також більш ніж столітній досвід застосування антитрестівського законодавства США і п'ятдесятирічний досвід Німеччини; були досліджені і враховані положення законодавства ЄС у сфері захисту конкуренції і вивчена практика його застосування.

За дванадцять років, що минули з моменту прийняття Закону України про захист економічної конкуренції, сформувалася значна за обсягом практика його застосування, яка ще раз підтвердила провідне значення спеціальних законів у питаннях регламентації конкурентних відносин і повну втрату в цих процесах позицій ГК України. Розуміння фактичної втрати впливу норм вказаного кодексу та важливості положень ЦК України та спеціального законодавства, а також ефективності цивільно-правових способів захисту прав у сфері, яка аналізується, значно посилило б адекватність і повноту розвитку конкурентного законодавства в Україні нарівні з розвитком законодавства інших держав і з урахуванням їх багаторічного досвіду.

Список бібліографічних посилань

1. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; відп. ред. Я. М. Шевченко. Київ : Ін Юре, 2009. 952 с.
2. Про захист економічної конкуренції : закон України від 11.01.2001 № 2210-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 12. Ст. 64.
3. Господарський кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. № 19–20, 21–22. Ст. 144.
4. Про Антимонопольний комітет України. Закон України від 26.11.1993 № 3659-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 50. Ст. 472.
5. Парижская конвенция об охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. : действует в Украине с 25 декабря 1991 г. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_123 (дата звернення: 11.04.2018).
6. Конституція України : закон України від 28.06.96 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
7. Про захист від недобросовісної конкуренції : закон України від 07.06.1996 № 236/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 36. Ст. 164.
8. Про природні монополії : закон України від 20.04.2000 № 1682-4. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 30. Ст. 238.

Одержано 13.04.2018

Наталія Семенівна Кузнєцова,

професор кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

доктор юридичних наук, професор, віце-президент

Національної академії правових наук України,

академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ПРИВАТНОГО ПРАВА В КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ УКРАЇНИ

П'ятнадцять років відділяють нас від знаменного моменту прийняття Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) національним Парламентом. Абстрагуючись від певних втрат, понесених в період проходження цього надзвичайно важливого документа «лабіринтами» Верховної Ради України, можна стверджувати, що в цілому ЦК України продовжує зберігати значення стрижневого акту в тій частині вітчизняної системи законодавства, яка регулює приватноправові відносини.

Наукова концепція ЦК України, покладена в основу його структури та змісту, передбачала визначальне розуміння його як Кодексу приватного права, що має забезпечити формування і подальший розвиток громадянського суспільства, тобто самостійної, незалежної від держави системи відносин між юридично вільними і рівноправними партнерами в усіх сферах життя людини, включаючи, безумовно, і підприємництво. 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. Такі майнові та немайнові відносини, які ґрунтуються на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, і становлять предмет цивільно-правового регулювання та основу громадянського суспільства [1, с. 17].

На законодавчому рівні вперше були закріплені основні принципи цивільного права, зокрема:

- (1) неприпустимість втручання у сферу особистого життя фізичної особи;
- (2) свобода власності;
- (3) свобода підприємництва;
- (4) свобода договору;
- (5) судовий захист будь-якого порушеного права;
- (6) справедливість, добросовісність та розумність.

Ці основоположні засади не тільки «червоною ниткою» пройшли крізь всю правову матерію ЦК України, але зайняли чільне місце в процесі правозастосування.

Головними новелами ЦК України слід визнати закріплення принципу універсальної правосуб'єктності всіх учасників цивільно-правових відносин; поділу юридичних осіб на юридичні особи приватного та юридичні особи публічного права, виокремлення в структурі кодексу Книги другої, присвяченої регламентації особистих немайнових прав фізичної особи.

Кодекс передбачає, що «ці абсолютні й невідчужувані права, які є виявом свободи й недоторканості особи, у разі їх порушення захищаються усіма доступними для цивільного права способами». Звертає на себе увагу множинність таких способів, які застосовуються залежно від виду та характеру порушення особистих немайнових прав. Це можуть бути

не лише позови про спростування відомостей (наприклад, у випадках порушення честі, гідності та ділової репутації фізичної чи юридичної особи), а й про зняття обмежень (наприклад, у разі порушення права фізичної особи вільно обирати місце проживання або незаконного її затримання (арешту), а також інші позови, в тому числі й превентивні, спрямовані на запобігання можливим порушенням [1, с. 24].

Опоненти розгалуженої регламентації особистих немайнових прав фізичної особи в ЦК України закидали розробникам, що відповідні статті не містять конкретних регулятивних механізмів і доволі часто обмежуються лише констатацією наявності (поіменуванням) відповідних прав.

Натомість вважаємо, що самий факт такого поіменування в ЦК, наявність загальних положень про особисті немайнові права, а також поділ останніх на дві класифікаційні групи: (1) особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи; (2) особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, є достатніми чинниками «включення» їх в орбіту цивільно-правових відносин.

Розширився обсяг регулювання речових правовідносин завдяки визначенню характеристик не лише традиційного права власності, але й інших речових прав: володіння, користування (сервітуту), емфітевзису, суперфіцію. Сама ідея рівності умов для розвитку та захисту всіх форм власності обумовила недоцільність їх окремого регулювання. У ЦК України законодавець визначив, що всі суб'єкти права власності мають правомочності, передбачені ст. 317 ЦК України; а ст. 319 закріплено, що усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав.

Значною мірою оновлено підходи до врегулювання зобов'язань, особливо договірних.

Роль методологічної передумови для цього відіграло визначення у ст. 6 ЦК України співвідношення між актами цивільного законодавства і договором, згідно з яким договір розглядається як пріоритетний регулятор суспільних відносин.

Крім того, що сторони мають право укладати договори, які хоча і не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають його основним засадам (непоіменовані договори), вони вправі врегулювати в передбаченому законодавством договорі свої відносини, які законодавством не врегульовані, тобто усунути наявність певних прогалин у правовому регулюванні договірних відносин.

Новаторською у названій статті є частина третя, яка дозволяє сторонам відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Це правило не поширюється на ті випадки, коли в актах законодавства прямо вказано на неможливість відступити від положень цих актів (імперативні норми), а також якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або суті відносин між сторонами.

Слід зазначити, що з моменту прийняття ЦК України його опоненти (здебільшого представники науки господарського права) намагалися вилучити цю норму, щоб суттєво знизити рівень диспозитивності цивільно-правового регулювання.

Відмітимо також, що у ЦК України сформульовано в окремому розділі (розділ II Книги п'ятої) загальні положення про договір, які є важливими як для регулювання відносин в межах як поіменований, так і непоіменований договорів. Серед поіменований договорів, передбачених у підрозділі I Розділу III Книги п'ятої «Окремі види зобов'язань». Визначено нові договори, які зумовлені потребами економічного обороту (лізинг, факторинг, франчайзинг (комерційна концесія) тощо), а також договори, які не охоплювалися ЦК УРСР 1963 р., хоч і мали широке застосування на практиці (договори постачання енергетичними

та іншими ресурсами через приєднану мережу, транспортного експедирування, ліцензійні договори та інші) (див.: [2, с. 15]).

Належна увага приділена в ЦК й недоговірним зобов'язанням. Крім традиційних деліктних та кондикційних, до цієї групи також включені зобов'язання, що виникають з публічної обіцянки винагороди; внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної та юридичної особи, створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи.

На позитивну оцінку заслуговує також концептуальне оформлення в ЦК спадкового права, норми якого відповідають сучасним економічним умовам розвитку суспільства.

Таким чином, можна з впевненістю стверджувати, що за п'ятнадцять років ЦК України став дієвим інструментом розбудови правової держави та громадянського суспільства, юридичним засобом забезпечення розвитку ринкової економіки.

Водночас високо оцінюючи роль і значення ЦК України як системоутворюючого акту цивільного законодавства, не можна не згадати про «втрати» кодексу, які мали місце в ході напруженого кодифікаційного марафону.

Насамперед мається на увазі одночасне прийняття разом із ЦК України Господарського кодексу України (далі – ГК України), який має абсолютно іншу правову ідеологію, що своїм корінням сягає у за давнє соціалістичне минуле із орієнтацією на певною мірою «косметизовану» концепцію господарського права. Розробники ГК України пропагували його як кодекс підприємницький, який передбачає регулювання відносин між підприємцями (горизонтальні) та між підприємцями й органами державної влади (вертикальні).

На думку авторів Господарського кодексу, «обидва види цих відносин настільки пов'язані між собою, що нібито утворюють єдність – так звані господарські відносини» (див.: [2, с. 32]).

Навряд чи можна визнати виправданим синтез відносин, які регулюються на принципово різних методологічних засадах (перші – на основі принципу жорсткої субординації, другі – координації). Із прийняттям ГК України не лише активізувалася дискусія серед правознавців, до якої останнім часом активно долучаються і представники науки адміністративного права, але й виникла необхідність вирішення проблеми визначення правил застосування до конкретних відносин норм ЦК та ГК, які часто-густо по-різному регулюють однакові ситуації. Неодноразові спроби скасувати ГК України доки не одержали позитивного завершення.

Водночас у процесі обговорення та прийняття ЦК не вдалося зберегти положення про закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб.

Спочатку у ст. 83 ЦК передбачалося, що юридичні особи можуть створюватися у формі товариств та установ. Натомість у фінальній редакції цієї статті визначено, що юридичні особи можуть створюватися і в інших формах, встановлених законом. Це призвело до того, що всі «екзотичні» організаційно-правові форми, передбачені ГК та іншими законодавчими актами, були легалізовані.

Так, на відміну від ЦК України, який розглядає підприємство як єдиний майновий комплекс, тобто як об'єкт правовідносин (ч. 1 ст. 191 ЦК), у ст. 63 ГК України «Види та організаційні форми підприємств» суб'єктами господарювання називаються приватне підприємство, підприємство колективної власності, комунальне підприємство, державне підприємство та підприємство із змішаною формою власності. Залежно від способу заснування підприємства поділяються на корпоративні та унітарні. З урахуванням кількості

працюючих та обсягу валового доходу виділені малі, середні та великі підприємства. У гл. 11 ГК серед інших підприємств названі селянське (фермерське) господарство, орендне підприємство, підприємство з іноземними інвестиціями, іноземне підприємство.

Таким чином, намагання уніфікувати ознаки правового статусу суб'єктів правовідносин, що є юридичними особами, через встановлення закритого переліку організаційно-правових форм (товариства та установи) було зведено нанівець і відкрило можливість через прийняття спеціального закону вводити будь-які інші організаційно-правові форми.

Слід зазначити, що і після прийняття ЦК впродовж 15 років у нього вносилися зміни, які не обумовлювалися об'єктивними потребами його вдосконалення та не завжди були достатньо обґрунтованими, а здебільшого носили безсистемний характер і відповідали інтересам зацікавлених осіб.

Так, ще до набрання чинності ЦК у червні 2003 р. ст. 316 «Поняття права власності» була доповнена ч. 2 наступного змісту «Особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном». Відсутність інших приписів стосовно довірчої власності у Книзі третій ЦК створює значні перешкоди для з'ясування змісту та особливостей такого виду права власності.

Щоправда, окремі зміни були внесені в гл. 70 «Управління майном», зокрема у ст. 1029, 1030, 1033, 1042, 1044 ЦК, із змісту яких можна певною мірою встановити лише розширення повноважень управителя майном у разі, коли йдеться про довірчу власність.

Не менш проблематичним стало доповнення в 2010 р. ст. 228 ЦК «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок».

Крім зміни самої назви статті, яка зараз іменується «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави та суспільства», вона була доповнена ч. 3, що фактично «реанімувала» ст. 49 ЦК УРСР, від якої розробники ЦК принципово відмовилися, замінивши механізм цивільно-правової конфіскації застосуванням реституції із можливим стягненням збитків та компенсацією моральної шкоди (ст. 216 ЦК України).

Коригування ст. 228 ЦК України, неодноразово піддавалися справедливій критиці у юридичній літературі [3].

Вищенаведені міркування свідчать про необхідність проведення як ревізії внесених змін і доповнень до ЦК України, так і аналізу його положень з точки зору сучасних потреб врегулювання цивільно-правових відносин.

Зазначимо, що за останні роки в Україні підготовлено немало цікавих дисертаційних досліджень, в першу чергу докторських, в яких обґрунтовані рекомендації щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства, в тому числі окремих норм Цивільного кодексу України.

Євроінтеграційна стратегія України, сприйнята українським суспільством і підкріплена підписанням Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, обумовлює необхідність не просто фрагментарного удосконалення, а суттєвої модернізації вітчизняного законодавства [4].

Створення єдиного економічного простору, що розглядається як «європейський ринок», зумовило формування нового правового масиву – права Європейського Союзу. У літературі зазначається, що беззаперечними і офіційно визнаними джерелами права ЄС є: договори, постанови, директиви, рішення (рішення Європейської комісії, пов'язані з конкретними діями осіб (фізичних, юридичних), а також держав-членів ЄС, які є обов'язковими для адресатів), а також рішення ЄСПЛ, Суду ЄС та загальні принципи права [5].

З'ясування поняття «право Європейського Союзу» є надзвичайно важливим саме у зв'язку з осмисленням відповідного вектору гармонізації українського законодавства, яке вийшло з надр «соціалістичного права», має зримий його відбиток і потребує у зв'язку з цим якісного й системного перетворення. Без перебільшення можна сказати, що стрижневим елементом цієї трансформації є законодавство про права людини в усіх сферах її діяльності.

І якщо аналіз актів Європейського Союзу як джерел права не становить будь-яких особливих проблем, то дослідження загальних принципів європейського права вимагає глибокого переосмислення наших традиційних уявлень як про право взагалі, так і про значення його формальних джерел.

У такому розумінні загальні принципи права ЄС є яскравим прикладом «добросусідського існування» двох правових систем – континентальної та англосаксонської (прецедентної). При вирішенні спірних питань Європейський Суд з прав людини керується насамперед положеннями Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також практикою самого Суду, виробленою при застосуванні цієї Конвенції [6].

Поряд із Конвенцією Суд бере до уваги загальні принципи, що діють у правових системах держав-учасниць, однак не обмежуються тільки ними, оскільки Суд «навіть якби не існувало згаданих вище положень, застосував би їх... Іноді він просто закріплює норму без будь-якого посилання на її джерело; або ж він може виправдати її політикою чи загальними вимогами правової системи Співтовариства. Однак якщо для таких норм необхідне офіційне джерело, воно завжди може бути знайдено або за допомогою розширеного тлумачення писаного права, або з посиланням на загальні принципи [7].

Такими загальними принципами є основні права людини, юридична визначеність, пропорційність, рівність, право бути заслуханим, субсидіарність. У літературі до цього переліку також додають принципи взаємної довіри й прозорості [8].

Ці основні початки європейської правової системи можуть розглядатися як найважливіші юридичні стандарти, що використовуються як у законодавстві, так і при вирішенні конфліктних ситуацій. І, безумовно, у процесі зближення українського законодавства з правом ЄС дотримання цих принципів, активне їх впровадження в нашу правову реальність матиме позитивний вплив.

Українське право на сучасному етапі є досить складним системним утворенням, що динамічно розвивається. Проведення глобальної правової реформи охоплює не лише основні галузі права, а й усю інфраструктуру правозастосування, значною мірою трансформує традиційне уявлення про систему права загалом, її співвідношення із системою законодавства, про її внутрішню структуру, принципи побудови і функціонування, способи й механізми реформування.

У законодавстві значною мірою відображено доктринальну концепцію поділу права на приватне й публічне. Практично завершений процес кодифікації через оновлення чинних кодексів та прийняття нових.

Механізми запровадження європейських стандартів у публічне та приватне право істотно відрізняються. Якщо у публічно-правовій сфері ці процеси переважно мають імперативне забарвлення, то у приватному праві вони здійснюються на зовсім інших методологічних та організаційних засадах.

У такому контексті важливу роль у формуванні загальних підходів до адаптації приватноправової системи України до права ЄС відіграють такі міжнародні організації як УНІДРУА, ЮНСІТРАЛ, Гаазька конференція по міжнародному праву та інші. Розроблені

цими організаціями документи, є важливим орієнтиром у подальшому удосконаленні національного приватного права.

Одним із таких стандартів є «Принципи, дефініції, модельні правила приватного права ЄС» (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)). Як справедливо зазначається в літературі, головним у ідеї DCFR є відмова від прямого (позитивного) регулювання відносин у приватно-правовій сфері. DCFR розглядається як проект, який може надати ідеям європейського приватного права нове підґрунтя, що підвищує взаєморозуміння і сприяє колективному обговоренню проблем приватного права Європи.

За таких умов DCFR слід розглядати не як спробу створити акт європейського приватного права, а, як зазначають розробники цього документу, проект порівняльно-правового характеру, який має сприяти вивченню і розумінню приватного права у країнах – членах ЄС.

Завданням DCFR є наочно довести факти існування європейського приватного права, згадавши відносно незначну кількість випадків, у яких різні правопорядки дають різні відповіді на загальні питання [9, с. 304].

Таким чином, DCFR може слугувати не тільки платформою для поліпшення взаєморозуміння між цивілістами, які належать до різних національних правових систем, але й методологічним інструментом для проведення глибокого наукового аналізу приватного права України з метою виявлення контурів відповідності останнього основним принципам європейського приватного права.

Можна погодитися із загальним висновком, що у контексті прагнення України інтегруватися до Євросоюзу та необхідності відповідної адаптації українського законодавства, DCFR мають враховуватися при доопрацюванні концепту цивільного права, зокрема при вдосконаленні вітчизняної концепції принципів цивільного права та цивільного законодавства [9, с. 310].

Зважаючи на таку важливу місію DCFR (як й інших рекомендаційних актів, розроблених з метою гармонізації правового режиму приватно-правових відносин), надзвичайно актуальним є системне дослідження змісту DCFR та виявлення можливих напрямків модернізації приватного права України в контексті євроінтеграційних процесів.

Слід зазначити, що такі дослідження вже успішно проводяться, але, безумовно, мають бути значно розширені¹.

Визначаючи пріоритетні напрямки гармонізації сучасного приватного права України із правом країн ЄС, крім загальних підходів, закріплених у принципах приватного права, беззаперечно важливим та актуальним є перегляд положень договірної права України з огляду на існуючі міжнародні та європейські стандарти.

Розробники проекту ЦК України усвідомлювали, що зближення та уніфікація окремих груп норм нового ЦК України з відповідними правилами окремих країн, груп країн або

¹ Понад десять років у м. Хмельницький функціонує Подільська лабораторія з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу; у 2015 р. був опублікований збірник наукових праць «Проблеми модернізації приватного права в умовах Євроінтеграції», до якого увійшли цікаві статті Є. О. та О. І. Харитонових «DCFR та деякі проблеми адаптації права України до права ЄС» (с. 40–46); І. А. Діковської «Укладення договорів відповідно до DCFR» (с. 53–59); О. А. Халабуденка «Концесуальна система переходу права власності VS. система традиції: компроміс у Модельних правилах Європейського приватного права DCFR» (с. 65–75) та інші.

нормами міжнародних конвенцій універсального значення, які розраховані на їх прийняття національно-правовими системами більшості країн світу, є вимогою часу, а точніше, продиктовані економічними реаліями сьогодення. Це слід особливо підкреслити, аби зрозуміти, що пошуки певних правових рішень закордоном не є примхою розробників або якихось «схиленням» перед Заходом. Від того, якою мірою буде вирішено цю проблему, залежить рівень інтеграції нашої країни у європейський та світовий економічний та політичний простір [1, с. 36].

Підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, постійний моніторинг виконання зобов'язань, покладених на нашу державу з боку європейських інституцій, підтверджує актуальність цих висновків. Хоча при розробці проекту ЦК України і були враховані основоположні засади гармонізованого європейського права, зокрема, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (1994 р.), Віденської Конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.), інших міжнародних конвенцій, час, що минув з моменту прийняття ЦК України, став для європейського приватного права періодом активного зближення національних правових систем і появи нових рекомендаційних актів, які можна розглядати як важливий результат співпраці міжнародної юридичної спільноти в цьому напрямку.

Характеризуючи нову редакцію Принципів УНІДРУА (2004 р.), О. С. Комаров зауважив, що переважна більшість нових положень, включених до Принципів УНІДРУА в 2004 р., виходить за межі того правового явища, яке від самого початку складало предмет регулювання цього зведення правових норм, а саме: міжнародних комерційних договорів [10].

Серед важливих документів, що є результатом гармонізації європейського договірного права, безумовно, слід також назвати Принципи європейського контрактного права (PECL), розроблені комісією, очолюваною Оле Ландо (Принципи Ландо).

Таким чином, для українських цивілістів (і вчених, і практиків) є широке поле діяльності як в контексті усвідомлення прогресивних напрямків зближення приватноправових систем, викликаних процесом глобалізації, так і визначення місця у цих процесах України і, що найважливіше, шляхів подальшого розвитку вітчизняного приватного права.

Список бібліографічних посилань

1. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. С. Довгєрта. Київ, 2000. 336 с.
2. Цивільний кодекс України / вступ. ст. Довгєрта А. С. Київ : Істина, 2003. 928 с.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Т. 1. Київ : Юрінком Інтер, 2013. С. 392–393.
4. Король В. І. Концептуально-правові проблеми імплементації Україною проєвропейської модернізаційної парадигми // Проблеми модернізації приватного права в умовах Євроінтеграції : зб. наук. пр. Хмельницький, 2015. С. 12.
5. Ильик Ю. Д. Лекции по истории и праву Европейского Союза. М., 2002. С. 32.
6. Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. М., 2001 С. 106–107.
7. Хартли Т. К. Основы права Европейского Сообщества. М. ; Будапешт, 1998. С. 145.
8. Муравйов В. Правові засади гармонізації в Європейському Союзі. *Право України*. 2002. № 7. С. 118.
9. Харитонов Є. О. Україна – Європа: проблеми адаптації у галузі приватного права : монографія. Одеса, 2017. 358 с.
10. Комаров А. С. Прогрессивное развитие унификации правовых норм в международных коммерческих сделках. *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА*: 2004. М. : Статут, 2006. Вступ. ст. С. 17.

Одержано 05.04.2018

УДК 347.1

Роман Андрійович Майданик,*завідувач кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук, професор*

УЧЕННЯ ПРО ЮРИДИЧНУ МЕТОДОЛОГІЮ В КОНТЕКСТІ ПРИВАТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

1) Поняття методології права

Поняття «методологія» має два основних смислових значення: по-перше, методологія, як система певних способів і прийомів, які застосовуються в тій чи іншій сфері діяльності – науці, політиці, мистецтві тощо; по-друге – як вчення про цю систему або як загальна теорія методу, теорія в дії.

У власному розумінні методологія права є вченням про шляхи пізнавальної діяльності в праві, яке виробляє загальні підходи і принципи підтвердження істинності існуючого знання та отримання нового знання, визначає стратегію наукового пізнання за допомогою методів і засобів, прийомів та принципів, що забезпечують дослідження.

При цьому зміст поняття методології права визначає система логічно упорядкованих структурних елементів (феноменів), які включаються до права як системи, перебувають у взаємозв'язку і взаємодії між собою, є достатніми для дослідження та використання системи та її елементів.

Методологія права є не лише сукупністю методів наукового пізнання права; вона має розглядатися як єдина наука про методи, способи пізнання закономірностей права та його використання в практичній діяльності (методологічні правила), які визначають змістовність та істинність одержаних результатів, висновків юридичного дослідження.

2) Еволюція методології права

Світова доктрина права сформувала кілька інтегральних концепцій (методологій) права, а саме: антична натурфілософія; християнський провіденціалізм (томізм); філософія права; романтична історія народів; марксистсько-ленінська теорія суспільно-економічних формацій; історія цивілізацій школи «Анналів»; модернізм; постмодернізм; синергетика тощо. Розглянемо найважливіші з них, які мали вплив на формування сучасної методології права.

У кінці XVIII–XIX ст., під впливом ідей Е. Канта, Г. Гегеля та представників школи так званої «німецької класичної філософії», сформувалися основні напрямки методології права. Зокрема, від німецьких істориків-романтиків бере початок «історична школа права» (Ф. К. Савіньї, К. Ф. Ейхгорн), яка виводила закони і державний устрій із національних традицій і звичаїв того чи іншого народу (з так званого «народного руху»). Засновником історико-критичної методології став німецький історик Леопольд Ранке, який наголошував, що «історію потрібно писати так, як було насправді», але обмежувався у дослідженнях виключно державно-політичними і дипломатичними подіями. Саме Л. Ранке першим запровадив нову форму занять зі студентами – семінари, на яких вони під керівництвом викладача займалися критичним вивченням джерел.

Провідними методологіями стали також: а) Позитивізм (М. Вебер), – згідно з яким основа знання – реальний («позитивний») факт; б) соціологія (О. Кант, Г. Спенсер) –

суспільство живе і діє за природними законами, які і є основою вивчення права; в) матеріалізм, діалектичний (природа) та історичний (людство) (К. Маркс, Ф. Енгельс) – джерело розвитку знаходиться в матеріальному світі – у природі та самій людині, яка в процесі діяльності пізнає світ, змінює його і сама змінюється разом із ним. У центрі їхньої концепції – лінійний розвиток усіх явищ матеріального світу від простого до складного у вигляді циклічної гігантської спіралі; г) соціологія права (Еміль Дюркгейм) – детермінувала соціальний бік правових явищ, стверджувала визначальну роль сутності закономірностей у суспільстві, які підпорядковані власним особливим законам і домінують над окремою особою. Наприклад, поділ суспільства на групи, верстви, варни, стани тощо; р) французька школа «Анналів» (20–30-ті роки XX ст.; Л. Февр, М. Блок, Ф. Бордель, А. Гюо, О. Хьюзінга) – сформулювала теорію «історичних структур», які формують відповідний менталітет, «культурний тип» суспільства, який у свою чергу відображає певний рівень цивілізованості. Тобто, згідно з цим підходом, цивілізація – це сукупність соціальних структур, які сформували певний культурний менталітет (у тому й державно-правовий); д) остаточно цивілізаційний підхід до правових явищ сформували представники «Критичної філософії» – Робін Коллінсвуд, Арнольд Тойнбі та Бенедетто Кроче в середині XX ст. Вони розглядали минуле як еволюцію соціально-культурних спільнот – цивілізацій, які одночасно є творінням людей і первісного світового Духу (надлюдського, або такого, що людина досягнути поки що не в змозі). Цивілізація за А. Тойнбі є виявом не державного, а національного, життя, а насамперед культурно-моральної (правової, релігійної) діяльності соціальних спільнот, об'єднаних єдиним ідейно-релігійним світоглядом; е) синергетика – створена в останні двадцять років універсальна модель (парадигма, концепція) процесів змін у природі і суспільстві. Відповідно до неї – світ безперервно змінюється та еволюціонує за нелінійними законами, які до того ж не мають жорсткої детермінації. Діють універсальні механізми самоорганізації як щодо живих, так і неживих структур, які підпорядковуються одним і тим самим законам нелінійного характеру. Окрім названих, у сьогоднішньому світі існують й інші методологічні дослідження суспільних явищ та їх сутності.

3) *Рівні методології права*

Залежно від структури і конкретики об'єктів виділяють кілька рівнів методології права.

Перший, найбільш високий рівень – це загальна методологія (філософська методологія), яка визначає основні напрями та загальні принципи пізнання загалом. Філософська методологія є методологією вищого рівня узагальнення, яка складає світоглядну основу всієї наукової діяльності; вона полягає у реалізації глибинного підходу до вивчення всіх предметів і явищ навколишнього світу.

Другий рівень – галузева методологія (спеціальні, приватні рівні методології). Цей рівень являє собою систему дослідницьких принципів і методів спеціальних наук, а також вчення про цю систему. Тут має місце добір із загальнометодологічного арсеналу відповідних відправних і достатніх вихідних положень для їх застосування в процесі пізнання визначеного кола споріднених предметів, явищ і процесів.

Різновидом галузевої методології є методологія цивільного (приватного) права, що являє собою систему принципів і методів пізнання світоглядних уявлень про цивільне (приватне) право, а також вчення про цю систему.

За характером об'єкта виділяють: вищий рівень (діалектико-світоглядний); середній рівень (загальнонауковий/міждисциплінарний), який використовується в процесі пізнання особливої групи однотипних об'єктів; нищий рівень (приватно-науковий), який застосовується в процесі пізнання специфіки окремого об'єкта.

Залежно від завдань і виду юридичної діяльності може бути виділено три рівні методології права:

1) методологія пізнання самих методів права шляхом формулювання способів і порядку підготовки нормативних правових актів, наукових моделей методів створення правових норм);

2) методології застосування норм права, що виявляються в нормах про тлумачення правочину і закону, у застосуванні окремих методів вирішення колізій норм права, усунення прогалин, методів аргументації рішення суду тощо);

3) методології науки права (юриспруденції або правознавства) як системи методів проведення наукових досліджень у сфері юриспруденції, які підлягають застосуванню з урахуванням мети та об'єкту наукового дослідження.

На відміну від перших двох рівнів, методологія науки права спрямована на пізнання не лише методами створення норм права та їх застосування. Наука права, як мисленнєва аналітична діяльність, покликана з'ясувати і пояснити закономірності досліджуваного юридичного явища, спрогнозувати і (за необхідності) направити його розвиток у необхідному напрямі в інтересах суспільства і людини.

4) Методологія права та юридична техніка

Методологія права тісно пов'язана з юридичною технікою або методикою права. На відміну від методології як системи методів, методика відображає як певну послідовність вирішення конкретного наукового і практичного завдання, так і сукупність і порядок використання належних методів.

Предметом юридичної техніки є найбільш загальні закономірності здійснення юридичної діяльності, в процесі якої зіставляються юридичні документи (нормативні акти, інтерпретаційні акти, документи, які фіксують юридичні факти).

5) Методологія права та юриспруденція

Методологія права не вважається самостійною наукою, локальною галуззю наукового знання, яка існує ізольовано від всієї системи наук. Вона є загальнонауковим феноменом, притаманним науці в цілому і кожній її галузі зокрема.

Методологія права є спеціальним розділом теорії пізнання права, що являє собою обґрунтування історичного шляху, засобів, прийомів наукової діяльності у сфері права. Методологія права передбачає вивчення права відповідно до вимог теорії пізнання. Теорія пізнання, чи гносеологія, – це наука про природу пізнання, його сутність і закономірності. Головним елементом даної теорії є методологічні правила, які визначають змістовність та істинність одержаних результатів, висновків юридичного дослідження.

Методологія права тісно пов'язана з філософією права, загальнотеоретичною і галузевою юриспруденцією.

6) Наукові концепції методології права України

Протягом останнього століття методологія права від класичної, побудованої на раціональних та об'єктивних підходах (позитивістське ототожнення права і закону), через некласичну – з її свободою вибору в суб'єктивність (концепція природних прав людини), вийшла до посткласичної (постмодерністської), яка характеризується визнанням нераціонального і плюралістичного підходів.

У сучасній вітчизняній юридичній науці, як і в українському суспільстві загалом, спостерігається своєрідна методологічна криза.

У масовій суспільній свідомості України продовжують домінувати сформовані за часів радянського періоду уявлення про право як знаряддя політики, інструмент примусу, зведену в закон волю пануючого класу або панівної частини суспільства.

Методологія права радянського періоду визнавала діалектико-матеріалістичний підхід до пізнання права та широку систему методів пізнання права. При цьому методологія застосування права фактично обмежувалася формально-логічними методами тлумачення норм права.

Євроінтеграція України в умовах глобалізації зумовлюють необхідність наближення методології вітчизняного права до західних традицій права, які орієнтуються на загальнолюдські цінності, дотримання принципів гуманізму, поваги людської гідності, свободи, справедливості, взаємної відповідальності держави та особи.

Початок 90-х років XX ст. позначився спробами багатьох вітчизняних авторів відійти від усталеного за радянських часів діалектико-матеріалістичного підходу і будувати власні концепції на інших філософських засадах. Однак пануючий ідеологічний монізм обмежував наукові дослідження догмою права.

Внаслідок цього поки не вдалося сформулювати визнані суспільством і впроваджені в позитивне право посткласичної (постмодерністської) методології на засадах визнання нерационального і плюралістичного підходів.

З огляду на визнання людини найвищою соціальною цінністю, на сьогодні актуальним є інтегральний підхід до розуміння права, що передбачає розуміння права як цілісного та багатоаспектного явища, яке не може досліджуватися на основі одного методу.

Водночас поєднання традиційних методів із «західними ліберальними цінностями» (наприклад, з природними правами людини) не може призвести до формулювання цілісної методологічної концепції у зв'язку із принциповою методологічною несумісністю цих різнорідних начал.

З огляду на це, в українській юридичній науці обґрунтовуються різні за методологією теорії права, засновані переважно на широкому розумінні права щодо його окремих аспектів, що знайшло відображення в комунікаційній концепції (стверджується множинність світів, онтологічне розмаїття засад світу), антропологічний підхід (людина та її природно-правові властивості і закономірності державно-правового забезпечення визнаються найважливішою складовою правознавства), феноменологічного (усі соціальні явища визначаються як феномени, які досліджуються на засадах інтерсуб'єктивізму та необхідності комунікативного зв'язку між суб'єктами), герменетичного, ціннісного, цивілізаційного підходів.

7) Юридичний раціоналізм та юриспруденція інтересів у праві України

а) «Юридичний раціоналізм»

Революційні події останнього десятиліття в Україні (2004, 2013–2014 рр.) підтвердили неефективність механізмів суто юридичного позитивізму та приватно-правової школи в умовах реалізації інститутами громадянського суспільства права на супротив олігархічно-авторитарній публічній владі і відновлення юридичної справедливості шляхом порушення формального закону.

Зміна державної влади в результаті силового протистояння державного апарату та інститутів громадянського суспільства є наслідком відставання і неадекватного відображення нормами формального (державного) права існуючих в реальній дійсності суспільних відносин.

Активна європейська інтеграція України в умовах глобалізації передбачає адаптацію українського права із загальноєвропейськими цінностями і стандартами в сфері права, які загалом ґрунтуються на цінностях і правових механізмах ліберального суспільства.

Європейська інтеграція і недопустимість повернення до авторитарної моделі українського суспільства вимагають реформування існуючої методології права через зближення нормотворчості і застосування норм права до динаміки реально існуючих суспільних відносин.

Динамічність права передбачає впровадження доктрини юридичного раціоналізму, заснованого на ідеях партнерства, співробітництва і солідарності, досягнення балансу суперечливих інтересів (між контрагентами, між публічним і приватним інтересом) за допомогою застосування методів формальної та діалектичної логіки.

На відміну від юридичного позитивізму, з властивим йому застосуванням норм права на основі методів формальної логіки та зумовленим цим отождоленням права і закону, концепція юридичного раціоналізму визнає правом не стільки формально закріплену в законі «мертву» норму», як творення права внаслідок застосування права уповноваженими державними органами і приватними особами.

Концепція юридичного раціоналізму заснована на системному аналізі суспільних відносин з урахуванням всіх істотних для права соціальних регуляторів. Впровадження динамічної методології права передбачає зміну акцентів у розумінні сутності права як самодостатнього явища, яке активно впливає на інші, неправові, соціальні явища (економіка, етика, релігія тощо). Це призводить до послаблення тяжіння юриспруденції України до римського та німецького пандектного права, заснованих на ідеях формально-юридичного закріплення існуючих у певний історичний час суспільних відносин.

Юридичний раціоналізм дає можливість розглядати принцип співпраці в правовідносинах між приватною особою і державою як інтегральної (універсальної) правової моделі ефективної взаємодії суб'єктів публічного та приватного права, гармонізації суспільних (громадських + державних) і приватних інтересів у підприємництві, інших сферах права.

Зазначена концепція права засновує взаємовідносини між суб'єктами публічного та приватного права не на владній вертикалі управління, а на іншій методології, характерній приватній природі цих відносин.

У зв'язку з цим зростає актуальність ідеї про перетворення держави і суб'єктів бізнесу на партнерів, що передбачає встановлення між ними відносин зобов'язально-правового характеру або інших приватно-правових форм.

Такий методологічний підхід у розумінні права дає можливість втілити в праві ідею інтегрального суспільства, в якому публічні та приватні інтереси не протиставляються одне одному, а взаємодіють на партнерській основі.

Це дозволяє посилювати ринкову стратегію соціально відповідальної держави, що є в сучасних постіндустріальних суспільствах переважачою юридичною формою здійснення концепції основних (природних) прав людини.

Юридичному раціоналізму на основі партнерства, співробітництва і солідарності протистоїть модель активного державного впливу, реалізована в чинному законодавстві України і яка тією чи іншою мірою традиційно використовувалася в межах континентальної правової системи більшості європейських країн із традиціями потужного державного сектору, а також саморегулююча модель ринкових відносин, характерна для правової

системи звичаєвого права (common law) і періоду функціонування економіки України на початку 90-х років XX століття.

Методологія права на основі принципу співробітництва і солідарності ґрунтується на істотно іншому розумінні приватних і публічних інтересів та їх взаємозв'язку.

Публічні інтереси містять у собі інтереси держави та інтереси суспільства, а приватними інтересами, зокрема, інтереси, що являють собою суму інтересів окремих приватних осіб.

З огляду на це, суспільний інтерес являє собою гармонізований інтерес публічних і приватних партнерів і може кваліфікуватись як суспільна користь, соціальний ефект від здійснення партнерства в будь-якій сфері права.

Наявність соціального ефекту поряд із комерційним (отримання прибутку) є обов'язковою (або визначальною) ознакою взаємовідносин співробітництва (партнерства).

Впровадження юридичної раціоналізму вимагає перебудови методології застосування норм права як судами, іншими суб'єктами застосування права, так і при підготовці юристів в університетах на принципах сучасного йому «життєвого права».

Для сучасної України, як і більшості інших країн європейського права, актуальним залишається твердження Рудольфа Штамлера про те, що «практичне право на юридичних кафедрах професори ігнорують штучно, «відокремлюють прірвою» від улюбленого ними, але далекого від життя «шкільного права».

Внаслідок цього випускники юридичних факультетів не здатні вирішувати «прикладні юридичні завдання», плутають прості юридичні поняття, не кажучи вже про практичне правове регулювання конкретних суспільних відносин».

Зворотню стороною цього питання на етапі юридичної практики є неготовність окремих суддів, інших категорій практикуючих юристів обґрунтувати методологічно вивирений, мотивований і справедливий для конкретного випадку висновок в юридичному спорі за результатами послідовного правового аналізу фактичних обставин, пошуку і застосування належної норми права, перевірки її відповідності фактичним обставинам і мотивування узагальнюючого висновку в спорі.

б) «Юриспруденція інтересів»

Загалом юридичному раціоналізму кореспондує ідея пошуку розумного, або справедливого вирішення юридичного спору шляхом забезпечення балансу інтересів учасників спору відповідно до концепції «юриспруденції інтересів».

Сутність цього підходу, запропонованого свого часу Філіпом Хемом, полягає в тому, що замість отримання результату шляхом логічного тлумачення понять норма закону розглядається як розумне і цілеспрямоване вирішення законодавцем певного конфлікту інтересів.

Суддя повинен розпізнавати захищувані законом інтереси і керуватися ними при застосуванні норм законодавства і вирішенні спору. Недоліком цього підходу є виникнення проблем за відсутності норми права, покликаній вирішити існуючий конфлікт інтересів, оскільки неможливо визначити мету закону, якому з інтересів надати перевагу.

Однак завдяки цьому підходу увага суб'єкта застосування права переключається з тексту закону на переслідувані законом цілі і захищувані інтереси, а також на ті ціннісні масштаби, які покладено в його основу.

В умовах соціальної ринкової економіки пошук справедливого рішення повинен ґрунтуватися не на суб'єктивному уявленні про справедливість конкретного суб'єкта застосування

права, а здійснюватися в межах певної методики, яка, зокрема, в західноєвропейському праві отримала назву «телеологічна юриспруденція цінностей», або «юриспруденція інтересів».

У цьому контексті справедливість при вирішенні юридичного спору вбачається в забезпеченні балансу інтересів учасників конфлікту відповідно до охоронюваних законом прав, інтересів та цінностей, а не в пошуку найвищої справедливості (яка в обов'язки юриспруденції не входить), чи в ухваленні рішення, ґрунтуючись на своїх суто особистих уявленнях про справедливість, що не сприяє забезпеченню передбачуваності судових рішень.

Відповідно завдання законодавця полягає у встановленні певного балансу різних інтересів, як приватних, так і публічних, у першу чергу, шляхом побудови певної системи цінностей. Вона стає тією необхідною системою координат, всередині якої відбувається пошук вирішення в кожному конкретному випадку. Юриспруденція інтересів і цінностей ґрунтується на тезі, що основу кожної юридичної проблеми становить конфлікт інтересів.

У зв'язку з цим вирішення юридичного спору являє собою вирішення конфліктної ситуації на підставі встановленого в законі балансу інтересів і відображеної в законодавстві системи цінностей.

На виявлення цього балансу направлено, зокрема, телеологічне тлумачення, згідно з яким при тлумаченні норм суб'єкт застосування права повинен враховувати цілі закону, оскільки вони відображають систему цінностей, покладену в основу правопорядку, яка знайшла своє відображення в законодавстві.

8) Система методології права України

Система методології права являє собою сукупність методів, інших методологічних інструментів, які взаємодіють між собою і виступають зовні як єдине ціле з їх одночасним внутрішнім поділом на відносно самостійні і взаємозалежні методологічні інструменти (поняття, норми, інститути тощо).

Поділ методології права на окремі методологічні інструменти передбачає поділ правових явищ, які становлять предмет методології права, залежно від їх змісту і характеру на дві частини – загальну та особливу, кожна з яких поділена на розділи.

Загальна частина поділена на розділи, в яких висвітлюються еволюція методології права, формулюється вчення про методологію права, розглядаються поняття і функції права, системи права.

Розділ I «Еволюція методології права» охоплює юридичні методи від Стародавнього Риму до сучасності, розвиток юридичних методів у радянському праві та їх зв'язок з ідеологізацією правознавства в Радянському Союзі, розвиток юридичної методології в країнах європейського права: від юриспруденції інтересів до юриспруденції цінностей, концепції юридичної методології в європейському праві Фрідріха фон Савіні (Friedrich Carl von Savigny), Рудольфа фон Ієринґа (Rudolf von Jhering), Філіпа фон Хека (Philipp von Heck), Джозефа Ессера (Josef Esser).

Розділ II «Вчення про методологію права України» містить поняття, рівні і систему методології права України, основні концепції методології права.

Розділ III «Пізнання права: поняття і функції права» висвітлює розуміння права як: а) упорядкованої сукупності наказів; б) «закону в дії» (law in action); в) закону, що містить об'єктивовані правила; г) інструменту встановлення справедливості, зокрема внаслідок розмежування верховенства права, закону і справедливості, вирішення завдання знайти справедливе рішення, визначення міри справедливих рішень; д) інструменту заважування

цінностей і балансу інтересів, зокрема, шляхом впровадження ціннісно-орієнтованого мислення, визначення рангу цінності, обсягу і ширини змісту (тієї чи іншої) цінності, близькості та інтенсивності цінностей.

У розділі IV «Система права» визначено систему правових понять, єдність правопорядку та відносність правових понять, поняття і структуру системи права, вплив європейського права на структуру системи права, приватне право і Конституцію.

Особливу частину методології права становлять методологічні інструменти тлумачення і застосування права.

Особлива частина методології права включає значну кількість методологічних інструментів, які поділено на розділи, присвячені нормам і видам застосування права, судовому праву, аргументації рішень суду, тлумаченню права, європейському вченню про методологію права, альтернативним концепціям методології права, техніці вирішення юридичного казусу.

Розділ V «Застосування права» висвітлює поняття і види цивільно-правових норм, правову кваліфікацію на підставі нормативних правил і принципів зважування.

Розділ VI «Судове право» охоплює поняття, значення, місце судового права в системі права, квазі-прецедент і прецедентну норму, теорію прецедентної норми Вольфганга Фікенчера (Wolfgang Fikentscher), зв'язаність судового права законом і межі судового розвитку права, розвиток права в межах закону (*praeter legem*) і всупереч закону (*contra legem*), телеологічне обмеження, телеологічне розширення і телеологічне перетворення, сумісне директивам ЄС тлумачення і розвиток права.

У розділі VII «Аргументація рішень суду» розглядаються поняття і типи юридичної аргументації, мотивування і мотивувальна частина судового рішення, судова аргументація Європейського Суду з прав людини, преюдиційний факт і принцип «*res judicata*» в праві України і практиці ЄСПЛ.

Розділ VIII «Тлумачення права» містить теорії тлумачення права (суб'єктивна, об'єктивна та об'єктивно-суб'єктивна), методи тлумачення права (граматичне, системне, еволюційне, телеологічне), методи тлумачення правочинів (граматичне, системне, еволюційне, телеологічне).

У розділі IX «Запозичення іноземних правових конструкцій» розглядаються поняття юридичних запозичень, їх правила і межі, методологія запозичень в європейському праві, стан і перспективи іноземних запозичень в право України.

Розділ X «Європейське вчення про методологію права» розглядаються поняття європейського вчення про методологію права, тлумачення в європейському праві, розвиток права в європейському праві.

У розділі XI «Альтернативні концепції методології права» розглядається методологія англійського права (джерела права англійського права, зокрема звичаєве право і право справедливості, тлумачення законодавства, прецеденти), соціологічна школа права та юридичний реалізм, методологія порівняльного права, юриспруденція і цифрова революція (правову інформатику) – можливості і межі цифрової революції в юриспруденції, економічний аналіз права, теорія дискурсу.

Розділ XII «Техніка вирішення цивільно-правового казусу» присвячений вченню про методіку (юридичну техніку) вирішення цивільно-правового казусу, висвітленню алгоритму, робочих кроків (етапів) і практичних прикладів вирішення цивільно-правового казусу.

Одержано 10.04.2018

УДК 346.26:719:341.355.22

Игорь Эдуардович Мартыненко,
*заведующий кафедрой гражданского права и процесса
Гродненского государственного университета
имени Янки Купалы (Республика Беларусь),
доктор юридических наук, профессор*

О СООТНОШЕНИИ И ВЗАИМОВЛИЯНИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ НОРМ И ПОЛОЖЕНИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОХРАНЕ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ (ПАМЯТНИКОВ ИСТОРИИ КУЛЬТУРЫ)

Историческое и культурное наследие Беларуси и Украины составляют важнейшую часть общемировой культуры. Поэтому для его сохранения и восстановления должны быть использованы все имеющиеся правовые способы.

В Украине государство гарантирует гражданам сохранность объектов культурного наследия в интересах духовного процветания настоящих и будущих поколений. Каждый гражданин имеет право на доступ к объектам культурного наследия. Граждане имеют право на беспрепятственное получение информации о каждом объекте культурного наследия.

В законодательстве Украины (Закон «Об охране культурного наследия» [1] с изменениями от 8 февраля 2018 г.), применяются следующие термины, определения: *культурное наследие, объект культурного наследия, памятник культурного наследия, культурные ценности, национальное культурное достояние*.

Культурное наследие – это совокупность унаследованных человечеством от предыдущих поколений объектов культурного наследия. Содержание понятия «культурное наследие» как охранной категории преемственности включает совокупность материальных и нематериальных ценностей.

Объект культурного наследия – это выдающееся место, сооружение (творение), комплекс (ансамбль), их части, связанные с ними движимые предметы, а также территории или водные объекты (подводного культурного и археологического наследия), другие природные, природно-антропогенные или созданные человеком объекты независимо от состояния сохранности, которые до настоящего времени сохранили аутентичность и ценность с археологической, эстетической, этнологической, исторической, архитектурной, художественной, научной точек зрения. Памятник культурного наследия – это объект культурного наследия, который включен в Государственный реестр недвижимых памятников Украины.

В **Беларуси** объединяющим понятием является «историко-культурная ценность». Определение «историко-культурная ценность» приводится в Кодексе Республики Беларусь о культуре [2], вступившем в силу 3 февраля 2017 г. (далее – Кодекс о культуре). Историко-культурные ценности – это наиболее отличительные материальные объекты и нематериальные проявления человеческого творчества, которые имеют выдающиеся духовные, эстетические и документальные достоинства и взяты под охрану государства в установленном законом порядке. В Кодексе о культуре историко-культурные ценности подразделяются на памятники 7 видов. Важным для гражданского права является установленная Кодексом о культуре *классификация историко-культурных ценностей*, которые

в зависимости от формы воплощения их содержания подразделяются на материальные историко-культурные ценности и нематериальные историко-культурные ценности. Материальные культурные ценности могут воплощаться в виде 1) отдельной культурной ценности, 2) ансамбля культурных ценностей, 3) коллекции культурных ценностей, 4) комплекта культурных ценностей, 5) комплекса культурных ценностей. Они в свою очередь классифицируются как 1) недвижимые культурные ценности, перемещение которых требует осуществления инженерных мероприятий и ведет к частичной или полной потере ими исторического, художественного, научного или иного значения и 2) движимые культурные ценности, перемещение которых не ведет к потере ими исторического, художественного, научного или иного значения.

Согласно ст. 2 Гражданского кодекса Республики Беларусь, осуществление гражданских прав не должно противоречить общественной пользе и безопасности, *наносить вред историко-культурным ценностям*.

Кодексом о культуре регулируются **основания возникновения и порядок осуществления права собственности** на культурные ценности, которым может быть присвоен статус историко-культурной ценности и которые на момент их обнаружения или придания им статуса историко-культурной ценности не имеют собственника, а также порядок выкупа историко-культурных ценностей, содержащихся бесхозно.

Кодекс о культуре определяет **права и обязанности собственника материальной историко-культурной ценности** (ст. 73 Кодекса). Собственник материальной историко-культурной ценности имеет права, которые в соответствии с *гражданским законодательством* принадлежат ему как собственнику, а также право передавать движимую материальную историко-культурную ценность на хранение государственным организациям культуры с определением условий ее содержания и использования. Кодекс о культуре устанавливает *ограничение прав собственника (пользователя) материальной историко-культурной ценности, землепользователя, на земельном участке которого расположена недвижимая материальная историко-культурная ценность*. Так, в соответствии с требованиями ст. 74 Кодекса о культуре собственнику (пользователю) материальной историко-культурной ценности запрещается: уничтожать историко-культурную ценность; допускать причинение вреда, изменение историко-культурной ценности, выполнять работы без разрешения на выполнение работ на материальных историко-культурных ценностях; менять место пребывания (хранения), условия содержания и использования историко-культурной ценности без согласования с местными органами власти. На собственника историко-культурной ценности возлагается обязанность подписать *охранное обязательство*, в котором предусматриваются обязанности: обеспечивать сохранность памятника; сохранять в целостности коллекцию историко-культурных ценностей; обеспечивать к ним доступ специалистов; сообщать об обстоятельствах, которые угрожают сохранению историко-культурной ценности; обеспечить установление *охранной доски и составление паспорта* материальной историко-культурной ценности; при переходе права собственности или иного вещного права на материальную историко-культурную ценность не позднее *пяти календарных дней* со дня перехода права передать паспорт материальной историко-культурной ценности новому собственнику и др.).

Для Украинского законодателя может быть интерес подход, реализованный в Беларуси в связи с принятием Кодекса о культуре, в отношении регулирования порядка приобретения **права собственности на археологические артефакты**. В Гражданский кодекс впервые введена новая норма – ст. 234-2 ГК Республики Беларусь с названием

«Приобретение права собственности на археологические артефакты». Так, археологические артефакты, обнаруженные при проведении археологических исследований либо иным образом, *подлежат передаче в государственную собственность* в порядке, установленном законодательством.

Обращаться к законодательству об охране объектов культурного наследия (закону Украины «Про охорону культурної спадщини», Кодексу Рэспублікі Беларусь аб культуры) необходимо и в случае **применения гражданско-правовых последствий бесхозяйственного использования историко-культурных ценностей**.

В гражданском праве собственник культурных ценностей, отнесенных в соответствии с законодательством к особо ценным и охраняемым государством, бесхозяйственно содержит эти ценности, что грозит утратой ими своего значения, такие ценности по решению суда могут быть изъяты у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов. При выкупе культурных ценностей собственник возмещает их стоимость в размере, установленном соглашением сторон, а в случае возникновения спора – по решению суда. Данная норма предусматривает, что при продаже с публичных торгов собственнику передается вырученная от продажи сумма за вычетом расходов на проведение торгов, а также стоимости восстановительных работ в отношении объекта культурного наследия, или стоимости мероприятий, необходимых для сохранения объекта археологического наследия. Предлагаем в вопросе идти дальше: *при продаже с публичных торгов собственнику, конечно же, должна возвращаться вырученная от продажи сумма, но только за вычетом расходов на проведение торгов, а также стоимости восстановительных работ в отношении недвижимой материальной культурной ценности*.

К положениям законодательства об охране культурного наследия (закону Украины «Про охорону культурної спадщини», Кодексу Рэспублікі Беларусь аб культуры) необходимо обращаться в ходе реализации деятельности по защите историко-культурного наследия, а именно: **при предъявлении исков в суд**: о признании следки, предметом которой является историко-культурная ценность, недействительной; о возмещении вреда, причиненного материальной историко-культурной ценности; о прекращении деятельности, создающей угрозу существования недвижимой материальной историко-культурной ценности по признаку предупреждения причинения вреда охраняемого законом памятника; о признании права собственности на историко-культурные ценности, об истребовании историко-культурных ценностей из чужого незаконного владения, других исковых заявлений, предметов спора в которых выступают охраняемые законом культурные ценности.

В **заключении** заметим, что законодательство об охране культурного наследия (закон Украины «Про охорону культурної спадщини», Кодекс Рэспублікі Беларусь аб культуры), по нашему мнению, развивает научно-понятийный аппарат гражданского права в части: определения содержания используемых в Гражданском кодексе понятий «историко-культурная ценность», «объект культурной спадщини», «культурна спадщина», «пам'ятка культурної спадщини»; раскрытия содержания права собственности, в том числе, определения правовых последствий обнаружения клада, регулировании вопросов приобретения права собственности на археологические артефакты; определения оснований прекращения права собственности, в том числе регулирования вопросов выкупа бесхозяйственно содержимых культурных ценностей; регулирования порядка обращения взыскания на заложенное имущество в тех случаях, когда предметом залога является имущество, относящееся к памятнику культурного наследия. Учитывая сложность научно-понятийного аппарата, сформировавшегося в области охраны культурного наследия, и его влияния

на гражданское право (законодательство), продолжаем отстаивать идею преподавания в учреждениях образования дисциплины «Правовая охрана историко-культурного наследия».

Список библиографических ссылок

1. Про охорону культурної спадщини : закон України від 08.06.2000 № 1805-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 39. Ст. 333.

2. Кодекс Рэспублікі Беларусь аб культуры : Кодекс Республики Беларусь от 20 июля 2016 г. // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=3961&p0=Hk1600413> (дата обращения: 02.03.2018).

Получено 09.03.2018

УДК 347.1

Юрій Дмитрович Притика,

*професор кафедри правосуддя Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук, професор*

**ОНЛАЙН-АРБІТРАЖ У СИСТЕМІ АЛЬТЕРНАТИВНИХ
СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ: PRO ET CONTRA**

Активне розповсюдження правочинів, які вчиняються за допомогою мережі Інтернет, зумовило виникнення нового виду спорів. Вирішення таких спорів вимагає не лише володіння відповідними технічними знаннями, але і швидкого винесення рішень.

Необхідність уніфікації підходів до вирішення спорів, що виникають з правочинів, укладених за допомогою мережі Інтернет, обумовила появу *lex electronica* – системи норм міжнародно-правового характеру, що регулюють відносини, які виникають у зв'язку із здійсненням правочинів в електронному інформаційному середовищі.

Саме стрімкий розвиток електронної комерції та розповсюдження *lex electronica* обумовили виникнення такого явища, як онлайн-арбітраж.

Термін «онлайн-арбітраж» має декілька значень, але найчастіше використовується для позначення арбітражного розгляду, що проводиться з використанням технологій віддаленої комунікації між учасниками процесу [1].

Онлайн-арбітраж набуває все більшої популярності у різних правопорядках. Означене зумовлюється рядом причин – його ефективністю, швидкістю, якістю та ціною.

Онлайн-арбітраж є повноцінним способом незалежного, неупередженого та ефективного вирішення спорів, що виникають з договірних та недоговірних відносин, шляхом використання електронних засобів передачі та зберігання інформації. Метою його застосування є швидке та економічне вирішення спору без врахування формальних процедурних правил.

При вирішенні спорів, що проводяться під егідою провідних світових арбітражних установ, активно використовуються сучасні технології віддаленої комунікації. Зокрема, листування між учасниками процесу здійснюється електронною поштою¹; процесуальні

¹ Див., наприклад, ст. 3 (2) Арбітражного регламенту ICC 2012 р., ст. 4 (1) нового Регламенту LCIA 2014 р.

документи та докази подаються в електронній формі; організаційні наради та допити свідків проводяться із застосуванням телефонних або Skype-конференцій; протоколи слухань ведуться з використанням систем LiveNote, які дозволяють учасникам процесу бачити стенограму в режимі реального часу. У зв'язку з розповсюдженням електронного документообігу активно використовується розкриття електронних доказів (e-discovery)¹.

Для застосування онлайн-арбітражу відсутні суттєві перешкоди – для цього вимагається вирішення практичних проблем ідентифікації сторін електронної комунікації та їх представників, а також створення систем обміну електронними документами.

Можемо констатувати, що протягом останніх десятиліть саме сфера арбітражу була основним джерелом інновацій у сфері вирішення спорів. До того ж, застосування сучасних інформаційних технологій у межах конкретного арбітражного розгляду створює ряд безсумнівних переваг: зручність, підвищення змістовної якості розгляду та мінімізація витрат.

Однак переведення арбітражу в онлайн-режим може створювати і певні *проблеми*, пов'язані, зокрема, з безпекою, допустимістю доказів тощо.

Вважаємо, що до моменту об'єктивації уніфікованих правил на міжнародному рівні, арбітражні установи будуть змушені індивідуально вирішувати ряд питань залежно від фактичних обставин справи. Наприклад, чи матиме право арбітр у справі між сторонами з Франції та Канади відповідно «підписати» арбітражне рішення в електронній формі (якщо так, то який стандарт електронного підпису може застосовуватися)?

Для вирішення спорів із застосуванням онлайн-систем сторонам необхідно підкріплювати свої вимоги доказами. Для пред'явлення доказів їх спочатку необхідно підготувати, що вимагає відповідних темпоральних витрат. Як наслідок – сторони спору можуть уникати подання позовів, які не підкріплені вагомою доказовою базою.

До того ж, онлайн-арбітраж вирізняється «ефектом швидкості». Сторони спору усвідомлюють, що у випадку ініціювання арбітражного розгляду онлайн вони будуть зобов'язані надати відповідні процесуальні документи – позовну заяву або відзив, підкріплені доказами, протягом декількох тижнів. Відповідно, час реакції сторін на ініційований процес значно скорочується.

Серед актуальних проблем онлайн-арбітражу можна також виокремити проблему визнання арбітражної угоди, укладеної в електронній формі; забезпечення аутентичності доказів, які використовуються в онлайн-арбітражі та конфіденційність інформації, що передається через мережу Інтернет, та використовується в онлайн-арбітражі.

Зазначимо, що онлайн-арбітраж, на відміну від традиційних способів альтернативного вирішення правових конфліктів, не може здійснюватися на разовій основі (ad hoc), без адміністратора, за участі лише сторін у спорі та нейтрального арбітра. Будь-яке врегулювання спорів у режимі онлайн вимагає посередника з технологічною базою.

В умовах надмірної інтернетизації бізнес-середовища традиційні послуги переходять в онлайн-режим. Так, наступні процеси можуть полегшуватися за допомогою застосування мережі Інтернет: подання письмових заяв; сплата арбітражного збору; аналіз кваліфікації та відбір арбітрів; обмін документами та інформацією; отримання доказів та виклад доводів сторін тощо.

¹ Див., наприклад, ст. 3 (3) (а) (ii) Правил Міжнародної асоціації юристів з отримання доказів у міжнародному арбітражі 2010 р.

Багатьма організаціями, які працюють у сфері альтернативного вирішення правових конфліктів, були здійснені кроки з розвитку проектів онлайн-арбітражу. Зокрема, Міжнародним арбітражним судом при ICC у 2004р. було запроваджено новий інформаційно-технологічний інструмент під назвою NetCase¹.

NetCase – це платформа, яка дозволяє сторонам, арбітрам та Секретаріату користуватися перевагами приватного та захищеного зв'язку з іншими учасниками процесу через мережу Інтернет.

NetCase пришвидшує зв'язок між сторонами та арбітрами, забезпечує миттєвий та цілодобовий доступ до інформації та обмін нею в захищеному середовищі, надає доступ до документів у ході засідання, позбавляє необхідності мати при собі безліч паперових документів. Це не виключає передачу документів звичайним шляхом та не передбачає ведення справи виключно в онлайн-режимі або відмову від проведення слухань в традиційному вигляді. Дана платформа є лише опцією, яка доступна для користувачів, та забезпечує швидку та зручну роботу з документами. Її перевагами є швидкість та безпека.

У NetCase ведеться облік усіх операцій обміну даними, що дозволяє сторонам, арбітрам та Секретаріату відслідковувати хронологію справи.

NetCase від ICC є джерелом інформації з миттєвим доступом. Платформа складається з окремих підрозділів, які пропонують різні види відомостей: адресний підрозділ з даними про всіх учасників справи, а також про членів Секретаріату, відповідальних за ведення справи; підрозділ інформації, що містить відомості про найменування сторін, ПІБ представників та арбітрів, хід процесу із зазначенням дат різних етапів, коротку фінансову інформацію; підрозділ про склад арбітражу, в якому містяться відомості про порядок формування складу арбітражу, біографічні дані кожного арбітра; фінансовий підрозділ з інформацією про суму спору, здійснені сторонами платежі та виплати арбітрам; підрозділ експертизи з даними про експерта та інформацією про фінансування експертизи; форумний підрозділ, що забезпечує можливість обміну інформацією в захищеному середовищі; підрозділ, присвячений календарному плану провадження.

Доволі проблемним є визначення зв'язку онлайн-арбітражу з будь-яким правопорядком, що вимагає напрацювання нових підходів до цієї форми вирішення спорів, перш за все, до визначення юридичного місця арбітражу.

Онлайн-арбітраж не може розглядатися як явище кіберпростору, цілком виключене з правової сфери, і вимагає, на нашу думку, відповідного правового регулювання як на міжнародному, так і на національному рівні.

Місце арбітража має принципове значення для вибору права, яке підлягає застосуванню, оспорування фінального арбітражного рішення, його визнання та виконання. За відсутності угоди сторін юридичним місцем онлайн-арбітражу пропонується вважати місце, де знаходиться сервер, або місце, в якому знаходиться арбітр у момент відправки та отримання електронних повідомлень.

На нашу думку, за відсутності угоди сторін про місце онлайн-арбітражу, арбітр повинен бути наділений правом визначити місце арбітражу та відобразити відповідну умову в арбітражному рішенні.

Повна делокалізація онлайн-арбітражу доволі часто є підставою для висновків про його винятково міжнародний характер. Багато науковців розглядають онлайн-арбітраж як

¹ У контексті викладеного зазначимо, що онлайн-арбітраж – це не програма, яка формулює рішення, а віртуальна оболонка, дії в якій вчиняються людьми.

наднаціональне явище, оскільки кіберпростір фізично розповсюджується на усі держави. Технічні особливості, водночас, не змінюють характеру відносин, які виникають. Прийнято вважати, що онлайн-арбітраж між сторонами, які діють в одній країні, повинен розглядатися як внутрішній арбітраж, якщо ж сторони діють в різних юрисдикціях, арбітраж може вважатися міжнародним.

Список бібліографічних посилань

1. Панов А. А. Онлайн-арбитраж: проблемы, решения, перспективы // Новые горизонты международного арбитража : сб. ст. / под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. М., 2014. Вып. 2. С. 111–153.

Одержано 01.04.2018

УДК 347.2

Святослав Олександрович Сліпченко,

професор кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, професор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8891-7152>

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕЗАКОННОГО ВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ

Відомо, що згідно зі ст. 41 Конституції України право власності є непорушним. У свою чергу, у п. 2 ч. 1 ст. 3 ЦК України, на рівні загальних засад цивільного законодавства, закріплено неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом. Такий підхід вітчизняного законодавця повністю узгоджується з положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікованої Законом України від 17.07.1997 № 475/97-ВР «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції». А тому, відповідь на питання щодо правових наслідків незаконного володіння чужим майном, начебто, очевидна. Окрім можливості настання кримінальної та адміністративної відповідальності, відповідно до ст. 387 ЦК України, власник має право вилучити своє майно від особи, яка незаконно заволоділа ним. Разом із тим, очевидність та безумовність такої відповіді викликає сумніви, якщо вдатися до аналізу спеціальних норм цивільного законодавства України, спрямованих на врегулювання відносин власності.

Перш ніж навести підстави для таких сумнівів необхідно зазначити, що у подальшому мова йтиме: лише про цивільно-правові наслідки; наслідки, які визначають долю майна, яке збереглося в натурі, є індивідуально визначеним та знаходиться у незаконному володінні.

Межі даної роботи дозволяють розглянути правові наслідки, встановлені лише для деяких випадків незаконного володіння чужим майном. Разом із тим, на нашу думку, їх достатньо щоб замислитися над колом таких наслідків.

Випадок перший. Відповідно до ч. 1 ст. 388 ЦК України, якщо майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не

знав і не міг знати (добросовісний набувач), то власник має право витребувати це майно від набувача лише у разі, якщо майно: 1) було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння; 2) було викрадене у власника або особи, якій він передав майно у володіння; 3) вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом.

Тлумачення змісту наведеної норми дозволяє дійти висновку, що, якщо майно *не* було загублене власником або особою, якій він передав його у володіння, *не* було у них викрадене та *не* вибуло з їх володіння не з їхньої волі іншим шляхом, то власник *не* має права витребувати його (майно) у такого добросовісного володільця.

На відсутність у власника можливості витребувати від добросовісного набувача своє майно вказує і ч. 2 ст. 388 ЦК України, якщо воно було продане у порядку, встановленому для виконання судових рішень.

У свою чергу, відомо, що добросовісний та недобросовісний набувачі – це особи, які набули чуже майно без законної на те підстави або яка згодом відпала. Тому перший і другий є незаконними володільцями чужим майном. Такої позиції дотримуються і вищі судові органи в Україні [1; 2].

Як можна помітити, поряд із загальним правилом щодо витребування власником свого майна від особи, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним, законодавець передбачає спеціальні випадки, коли таке майно не може бути витребуване у незаконного володільця. Більше того, відповідно до ст. 330 ЦК України, якщо майно відчужене особою, яка не мала на це права, то добросовісний набувач набуває право власності на нього, при умові, що, відповідно до ст. 388 ЦК України, майно не може бути витребуване у нього.

Таким чином, уже в цьому випадку зрозуміло, що можливість власника витребувати своє майно від особи, яка незаконно заволоділа ним є не єдиним наслідком. По-перше, власник може втратити право витребування. По-друге, таке незаконне заволодіння, у випадках, передбачених ст. 330 ЦК України, для добросовісного набувача здатне породжувати право власності.

Випадок другий. На відміну від ст. 388 ЦК України, у якій передбачено підстави втрати права витребування власником свого майна від особи, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним, абз. 1 ч. 1 ст. 344 ЦК України прямо таких наслідків (втрату права витребування) не передбачає. Разом із тим, як і у попередньому випадку, законодавець виходить із того, що незаконне заволодіння чужим майном здатне породжувати право власності. Звичайно, такі наслідки можуть настати лише при умові, що заволодіння було добросовісним, а подальше незаконне володіння – відкритим, безперервним та упродовж визначеного строку.

Випадок третій. Не менше цікавим є підхід законодавця і до визначення правових наслідків володіння чужим майном, яким особа заволоділа на підставі договору з його власником, але після закінчення строку договору майно не повернула.

Зрозуміло, що в межах позовної давності таке майно може бути витребуване власником. Разом із тим, відповідно до ч. 3 ст. 344 ЦК України, якщо він, після закінчення строку договору не пред'явив вимоги про повернення свого майна, то особа, яка продовжує його незаконно утримувати через певний час набуває на нього право власності за набувальною давністю.

Більше того, тепер, за межами позовної давності, можливість витребувати власником своє майно буде залежати виключно від волі особи, яка продовжує його незаконно

утримувати. Адже, відповідно до ч. 4 ст. 267 ЦК України, вплив позовної давності, про застосування якої заявлено стороною у спорі, є підставою для відмови у позові. І тому, при наявності такої заяви, власник не зможе здійснити своє право вимоги. У свою чергу, абз. 2 ч. 4 ст. 267 ЦК України дає підстави стверджувати, що таке право витребування виникає вже у володільця.

Отже, у якості наслідків навіть недобросовісного володіння, за певних умов, передбачено: виникнення залежності права витребувати власником своє майно від волі володільця; виникнення у останнього права на пред'явлення позову про витребування «утриманого» майна від інших осіб. А після спливу набувальної давності – виникнення у володільця права власності.

Випадок четвертий. Не потребує пояснення той факт, що викрадення – це незаконне заволодіння чужою річчю. А тому власник, відповідно до ст. 387 ЦК України, завжди має право витребувати її назад від викрадача. І, на перший погляд, це аксіома, яка навіть не може піддаватися сумніву. Разом із тим, якщо розглянути цю ситуацію за межами позовної давності, то наслідки такого заволодіння перестають бути настільки очевидними.

Уявімо собі, що власник знав не тільки те, що його річ украдена, а й хто її викрав. Візьмемо ці обставини, як такі, що знаходяться поза сумнівом. Йому відомо, що викрадене майно постійно знаходиться у викрадача. При цьому, позов про витребування своєї речі з чужого незаконного володіння власник подає за межами позовної давності, яку пропустив без поважних причин. У свою чергу, викрадач скористався своїм правом та, відповідно до ч. 3 ст. 267 ЦК України, подав до суду заяву про застосування позовної давності.

Очевидно, що сплив позовної давності, про застосування якої заявлено стороною у спорі, є підставою для відмови у позові (ч. 4 ст. 267 ЦК України). І саме на це звернув увагу Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 8 червня 2016 року по справі № 6-3029цс15 [3]. При чому, такий висновок повністю узгоджується з правовими позиціями Європейського Суду з прав людини, вказаними у справах Стабінгс та інші проти Сполученого Королівства [4] і БАТ «Нафтова компанія "Юкос" проти Росії» [5]. Зокрема в них прямо зазначається, що позовна давність – це законне право правопорушника уникнути переслідування або притягнення до суду за межами певного періоду після скоєння правопорушення. Її встановлення спрямоване на те, щоб відгородити потенційного відповідача від запізнілих позовів та запобігти несправедливості, яка могла б мати місце, за межами позовної давності.

Таким чином, відповідно до ч. 4 ст. 267 ЦК України, власнику у задоволенні його позовних вимог буде відмовлено, а його річ, по факту, залишиться у викрадача.

Отже, і в четвертому (наведеному) випадку можна спостерігати, що витребування власником свого майна не завжди є єдино можливим наслідком навіть у разі злочинного заволодіння ним. Після спливу позовної давності таким наслідком є «законне право правопорушника уникнути переслідування або притягнення до суду за межами певного періоду після скоєння правопорушення».

Вище наведе свідчить, що цивільно-правові наслідки незаконного володіння чужим майном можуть бути для володільця як негативними (витребування майна), так і позитивними (виникнення права на позов про витребування «утриманого» майна від інших осіб, право уникнути переслідування або притягнення до суду за межами певного періоду, виникнення права власності тощо). Очевидно, що всі вони потребують поглибленого дослідження та систематизації. Адже вони зачіпають не тільки інтереси володільця, а й власника. Для останнього, незаконне володіння (заволодіння) його майном може створювати

також ряд правових наслідків. Наприклад, виникнення права вимагати повернення своєї речі, залежність здійснення цього права від волі володільця або взагалі припинення такого права, припинення права власності тощо. Всі ці питання мають не тільки теоретичне, а й велике практичне значення.

Список бібліографічних посилань

1. Узагальнення ВССУ: захист права власності // Законодавство України. Кодекси, закони, постанови, судові узагальнення. URL: <https://zakon.osmark.com.ua/uzaagalyennya-vssu-zakhyst-prava-vlasni/> (дата звернення: 06.03.2018).

2. Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав : постанову Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 № 5 // Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ : офіц. сайт. URL: http://www.sc.gov.ua/ua/postanovi_zh_2014_rik.html (дата звернення: 06.03.2018).

3. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 8 червня 2016 року (справа № 6-3029цс15) // Верховний Суд України : офіц. веб-сайт. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/37EA7B880DEA5FF6C2257FE8004A7699> (дата звернення: 06.03.2018).

4. Стаббингс и другие против Соединенного Королевства (Stubbings and others) : постановление Европейского Суда по правам человека от 22 окт. 1996 г. // Сайт Олега Анищика о подаче жалоб против России в Европейский Суд по правам человека. URL: http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Stubbings_and_Others_v_the_United_Kingdom_22_10_1996.pdf (дата звернення: 06.03.2018).

5. ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» (ОАО Neftyanaya Kompaniya «YUKOS») против Российской Федерации : постановление Европейского Суда по правам человека от 20 сент. 2011 г. // Гарант.ру: инфор.-прав. портал. URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70059678/> (дата звернення: 06.03.2018).

Одержано 12.03.2018

УДК 347.721:347.983

Інна Валентинівна Спасибо-Фатєєва,

професор кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент

Національної академії правових наук України

КОРПОРАТИВНІ ПРАВОВІДНОСИНИ ТА КОРПОРАТИВНІ СПОРИ

Поява в 90-х роках минулого сторіччя корпоративних прав в українському правовому середовищі викликала чимало питань стосовно їх розуміння та правової природи. Висловлювалися абсолютно протилежні бачення цього феномену, що демонструвало принаймні їх особливість в порівнянні з відомими видами суб'єктивних цивільних прав. Спори точилися навколо таких питань: 1) чи є корпоративні права взагалі цивільними правами, зокрема, чи не побудовані вони по моделі «влада-підкорення»? 2) якщо вони є цивільними правами, то до яких з відомих видів цих прав відносяться корпоративні права –

майнових чи особистих немайнових? 3) якщо вони є майновими, то зобов'язальними чи речовими?

На всі ці питання робилася спроба відповісти автором цих тез [1–6], але від правильної відповіді залежить і дієвість захисту корпоративних прав, чому буде присвячена безпосередньо моя доповідь. Тому ми вимушені торкатися правової природи цих питань знов і знов, допоки не настане остаточне та однозначне їх розуміння.

Натомість, крім зазначених спірних моментів, з'явилися й інші, що підвищують ступінь ускладненості сутності корпоративних прав. Ними ми зобов'язані не лише господарському, а й процесуальному законодавству, яке містить визначення корпоративних спорів, а через це й його сторін, тобто учасників корпоративних відносин. Відповідна норма Господарського процесуального кодексу України (ГПК) неодноразово зазнавала змін, що негативно позначилося на рівні захисту корпоративних прав. Так, спочатку в п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК встановлювалося, що господарським судам підвідомчі справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером). Тим самим господарсько-процесуальне законодавство відітнуло з усіх мислимих варіантів корпоративних правовідносин (що виникають, змінюються і припиняються відносно корпоративних прав відповідно до ч. 3 ст. 167 Господарського кодексу (ГК) України) лише ті, які мають місце в господарських товариствах. В результаті не було ясно, чи спори з інших корпоративних відносин не підвідомчі господарському суду, чи інших корпоративних відносин і не повинно бути, якщо їх учасником є не господарське товариство, а інша так звана господарська організація.

Все це залишалось тривалий час невіршеним і давало поживу для багатьох дискусій. На практиці ж виходило, що спори, пов'язані зі здійсненням та захистом корпоративних прав учасників господарських товариств, розглядали господарські суди, а подібні до них спори щодо прав членів кооперативів, засновників приватних підприємств та інших подібних організацій – суди загальної юрисдикції. На це звертали увагу й вищі судові інстанції [7, п. 2, 3]. Втім така ситуація викликала масу нарікань, і судова практика піддала розширеному тлумаченню норму п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК України, принципово змінивши свою ж позицію, не чекаючи внесення змін до законодавства [8].

Такі зміни з'явилися в 2013 р., редакція ст. 12 ГПК України була змінена, місце господарських товариств як учасників спорів, що виникають з корпоративних відносин, зайняли юридичні особи [9]. Модифікації ця стаття піддалася ще в 2017 р внесенням доповнень щодо обов'язків учасників [10] і практично в такому вигляді перекочувала в п. 3 ч. 1 ст. 20 ГПК в новій редакції [11].

Однак такі удосконалення процесуального законодавства ще більш кардинально відбулися на самому понятті корпоративних правовідносин. Згідно ч. 3 ст. 167 ГК України вони складаються з приводу корпоративних прав, позначених в ч. 1 цієї статті. При цьому тут не йдеться про суб'єктний склад таких правовідносин. У доктрині і в початковій редакції ч. 4 ст. 12 ГПК такими визнавалися *учасники та господарські товариства*. Однак уже в наступних редакціях спорами з корпоративних правовідносин були визнані і виникають між *учасниками* (засновниками, акціонерами, членами). Тим самим процесуальне законодавство втрутилося в матеріальне, встановивши суб'єктний склад корпоративних правовідносин.

Виходить, що корпоративними можуть бути відносини (а) між учасником і «організацією корпоративного устрою» (назвемо її хоча б так, оскільки ті терміни, якими оперує ГК України, взагалі вводять в оману) та (б) між самими учасниками. Висловимо з цього приводу свої застереження та міркування.

По-перше, слід чітко визначитися з тим, в якій організації складаються корпоративні правовідносини: (а) у всіх господарських товариствах чи лише в товариствах з обмеженою і додатковою відповідальністю та акціонерних товариствах; (б) чи немає перешкод для існування корпоративних відносин в господарських товариствах з одним учасником; (в) чи можна віднести до корпоративних правовідносини в інших підприємницьких товариствах, зокрема у виробничих кооперативах і, нарешті, (г) чи є підстави вважати відносини в невідприємницьких товариствах корпоративними?

Однозначної відповіді на ці питання не може бути надане доки законодавець не визначить поняття корпоративних правовідносин в ЦК України (а не в ГК і не в процесуальному законодавстві). При цьому має бути встановлено наступне.

➤ Між ким складаються правовідносини з приводу здійснення корпоративних прав: це організація та її учасники, які причетні до неї. Саме між цими суб'єктами існує корпоративний зв'язок, адже саме для цього й було створено організацію як юридичну особу. Якби корпоративні правовідносини виникали між особами (учасниками), то для цього й організація не потрібна. Для корпоративних правовідносин важливо те, що їх стороною має бути лише суб'єкт, від якого залежить здійснення корпоративних прав, тобто який саме й призначений для цього. Тут також криються й витоки найважливішого правила: організація потрібна для учасників, в інтересах яких її створено і завдяки їй буде спрощене досягнення тієї цілі, якої вони прагнуть. В дійсності ж трапляється так, що саме до організації учасники висувають позовні вимоги, оскільки не порушуються їхні права.

➤ Стосовно того, які саме організації можуть ставати суб'єктами корпоративних правовідносин, то не всі господарські організації можуть ними бути. Ними не можуть бути не лише так звані унітарні підприємства (державні, комунальні) та установи, які названі господарськими організаціями (п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК України), а й повні та командитні товариства, основою яких є не корпоративні, а договірні правовідносини.

➤ Слід визначитися з тим, чи матимуть місце корпоративні правовідносини в компаніях однієї особи взагалі та в національних (державних) акціонерних товариствах зокрема, оскільки по суті таких правовідносин в них не складається.

➤ Варто відмовитися від вживання у визначенні корпоративних прав посилання на частку в *майні* господарської організації, оскільки інакше немає жодного варіанту запобігти протиріччю з правовим режимом спільної власності.

Для відповіді на інші питання слід встановити критерії віднесення правовідносин до корпоративних, в якості яких мають бути визнані наявність в організації: статутного капіталу, поділеного на частки; органів управління (для здійснення корпоративного управління як власне втілення корпоративних правовідносин); мети отримання прибутку, завдяки чому стає можливим забезпечення здійснення корпоративного права на отримання дивідендів.

Таким критеріям відповідатимуть лише підприємницькі товариства, але за виключенням: (а) повних та командитних з названих вище причин; (б) тих господарських товариств, в яких не допускається розподіл прибутку між учасниками (біржі); (в) виробничих кооперативів (відносини в яких мають дещо іншу правову природу, що доводить становлення окремої гілки правовідносин – кооперативних). Невідприємницькі товариства не можуть вважатися суб'єктами корпоративних правовідносин, оскільки у їх учасників відсутні корпоративні права в тому їх загальноприйнятому розумінні, яке бере витоки в розподілі прибутку між учасниками. Оскільки невідприємницькі товариства хоч і вправі здійснювати підприємницьку діяльність, але без розподілу прибутку, то і про корпоративні права тут йти не може.

Отже, саме такі підходи мають бути однозначно встановлені в нормах матеріально-го права (ЦК України). Щодо процесуального права, тобто задля вирішення спорів, що виникають між товариством та його учасником, має бути запроваджена одна з двох моделей. Перша: якщо є необхідність у зосередженні розгляду всіх подібних категорій спорів в судах однієї юрисдикції, то про це має зазначатися в ГПК України за аналогію з корпоративними спорами. Друга: якщо такої необхідності немає, то спори між невідприємницькими товариствами та їх учасниками/членами мають бути підвідомчі судам загальної юрисдикції.

На останок слід звернути увагу ще на три аспекти можливих спорів в площині набуття або припинення корпоративних прав та корпоративного управління.

1) Часто на практиці постає питання про здійснення «права на частку» / «права на акцію», а не «прав з частки» / «прав з акції». А саме останні й є корпоративними. Водночас щільний зв'язок цих прав, що стосуються власне одного об'єкта (частки або акції) приводить до того, що ці права перетинаються. А спори з приводу здійснення одного з них чіпають й друге. Наприклад, відчуження частки (договірні правовідносини) порушують переважне право учасника господарського товариства, який хотів би придбати цю частку. Загальноприйнято при цьому вважати таке право корпоративним. Або: придбання частки сторонньою особою (договірні правовідносини) з додержанням переважного права інших учасників при відчуженні такої частки, тим не менш, не дозволяє їй належним чином здійснювати корпоративні права внаслідок того, що не були внесені зміни до статуту товариства та державного реєстру.

2) Якщо учасники товариства уклали між собою корпоративний договір, то відносини між ними будуть договірними, а не корпоративними. Проте, укладення цього договору має за мету вплинути на здійснення корпоративних прав, на корпоративне управління. Тому ця категорія спорів також має бути окремо позначена в ГПК як такі, що розглядаються господарськими судами.

3) Постійно спостерігається перетинання трудових та корпоративних прав, якщо йдеться про зміщення з посади, переобрання, відсторонення виконавчого органу, що також потребує однозначності в тому, які правовідносини при цьому складалися та які права порушені.

Список бібліографічних посилань

1. Спасибо-Фатеева І. В. Правова природа корпоративних правовідносин. *Вісник господарського судочинства*. 2007. № 5. С. 87–99.
2. Спасибо-Фатеева І. В. З'ясування поняття та змісту корпоративних відносин та корпоративних прав як передумова вирішення корпоративних спорів. *Вісник господарського судочинства*. 2007. № 6. С. 99–104.
3. Спасибо-Фатеева І. В. Деякі аспекти вирішення корпоративних спорів: співвідношення цивільного та трудового регулювання. *Юридичний радник*. 2008. № 3. С. 6–11.
4. Спасибо-Фатеева І. В. Шляхи розв'язання проблем охорони та захисту корпоративних прав. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 1. С. 150–155.
5. Спасибо-Фатеева І. В. Регулирование корпоративных отношений в гражданском кодексе Украины. *Право Украины*. 2012. № 5–6. С. 150–168.
6. Спасибо-Фатеева І. В. Вчення про корпоративні права і цивілістична доктрина. *Право України*. 2014. № 6. С. 84–92.
7. Про практику розгляду судами корпоративних спорів : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 № 13 // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08> (дата звернення: 11.04.2018).

8. Узагальнена довідка Вищого господарського суду України за результатами узагальнення судової практики вирішення спорів про корпоративне управління та реалізацію корпоративних прав // URL: <http://www.metodrada.com.ua/data/Узагальнення%20довідка.doc> (дата звернення: 11.04.2018).

9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання діяльності юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців : закон України від 10.10.2013 № 642-VII // БД «Законодавство України» / ВР України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/642-18> (дата звернення: 11.04.2018).

10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах : закон України від 23.03.2017 № 1983 VIII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1983-19> (дата звернення: 11.04.2018).

11. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 11.04.2018).

Одержано 14.04.2018

УДК 347.1

Євген Олегович Харитонов,

завідувач кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент

Національної академії правових наук України

ІНФОРМАЦІЙНЕ СУСПІЛЬСТВО, ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ТА ПРИВАТНЕ ПРАВО: ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ

Поняття «інформаційне суспільство», як таке, що має безпосередній стосунок до інформації та інформаційних технологій, останнім часом широко вживається у різноманітному контексті. Разом із тим, не менш поширеними є категорія «громадянське суспільство» та невід'ємно пов'язана з ним категорія «приватне право». Ця обставина зумовлює необхідність з'ясування співвідношення між ними, оскільки наразі від цього залежить ефективність правотворчості та правозастосування.

Приступаючи до з'ясування співвідношення категорій «інформаційне суспільство», «громадянське суспільство», враховуємо ту обставину, що термін «інформаційне суспільство» (information society) вживається у вузькому та широкому сенсі. У вузькому сенсі – є: 1) суспільство, в якому виробництво, розподіл і споживання інформації є основною сферою діяльності; 2) суспільство нового типу, що формується внаслідок вибухового розвитку та конвергенції інформаційних та комунікаційних технологій, в якому головною умовою добробуту стає знання, здобуте безперешкодному доступу до інформації та вмінню працювати з нею глобальне суспільство, в якому обмін інформацією не має меж; яке сприяє

взаємопроникненню культур, водночас відкриваючи кожному співтовариству нові можливості для самоідентифікації; 3) вид постіндустріального суспільства, основою умовою формування якого є високотехнологічні глобальні інформаційні мережі, де інформація розглядається як товар, основна соціальна цінність. У широкому сенсі інформаційне суспільство розуміється як складова частина громадянського суспільства, що функціонує в рамках єдиного інформаційно-комунікаційного простору, в якому домінують нові технологічні уклади, котрі базуються на масовому використанні перспективних інформаційних технологій, засобів комп'ютерної техніки і телекомунікацій, створено якісно новий ринок знань та інформації як визначальних чинників виробництва інформаційних ресурсів та трансформації їх у реальні ресурси соціально-економічного розвитку, а також задоволення потреб суспільства і окремої людини в інформаційних продуктах, послугах тощо [1, с. 160–161].

Таким чином, можна вважати, що співвідношення інформаційного та громадянського суспільства виглядає як співвідношення частини й цілого. Таке бачення виглядає цілком логічним, якщо врахувати, що «інформаційні прориви» чи «інформаційні революції» не можуть бути перманентними явищами, завдяки чому суспільство взагалі і громадянське суспільство, зокрема, може бути «інформаційним» різною мірою, і навіть, може не мати достатніх ознак останнього, тобто, бути «неінформаційним».

На такому підґрунті з'ясуємо далі співвідношення громадянського та інформаційного суспільства і права (приватного права), котре визначаємо як іманентно властивий цивілізації феномен, що одночасно виступає як елемент соціально-політичного устрою та елемент суспільної свідомості, є складовою духовного світу людини та її світогляду, відображаючи уявлення окремих індивідів та суспільства про статус людини, правду і кривду, справедливість, добро і зло, порушення та поновлення прав, злочин та покарання, гуманізм і жорстокість тощо. При цьому приватне право розуміємо як концепт, тобто, сукупність (кластер) уявлень, понять, знань, асоціацій, емоцій, що виникають у зв'язку з використанням терміно-поняття «приватне право», супроводжують і характеризують його. Це європейський концепт, що завдячує своїм походженням Європейській цивілізації, і слугує зібранням аксіологічних орієнтирів для бажаючих долучитися до ЄС.

Сучасний концепт приватного права у об'єктивному сенсі в основних рисах був сформований наприкінці XIX – на початку XX ст. Наступні метаморфози концепту, потужним каталізатором яких стали такі Виклики історії як I та II Світові війни, котрі зумовили перегляд системи традиційних людських цінностей, пов'язані з конституюванням «суверенітету приватної особи», зростанням ваги забезпечення прав людини. На такому підґрунті була прийнята Загальна декларація прав людини ООН 1948 р., а незабаром і європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., яка враховувала конституційні традиції європейських держав. Власне, остання відобразила головні положення Західного європейського концепту приватного права, які стали також методологічною основою створення приватного права ЄС.

Аксіологічний підхід дозволяє враховувати визначальні гуманітарні цінності сучасної Європи, що, у свою чергу, припускає урахування правосвідомості учасників відносин у приватній сфері. Отже виходимо з того, що для європейської і похідних від неї правосвідомості визначальною цінністю є права людини, тоді як для інших типів правових систем має місце публічно-правова домінанта, завдяки тому, що наявність ефективних засобів публічного примусу забезпечує виконання обов'язків учасниками правовідносин. Цим

визначається вектор розвитку національного права держав – членів ЄС на тлі зростання питомої ваги морально-аксіологічної складової концепту приватного права, безумовною цінністю якого визнаються права та свободи людини.

Отже, якщо виходимо з того, що права особи (особистості) є ознакою європейської (західної) традиції права, то наявність цієї ознаки в певній правовій системі означає ідентифікацію її як європейської (похідної від європейської), тобто такої, що ґрунтується на європейських цінностях. І тоді відсутні підстави боятися «європоцентризму». Просто певне суспільство (державна, правова система) або приймає, або не приймає європейські індивідуалістські (ліберальні) цінності (а відтак і приватноправове мислення, правосвідомість тощо). Так само як інше суспільство (державна, правова система) приймає або не приймає цінності традиційні, колективістські, тоталітаристські тощо, обираючи свій шлях правового розвитку.

Ідейним підґрунтям приватного права, як європейського концепту, є лібералізм, сутність якого полягає у юридичному забезпеченні прав та свобод особистості. Зазначена обставина актуалізує необхідність з'ясування сутності взаємин приватної особи, громадянського суспільства та держави. Оскільки ці стосунки опосередковуються за допомогою приватного права, ці поняття часом ототожнюють [2, с. 202], акцентуючи таким чином увагу на головній домінанті громадянського суспільства.

Отже громадянське суспільство це феномен, що існує у демократичній системі (просторі демократизації). Поряд з ним у згаданому просторі існують такі сили як: політична еліта; економічна спільнота (бізнес); сфера законодавства; державна бюрократія. Останні дві складові, засновані на загальних принципах державного устрою, складають сутність кожної сучасної демократичної системи. Усі інші – це певні організації і групи людей, котрі і надають демократичній системі конкретного характеру. При цьому, коли економічна та політична спільноти складаються переважно з фігурантів та інститутів, що мають метою отримання влади або прибутку, то громадянське суспільство – це сфера дії пересічних людей, котрі об'єднуються для виразу своїх інтересів, захисту й реалізації повсякденних потреб. Громадянське суспільство, власне, і являє собою сукупність незалежних і конституційно захищених громадських організацій, груп та асоціацій, добровільно створених пересічними громадянами у різноманітних галузях [3, с. 49–51]. При цьому йдеться також про стосунки між групами людей, але не усіх груп, а лише тих, які ґрунтуються на загальних ліберальних принципах, тісно пов'язаних з розвитком громадянського суспільства [3, с. 56–57], і котрі слугують підґрунтям концепту приватного права.

Громадянське суспільство, як певне соціальне відображення ринкової системи, «перекодовує» імперативи ринку на формули свободи, а формули свободи – на соціальні імперативи демократії. Хоча у ринковому суспільстві панує значно жорсткіший детермінізм і необхідність, ніж у натуральному господарстві Середньовіччя, але принципова відмінність ринку полягає у тому, що він дозволяє подолати сваволі – особисту залежність людини від людини. Людські стосунки, суспільні відносини набувають безособового характеру. Певно, їх можна тлумачити як спотворені, відчужені форми людського буття, форми, в яких речі вивисшуються над людьми і урядують ними, але не можна заперечити, що це врядування має раціонально-виважений характер. Разом із тим, громадянське суспільство є не простим віддзеркаленням ринку, а, швидше, його «ізоморфним відображенням». Бо, як ринок являє собою систему розподілу праці, так і громадянське суспільство

постає як система розподілу (розділення) думок, ідей та об'єднань; як на ринку панують вільні «ринкові» ціни, так і в громадянському суспільстві вільно висловлюються думки, утворюються громадські об'єднання, невідлеглі державі; як ринок живе в умовах мінливих цін, так і в громадянському суспільстві спонтанно народжуються і вмирають ідеї, змінюється громадська думка, переформатуються об'єднання людей. І так само, як і на ринку, у громадянському суспільстві визначальним важелем узгодження розмаїття попиту і пропозицій, плюралізму поглядів та позицій, приведення їх у системну єдність (рівновагу), є злагода (суспільний договір, консенсус) [4, с. 52–55].

Таким чином сутність громадянського суспільства полягає у гармонізації інтересів та відносин, які формуються між приватними особами та створеними ними об'єднаннями, що діють в умовах ринку. Ознаками громадянського суспільства є те, що воно: 1) виникає в результаті договору між приватними особами, котрі відповідають уявленням про «модульну людину», 2) має ідеологічним підґрунтям лібералізм, 3) припускає існування цивілізованого ринку, 4) ґрунтується на формулі свободи, вираженій як соціальні імперативи демократії, 5) основою взаємин між людьми має активність демократичного і ліберального характеру, 6) розглядається, передусім, як феномен поведінковий та інституціональний [3, с. 57]. Держава не керує громадянським суспільством, але, якщо вона є правовою державою, зобов'язана забезпечити умови його функціонування і життєдіяльності [5, с. 66], оскільки принцип пріоритетного функціонування громадянського суспільства стосовно державної влади є характерним для генеральної динаміки розвитку сучасної світової цивілізації [6, с. 55]¹.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про існування корелятивних зв'язків між категоріями «інформаційне суспільство», «громадянське суспільство» та «приватне право», що має враховуватися при визначенні шляхів та правових засобів впорядкування відносин в інформаційному суспільстві.

Список бібліографічних посилань

1. Попова Т. В., Ліпкан В. А. Стратегічні комунікації : словник / за заг. ред. В. А. Ліпкана. Київ : ФОП О. С. Ліпкан, 2016. С. 160–161.
2. Чичерин Б. Н. Философия права. СПб. : Наука, 1998. С. 202.
3. Ховард Марк М. Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе / пер. с англ. И. Е. Кокарева. М. : Аспект-Пресс, 2009. С. 49–51.
4. Пасько І. Т., Пасько Я. І. Громадянське суспільство і національна ідея (Україна на тлі європейських процесів. Компаративні нариси). Донецьк : ЦГО НАН України, УКЦентр, 1999. С. 52–55.
5. Кузнєцова Н. Громадянське суспільство, держава, приватне право: проблеми співвідношення та взаємодії. *Право України*. 2014. № 4. С. 66.
6. Оніщенко Н. До питання про пошук балансу у співвідношенні громадянського суспільства та держави: теоретико-методологічні аспекти. *Право України*. 2014. № 4. С. 55.

Одержано 18.03.2018

¹ Огляд та ґрунтовний перелік ознак громадянського суспільства див.: Колодій А. Громадянське суспільство: ознаки, структурні елементи, співвідношення із державою. *Право України*. 2014. № 4. С. 9–12.

Олена Іванівна Харитоновна,

завідуюча кафедрою права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України;

Олександр Валентинович Бігняк,

доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

ЗАХИСТ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ: НОВЕЛИ ТА ПРОБЛЕМИ

Однією з основних умов привабливості корпоративного сектору України для потенційних інвесторів є адаптація вітчизняного корпоративного законодавства до загальновищезначаних європейських принципів, серед яких значне місце посідає захист прав та інтересів учасників корпоративних правовідносин. Для впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі, поряд з дерегуляцією та розвитком підприємництва, актуальним залишається питання ефективного втілення реформи корпоративного права. Це питання стало одним із пріоритетним та знайшло закріплення в Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» схваленій Указом Президента від 12.01.2015 № 5/2015 [1] і в Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015 – 2020 роки, схваленій Указом Президента України від 20.05.2015 № 276 [2]. Поряд з цим, у Преамбулі про асоціацію між Україною та Європейським Союзом закріплено, поміж іншого, відданість сторін розвитку сприятливого клімату для економічних відносин між Сторонами, насамперед для розвитку підприємництва, інвестицій та торгівлі, які є ключовими факторами для економічної модернізації та необхідними у напрямку ефективного реформування законодавства в сфері корпоративного права: дерегуляції корпоративного права, підвищення рівня диспозитивності корпоративного права; підвищення стандартів корпоративного управління. Саме такі принципи лягли в основу Концепції реформування законодавства у сфері корпоративного права, затвердженої ще у квітні 2014 року Асоціацією правників України та залишаються пріоритетними до даного часу, незважаючи на низку позитивних змін та удосконалень корпоративного законодавства.

За останні кілька років у корпоративному праві України відбулося більше змін, ніж за останнє десятиліття.

Так, 6 лютого 2018 року прийнято Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», 1 січня 2018 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів», 4 червня 2017 року Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» та ін. Таким чином, враховуючи досвід Європейських країн та Директиви 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради щодо пропозицій про поглинання, Україна зосередилась на питаннях введення процедури сквіз-аут (squeeze-out), практики похідних позовів, введення посади корпоративного секретаря в акціонерних

товариствах, визначення його статусу, перехід до одного колегіального органу – Ради директорів, введення очно-заочної форми проведення загальних зборів, визначення з правовою природою акціонерної угоди, впровадження відповідальності посадових осіб господарських товариств у випадку завдання шкоди товариству їхніми неправомірними діями тощо.

Зокрема, Законом про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю передбачено утворення наглядової ради, яка є органом контролю та регулювання виконавчого органу. Законодавство щодо акціонерних товариств визначає, що наглядова рада є органом управління товариства, відповідно вона не має бути формальним утворенням, а має забезпечувати розвиток товариства. Отже, система корпоративного управління ТОВ/ТДВ може бути перебудована із використанням найкращих практик акціонерного товариства. Крім того, Законом передбачено, що до складу наглядової ради ТОВ/ТДВ можуть входити незалежні члени. На відміну від Закону України «Про акціонерні товариства», Законом «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» не деталізовано вимоги до таких незалежних членів, тому такі вимоги мають бути визначені статутом. Скоріше всього, порядок формування та функціонування наглядової ради ТОВ/ТДВ буде здійснюватися подібно до порядку, встановленого Законом України «Про акціонерні товариства» із особливостями. Так само, як і в Законі України «Про акціонерні товариства», Законом встановлюється необхідність укладання договорів з членами наглядової ради ТОВ/ТДВ, визначення платності чи безоплатності їх діяльності та визначення розміру їх винагороди. Договір з членом наглядової ради може бути цивільно-правовим або трудовим контрактом. Всі ці аспекти мають бути передбачені статутом ТОВ/ТДВ та затверджені рішенням загальних зборів учасників.

На відміну від акціонерних товариств, Закон не визначає вимоги до наглядової ради ТОВ/ТДВ, в тому числі її кількісного складу, строку її повноважень, меж компетенції. Але він дає можливість наділити таку наглядову раду будь-якими повноваженнями, окрім виключної компетенції Зборів. Також, на відміну від попереднього законодавства, що регулювало діяльність ТОВ/ТДВ, Закон дозволяє віднести до компетенції наглядової ради припинення повноважень та обрання виконавчого органу. Це дозволить оперативніше змінювати виконавчий орган за необхідності. Так само як і в Законі України «Про акціонерні товариства», обрання та припинення повноважень наглядової ради, визначення порядку їх обрання та особливості функціонування, віднесено до виключної компетенції загальних зборів учасників.

Враховуючи нове законодавство, яке набуде чинності протягом 1–1,5 року, різниця між приватним акціонерним товариством та товариством з обмеженою (додатковою) відповідальністю буде полягати у наявності/відсутності випуску акцій. Бізнес зможе зважено приймати рішення про організаційно-правову форму існування товариства, виходячи з його особливостей, а не з обмежень та можливостей. Запровадження сучасних тенденцій корпоративного управління в ТОВ/ТДВ, особливо в частині запровадження наглядової ради, позитивно вплине на розвиток бізнесу в цілому [3].

1 січня 2018 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів», яким доповнено Закон України «Про акціонерні товариства» положеннями щодо незалежного директора – члена наглядової ради, на якого відсутній будь-який вплив з боку інших осіб у процесі прийняття рішень під час виконання обов'язків. Проте, визначивши умови, за якими директор вважатиметься незалежним, повноваження

такого директора законодавцем так і не зазначені. Відповідно до Підходу міжнародної мережі з корпоративного управління до принципів Організації економічного співробітництва та розвитку, обов'язки незалежних виконавчих членів повинні включати контроль і здійснення ефективного внеску в стратегію і роботу правління, формування основних комітетів ради і вплив на діяльність ради в цілому. Відповідно незалежних виконавчих членів повинно бути не менше трьох. Вони мають (залежно від кількісного складу ради) складати переважну більшість [4].

Варто згадати також європейський підхід до вирішення проблем паритетного врахування інтересів мажоритарних і міноритарних акціонерів, яка вирішується шляхом застосування процедури squeeze-out та sell-out, яка знайшла своє втілення у законі «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах», який набув чинності 4 червня 2017 року. Положення Закону імплементують приписи Директиви (Directive 2004/25/EC of the European parliament and of the council of 21 April 2004 on takeover bids) Європейського Парламенту та Ради щодо пропозицій про поглинання в рамках виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Саме Директивою 2004/25/ЄС врегульовані питання надання права міноритарним акціонерам вимагати від акціонера – власника 95 відсотків акцій товариства обов'язкового придбання за справедливою ціною акцій, що належать таким міноритарним акціонерам (sell-out) і надання права акціонеру – власнику 95 відсотків акцій товариства вимагати від міноритарних акціонерів обов'язкового продажу належних їм акцій (squeeze-out). Дане нововведення є дієвим інструментом у забезпеченні прав мажоритарних та міноритарних власників акцій, дозволяє мінімізувати значні ризики, які можуть виникнути в процесі покупки/продажу акцій та захистити права кожної із сторін [5]. Прийняття таких положень було необхідним, як для міноритарних, так і мажоритарних акціонерів. Слід зазначити також, що таке нововведення є цінним у разі чіткої регламентованої процедури, особливо стосовно визначення справедливої ціни. Адже для уникнення подвійних тлумачень, домовленостей між виконавчим органом товариства та власником 95 % акцій, ціна обов'язкового придбання акцій повинна встановлюватися на фондовій біржі, у біржовому списку якої перебувають акції такого товариства, а в Україні, через малу розвиненість фондового ринку, складно вести мову про справедливую оцінку акцій, а прив'язка до біржового курсу взагалі дає підстави для сумнівів у використанні процедури squeeze-out. Наприклад, в Німеччині відповідно до § 372b Закону про акціонерні товариства (German Stock Corporation Act (Aktiengesetz)) ціна акцій визначається показником ціни відповідної акції товариства на час проведення Загальних зборів акціонерів. Мінімальною ціною акції є середня ціна цієї акції протягом трьох останніх місяців [6] і не потребує узгодження виконавчими органами товариства.

Список бібліографічних посилань

1. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: указ Президента від 12.01.2015 № 5/2015. *Урядовий кур'єр*. 2015. № 6.
2. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: указ Президента України від 20.05.2015 № 276. *Урядовий кур'єр*. 2015. № 92.
3. Шаді Саад. Наглядова рада TOB // Saad Legal : сайт. URL: https://www.saad.legal/board_llc/ (дата звернення: 14.03.2018).
4. Міжнародні та національні стандарти корпоративного управління: збірник кодексів та принципів / Міжнародна фінансова корпорація. URL: http://pmginfo.dp.ua/images/documents/korp_otnosheniya/stand_korp_upravleniya.pdf (дата звернення: 14.03.2018).

5. Перевознюк О. «squeeze-out» та «sell-out»: в чому суть? // Асоціація адвокатів України.
URL: [http://protokol.com.ua/ru/squeeze_out_ta_sell_out_v_chomu_sut/](http://protokol.com.ua/ru/squeeze_out_ta_sell_out_v_chomu_sut/?utm_source=newsletter&utm_medium=email)
(дата звернення: 14.03.2018).

6. Germany. Squeeze-out Guide / IBA Corporate and M&A Law Committee ; Simon S. 2010.
URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=FFD62DFD-8004-4D14-8BF2-06DFA126893A> (дата звернення: 14.03.2018).

Одержано 22.03.2018

УДК 347.1

Роман Богданович Шишка,

*професор кафедри інтелектуальної власності
та права інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
доктор юридичних наук, професор*

ВИЗНАЧНА ПОСТАТЬ У СТАНОВЛЕННІ МІЛІЦЕЙСЬКОЇ ЦИВІЛІСТИЧНОЇ НАУКОВОЇ ШКОЛИ В ХАРКОВІ

В ювілейну XX-ту науково-практичну конференцію, що присвячена пам'яті видатного вченого, людини великої душі та букви, професійності, скромності та чуйності, доктора юридичних наук, професора Олександра Анатолійовича Пушкіна насамперед хотілось би висловити вдячність цій визначній людині. Ще студентом я нишком відвідував його лекції, потім прийшов асистентом кафедри цивільного права Харківського юридичного інституту, якою він завідував на той час. Навіть першим, хто відвідав мене як молодого викладача на першому в моєму житті практичному занятті в 22 групі 16 вересня 1980 р., був саме Олександр Анатолійович. Призначення наукового керівника та вибір моєї наукової спеціалізації відбулися з його легкої руки. Завдяки йому наукова доля звела мене з моїм науковим батьком Чингісханом Нуфатовичем Азімовим, який зробив мене того, яким я є досі.

З моїм переходом на роботу в ХБК МВС СРСР, де цивілістиці майже не приділялось уваги, на певний час контакти з ним призупинились. Проте ми не забували запрошувати визнаного фахівця на започатковані тоді наукові заходи. Після звільнення його в розквіті сил з інституту він вкладав багато зусиль у вірних йому учнів. На той час започатковувались цивілістичні студії Віктора Івановича Жукова, в яких нерідко приймав участь і Олександр Анатолійович Пушкін.

Коли вчений повернувся в Харків з Москви, постало питання про використання його потенціалу. Як виконуючий на той час обов'язки завідувача кафедри я мав турбуватися про розвиток її потенціалу та майбутнє. Саме тоді ініційовано його запрошення у молодий міліцейський ВНЗ: спочатку на обласну конференцію з проблем охорони та захисту прав власності, в її рамках відбулись зустрічі із ректором Л. І. Волощуком, а потім з виконуючим обов'язки ректора О. М. Бандуркою. Цю ініціативу підтримали запрошені раніше колеги з вул. Пушкінської, 77: П. І. Орлов та О. Н. Ярмиш.

В результаті ВДБУЛОСЯ: О. А. Пушкін був прийнятий на роботу в стіни цього університету, тоді спецфакультету МВС СРСР. Це прийшлося на складний період в житті науковця, переоцінки цінностей, пройденого життєвого шляху, на якому його підтримували не всі його учні. Проте час – великий суддя та філософ, все розставив на свої місця.

При запрошенні вченого на роботу розрахунок був на створення цивілістичної самодостатньої школи в його стінах, який в подальшому повністю виправдався не тільки в кількісних показниках, а, насамперед, в якісних: значна частина робіт, які були виконані при житті метра цивілістики та після на цивілістичних кафедрах стосувалися новітніх напрямів розвитку науки цивільного права та цивільного процесу. Окрім того, передбачалось і становлення інших напрямів приватноправової науки, зокрема трудового права, підприємницького права та підвищення наукового потенціалу навчального закладу, в тому числі, на основі його великого та беззаперечного авторитету.

Згодом такі напрями посилювались з включенням О. А. Пушкіна в комісію по розробці проекту ЦК України, де він визнано став науковим координатором проекту. Відповідно до роботи над ним та паралельно над підготовкою Юридичної енциклопедії України залучались науковці його кафедри, що сприяло їх становленню та розширенню наукової ерудиції та ореалу. При тому вчитель активно ділився науковими ідеями, виправляв чи формував науковий світогляд, вводив в світ її величності цивілістичної науки, привчив до всебічного розгляду проблем на засіданнях кафедри, які рідко коли були швидкоплинними.

Кафедра заявила про себе як самодостатній науковий осередок: відкриттям аспірантури по спеціальності 12.00.03, яка надала поштовх для посилення підготовки власних науково-педагогічних працівників і наддала шанс творчій молоді, згодом підручником, захистами кваліфікаційних робіт А. А. Чоботом потім І. І. Власом, створенням спеціалізованої вченої ради, яка надала підтримку київським колегам та новоствореним міліцейським науковим закладам. Окремо слід згадати про таких знахих в Україні учнів О. А. Пушкіна як С. О. Сліпченко та Ю. І. Чалий, які започаткували власні школи.

До керівництва підготовкою дисертацій О. А. Пушкін залучив і мене: спочатку для керівництва роботами І. В. Бандурки, потім Л. В. Красицької, а згодом й інших учнів. За роки діяльності започаткованої кафедри було захищено більше 180 кандидатських дисертацій. Серед вихованців кафедри появились яскраві особистості, які нині позитивно впливають на розвиток цивілістичної науки, започаткували власні наукові школи.

Принаймні започатковані напрями, спочатку неоднозначно, а потім всерйоз сприйняті цивілістичною громадськістю, почали роїтися і вихована ціла плеяда докторів наук (8 тільки за напрямом 12.00.03), «маторих» доцентів, визнаних фахівців за своїми напрямками. Поступово склались відносини співпраці з колишньою кафедрою, науковці якої увійшли в склад створеної спеціалізованої вченої ради, і досі підтримують започатковане.

На превеликий жаль, за різними причинами не всі вони продовжили свою діяльність в стінах університету, а прикрасили науково-педагогічні колективи інших ВНЗ, відбулись як керівники та успішні діячі. Для них об'єднавча Пушкініана надає можливість спілкуватися, згадувати метра, обговорювати актуальні проблеми науки цивільного права та процесу, обмінюватися науковими ідеями, здобутками та тривогами. Тож не дарма, цей науковий форум впевнено посів визнане місце серед зібрань цивілістів, зберіг свою родзинку – ні разу не зірвано випуск його матеріалів, а останнім часом їх презентація при його проведенні.

Традиційно серед тем розроблюваних кафедри домінували проблеми загальної частини, зокрема правового становища юридичних осіб, охорони права власності та права інтелектуальної власності. Вони були йому ближче. Проте згодом стали появлятися дослідження особистих немайнових прав, феномену окремих типів та видів договорів, в тому числі, на стикі з модних на той час підприємницького, спадкового, сімейного та житлового прав. Завдяки тому склався потужний науковий колектив, який досяг вагомих здобутків.

Проте неблаганний час та хвороби внесли свої корективи: пішов у вічність вчитель, окремі його учні, змінився статус членів кафедри. Незмінними залишились її традиції, прагнення до вдосконалення та розвитку. До честі нинішнього покоління започатковані при становленні кафедри традиції підтримуються та примножуються нинішнім поколінням. Тож допоки учні пам'ятають вчителя, мають змогу віддати належне його постаті, доти не переривається наступництво науки, її поступ, значущість для правозастосовної та судової практики. Саме тим ми завдячуємо Олександру Анатолійовичу Пушкіну.

Одержано 24.03.2018

УДК 342.95

Ольга Петрівна Гетманець,

завідувач кафедри правового забезпечення

господарської діяльності факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, професор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4826-5799>

ПРИНЦИП ПРАВОВЛАДДЯ У БЮДЖЕТНИХ ВІДНОСИНАХ УКРАЇНИ

В сучасних умовах розвитку ринкових умов господарювання в Україні важливого значення набувають правові засади формування бюджетних відносин, як чиннику державного забезпечення соціальних і економічних показників якості життя населення країни. Бюджетний кодекс України (далі – БКУ) встановлює основи правового регулювання процесів формування, розподілу, використання та контролю бюджетів, що складають бюджетну систему України. До принципів бюджетної системи України, що встановлюються ст. 7 БКУ, належать наступні: єдності бюджетної системи, самостійності, повноти, ефективності та результативності, субсидіарності, справедливості і неупередженості, публічності і прозорості [1]. Враховуючи, що бюджетна діяльність є важливим напрямом фінансової діяльності державних і місцевих органів влади, а також засобом їх утримання, постає питання про її правові засади і відповідність нормам чинного законодавства.

У прагненні української держави до європейських стандартів життя важливо дотримуватися принципу, який у чинних документах країн Євросоюзу встановлений, як принцип правовладдя, що забезпечує демократизм, підзвітність тих, кого наділено публічною владою і захищеність людських права у суспільстві, зокрема у сфері бюджетних відносин. Проте на сей час вказані принципи побудови бюджетної системи встановлюють переважно економічну складову бюджетної діяльності, не враховуючи її правового значення.

У збірнику «Мірило правовладдя», підготовленого Венеційською комісією Ради Європи визначено, що національна природа Європейського союзу спонукала його випрацювати концепцію Rule of Law (правовладдя), як загальний принцип права, застосований до її власної юридичної системи. Практика Суду справедливості Європейського союзу свідчить, що правовладдя охоплює: (ієрархічну) вищість приписів права; інституційні противаги; судовий нагляд; (процесові) засадничі права включно з правом на судові засоби захисту, а також принципи рівності та співвимірності (пропорційності) [2, с. 14]. Враховуючи

особливості побудови української правової системи йдеться про принципи права, які частково враховані при побудові бюджетних відносин, зокрема законність, рівність, пропорційність. Складно впровадити у бюджетні відносини такі принципи, як інституційні противаги і судовий нагляд, оскільки в українській правовій системі, відповідно до Конституції України, поділ влади на законодавчу, виконавчу та судову забезпечується рівністю повноважень у суспільстві, а нагляд реалізується у вигляді бюджетного контролю.

Як вважають дослідники принцип «правовладдя» за змістом співпадає з українським принципом «верховенства права», оскільки «верховенство права – це панування права у суспільстві, яке потребує від суспільств його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті перед усім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо» [2, с. 84]. Одним із проявів верховенства права, як це встановлено в Конституції України, є те, що право не обмежується лише законодавством, а є однією з його форм і включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. З цих позицій доцільно проаналізувати дію принципу верховенства права (правовладдя) у бюджетних відносинах.

У визначенні «бюджету», яке встановлює ст. 2 БКУ, його значення розглядається, як план формування та використання фінансових ресурсів, необхідних для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються відповідними органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, територіальними громадами протягом бюджетного періоду. Отже у правовому значенні бюджет, що приймається щорічно, визначає право органів державної та місцевої влади на формування, розподіл, використання відповідних бюджетних ресурсів та їх контроль. Проте бюджетні повноваження задіяних учасників реалізуються у бюджетному процесі по різному. На стадії виконання бюджетів ці повноваження забезпечуються шляхом бюджетного асигнування, яке має кількісне, часове і цільове обмеження. Отже при правовій рівності учасників бюджетного процесу економічна рівність у фінансуванні не можлива.

Фахівець фінансового права Л. К. Воронова вказувала, що через державний бюджет держава концентрує певну частину національного доходу і централізовано розподіляє її на розвиток економіки, соціальний захист населення, утримання органів державної влади й управління, оборону країни [3, с. 47]. Вказані напрями складають основні напрями державного фінансування і як свідчить Закон України Про Державний бюджет на 2018 рік до основних пріоритетів бюджету 2018 належить: економічне зростання, підвищення доходів населення, посилення обороноздатності, підтримка аграрного сектора, будівництво доріг, децентралізація, енергоефективність, а також розвиток людського капіталу. При цьому 165,3 млрд. гривень – майже на 30 млрд. грн більше, ніж у 2017-му – передбачено виділити на оборону і безпеку [4].

Таким чином, право влади вирішувати важливіші питання економічного розвитку країн реалізується у бюджетному процесі. Законодавець на всіх бюджетних читаннях вирішує які пріоритети у бюджетному фінансуванні потрібно встановити на рік, що і реалізуються шляхом голосування на державному або місцевому рівні при прийнятті нормативно-правового акту про бюджет. Право виконавчої влади у бюджетному процесі на стадії розгляду проекту і прийняття відповідного нормативно-правового акту обмежується правозастосовною діяльністю, оскільки розгляд і затвердження законопроекту – це повноваження представницької влади і виконавча влада не має права втручатися в цей процес. З цих позицій вимога бюджетної діяльності, що базується на дотриманні принципу правовладдя потребує

поширення повноважень усіх гілок влади у бюджетному процесі на стадії його розгляду. Бюджетний процес на місцевому рівні, як і на державному, має ті самі ознаки і прогалини у повноваженнях громади при формуванні бюджетних коштів і напрямів їх використання на місцях.

Європейські підходи до панування правовладдя у країні передбачають виміри (тести), за якими можливо в різних країнах з різними показниками життя та системою права визначити дотримання вимог принципу верховенства права. Це такі показники як: а) законність; б) юридична визначеність; в) запобігання зловживанням; г) винність перед законом і недискримінаційність; д) приклади виконання вимог законодавства.

Враховуючи ці показники слід вказати, що у сучасному бюджетному процесі юридична визначеність бюджетних повноважень учасників бюджетного процесу потребує удосконалення шляхом поширення повноважень громади, населення, виконавчих органів влади щодо участі в розгляді і затвердженні проектів бюджетів, які вони готували. Показник щодо виконання вимог законодавства, як свідчать дані перевірок органів бюджетного контролю, як правило пов'язані з недосконалістю планування бюджетних коштів і встановленням напрямів їх використання. Впровадження принципу правовладдя у бюджетні відносини сприятиме встановленню соціальної справедливості при формуванні, розподілі та використанні бюджетних коштів.

Список бібліографічних посилань

1. Бюджетний кодекс України : закон України від 08.07.2010 № 2456-VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 59. Ст. 2047.
2. Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій = Rule of Law. Checklist / Венеційська комісія Ради Європи. Страсбург, 2016. 163 с.
3. Словник фінансово-правових термінів / за заг. ред. Л. К. Воронової. Київ : Алерта, 2011. 558 с.
4. Верховна Рада України ухвалила Держбюджет – 2018 // Прямий канал. URL: <https://prm.ua/byudzheth-2018> (дата звернення 07.01.2018).

Одержано 18.03.2018

УДК 347.1

Андрій Богданович Гриняк,

*старший науковий співробітник, завідувач відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
доктор юридичних наук*

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА НОРМА ЯК ЕЛЕМЕНТ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДРЯДНИХ ВІДНОСИН

Сучасна юридична наука характеризується наявністю двох підходів до визначення елементів механізму правового регулювання: 1) широкого, що характеризується наявністю сукупності елементів, які беруть участь у впорядкуванні суспільних відносин (норми права, нормативно-правовий акт, юридичні факти, правовідносини, тлумачення, реалізація права, законність, правосвідомість, правова культура, правомірна поведінка, протиправна поведінка, юридична відповідальність); 2) вузького, який включає лише елементи,

які становлять основу регулятивної функції права (норми права, нормативно-правові акти, правовідносини, реалізація права, законність) [1, с. 307–308].

Виходячи як з широкого, так і з вузького підходу до елементної будови механізму правового регулювання підрядних відносин, кожен з елементів якої виконує специфічну функцію у задоволенні інтересів суб'єктів, та враховуючи запропоновану С. С. Алексєєвим структурну побудову механізму правового регулювання: а) юридичні норми; б) правовідносини (суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників таких відносин); в) акти реалізації прав та обов'язків; г) індивідуальні приписи та акти застосування права [2, с. 364–365], доцільно навести твердження Я. М. Романюка, що саме цивільно-правова норма є первинною клітиною, своєрідним «атомом» цивільного права як галузі і як системи: норма цивільного права є кінцевою граничною системною часткою (елементом) системи, оскільки не поглинає інші підсистеми, а включає лише структурні частини – елементи (гіпотеза, диспозиція, санкція тощо), і одночасно виступає центральним елементом механізму цивільно-правового регулювання [3, с. 16].

Тому зупинимось на аналізі цього надважливого елементу механізму правового регулювання підрядних відносин детальніше. Насамперед доцільно наголосити, що цивільно-правовій нормі на відміну від норм публічного права не притаманна ознака загальнообов'язковості її дотримання, зважаючи, що приватноправовій сфері загалом та підрядній зокрема притаманне децентралізоване регулювання на диспозитивних засадах. Так, недотримання норм цивільного права, на відміну від публічно-правових норм, навіть імперативних (крім абсолютно імперативних), у більшості випадків, не призводить до застосування передбачених законом заходів державного примусу, адже у підрядних відносинах неможливим є застосування притаманного публічно-правовій сфері принципу невідворотності покарання.

Зважаючи на це, регулюванню відносин у сфері виконання робіт присвячено гл. 61 ЦК України (ст. 837–891), норми якої застосовуються комплексно до побутових, будівельних, пошукових, проектних тощо відносин. Особливістю ЦК України є те, що окремим видам договорів підряду передують загальні положення, що налічують 28 статей. Особливостям правового регулювання окремих видів договорів підряду присвячено: а) побутовому підряду – 10 статей; б) будівельному підряду – 12 статей; в) підряду на проектні та пошукові роботи – 5 статей. Тобто у сфері підрядних відносин можемо констатувати той факт, що законодавчі підходи відобразили нові якісні зрушення, притаманні сучасному правовому регулюванню суспільних відносин.

З цього приводу доцільно наголосити, що застосування цивільно-правових норм вбачається максимально ефективним, якщо існує чітке уявлення про їх місце серед інших норм у системі цивільного права та, зрозуміло, коли і за яких обставин така норма підлягатиме застосуванню. Сукупність цивільно-правових норм та групування їх за конкретними видами формує сталість системи цивільного права загалом. В ЦК України окремим видам підрядних договорів передують так звана загальна частина, функції якої виконує § 1 гл. 61 ЦК «Загальні положення про підряд». Норми «Загальних положень про підряд» діють у випадках, коли йдеться про моделі підряду, які не належать до жодного із виділених в ЦК різновидів цього типу договорів, а на ті, що виділені, поширюється дія загальних норм лише за умови, якщо вони не суперечать спеціальним нормам або ж спеціальні норми, присвячені регулюванню таких різновидів підрядних договорів, відсутні.

Тобто, відносини з виконання робіт регулюються низкою цивільно-правових норм, починаючи від відправних норм-принципів, норм-дефініцій тощо, завершуючи конкретними

імперативними та диспозитивними нормами, якими закріплюється конкретна поведінка суб'єкта договірної правовідносини при формуванні порядку укладання, особливостей виконання, зміни та розірвання правовідносини тощо. Вказані норми у сукупності доповнюють одна одну, що зумовлює їх функціональний зв'язок та органічне поєднання.

З цього приводу доцільно зазначити, що як цивільне законодавство загалом, так і правовий інститут, що присвячений регулюванню відносин з виконання робіт складається у своїй більшості саме із диспозитивних норм, адже, як слушно зазначається в юридичній літературі, конструкція диспозитивної норми містить гарантійний механізм недопущення повного ігнорування диспозитивної правової норми, у зв'язку з чим вона підлягає обов'язковому застосуванню або в тому вигляді, який запропонований законодавцем, або у вигляді, зміненому сторонами цивільних правовідносин, але в межах, допустимих основними засадами актів цивільного законодавства [4, с. 64]. Тобто, у диспозитивних нормах дотримання закладених у них меж зміни закріпленого правила поведінки є «імперативним контуром диспозитивної норми», що стимулює учасників цивільних правовідносин до належної поведінки [3, с. 290].

Водночас доволі проблемним на практиці є питання визначення таких меж відступу від закріпленого в нормі правила поведінки. Прикладом може слугувати положення ч. 2 ст. 846 ЦК України, за якою у випадку непогодження сторонами строків виконання робіт підрядник зобов'язаний її виконати у розумні строки, *відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи*. Наведене законодавче положення закріплює право сторін відкоригувати власні відносини на свій розсуд у частині встановлення іншого порядку виконання зобов'язання, виходячи із суті зобов'язання, характеру та обсягів виконуваних робіт. Водночас закріплення таких норм нерідко призводить до виникнення спірних ситуацій на практиці, адже сторони можуть по-різному трактувати зміст зобов'язання, строки його виконання, характер робіт, що повинні бути виконані тощо. Відповідно закріплення таких норм припускає у разі виникнення спору між контрагентами обов'язок суду сформулювати висновок про конкретну норму, що частково охоплює згадані відносини. Наслідком наведеного є ситуації з судової практики, коли сторони договору застосовують до спірних відносин різні норми права, що пов'язано із різним розумінням сторонами змісту договору.

Крім диспозитивних в підрядній сфері важливу роль відіграють й імперативні норми, основним завданням яких є забезпечення стабільності цивільного обігу, адже у аналізованій нами сфері приватноправових відносин (з притаманними ризиками завдання шкоди життю, здоров'ю людей, екологічній безпеці держави тощо) їх врегулювання виключно за допомогою диспозитивних норм є неможливим. Зважаючи на це, в гл. 61 ЦК України, як і в інших законодавчих актах, присвячених регулюванню підрядних відносин, міститься значна кількість імперативних норм, спрямованих на чітке визначення правил поведінки суб'єктів підрядних правовідносин та правових наслідків за їх порушення. З цього приводу слушною є висловлена в юридичній літературі теза, що саме зв'язок диспозитивних, імперативних та спеціалізованих цивільно-правових норм являє собою галузеву систему «стримувань і противаг», спрямовану на забезпечення стабільності цивільного обігу та правової впевненості учасників цивільних правовідносин [3, с. 363–364].

Підсумовуючи доцільно зазначити, що специфіка упорядкування підрядних відносин полягає у закріпленні державою шляхом видання правових норм загальнообов'язкових правил поведінки. Чим ширше коло інтересів (індивідуальних, групових), на які впливає прямо або опосередковано договір, тим більшим повинен бути ступінь нормативного регулювання, однак і зайва «зарегульованість», особливо на нормативному рівні, теж не

сприятиме розвитку приватноправових відносин. Саме тому переважна більшість норм гл. 61 ЦК України має диспозитивний характер, що у підсумку призводить до збільшення питомої ваги індивідуального (договірного) регулювання. Відповідно підрядні правовідносини регулюються низкою цивільно-правових норм, які у сукупності доповнюють одна одну, що обумовлює їх функціональний зв'язок, зважаючи на можливість сторін взагалі відступити від закріплених правил та врегулювати зазначені відносини на власний розсуд.

Список бібліографічних посилань

1. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 307–308.
2. Алексеев С. С. Право: азбука – теорія – філософія: опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 364–365.
3. Романюк Я. М. Застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України (питання теорії і практики): монографія. Київ: Ін Юре, 2016. С. 16, 290, 363–364.
4. Маньковский И. А. Нормы и источники гражданского права: теоретические основы формирования и применения: монография. Минск: Междунар. ун-т «МИТСО», 2013. С. 64.

Одержано 02.04.2018

УДК 347.1+347.440

Юрій Михайлович Жорнокуй,

*завідувач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
доктор юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9669-6062>*

ЗНАЧЕННЯ МЕДІАЦІЙНОГО ДОГОВОРУ У ВИРІШЕННІ КОРПОРАТИВНИХ КОНФЛІКТІВ

На сьогодні медіацію можна досліджувати як поширений спосіб урегулювання корпоративного конфлікту. Аналіз існуючих підходів до визначення категорії «медіація» дозволяє виокремити три напрями її тлумачення. За першим акцент робиться на змістовному аспекті процедури, тобто на сприянні нейтральної особи переговорному процесу між сторонами [1, с. 53], за другим увага концентрується на результаті медіації, а саме на мирному завершенні конфлікту [2, с. 14], а третя група фахівців прагне відобразити як змістовний акцент, так і кінцеву мету медіаційної процедури [3, с. 16; 4, с. 13].

За результатами успішно проведеної медіації сторони укладають медіаційний договір (договір про врегулювання конфлікту, *settlement agreement*). Проблеми сутності та правової природи, змісту, юридичної сили, наслідків укладення та виконання такого договору останнім часом жваво обговорюються, оскільки мають велике значення для подальшого розвитку як теорії, так і практики медіації. Однак на більшість питань, які ставляться правозастосовчою практикою, законодавець відповіді не дає.

Вважаємо, що саме через медіаційний договір приватна медіація та її результати найбільшою мірою пов'язуються з правом. Таке бачення ґрунтується на тому, що саме договір є тим інструментом, за допомогою якого усувається правова невизначеність як перешкода у здійсненні суб'єктивних корпоративних прав учасника корпорації.

Водночас медіація може бути завершена й без укладення такого договору, проте, її проведення, як правило, є істотним внеском у вирішення корпоративного конфлікту. Більше того, у деяких випадках медіацію спрямовано не стільки на вироблення взаємоприйнятного рішення, скільки на з'ясування підстав виникнення корпоративного конфлікту, попередження його виникнення, узгодження умов правочину у справі тощо.

Процедура медіації передбачає врегулювання конфліктної ситуації в корпорації, виходячи з інтересів її учасників, а тому медіаційний договір може виходити за предмет початкових вимог і досить часто бути лише непрямим чином пов'язаним із корпоративним конфліктом. Більше того, сторони примирної процедури не обмежуються в способах його врегулювання. Сам алгоритм медіації орієнтовано на пошук нетипових рішень, що зумовлює складнощі, пов'язані з юридичною кваліфікацією умов медіаційного договору.

Найбільш поширена точка зору щодо проблеми правової природи результату примирної процедури полягає в тому, що необхідно розмежовувати медіаційний договір, укладений у межах приватної медіації з одного боку, і в судовій медіації – з іншого. Перший досліджується як правочин, другий прирівнюється до мирової угоди. Так, у праві багатьох зарубіжних країн договори, укладені в межах приватної медіації, досліджуються як договори цивільно-правового характеру, на які поширюються загальні вимоги матеріального законодавства про двосторонні правочини і безпосередньо про мирову угоду. Відповідно, медіаційний договір, укладений за результатами приватної медіації, досліджується як юридичний факт матеріального права, з яким пов'язується встановлення або припинення прав та обов'язків учасників корпоративного конфлікту.

Щодо договорів, укладених за результатами судової медіації, можливими є декілька варіантів. Безпосередньо такі договори:

- 1) вважаються цивільно-правовим правочином (переважно в країнах загального права); у такому разі підставою для припинення провадження у справі буде, наприклад, направлене до суду повідомлення про укладення медіаційного договору (Канада, Онтаріо);

- 2) прирівнюються до судового рішення (наприклад, у Словенії);

- 3) досліджуються як судова мирова угода, що має процесуальну природу; відповідно, такий договір підлягає судовому затвердженню, й лише після цього набуває юридичної сили (наприклад, у Фінляндії та Румунії) [2, с. 126].

Межі свободи сторін під час укладення медіаційного договору можуть установлюватися лише імперативними нормами права, але не існуючими типовими правовими конструкціями. Таким чином, медіаційний договір у більшості випадків міститиме зобов'язання різної правової природи, й у цьому сенсі має комплексний характер. Можна стверджувати, що медіаційний договір, укладений учасниками корпоративного конфлікту в результаті процедури медіації без передання спору на розгляд суду, є цивільно-правовим правочином. Такий правочин є договором, і, відповідно, до регулювання цих відносин будуть застосовуватися норми цивільного законодавства про правочини, зобов'язання та загальні положення про договір.

За загальним правилом медіаційний договір має виконуватися добровільно. На практиці у випадках, коли одна з його сторін відмовиться виконувати досягнуті домовленості, це може призвести до негативних наслідків у вигляді зловживання суб'єктивними правами недобросовісними учасниками медіації. Так, під час порушення договірних обов'язків, що є похідними з медіаційного договору, однією зі сторін примирної процедури друга сторона буде вимагати захисту своїх прав та інтересів.

Вважаємо, що можливість примусового виконання медіаційного договору є гарантією дотримання прав і законних інтересів добросовісних учасників корпоративного конфлікту, а також надає деякої цілісності та завершеності інституту медіації. Відповідно, захист прав, порушених у результаті невиконання або неналежного виконання такого медіаційного договору, здійснюється у способи, передбачені цивільним законодавством.

Успішне проведення примирної процедури полягає в тому, що сторони виробляють рішення, яке повністю відповідає їх інтересам. Як наслідок, його добровільне виконання є вигідним для всіх учасників корпоративного конфлікту. Якщо одна зі сторін відмовляється виконати умови медіаційного договору, це означає, що мету медіації не досягнуто. Слід акцентувати увагу на тому, що результат медіації – це не компроміс, оскільки в разі останнього кожна сторона має поступитися, від чогось відмовитися. Результатом вдалої медіації є досягнута на основі обговорення конкретна домовленість (однією з правових форм якої є договір), тобто медіація прагне досягнення консенсуальних рішень.

Значущість примусового виконання такого типу договорів підкреслюється в міжнародних актах. Так, розробники Типового закону ЮНСІТРАП зазначають, що завдяки режиму прискореного приведення до виконання мирової угоди збільшиться привабливість погоджувальної процедури. Державам пропонується під час ухвалення національних актів про примирну процедуру включати опис порядку приведення до виконання правочинів про врегулювання спору або вказувати на норми, що регламентують таке приведення до виконання. На необхідність створення механізмів примусового виконання медіаційних договорів, що передбачаються у процедурі приватної медіації, неодноразово вказувалося в Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи. Відповідно до ст. 6 Директиви 2008/52/ЄС держави-члени мають передбачити інструменти визнання медіаційного договору таким, що підлягає виконанню, і таким чином гарантувати зацікавленій стороні можливість вимагати виконання умов письмової домовленості, досягнутої в результаті медіації.

В Україні на сьогодні найбільш логічним є закріплення можливості нотаріального посвідчення медіаційного договору з метою надання йому виконавчої сили. У цьому разі приватна медіація отримує обмежене продовження й завершення в юрисдикційних органах – в органах нотаріату, при цьому дотримуються принципи як юрисдикційної, так і не-юрисдикційної діяльності. Крім того, такий порядок забезпечує послідовну реалізацію одного з пріоритетних завдань розвитку медіації у праві України, а саме зменшення навантаження на суди. Нотаріальне посвідчення медіаційного договору є найпростішим і швидким способом його виконання, впровадження якого не вимагає докорінного реформування законодавства.

Ухвалення спеціального закону про мирову процедуру за участю посередника (медіацію) сприятиме активізації посередництва у вирішенні корпоративних конфліктів у межах корпорації без участі державної судової системи, що в поєднанні з інститутом третейських судів призведе до більш оперативного вирішення спорів за участю суб'єктів корпоративних правовідносин. Доречним є закріплення на законодавчому рівні категорії спорів, що можуть розглядатися за допомогою альтернативних методів вирішення конфліктних ситуацій у корпораціях.

Підсумовуючи здійснений аналіз, зазначимо переваги й недоліки такої форми вирішення корпоративного конфлікту, як медіація, порівняно з традиційними способами їх вирішення. По-перше, застосування медіації завжди є добровільним рішенням сторін. По-друге, це найшвидший спосіб вирішення корпоративного конфлікту, тому що не передбачається оскарження досягнутої домовленості. По-третє, це взаємовигідне рішення корпоративного

конфлікту, що дозволяє зберегти на майбутнє партнерські відносини його учасників. Четверте, перевагою медіації є конфіденційність проведених примирних процедур. Основним недоліком процедури медіації вважаємо неможливість примусового виконання медіаційного договору, яке ґрунтується на добрій волі сторін. Тому доцільно надати медіаційному договору режиму виконавчого документа.

Список бібліографічних посилань

1. Решетникова И. В. Право встречного движения. Посредничество и российский арбитражный процесс. *Медиацция и право. Посредничество и примирение*. 2007. № 2 (4). С. 52–56.
2. Калашникова С. И. Медиацция в сфере гражданской юрисдикции. М. : Инфотролик Медиа, 2011. 304 с.
3. Гвоздарева М. В. Посредничество как метод альтернативного разрешения корпоративных конфликтов : автореф. дис. ... канд. социол. наук : 22.00.08. М., 2006. 23 с.
4. Яковлев В. Ф. Закон свободного применения. *Медиацция и право. Посредничество и примирение*. 2006. № 1. С. 12–16.

Одержано 16.03.2018

УДК 347.1

Ольга Ігорівна Зозуляк,

доцент кафедри цивільного права навчально-наукового
юридичного інституту Прикарпатського національного
університету імені Василя Стефаника,
доктор юридичних наук, доцент

СУЧАСНИЙ СТАН РОЗВИТКУ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

15-річчя чинності Цивільного кодексу України дає змогу зробити певні висновки з приводу ефективності його норм щодо регламентації приватноправових відносин загалом та договірних зокрема. Кодекс, за слушним застереженням Н. С. Кузнєцової та А. С. Довгерта, «охрещений» і другою конституцією, і кодексом громадянського суспільства. Без будь-яких перебільшень його слід розглядати не тільки в якості стрижневого акта цивільного законодавства, але й як необхідний чинник функціонування ринкового суспільства і формування держави. Серед нових елементів та обраних напрямків розвитку системи приватного права України, які посіли гідне місце в ЦК України, правознавці відмічають результати із зближення, гармонізації та уніфікації окремих груп норм з відповідними правилами міжнародних конвенцій універсального характеру та правом ЄС, розширення змісту приватного права за рахунок особистих немайнових прав фізичної особи тощо [1, с. 52].

Визнаними здобутками кодифікації вітчизняного приватного права слід вважати норми Цивільного кодексу України про правочини та загальні положення про договори. Дійсно, діючий Кодекс увібрав у себе кращі історичні традиції та сучасні підходи щодо регулювання зазначеної сфери відносин.

Як слушно зауважує В. В. Луць, на відміну від Цивільного кодексу УРСР 1963 р., із загальних положень про зобов'язання (Книга п'ята) виділені загальні положення про договори (поняття і види договору, свобода та обов'язковість договору, положення про публічний, попередній договори, договори приєднання і на користь третьої особи, про форму,

порядок укладання, зміни та розірвання договору тощо). Положення про окремі види договірних зобов'язань зазначені в підрозділі 1 розділу III Книги п'ятої ЦК (ст. 655–1143). Безумовно, договірних відносин стосуються й ті положення ЦК, 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 [2, с. 52].

Характеризуючи проблемні аспекти регламентації договірних відносин, що виникають у правозастосуванні слід відзначити, що в цілому вони пов'язані не із неякісним нормативним матеріалом Кодексу, а криють у собі інші причини, які, на нашу думку, можна звести до кількох основних:

1) недосконалі спеціальні законодавчі акти, які покликані сприяти більш детальному правовому регулюванню договірних відносин у найрізноманітніших сферах суспільного життя. Слід зазначити, що на сьогодні проблема вийшла далеко за межі неефективного господарсько-правового регулювання договірних зобов'язань та стосується банківського, природноресурсового, споживчого, аграрного та інших галузей законодавства.

Не відстоюючи тезу з приводу єдності цивільно-правового регулювання, а сприймаючи комплексний характер регламентації зазначених правовідносин, дуже прикро відзначати, що у спеціальних законодавчих актах часто істотно викривлені приватноправові підходи щодо сутності правочину, умов його дійсності, змісту, порядку укладання тощо. Вирішення цієї проблеми вбачаємо у забезпеченні якості нормотворчої роботи на етапі прийняття спеціального законодавчого акту, розпочинаючи від доцільності його прийняття в цілому, структури та узгодження з уже чинними актами законодавства, адже, основа дієвості спеціальних законів – високий рівень законодавчої техніки;

2) низький рівень теоретичних знань, шаблонні підходи до роботи при складенні конкретних договорів юристів – практиків. На сьогодні доводиться констатувати той факт, що у договірній практиці часто не розмежовуються категорії недійсності та неукладеності правочину, немає розуміння щодо його змісту, особливостей виконання та правових наслідків невиконання. Усунення окресленої проблеми вбачаємо у проведенні для юристів – практиків тренінгів, семінарів за напрямком техніки складення договорів;

3) наукові концепції та підходи цивілістів, в яких окреслені напрямки розвитку договірного права України, що висвітлені у монографіях, наукових статтях, тезах виступів на конференціях, не знаходять свого втілення у нормативно-правових актах.

Ведучи мову про необхідність удосконалення положень ЦК України щодо регулювання договорів, хочемо зазначити, що таке реформування повинно відбуватися не хаотично шляхом ситуативного «залатування» окремих нагальних проблем, а у рамках Концепції розвитку договірного права України.

У межах зазначеної Концепції слід визначити шляхи та напрямки зближення сучасного договірного права України та європейського договірного права, окреслити новітні підходи до системи договорів (зокрема, характеристики договірних типів та видів, перегляду конструкцій попереднього та змішаного договорів, розмежування категорій публічного та споживчого договорів), підходів щодо моментів виникнення суб'єктивних цивільних прав та обов'язків за договором, питання, що пов'язані з конкретними договірними конструкціями, способами захисту порушених прав та інтересів сторін договірного зобов'язання, а також ряд інших питань.

Підсумовуючи, хочемо наголосити на тому, що якісна робота законотворця, теоретиків у сфері договірного права та практичних працівників сприятиме єдності правозастосування в окресленій сфері відносин.

Список бібліографічних посилань

1. Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми перспективи. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 51–67.
2. Луць В. В. Договірне право України: сучасний стан і тенденції розвитку. *Юридичний вісник*. 2009. № 2. С. 52–55.

Одержано 12.04.2018

УДК 347.62

Іван Романович Калаур,

*завідувач кафедри цивільного права і процесу
Тернопільського національного економічного університету,
доктор юридичних наук, доцент;*

Інна Вячеславівна Зайцева-Калаур,

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

ПРОБЛЕМИ ГАРМОНІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В СФЕРІ ГАРАНТІЇ ПРАВА НА ЗМІНУ (КОРЕКЦІЮ) СТАТЕВОЇ НАЛЕЖНОСТІ

Людина як вільний індивід у демократичному суспільстві діє відповідно до своїх інтересів і мети, покладаючись тільки на власний вибір того чи іншого рішення. Конституційними гарантіями цієї свободи в Україні є ст. 23 та 32 Основного Закону нашої держави, де задекларовано, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України [1].

Одним із прикладів сучасного законодавчого втілення цих основоположних свобод людини у життя є ст. 51 Закону України [2] (*далі – ЗУ*) «Основи законодавства України про охорону здоров'я», відповідно до якої на прохання пацієнта відповідно до медико-біологічних і соціально-психологічних показань, які встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, йому може бути проведено шляхом медичного втручання в закладах охорони здоров'я зміну (корекцію) його статевої належності. Схожою за «духом свободи» є і друга частина цієї статті, де зауважується, що особі, якій було здійснено зміну статевої належності, видається медичне свідоцтво, на підставі якого надалі вирішується питання про відповідні зміни в її правовому статусі.

Однак, такий «збідований» стан законодавчого регулювання подібних суспільних відносин залишив відкритими низку питань, які вкрай важливі для тенденцій розвитку сучасного сімейного законодавства України та судової практики у цій сфері. Першочергово, йдеться про гармонізацію нормативного регулювання зміни (корекції) статевої належності та сімейного законодавства, яке є втіленням багатовікових національних традицій у розуміння

природного права на шлюб, на сім'ю, на материнство та батьківство, на проживання та виховання у сім'ї. Цей процес є складним та багатограним, адже обумовлений потребою збалансувати з допомогою правового інструментарію свободу особи на статеву належність та суспільні і сімейні цінностями, які домінують у сучасному суспільстві.

Міністерство охорони здоров'я України (далі – МОЗ України) намагалося вирішити це питання шляхом встановлення у наказі «Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності» [3] (втратив чинність) переліку медико-біологічних та соціально-психологічних протипоказань для зміни (корекції) статевої належності. З поміж інших такими були визначені: вік до 18 років; наявність дітей віком до 18 років; перебування пацієнта у шлюбі на час розгляду Комісією його заяви.

Вказаний підзаконний акт як такий, що не відповідає правовим актам вищої юридичної сили було оскаржено до Окружного адміністративного суду міста Києва та заявлено вимогу скасувати п. 3 Медико-біологічних і соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності, затверджених цим наказом. Постанову цієї судової інстанції від 19.01.2015 р. про задоволення адміністративного позову було скасовано постановою Київського апеляційного адміністративного суду від 30.06.2015 р., яка залишена без змін постановою Верховного Суду України від 14.03.2018 р. [4].

Слід зауважити, що протягом 2015 року до МОН України було подано декілька позовів в яких оскаржувалася вимога здійснення повної хірургічної корекції, яка фактично є стерилізацією. Національні суди задовольнили вказані вимоги та зазначили, що існуючі нормативно-правові акти не передбачають можливість у видачі пацієнту медичного свідоцтва про зміну (корекцію) статевої належності у випадку, якщо пацієнт не слідує взагалі або не повністю слідує всім рекомендаціям щодо хірургічного втручання, що не відповідає Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [5].

Маючи на меті удосконалити процедуру зміни статі в Україні, МОН запропонувало громадськості обговорити проект наказу МОЗ України «Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності та форми первинної облікової документації». У пояснювальній записці до проекту зазначалося, що транссексуалізм є рідкісною патологією статевої самосвідомості та особистісної ідентичності. На сьогодні в Україні передбачена обов'язкова хірургічна зміна (корекція) статевої належності як радикальний спосіб лікування транссексуалізму. Існуюча в Україні модель надання медичної допомоги особам з транссексуалізмом, викликала зауваження Комітету Міністрів Ради Європи у 2010 році де зазначено, що держави члени Ради Європи повинні переглянути своє законодавство для усунення вимог, що обтяжують визнання зміни статі особи. Комітет ООН з прав людини у звіті, який був оприлюднений в липні 2013 року, зазначив, що стурбований станом медичної допомоги особам з транссексуалізмом та застерігав проти обов'язкової примусової стерилізації осіб з транссексуалізмом [5].

На виконання плану заходів з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року, наведеного у додатку до розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 р. № 1393-р «Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року», наказом МОЗ України «Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності та затвердження форми первинної облікової документації й інструкції щодо її заповнення» затверджено медико-біологічні та соціально-психологічні показання для зміни (корекції) статевої належності [6].

Розглянуті вище нормативно-праві акти безумовно скеровані на реалізацію особою права на гендерну ідентичність. Втім реалізація цього права не повинна порушувати гарантовані державою права і свободи інших фізичних осіб, першочергово тих, здійснення яких перебуває у залежності від зміни правового статусу трансгендера. З огляду на те, що шлюбом у нашій державі визнається сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану, необхідно перелік підстав визнання шлюбу недійсним розширити, визначивши у ст. 39 Сімейного кодексу України недійсним також шлюб, який зареєстрований з особою, що змінює стать. Водночас важливим та складним є вирішення у правовому полі питання проживання однією сім'єю з трансгендером дітей.

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я : закон України від 19.11.1992 № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
3. Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевих належностей : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 03.02.2011 № 60 // Міністерство охорони здоров'я України : офіц. веб-сайт. URL: http://old.moz.gov.ua/ua/portal/dn_20110203_60.html (дата звернення: 11.03.2018).
4. Постанова Верховного Суду України від 14.03.2018 № К/9901/1564/18 // Центр комп'ютерних технологій. URL: http://www.cct.com.ua/2018/14.03.2018_826_16044_14.htm (дата звернення: 11.03.2018).
5. Проект наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевих належностей та затвердження форми первинної облікової документації» // Міністерство охорони здоров'я України : офіц. веб-сайт. URL: http://old.moz.gov.ua/ua/print/dn_20161003_0.html (дата звернення: 11.03.2018).
6. Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевих належностей та затвердження форми первинної облікової документації й інструкції щодо її заповнення : наказ М-ва охорони здоров'я України від 05.10.2016 № 1041 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1589-16> (дата звернення: 11.03.2018).

Одержано 19.03.2018

УДК 347.73

Анатолій Володимирович Коструба,

професор кафедри цивільного права Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, доктор юридичних наук, доцент

ДУАЛІЗМ ПРИВАТНОГО ПРАВА ФРАНЦІЇ: В ПОШУКАХ КОМПРОМІСУ

Для правової системи Франції характерний дуалізм приватного права, якому притаманна відокремленість правових норм в регулюванні торгівельної (комерційної) діяльності від норм цивільного права. Про дуалізм приватного права Франції слід говорити як про

формі внутрішнього розподілу, яка не порушує галузеву цілісність. Дуалізм як внутрішня система поділу цивільного права дозволяє враховувати особливості правового регулювання комерційних відносин. В такому разі, відповідні комерційні правовідносини не противляться цивільним, не порушують єдності цивільного права. Така група правових відносин підкреслює певний рівень їх системної диференціації в межах єдиного цивільного права.

Історично склалось, що торгівельне законодавство європейський країн виникло раніш цивільного. У Франції у 1563 року, в епоху Карла IX приймається Ордонанс про торгівлю (виданий на прохання купецтва, для того, щоб ввести в торгівельний оборот добропорядність та зменшити спори між торговцями). Далі у 1673 році приймається Торгівельний кодекс (Ордонанс про сухопутну торгівлю); в 1681 році – Морський кодекс (Ордонанс про морську торгівлю), які увійшли в історію як ордонанси Кольбера. Отже, першочергово було кодифіковано саме торгівельне законодавство. Цивільне законодавство Франції отримало кодифікацію тільки через 130 років.

Цивільний кодекс Франції 1804 року (відомий як Кодекс Наполеона) і Торгівельний кодекс 1807 року стали першими серед країн романо-германської правової сім'ї, кодифікованими актами, які системно сформували основу дуалізму цивільного і торгівельного права сучасної Європи.

Сформована в середині 16 століття правова традиція окремого правового регулювання відносин комерційного характеру, що обумовлено характером суспільно-економічної формації того часу зберегла свої риси й на сучасному етапі розвитку приватного права Франції. Природа та характер цивільних відносин і комерційних (підприємницьких) відносин об'єктивно має певну специфіку їх правового регулювання, що обумовлює використання окремих правових засобів регулювання таких відносин. Але, наведене не стільки відокремлює комерційне (підприємницьке) право від цивільного, скільки специфікує його в межах такого. Така специфікація всередині системи цивільного права Франції обумовлена однорідністю комерційного (підприємницького) права на відміну від цивільного права Франції. Комерційне право Франції регулює достатньо вузьку сферу суспільних відносин, які мають власне нормативно-правове підґрунтя, яке опосередковує таку сферу. Перш за все це відносини із спеціальним учасником – особою, яка здійснює комерційну діяльність на професійній основі. По-друге, такі відносини визначають діяльність у сфері суспільного виробництва, спрямованого на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Незважаючи на це комерційне (підприємницьке право) не може існувати поза межами цивільного. Базові фундаментальні правові категорії цивільного права Франції визначають основні засади комерційного (підприємницького) права. Основні положення речового права, зобов'язального права комерційне право Франції черпає з цивільного. В цьому полягає діалектична єдність цивільного права Франції із комерційним правом.

Позитивним моментом, що має стати прикладом нормопроєктування для вітчизняного законодавця є відхід від декларативного нормування комерційних відносин в бік системного поєднання розрізнених нормативно-правових актів спеціально-правового характеру. Так, якщо ми ідемо шляхом ганебної декодифікації господарських правовідносин, Франція навпаки, посилює рівень «кодифікаційності» комерційних відносин.

Прийнятий 15 вересня 1807 року Комерційний кодекс Франції, який містив в собі 648 статей та поєднав в собі всі діючі на той час нормативні положення, що регулюють торгівлю поступово вичерпав себе. В ситуації нормативної невизначеності почався процес

активної декодифікації комерційного права Франції, в результаті чого певні титули були вилучені з кодексу та отримали самостійне правове регулювання в правовій системі Франції. Питання підприємницької діяльності, які вимагали свого впорядкування отримала правове регулювання вже не шляхом вдосконалення існуючого кодифікованого акту, а шляхом прийняття з цього приводу автономних актів законодавства. Цей процес тривав майже 50 років (з 1909 року по 1953 рік). До 2000 року діюча частина його нормативних положень не перевищувала 150 статей. В такій схожості Комерційний кодекс Франції 1807 року нагадує Господарський кодекс України – 2018. Нарешті Комерційний кодекс Франції у 2000 році втратив чинність.

На сьогодні в державі діє Комерційний кодекс 2000 року (*Code de commerce*). Структурно він складається із *законодавчої частини*, яка затверджена Ордонансом уряду Франції від 18 вересня 2000 року № 2000-918 та *регуляторної частини*, яка уточнює, розвиває та доповнює законодавчу частину як форма забезпечення її належного застосування (введена в дію Декретом уряду від 25.03.2007 року № 2007-431). Крім того Комерційний кодекс Франції містить в собі узагальнення правових норм, дія яких зупинена. Сумарно цей кодифікований акт включають в себе 9 книг які об'єднують майже 1976 статей. Ці статті розподілені за титулами і главами відповідно до предмету правового регулювання того чи іншого виду суспільних відносин, які виникають в комерційній діяльності і які регулюються Комерційним кодексом Франції. Не зважаючи на це, діалектична єдність комерційного (підприємницького) права і цивільного права Франції синергетична пов'язує два кодифікованих правових акту.

В першій книзі Комерційного кодексу Франції «Про комерцію в цілому» розкриваються основні положення про комерційну діяльність, визначається правовий статус комерсанта, наводяться їх права та обов'язки. В законі розкривається поняття комерційного акту, під яким розуміється будь-яка купівля рухомого чи нерухомого майна з метою його перепродажу, підприємницькі операції по виробництву товарів, його постачанню, наданню агентських послуг, валютних банківських чи брокерських операцій тощо. Комерсантом визначається особа, яка здійснює комерційні акти в порядку звичайної професійної діяльності. При цьому, нею може бути як фізична особа так й комерційні товариства, інші юридичні особи, а також іноземці.

Друга книга «Про комерційні товариства» присвячена комерційним юридичним особам. В книзі надається загальна характеристика комерційним юридичним особам. Розглядаються відповідні організаційно-правові форми, поширеними серед яких є повне товариство, прості командитні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, акціонерні організації (акціонерне товариства, акціонерне командитне товариства та спрощене акціонерне товариство).

В цілому структура титулу аутентична структурі норм національного законодавства України, а саме Закону України «Про акціонерні товариства», Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю».

Окремий титул другої книги Комерційного кодексу Франції присвячений питанню кримінальної відповідальності за порушення регламенту корпоративного управління комерційного товариства. В загалом титул містить в собі понад 30 складів злочинів в сфері діяльності комерційних товариств, відповідальність за вчинення яких покладається не тільки безпосередньо на керівника, але й на інших посадових осіб, зокрема головного бухгалтера.

Книга третя Комерційного кодексу Франції містить в собі положення про ексклюзивні умови продажу. В книзі отримали правову регламентацію нетипові види відчуження, такі

як ліквідаційний продаж, складський продаж, розпродав а продав товарів у фірмових магазинах. Необхідність законодавчого закріплення таких видів продажу обумовлено потребою забезпечити захист прав споживачів які стають активними учасниками такої діяльності.

Кодексом також визначається порядок продажу товарів з публічних торгів. З урахуванням специфіки торгівельної діяльності такого типу, цілком розумним є встановлення обмежень в її проведенні виключно спеціалізованими організаціями, якими виступають товариство добровільного продажу рухомого майна з публічних торгів.

Підприємницький характер відносин, які регулюються Комерційним кодексом Франції передбачає кодифікацію антимонopolного законодавства та законодавства про економічну концентрацію, чому присвячена четверта книга кодексу. Відповідний розділ містить в собі регламентацію антиконкурентних дій, умов економічної концентрації, закріплює положення антимонopolної ради, її правове положення та процедуру розгляду відповідних справ та оскарження рішень антимонopolної ради.

В національній правовій системі України питанню захисту конкуренції у підприємницької діяльності та у сфері державних закупівель присвячена низка законодавчих актів, серед яких Закон України «Про Антимонopolний комітет України» від 26.11.1993 року № 3659-XII, Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 року № 2210-III, Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 року № 236/96-ВР та Закон України «Про природні монополії» від 20.04.2000 року № 1682-III та Господарський кодекс України. Отже, як бачимо наведене питання не отримало свого систематизованого вирішення у відповідній кодифікованій формі. Так Господарський кодекс України містить в собі певні декларативні норми щодо обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції. Їм присвячено 17 статей кодексу із 418, в той час, як сумарна кількість статей наведених спеціальних законодавчих актів дорівнює 157. Головні засади забезпечення конкурентних відносин регламентовані численними нормативно-правовими актами. Тому досвід законодавчої техніки Франції в цьому аспекті є показовим.

Комерційний кодекс Франції містить в собі положення, які визначають види антиконкурентних дій, характер операцій, які призводять до концентрації, дії які обмежують конкуренцію, інші заборонені дії, а також заходи забезпечення прозорості діяльності.

П'ята книга Комерційного кодексу Франції складається з двох титулів та присвячена правовому регулюванню обігу комерційних цінних паперів та видам забезпечення комерційних зобов'язань. Слід зазначити, що законодавство Франції в цьому контексті достатньо уніфіковано з відповідними міжнародними актами, зокрема Конвенцією, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та про прості векселі.

В якості забезпечення зобов'язань Комерційний кодекс Франції розглядає комерційну заставу в яку можуть бути передані обігові заставні білети приписного товарного складу (варант, складські квитанції), готелю (готельні варанти), оператору, володільцю запасів сировини та нафтопродуктів, власнику інструментів та професійного капітального обладнання. Заставні документи видаються в комерційному суду, на території якого знаходиться забезпечене майно. Наведеним способом забезпечення виконання цивільних зобов'язань не вичерпується їх перелік. Цивільний кодекс Франції розглядає такі види як порука, іпотека, заклад (застава рухомого майна), антихреза (застава нерухомого майна), але в комерційному обороті поширеним є саме застава. Наведений приклад є яскравим підтвердженням взаємодоповненості нормативних положень двох актів кодифікації.

Шоста книга Комерційного кодексу Франції присвячена правовому регулюванню відновлення платоспроможності товариства та конкурсному процесу. З початку шоста книга кодексу «Про труднощі підприємств» була результатом кодифікації двох законодавчих актів: Закон від 01.03.1984 року № 84–148 про попередження і дружнє врегулювання фінансово-економічних труднощів підприємства та Закон від 25.01.1985 року № 85–98 про відновлення платоспроможності та ліквідацію майна в судовому порядку. В подальшому, Законом від 26.07.2005 року № 2005-845 шоста книга викладена в новій редакції, що дозволило, за посередництвом процедури кодифікації, включити до Комерційного кодексу Франції нові правила, пов'язані із відновленням платоспроможності боржника. Серед особливостей конкурсної процедури, на що слід звернути увагу, є можливість проведення примирительної процедури під час якої примиритель (особа призначена судом) сприяє укладанню між боржником та кредитором «дружніх угод» мета яких полягає в усуненні труднощів економічного характеру.

У разі наявності ускладнень фінансового характеру боржник має право ініціювати перед комерційним судом застосування до нього запобіжної процедури, мета якої полегшити можливість реорганізації підприємства. Такому підприємству встановлюється період нагляду за управлінням боржником та надання допомоги в виведенні підприємства з такого стану, який здійснюється судовим керуючим

За відсутності фінансових ресурсів для погашення простроченої заборгованості боржник може звернутися до суду для відновлення його платоспроможності в судовому порядку. Нemoжливiсть санації підприємства призводить до процедури ліквідації майна в судовому порядку. Характерною рисою процесу відновлення платоспроможності та ліквідації боржника є нормативно встановлене ініціювання судової процедури безпосередньо боржником, в той час як українське спеціальне законодавство надає також можливості ініціювання цієї процедури кредитором.

Ордонансом від 08 червня 2006 року № 2006-673 до Комерційного кодексу Франції включена сьома книга, яка присвячена організації діяльності торговельно-промислових палат та діяльності комерційних судів. Книгою вдосконалено порядок організацій діяльності торговельно-промислових палат. В цій книзі також встановлюється компетенція таких комерційних судів, порядок їх формування, обрання керівного складу. Визначається підсудність комерційних судів, встановлюються адміністративні засади його діяльності.

Книга восьма містить в собі положення про регламентовані професії, які використовують кодекс в процесі регулювання комерційної діяльності. Нарешті, дев'ята книга містить в собі спеціальні застереження стосовно п'яти заморських територій Франції: а) Сан-П'єр і Мікелон; б) Майотта; в) Нова Каледонія; г) Французька Полінезія та д) острова Волліс і Футуна.

Наведе яскраво свідчить що сучасна правова система Франції перебуває під впливом тектонічних зломів які відбуваються в Європі. Приватне право Франції не є замкнутою системою. Отже економічна інтеграція не може успішно розвиватися без належної правової основи, чим стає комунітарне право Європейського союзу. Не зважаючи на те, що в складі Європейського союзу налічує 28 держав, доцентровою силою, яка формує інституціональні скрепи комунітарної правової системи є Франція і Німеччина. Наведене обумовило активізацію процесів реформування законодавства цієї країни. Синергетичний вплив обох держав на розвиток сучасного європейського праворозуміння вимагає поступового зближення двох інституціональних систем правового регулювання суспільних відносин. Вказаний процес об'єктивно вимагає реформування законодавства двох країн,

приведення їх до потреб тих процесів економічної інтеграції, що відбуваються в Європейському товаристві. Сфера комерційного права Франції позбувається інертності.

З іншого боку, слід визнати що дуалізм приватного права Франції не є руйнуючою силою ні для цивільного права ні для комерційного. Розумна інтегративність положень Комерційного кодексу та Цивільного кодексу Франції дозволяє ефективно регулювати відповідні відносини не створюючи штучних перешкод в їх розвитку.

Одержано 11.04.2018

УДК 347.1

Олексій Олександрович Кот,

*старший науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
керуючий партнер ЮФ «Антіка», доктор юридичних наук*

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВАМИ ЗА НОВИМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ КОДЕКСАМИ

Традиційним для процесуального законодавства є закріплення позитивного обов'язку учасників судового процесу та їхніх представників добросовісно користуватися процесуальними правами.

Специфіка цього явища полягає у тому, що воно існує в межах судового процесу, тобто має визначену процесуальну форму. Незважаючи на принципи диспозитивності та змагальності, особливу роль суду виключно як арбітра між двома сторонами спору, приватні процесуальні відносини значно обтяжені публічним елементом. У зв'язку з цим особливої ваги набувають чіткість та повнота їх нормативно-правового регулювання нормами відповідного галузевого законодавства України. Тобто важливим є всебічне врегулювання процедури надання судового захисту.

Одна з практичних проблем, пов'язаних із недобросовісним здійсненням процесуальних прав, полягає в необхідності забезпечення належних заходів реагування суду на відповідні дії учасника судового процесу. Водночас оскільки перед судом в першу чергу постає питання кваліфікації дій учасника процесу як зловживання процесуальним правом, а вже згодом про застосування заходів реагування, доцільно проаналізувати ситуацію саме у такій послідовності.

Відповідні норми містяться і у нових процесуальних кодексах, які набрали чинності одночасно із початком роботи нового Верховного Суду – 15.12.2017 року. Зловживання процесуальними правами не допускається, і про це прямо зазначено у новому ЦПК, ГПК та КАС України.

На практиці завжди виникали два основних запитання, на які мав відповісти суддя: чи є підстави для кваліфікації дій сторони в якості зловживання правом та яким чином реагувати на такі дії сторони або її представника?

Нові кодекси містять якщо не вичерпну відповідь на це запитання, то принаймні напруги для пошуку такої відповіді.

Залежно від конкретних обставин суд може визнати зловживанням процесуальними правами дії, що суперечать завданню судочинства, зокрема:

1) подання скарги на судове рішення, яке не підлягає оскарженню, не є чинним або дія якого закінчилася (вичерпана), подання клопотання (заяви) для вирішення питання, яке вже вирішено судом, за відсутності інших підстав або нових обставин, заявлення завідомо безпідставного відводу або вчинення інших аналогічних дій, що спрямовані на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи чи виконання судового рішення;

2) подання декількох позовів до одного й того самого відповідача (відповідачів) з тим самим предметом та з тих самих підстав, або подання декількох позовів з аналогічним предметом і з аналогічних підстав, або вчинення інших дій, метою яких є маніпуляція автоматизованим розподілом справ між суддями;

3) подання завідомо безпідставного позову, позову за відсутності предмета спору або у спорі, який має очевидно штучний характер;

4) необґрунтоване або штучне об'єднання позовних вимог з метою зміни підсудності справи або завідомо безпідставне залучення особи як відповідача (співвідповідача) з тією самою метою;

5) укладення мирової угоди, спрямованої на шкоду правам третіх осіб, умисне неповідомлення про осіб, які мають бути залучені до участі у справі.

Якщо подання скарги, заяви, клопотання визнаються зловживанням процесуальними правами, суд з урахуванням обставин справи має право залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання.

Суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. У випадку зловживання процесуальними правами учасником судового процесу суд застосовує до нього заходи, визначені цим Кодексом.

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.

Якщо позов має ознаки завідомо безпідставного або інші ознаки зловживання правом на позов, суд має право, за клопотанням відповідача, зобов'язати позивача внести на депозитний рахунок суду грошову суму для забезпечення можливого відшкодування майбутніх витрат відповідача на професійну правничу допомогу та інших витрат, які має понести відповідач у зв'язку із розглядом справи (забезпечення витрат на професійну правничу допомогу).

У випадку зловживання стороною чи її представником процесуальними правами або якщо спір виник внаслідок неправильних дій сторони, суд має право покласти на таку сторону судові витрати повністю або частково незалежно від результатів вирішення спору.

Санкції, передбачені ЦПК, КАС України

Суд може постановити ухвалу про стягнення в дохід Державного бюджету України з відповідної особи штрафу у сумі від 0,3 до 3 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб у випадках зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинства.

Суд може постановити ухвалу про стягнення в дохід Державного бюджету України з відповідної особи штрафу у сумі від 1 до десяти 10 прожиткового мінімуму для працездатних осіб у випадках неодноразового зловживання процесуальними правами.

Санкції, передбачені ГПК України

Суд може постановити ухвалу про стягнення в дохід Державного бюджету з відповідної особи штрафу у сумі від 1 до 10 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних

осіб у випадках зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинству.

У випадку повторного чи систематичного невиконання процесуальних обов'язків, повторного чи неодноразового зловживання процесуальними правами, повторного чи систематичного неподання витребуваних судом доказів без поважних причин або без їх повідомлення, триваючого невиконання ухвали про забезпечення позову або доказів суд, з урахуванням конкретних обставин, стягує в дохід державного бюджету з відповідного учасника судового процесу або відповідної іншої особи штраф у сумі від 5 до п'ятдесяти 50 прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Викладене дає підстави сподіватись на те, що нові законодавчі інструменти, надані суду для боротьби із зловживанням процесуальними правами дозволять підвищити ефективність судового захисту та якість судочинства в цілому. Безперечно, необхідною передумовою для цього є правильне та відповідальне застосування судом передбачених законодавством процесуальних санкцій.

Одержано 23.03.2018

УДК 347.61/64

Лариса Василівна Красицька,

професор кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9187-4445>

ПРОГАЛИНИ У РЕГУЛЮВАННІ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

З часу прийняття Сімейного кодексу України від 10.01.2002 р. (далі – СК України) вже минуло більше п'ятнадцяти років. Сімейний кодекс України істотно відрізняється засадами правового регулювання сімейних відносин від аналогічних кодифікованих актів на пострадянському просторі. Багато новел сімейно-правового регулювання сприйнято практикою застосування, не є «мертвими» нормами, зокрема положення щодо визначення майнових правовідносин між жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі; щодо сепарації (режиму окремого проживання подружжя); щодо обов'язку батьків утримувати повнолітніх дочку, сина, які продовжують навчання; щодо усиновлення повнолітньої особи тощо. Зазначені положення є прогресивними, можна сказати, що на час прийняття СК України, якоюсь мірою були «революційними» для суспільства того часу з пострадянською ментальністю.

У той же час, варто відзначити, що при прийнятті СК України ряд важливих суспільних відносин не знайшли свого правового регулювання у кодифікованому акті (наприклад, визначення правового режиму майна дружини та чоловіка щодо приватизованих житлових приміщень, приватизованих земельних ділянок; визначення правового режиму майна приватного підприємства, сформованого за рахунок спільної сумісної власності подружжя тощо). Крім того, стрімкий розвиток суспільства призводить до запровадження новітніх технологій, виникають суспільні відносини, які потребують свого правового «обарвлення». Майже п'ятнадцятирічний досвід правозастосовної практики також продемонстрував

наявність прогалин у регулюванні сімейних відносин, які на сьогодні долаються шляхом застосування аналогії закону, хоча, безумовно, кращим способом подолання таких прогалин у праві є нормотворчість. Зупинимося більш ретельно на деяких суспільних відносинах, які на сьогодні не врегульовані сімейним правом України, і потребують сімейно-правового регулювання.

1. Безумовно, в першу чергу, необхідно ретельно на рівні СК України врегулювати такі суспільні відносини, які умовно можна назвати «Сімейні правовідносини і бізнес». Досить часто на сьогодні можна зустрітися з такими запитаннями пересічних громадян: як захистити свій власний бізнес у разі розірвання шлюбу, поділу майна подружжя, смерті особи, які права у дитини при спадкуванні акцій, часток у статутному капіталі ТОВ тощо. Видається, що це не зовсім пов'язані між собою проблеми повсякденного життя, проте це враження зникає, коли стикаєшся з такою життєвою ситуацією, більш ретельно вивчаєш ці питання, судову практику, яка, на жаль, містить різноманітні підходи до права подружжя на поділ майна, що є вкладом учасника господарського товариства, до визначення правового режиму майна фізичної особи – підприємця тощо. Як вірно зазначала І. В. Жилинкова, підприємницьке законодавство створено без врахування тих обставин, що підприємець, засновник юридичної особи є людиною, у якої можуть бути сім'я, діти, родичі, з якими його пов'язують різноманітні, у тому числі й майнові відносини [1, с. 203]. Можна продовжити цю думку, оскільки й сімейне законодавство України створено без урахування того, що член сім'ї може займатися підприємницькою діяльністю, може бути засновником юридичної особи, та й до основних об'єктів права спільної сумісної власності подружжя належать не тільки заробітна плата, пенсія, стипендія. На сьогодні правозастосовна практика для вирішення ряду проблемних питань у сфері «Сімейні правовідносини і бізнес» обґрунтовує свою позицію, посилаючись на Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19.09.2012 р. № 17-рп/2012, враховуючи положення постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 р. № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя».

2. Потребують більш чіткого врегулювання відносини, які умовно можна назвати «Сімейні правовідносини і кредитні зобов'язання подружжя». Так, розглядаючи спір подружжя про поділ спільного майна подружжя, до складу якого входило й майно, придбане за рахунок кредитних коштів, одержаних одним із подружжя за укладеним ним кредитним договором, Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 19 червня 2013 р. розглянув справу № 6-55 цс 13 і зробив правовий висновок, відповідно до якого договір, укладений одним із подружжя, створює обов'язки для другого з подружжя в разі, якщо його укладено в інтересах сім'ї, а одержане за цим договором майно фактично використано на задоволення потреб сім'ї. Договір, укладений одним із подружжя, за яким майно використане не на задоволення потреб сім'ї, а на інші потреби, не створює обов'язків для іншого з подружжя.

Отже, в тих випадках, коли кредитний договір укладено в інтересах сім'ї, то майно, набуте за кошти, одержані за таким кредитним договором, є об'єктом права спільної сумісної власності. Відповідно, у другого з подружжя виникають обов'язки щодо повернення кредиту. У зв'язку з чим виникають питання, чи відбувається у такій ситуації заміна боржника у зобов'язанні, якщо кредитне зобов'язання ще не виконано повністю одним із подружжя;

як бути, якщо фінансова установа (кредитодавець) проти заміни боржника у зобов'язанні; як оформити такі відносини між подружжям і фінансовою установою (кредитодавцем) тощо.

3. Частина 3 ст. 293 ЦПК України передбачає, що у порядку окремого провадження розглядається справа за заявою будь-кого з подружжя, якщо один з нього засуджений до позбавлення волі. Відповідно до абз. 2 ч. 4 ст. 294 ЦПК України справа про розірвання шлюбу за заявою особи, засудженої до позбавлення волі, може бути розглянута судом за участю представника такої особи. Також необхідно відзначити, що пункт 15 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 р. № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» передбачає, що сімейне законодавство не передбачає можливості розірвання шлюбу представником одного з подружжя або їх обох за довіреністю останніх, а правила ЦК про представництво, довіреність і доручення на ці правовідносини не поширюються. Варто на рівні СК України визначити чітку позицію законодавця щодо розірвання шлюбу за заявою особи, засудженої до позбавлення волі, та визначити відносини, коли не допускається представництво у сімейному праві.

4. Певні прогалини існують і в правовому регулюванні відносин щодо визначення походження дитини, яка народжена сурогатною матір'ю, коли замовником був одинокий чоловік. Крім того, є підстави наполягати на тому, що ст. 135 СК України потребує змін. По-перше, з абзацу першого ст. 135 СК України необхідно виключити слова «заяви батька», оскільки подачу такої заяви було передбачено ст. 127 СК України, яку виключено з СК України на підставі Закону України від 01.07.2010 р. «Про державну реєстрацію актів цивільного стану». По-друге, вже відомі випадки народження дитини сурогатною матір'ю і передачі її батькові, який не перебуває у шлюбі. Відповідно до п. 6.11 Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затв. наказом МОЗ України від 09.09.2013 р. № 787, для проведення сурогатного материнства необхідна нотаріально засвідчена копія письмового спільного договору між сурогатною матір'ю та жінкою (чоловіком) або подружжям. Отже, законодавство України дозволяє одиноким чоловікам бути стороною договору про сурогатне материнство. Проте СК України не врегульовано порядок визначення походження такої дитини від матері і батька, якщо батько дитини не перебуває у шлюбі і дитина народжена внаслідок застосування допоміжних репродуктивних технологій. У зв'язку з чим пропонується ст. 135 СК України доповнити частиною третьою у такій редакції: «3. Якщо батько дитини не перебуває у шлюбі, і дитина народжена в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій за допомогою сурогатного материнства, запис про батька дитини у Книзі реєстрації народжень провадиться за його заявою з наданням нотаріально засвідченої копії письмового договору між ним та сурогатною матір'ю. Запис про матір дитини у Книзі реєстрації народжень провадиться за прізвищем та громадянством батька, а ім'я та по батькові матері дитини записуються за його вказівкою».

5. Поширеними у судовій практиці є спори про зміну розміру аліментів за позовом платника або одержувача аліментів у разі зміни матеріального або сімейного стану, погіршення або поліпшення здоров'я когось із них та в інших випадках, передбачених СК України. Варто зазначити, що відносини щодо: зміни розміру аліментів, що стягуються на утримання одного з подружжя, врегульовані ч. 3 ст. 80 СК України; зміни розміру аліментів, що стягуються на утримання дитини до досягнення нею повноліття, врегульовані ст. 192 СК України; зміни розміру аліментів, що стягуються з батьків на утримання їх повнолітніх дітей, врегульовані ст. 201 СК України; зміни розміру аліментів, що стягуються з інших членів сім'ї та родичів на дітей і непрацездатних повнолітніх осіб, які потребують

матеріальної допомоги, врегульовані ст. 273 СК України. Проте залишилися не врегульованими законодавством відносини щодо зміни розміру аліментів, що стягуються з повнолітніх дочки, сина на утримання їх непрацездатних батьків, які потребують матеріальної допомоги.

У межах цього дослідження акцентовано увагу лише на деяких прогалинах у сімейному праві, які потребують подолання.

Список бібліографічних посилань

1. Жилинкова І. В. Право собственности супругов. Харьков : Ксилон, 1997. 236 с.

Одержано 18.03.2018

УДК 347.91

Володимир Андрійович Кройтор,

професор кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

професор, кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1849-5721>

ІСНУВАННЯ ПОМІРНОГО СУДОВОГО ЗБОРУ ЯК ГАРАНТІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ В АСПЕКТІ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

1. Судові витрати визначають фактичну доступність звернення в суд за судовим захистом, а відповідно, можливість захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів в порядку цивільного судочинства [1, с. 7]. Залежно від призначення судові витрати поділяються на дві групи: 1) судовий збір та 2) витрати, пов'язані із розглядом справи. Судовий збір – збір, що справляється на всій території України за подання заяв, скарг до суду, за видачу судами документів, а також у разі ухвалення окремих судових рішень, передбачених цим Законом. Ставки судового збору визначаються Законом України «Про судовий збір». Так, зокрема, ставка судового збору за подання позовної заяви залежить від характеру позовних вимог (майновий або немайновий). Якщо позов є майновим, ставка судового збору визначається у відсотковому відношенні до ціни позову (1 відсоток ціни позову, але не менше 0,4 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб та не більше 5 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб для позивача – фізичної особи чи фізичної особи-підприємця і 1,5 відсотка ціни позову, але не менше 1 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб і не більше 350 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб для позивача – юридичної особи. Стосовно немайнових позовів встановлюються фіксовані ставки судового збору – 1 розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб для позивача – юридичної особи чи фізичної особи-підприємця та 0,4 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб для позивача – фізичної особи.

Законом України «Про судовий збір» (ч. 2 ст. 3) встановлюються також, що судовий збір не справляється за подання: 1) заяви про перегляд Верховним Судом України судового рішення у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи

судом; 2) заяви про скасування судового наказу; 3) заяви про зміну чи встановлення способу, порядку і строку виконання судового рішення; 4) заяви про поворот виконання судового рішення; 5) заяви про винесення додаткового судового рішення; 6) заяви про розірвання шлюбу з особою, визнаною в установленому законом порядку безвісно відсутньою та ін. Окрім цього, суд, враховуючи майновий стан сторони, може своєю ухвалою відстрочити або розстрочити сплату судового збору на визначений строк у порядку, передбаченому законом, але не більше як до ухвалення судового рішення у справі (ст. 136 ЦПК України).

2. Відповідно до ч. 2 ст. 79 ЦПК України, ч. 2 ст. 87 КАС України, ч. 2 ГПК України розмір судового збору, порядок його сплати, повернення і звільнення від сплати встановлюються законом. Судовий збір, як складова частина судових витрат, виконує компенсаційну, превентивну і соціальну функцію. Компенсаційна функція полягає у відшкодуванні коштів, витрачених державою на здійснення правосуддя, а також коштів, витрачених особами, що звертаються до суду або вчиняють певні процесуальні дії. Превентивна функція полягає в попередженні необґрунтованих звернень до судів, у забезпеченні виконання юридично зацікавленими в результаті справи особами своїх процесуальних обов'язків. Соціальна функція проявляється в тому, що судові витрати покликані забезпечити фактичну доступність до правосуддя [1; 2; 3; 4]. Як вірно зазначив М. В. Селіванов, що якщо компенсаційна функція судового збору лежить за межами судового процесу, то від виконання превентивної та соціальної функції судового збору безпосередньо залежить виникнення та розвиток судового процесу [5].

3. Європейський суд з прав людини у рішенні по «Справа «Креуз проти Польщі» (Case of Kreuz v. Poland)» від 19.06.2001 року окремо наголосив, що «характеристики судового провадження, як справедливості, відкритості та невідкладності, насправді не мають жодної цінності, якщо таке провадження передусім не порушено. І в цивільних справах напевно чи можна уявити верховенство права без можливості мати доступ до суду» [6].

Проте Європейський суд з прав людини вважає, що положення пункту 1 статті 6 про виконання зобов'язання забезпечити ефективне право доступу до суду не означає просто відсутність втручання, але й може вимагати вчинення позитивних дій у різноманітних формах з боку держави; не означає воно й беззастережного права на отримання безкоштовної правової допомоги з боку держави у цивільних справах і так само це положення не означає надання права на безкоштовні провадження у цивільних справах (Рішення Європейського суду з прав людини «Справа Ейрі» від 09.10.1979 року) [7].

Конституційний Суд України у рішенні «У справі за конституційним зверненням асоціації «Дім авторів музики в Україні» щодо офіційного тлумачення положень пункту 7 частини першої статті 5 Закону України «Про судовий збір» у взаємозв'язку з положеннями пункту «г» частини першої статті 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права» № 12-рп/2013 від 28.11.2013 року [8], вказав – гарантією реалізації права на судовий захист в аспекті доступу до правосуддя є встановлення законом помірною судового збору для осіб, які звертаються до суду. Це відповідає Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя, від 14.05.1981 року N R (81) 7: «В тій мірі, в якій судові витрати становлять явну перешкоду доступові до правосуддя, їх треба, якщо це можливо, скоротити або скасувати» (підпункт 12 пункту D) [9].

4. Звідси випливає, що «право на суд» не є абсолютним. Право на доступ до суду за самою своєю природою потребує регулювання з боку держави та з боку держави може бути піддане обмеженням, зокрема шляхом встановлення помірною судового збору. Існує нерозривний зв'язок між сплатою судового збору з виникненням та розвитком судового

процесу. Рішення Європейського суду з прав людини, з приводу положень законів про судовий збір в контексті права на судовий розгляд, визначають існування помірною судового збору як гарантії реалізації права на судовий захист в аспекті доступу до правосуддя.

Список бібліографічних посилань

1. Бородин М., Кройтор В. Судебные и арбитражные расходы. Харьков : Бизнес Информ, 1997. 124 с.
2. Богля Степан Степанович. Судові витрати в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2005. 20 с.
3. Глущенко Людмила Григорівна. Судові витрати в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя, 2011. 20 с.
4. Богомол Оксана Володимирівна. Судові витрати у господарському судочинстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2014. 20 с.
5. Селіванов М. В. Відстрочення та розстрочення сплати судового збору. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право»*. 2015. Вип. 20. С. 176–170.
6. Справа «Креуз проти Польщі» = Case of Kreuz v. Poland : від 19.06.2001 року // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_030 (дата звернення: 13.03.2018).
7. Справа «Ейрі (1)» від 09 жовтня 1979 року : рішення Європейського суду з прав людини // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_332 (дата звернення: 13.03.2018).
8. Рішення Конституційного Суду України «У справі за конституційним зверненням асоціації «Дім авторів музики в Україні» щодо офіційного тлумачення положень пункту 7 частини першої статті 5 Закону України «Про судовий збір» у взаємозв'язку з положеннями пункту «г» частини першої статті 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права» : рішення Конституційного Суду України від 28.11.2013 № 12-пн/2013 // БД «Законодавство України» / ВР України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-13> (дата звернення: 13.03.2018).
9. Рекомендація № R(81)7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя : від 14.05.1981 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_133 (дата звернення: 13.03.2018).

Одержано 17.03.2018

УДК 346.24

Віталій Михайлович Махінчук,

провідний науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук

ПРО ОСНОВНІ ЗАХОДИ ЩОДО ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ДЕРЖАВНОГО СЕКТОРУ ЕКОНОМІКИ

Реформа управління державними підприємствами реалізується відповідно до положень Стратегії підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки (далі – Стратегія), що схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України № 662-р від 27.05.2015 р. [1].

Так, основною метою реформи є підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки, що буде досягнута шляхом: – посилення бюджетного нагляду; – розроблення основних засад державної політики управління суб'єктами господарювання (політика власності); – удосконалення корпоративного управління суб'єктами господарювання; – реструктуризації та реорганізації суб'єктів господарювання, а також прозорого та комплексного процесу приватизації.

Відповідно до Стратегії, основними заходами щодо підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки є:

- розроблення і впровадження основних засад політики власності, яка передбачає заходи щодо поліпшення корпоративного управління суб'єктами господарювання та чіткого розмежування функцій держави з управління об'єктами державної власності та регулювання ринку;

- посилення бюджетного нагляду за суб'єктами господарювання шляхом впровадження методології оцінки фінансових ризиків, пов'язаних з діяльністю суб'єктів господарювання.

Вбачається, що у результаті проведення відповідної реформи буде досягнуто таких найбільш важливих результатів: – забезпечення рівних умов діяльності на ринках, де суб'єкти господарювання конкурують з приватними компаніями, а отже, збільшення мотивації суб'єктів господарювання до підвищення своєї ефективності; – підвищення рівня прозорості та підзвітності суб'єктів господарювання для забезпечення відповідального і раціонального використання об'єктів державної власності; – поліпшення фінансових результатів діяльності суб'єктів господарювання і, як результат, – збільшення доходів державного бюджету; – підвищення якості послуг, що надаються суб'єктами господарювання населенню; – досягнення позитивного впливу на національну економіку, бізнес-середовище та інвестиційний клімат.

Таким чином, в контексті зазначеного слід додати, що аналіз положень Стратегії підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки дозволяє виокремити та визначити зміст таких основних заходів:

1. Визначення чітких цілей діяльності ДП, які виступають передумовою результативної та ефективної діяльності.

2. Посилення бюджетного нагляду, що включає: визначення чіткої процедури проведення оцінки фінансових ризиків; розвиток системи моніторингу фінансових ризиків та звітності; аналіз процесу підготовки та виконання фінансових планів суб'єктів господарювання; визначення основних перешкод, а також надання рекомендацій щодо поліпшення процесу підготовки таких планів з метою вдосконалення управління фінансовими ризиками.

3. Запровадження політики власності, яка передбачає визначення мети і принципів управління суб'єктами господарювання, коротко-, середньо- та довгострокових цілей, стратегії, механізмів, які необхідно застосувати для досягнення таких цілей.

4. Розвиток корпоративного управління шляхом: корпоратизації; створення наглядових рад та інституту незалежних директорів, які повинні здійснювати ефективний нагляд за діяльністю відповідних суб'єктів господарювання.

5. Узгодження інтересів керівництва та власників суб'єктів господарювання шляхом відкритого і прозорого процесу відбору та призначення керівників та впровадження належних програм оплати праці керівництва суб'єкта господарювання; залучення

висококваліфікованих управлінців із відповідним рівнем оплати їх праці, який повинен відповідати ринковому рівню.

6. Реструктуризація, процес якої включає: визначення підходів до реструктуризації деяких ДП, аналіз наявних суб'єктів господарювання з метою визначення подальших перспектив їх діяльності, зміна операційної діяльності та структури збиткових і неперспективних ДП; підготовка детальних планів реструктуризації суб'єктів господарювання, з якими пов'язані найбільші фінансові ризики.

7. Приватизація метою якої є підвищення соціально-економічної ефективності ДП, сприяння розвитку конкуренції та ін.

8. Підвищення рівня прозорості, яке досягатиметься посиленням вимог до: розкриття інформації суб'єктами господарювання; проведення аудиту фінансової звітності суб'єктів господарювання незалежними аудиторами.

Крім того, Стратегія визначає, що до заходів, які необхідно вжити для підвищення прозорості та відповідальності, належить опублікування суб'єктами господарювання на власних веб-сайтах такої інформації, яка не може бути віднесена до інформації з обмеженим доступом: річної та квартальної фінансової звітності за останні три роки; річних аудиторських звітів за останні три роки; резюме керівника та членів наглядової ради; річних звітів наглядової ради; рішень загальних зборів акціонерів (або органу управління для унітарних підприємств); списку посередників, що мають річну вартість укладених протягом одного року із суб'єктами господарювання контрактів більше ніж на 1 млн гривень, яка визначається як загальна сума правочинів (продаж та/або закупівля).

9. Удосконалення процедури нагляду та управління іншими державними активами (у тому числі нерухомістю, якою управляють органи виконавчої влади), через інвентаризацію інших державних активів та можливість централізації управління найбільшими об'єктами нерухомості.

Отже, підвищення ефективності діяльності державних підприємств є складним і комплексним процесом, який може здійснюватись за різними напрямками, реалізація яких залежить від багатьох факторів, основним з яких є вчасне та успішне виконання Плану заходів з реалізації Стратегії підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки.

При цьому, слід враховувати й те, що одним із ключових моментів є розуміння того, що результативна та конкурентноспроможна діяльність державних підприємств залежить від ефективності реалізації реформи управління державною власністю.

Список бібліографічних посилань

1. Про схвалення Стратегії підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 27.05.2015 № 662-р // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/662-2015-p> (дата звернення: 28.02.2018).

Одержано 15.03.2018

Мар'яна Дмитрівна Пленюк,

*старший науковий співробітник, завідувач сектору проблем
договірного права Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії
правових наук України, доктор юридичних наук*

ПРИНЦИП ЕКОНОМІЧНОСТІ ТА СПІВРОБІТНИЦТВА (ВЗАЄМОДІЇ) СТОРІН У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Спрямування цивільного права до природно-правового характеру регулювання, визнання людини повноцінним автономним учасником цивільних правовідносин тягнуть за собою й інтерес до зобов'язальних правовідносин.

Відомо, що зобов'язальне право за своїм значенням у системі цивільно-правових норм, і за обсягом правового матеріалу виходить далеко за межі звичних уявлень про правовий інститут і фактично являє собою структуровану підсистему, підгалузь цивільно-го права.

На відміну від інших правових норм, зобов'язальне право, що регулює оборот матеріальних благ, цивільних прав і суб'єктивних обов'язків у суспільстві, найменше зазнало істотних змін у процесі кодифікації. Це можливо пояснити лише тим, що витримавши перевірку часом, найважливіші положення загального характеру здатні виконувати свою регуляторну та захисну функцію і в нинішніх реаліях ринкових відносин.

Без сумнівів у процесі кодифікації багато норм зазнали істотних змін. Адже в чинному ЦК України містяться чимало нових положень, які свідчать про розширення сфери правового регулювання цивільного права в зобов'язальних правовідносинах. Серед таких: свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність, розумність (ст. 3 ЦК України).

Разом з тим, аналіз законодавства, що регулювало оборот цивільних прав з плановою економікою дозволив зробити висновок, що на відміну від нинішніх, пріоритетними вважалися принципи реального виконання зобов'язань, належного виконання, а також принцип економічності, співробітництва (взаємодії) сторін.

Щодо останнього принципу слід зазначити, що в юридичній літературі існують думки з приводу того, що його слід розглядати як принцип котрий діяв лише в умовах планової економіки і орієнтував сторін на виконання своїх обов'язків найбільш економічним способом, який базувався як на загальних вимогах, так і на конкретних обов'язках, передбачених умовами конкретного договору [1, с. 66–67].

У нинішніх умовах ринкової економіки, розвитку підприємництва, на нашу думку, виконання зобов'язань суб'єктами підприємницької діяльності одержання прибутку можливе з огляду на мінімальні матеріальні втрати, досягнення яких можливе через провадження найбільш економічних способів. Тому, вести мову про недоречність такого принципу сьогодні видається дещо передчасним. Адже дія наведеного принципу й нині очевидна, зокрема у відносинах купівлі-продажу, підрядних, посередницьких зобов'язаннях.

Так, відповідно до ст. 845 ЦК України підрядник має право на ощадливе ведення робіт за умови забезпечення належної їх якості. При ощадливому введенні робіт сторони мають право на розподіл між ними заощадження, отриманого підрядником (ч. 3 ст. 845

ЦК України). Про можливість економічного співробітництва сторін говорять і інші статті ЦК України, зокрема: 1) можливість залучення до виконання договору підряду субпідрядника (ст. 838 ЦК України); 2) розподіл виконання робіт із матеріалів підрядника або замовника (ст. 839, 840 ЦК України); в) визначення ціни у кошторисі (ст. 844 ЦК України), г) обставини, про які підрядник зобов'язаний повідомляти замовника (ст. 847 ЦК України); д) право підрядника продати виконану роботу у разі ухилення замовника від її прийняття (ст. 853 ЦК України) тощо.

Щодо інших договірних конструкцій наведений принцип спостерігається у разі не передання продавцем покупцеві належний товар та документи до нього. У такому випадку покупець має право встановити строк для їх передання і лише в разі невиконання цих вимог має право відмовитися від договору купівлі-продажу та повернути товар продавцеві. Належність цього принципу вбачається у можливості уникнення зайвих витрат, які можуть бути спричинені у виконанні договору. З таких міркувань законодавець надає покупцеві право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми лише тоді, коли буде мати місце істотне порушення вимог щодо якості товару (ч. 1 ст. 678 ЦК України). При цьому, з міркувань взаємного співробітництва сторін цілком слушно законодавець врахував і інтереси не лише покупця, а й продавця, до якого така санкція не застосовується (якщо недоліки не є істотними). Адже економічно вигідніше надати покупцю (за наявності наведених недоліків) право вимагати пропорційного зменшення ціни або безоплатного усунення недоліків.

Сутність принципу економічності проявляється і в договірних зобов'язаннях з надання послуг, зважаючи на якість послуги, яка надається виконавцем відповідно до посередницьких умов договору.

Щодо принципу співробітництва (взаємодії) сторін в договірних зобов'язаннях, то його роль найбільш очевидна на стадії укладення договору з метою закладення в нього найбільш вигідних взаємних умов, а також на стадії виконання договірних умов, внесення до договору змін та доповнень. Таке співробітництво (взаємодія) в загальному значенні спрямоване на досягнення максимально економічного результату, який в цілому спрямований на ефективне виконання договірних умов. З огляду на наведене, слушно видається думка О. В. Дзери про взаємопов'язаність категорії економічності та співробітництва сторін у договірному зобов'язанні, що в кінцевому результаті дозволяє вести мову про функціонування єдиного принципу економічності та співробітництва сторін [2, с. 54].

З наведеного доходимо висновку, що в цивілістичній науці все ще продовжується процес вивчення, обґрунтування правових принципів, які прямо не передбачені цивільним законодавством. Однак нові методологічні процеси пошуку зумовлюють потребу й в переосмисленні існуючих поглядів та концепцій, які, з врахуванням європейської практики, дозволяють стверджувати про доцільність економічності та співробітництва (взаємодії) сторін як єдиного принципу в договірних зобов'язаннях. В реаліях цього часу наведений принцип не лише повинен зберігатися, а й підвищувати свою основну роль.

Список бібліографічних посилань

1. Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. 880 с.
2. Дзера О. В. Вибране : зб. наук. пр. / Київ. шк. цивілістики. Київ : Юрінком Інтер, 2016. 872 с.

Одержано 11.04.2018

Валерій Вікторович Сергієнко,

*завідуючий кафедрою правового регулювання економіки
Харківського національного економічного університету
імені Семена Кузнеця, кандидат юридичних наук, професор*

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОБ'ЄДНАННЯ СПІВВЛАСНИКІВ БАГАТОКВАРТИРНИХ БУДИНКІВ»

Відповідно до Конституції України держава має забезпечити гідно людині його життя. Тому сьогодні в Україні досить гостро постає питання відповідності житлово-комунальних послуг якісним показникам, та порядку задоволення потреб споживача. Не відповідність якості житлово-комунальних послуг встановленим вимогам, обумовлюється в першу чергу незадовільним станом магістральних та внутрішньо будинкових систем постачання, що приводить до численних аварій в процесі виконання або надання житлово-комунальних послуг. В зв'язку з цим, особливої актуальності при наданні житлово-комунальних послуг набуває дотримання якісних характеристик самих послуг та реформування житлово-комунальної галузі за рахунок введення інституту об'єднань співвласників багатоквартирного будинку. На думку законодавця, реформування житлово-комунальної сфери за рахунок введення інституту об'єднань співвласників багатоквартирного будинку, підвищив би відповідальність співвласників за дотриманням інженерних комунікацій будинку в належному стані, та за рахунок здійснення контролю якості житлово-комунальних послуг, стимулював би постачальника (надавача) своєчасно здійснювати ремонт та обслуговування інженерних комунікацій що знаходяться на їх баланс або обслуговуванні задля забезпечення якості наданих послуг. Питанню регулювання відносин за участю об'єднання співвласників багатоквартирних будинків (надалі ОСББ) були присвячені праці О. В. Гончаренко, О. В. Демченко, І. В. Чеховської, втім ними прискіплива увага приділялась правовому регулюванню питань створення ОСББ, зокрема скликанню та проведенню установчих зборів у багатоквартирних будинках, які введені в експлуатацію 15–20 років тому. питанню утворення ОСББ у нових будинках, в яких ще не оформлено право власності на квартири. Але, на жаль питанню взаємовідносин між співвласниками (як споживачами житлово-комунальних послуг) та виконавцем або надавачем послуг, належної уваги не приділялось.

Прийнятий 29 листопада 2001 року Закон України «Про об'єднання співвласників багатоквартирних будинків» не тільки не вирішив питання взаємовідносин між споживачем та надавачем (виконавцем) житлово-комунальних послуг, але створив безліч проблем для споживачів житлово-комунальних послуг. В першу чергу це стосується процесу захисту прав окремого споживача в суді. Так, враховуючи те, що більшість надавачів (виконавців) послуг, укладають договори з ОСББ, то при зверненні до суду окремого споживача багатопверхового будинку в якому створено ОСББ, йому відмовляє суд в прийнятті позову на підставі того, що він ні є стороною договору. По-друге виникають питання щодо управління ОСББ та вибору керівника. Так в більшості випадків ще в момент вводу в експлуатацію нового будинку, так званий інвестор створює ОСББ, призначає свого керівника, а потім нав'язує безліч послуг за які має сплачувати кожен мешканець що придбав в такому будинку помешкання. Крім того, він розробляє власний типовий договір до якого мають приєднатися автоматично не тільки особи які уже мешкають в такому будинку але і всі майбутні мешканці.

На нашу думку, законодавець приймаючи Закон України «Про об'єднання співвласників багатоквартирних будинків», мав на меті, що такі утворення за рахунок раціонального використання платежів мешканців багатоповерхового будинку, управління спільною власністю, мають покращити утримання житлових будинків і прибудинкової території та сприяти отриманню якісних комунальних послуг. Але, на сьогодні, за рахунок наявності в прийнятому Законі прогалин та відсутності конкретики регулювання правовідносин між власниками багатоквартирного будинку та створеним ОСББ, а також виконавцями (надавачами) житлово-комунальних послуг, як зазначалося вище, співвласники будинку набули достатньо багато проблем.

На сьогодні, об'єднання власників багатоквартирних будинків існують в багатьох країнах світу, зокрема: Англії, Франції, США. Метою створення таких об'єднань (ОСББ), є спільне утримання власниками квартир та інших приміщень багатоквартирного будинку що забезпечують життєдіяльність мешканців та здійснення управління спільною власністю, в тому числі земельною ділянкою. У деяких країнах такі об'єднання виникають для професійного управління чужою власністю. Отже, як бачимо основною метою є належне утримання будинку та вплив на постачальника надавача житлово-комунальних послуг щодо дотримання їх належної якості.

Я було зазначено вище, головною проблемою надання (виконання) житлово-комунальних послуг є застарілість обладнання, неефективність керівництва, невміння вчасно попереджати проблеми та несистемний підхід до їх вирішення. Ці проблеми можуть бути вирішеними лише при належній організації і управлінні житлово-комунальною сферою, якісній нормативно-правовій базі і наявності коштів у мешканців які утримували б власність.

Але проблемою в процесі надання житлово-комунальних послуг є той факт, що дві третини житла України побудовано в минулому столітті та більше ніж третина житлових будинків і внутрішньо будинкових комунікацій потребують капітального ремонту. Понад 50 % магістральних теплових мереж перебуває в аварійному стані та потребують капітального ремонту, такий стан справ приводить до значної кількості аварій що приводить до додаткових витрат власників житла та зростання вартості житлово-комунальних послуг. Отже, фактично держава прийнявши Закон «Про об'єднання співвласників багатоквартирних будинків» та не виконавши положень Закону «Про приватизацію державного житлового фонду», який передбачає передачу власності іншому власнику після належного ремонту будинку та комунікацій, переклала весь тягар капітального ремонту на співвласників багатоповерхового будинку та створеного ними ОСББ.

Отже, прийняття Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» не вирішить проблемні питання і це пов'язано з тим, що в момент прийняття Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» 1992 році, не було вирішено питання порядку передачі приватизованого житла, розмежування балансової належності інженерних комунікацій, прилеглої території та їх відповідності положенням СНиП. Тому враховуючи те, що на теперішній час досі не вирішені питання хто має утримувати в належному стані прибудинкові мережі та територію, відсутні акти розмежування балансової належності, співвласники багатоквартирних будинків здійснюють фактично ремонт мереж які відповідно до СНиП не мають відношення до будинку як цілісного майнового комплексу. Будинки які були передані у власність громадян, під гарантії виконання державою (як колишнього власника) прямого обов'язку відремонтувати будинки та інженерні комунікації, держава як гарант не виконала (посилаючись на відсутність коштів або внесення до плану), а оскільки мешкати в будинку в якому не працюють інженерні комунікації неможливо співвласники змушені ремонтувати будинок за власні кошти які після

ремонту держава їм не повертає. В зв'язку з тим, що з моменту передачі права власності на багатоповерховий будинок співвласникам, постає питання його належного утримання, що напряму пов'язано з доходами власників квартир які за власні кошти мають вирішувати багато питань що не вирішувались державою як колишнім власником за весь період його експлуатування. А враховуючи те, що більшість власників приватизованого житла не мають постійного доходу, чи він є мінімальним, або він відноситься до категорії малозабезпеченого або пенсіонера постає питання чи спроможне буде, створене відповідно до Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» об'єднання утримувати такий майновий комплекс та вирішити питання його капітального ремонту. В зв'язку з чим, постає інша проблема. Так у разі відсутності достатньої кількості коштів, які надали б можливість утримати помешкання особою яка є власником квартири та відрхування певної кількості внесків для здійснення капітального ремонту будинку і інженерних комунікацій особа може втратити за рішенням суду майно. Отже, на нашу думку в Законі України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку треба внести норму яка зобов'язала б державу як колишнього власника протягом перших десяти років (з моменту створення ОСББ) здійснити фінансування капітального ремонту будинків та прибудинкової території. Оформити актом факт передачі співвласникам відремонтованого будинку з інженерними комунікаціями та прибудинкову територію. З метою уникнення спорів затвердити сторонами акт розмежування балансової належності комунікацій за технічний стан яких має відповідати ОСББ.

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. Станом на 01.01.2016.
2. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
3. Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку : закон України : ред. закону від 23.07.2017 № 417-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 29. Ст. 262.
4. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку : закон України від 29.11.2001 № 2866-14. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 10. Ст. 78.
5. Про житлово-комунальні послуги : закон України від 26.06.2004 № 1875-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 47. Ст. 514.

Одержано 13.04.2018

УДК 347.61/64;347.91/95

Олег Васильович Синегубов,

декан факультету № 6 Харківського національного університету
внутрішніх справ, доктор юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6362-3115>

ЗАХИСТ ПРАВ МАЛОЛІТНІХ І НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ У СУЧАСНИХ УМОВАХ

Захисту прав малолітніх і неповнолітніх осіб у сучасних умовах розвитку українського суспільства держава надає першочергового значення. Зміни до законодавства й ухвалення нових нормативно-правових актів у сфері захисту прав малолітніх та неповнолітніх осіб

засвідчують, що держава обирає шлях посилення відповідальності за порушення прав малолітніх і неповнолітніх осіб та запровадження нових санкцій – як публічно-правових, так і притаманних приватноправовому регулюванню.

Закон України від 17.05.2017 № 2037-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку стягнення аліментів», який набув чинності з 8 липня 2017 р., не тільки закріпив право стягувати аліменти на утримання дитини до досягнення нею повноліття у чітко визначених частках від заробітку (доходу) платника аліментів у наказному провадженні та змінив мінімальний розмір аліментів на одну дитину, а й запровадив стягнення неустойки (пені) за прострочення слати аліментів із тих осіб, у кого зобов'язання сплачувати аліменти виникло за домовленістю. Крім того, відповідно до ч. 4 ст. 196 СК України у разі прострочення оплати додаткових витрат на дитину з вини платника такий платник зобов'язується на вимогу одержувача додаткових витрат сплатити суму заборгованості за додатковими витратами з урахуванням установленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних із простроченої суми. Платник додаткових витрат вважається таким, що прострочив оплату, якщо він не виконав свій обов'язок щодо оплати додаткових витрат у строк, установлений рішенням суду або за домовленістю між батьками, а в разі їх відсутності або у разі невстановлення такого строку – після спливу семи днів після пред'явлення відповідної вимоги одержувачем додаткових витрат, який фактично їх оплатив.

Законом України від 03.10.2017 № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» ЦПК України викладено у новій редакції, де, зокрема, в ч. 1 ст. 28 передбачено, що позови про стягнення аліментів, оплату додаткових витрат на дитину, індексацію аліментів і зміну способу їх стягнення, про визнання батьківства відповідача та позови, що виникають із трудових правовідносин, можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування позивача. Проте законодавець, визначаючи правила альтернативної підсудності, «забуває» про такі позови, як позов про зміну розміру аліментів, позов про стягнення заборгованості за аліментами, позов про відстрочення або розстрочення сплати заборгованості за аліментами, позов про звільнення від сплати заборгованості за аліментами, позов про стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів і позов про визнання материнства. Вочевидь, за цими позовами доцільно було б також передбачити альтернативну підсудність у ч. 1 ст. 28 ЦПК України. Тим більш, що судова практика підтримує саме такий шлях. Так, ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20.02.2013 у справі № 6-24163св12 визначено, що «відповідно до ч. 1 ст. 110 ЦПК України у редакції від 18.03.2004 позови про стягнення аліментів, про визнання батьківства відповідача, позови, що виникають з трудових правовідносин, можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування позивача. Дана стаття встановлює випадки альтернативної підсудності, за якої позов за вибором позивача може бути пред'явлений в одному з двох більше судів. Суд не має права обмежувати вибір позивача для розгляду справи у конкретному суді. Крім того, даною нормою права передбачено, що позови про стягнення аліментів (всі вимоги, пов'язані з невиконанням обов'язку по утриманню ст. 75–89, 91, 180–201, 202–206, 265–274 СК України), можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання позивача» [1].

Згідно з ч. 2 ст. 184 ЦПК України позивач має право в позовній заяві заявити клопотання про розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження, якщо такий

розгляд допускається ЦПК України. Пункт 1 ч. 4 ст. 274 ЦПК України передбачає, що в порядку спрощеного позовного провадження не можуть бути розглянуті справи у спорах, що виникають із сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя. Доцільно було б також допустити розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження у спорах про зміну розміру аліментів, про визначення та стягнення заборгованості за аліментами, про відстрочення або розстрочення сплати заборгованості за аліментами, про звільнення від сплати заборгованості за аліментами та про стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів.

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 5 закону України від 08.07.2011 № 3674-VI «Про судовий збір» від сплати судового збору під час розгляду справи в усіх судових інстанціях позивачі звільняються у справах про стягнення аліментів, оплату додаткових витрат на дитину, стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів, індексацію аліментів чи зміну способу їх стягнення. Водночас законодавець не звільняє від сплати судового збору позивачів у справах про стягнення заборгованості за аліментами, хоча згідно з ч. 3 ст. 195 СК України розмір заборгованості за аліментами обчислюється державним виконавцем або приватним виконавцем, а в разі виникнення спору – судом. Логічно було б звільнити від сплати судового збору позивачів у справах про визначення та стягнення заборгованості за аліментами, у справах про відстрочення або розстрочення сплати заборгованості за аліментами, у справах про звільнення від сплати заборгованості за аліментами й у справах про зміну розміру аліментів.

Істотні зміни були внесені до чинного законодавства України законом України від 07.12.2017 № 2234-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів». Зокрема, було запроваджено такий вид адміністративного стягнення, як суспільно корисні роботи, передбачено вид адміністративного правопорушення «несплата аліментів», запроваджено інші публічно-правові санкції за несплату аліментів (тимчасове обмеження боржника у праві виїзду за межі України; тимчасове обмеження боржника у праві керування транспортними засобами; тимчасове обмеження боржника у праві користування вогнепальною мисливською, пневматичною та охолощеною зброєю, пристроями вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії; тимчасове обмеження боржника у праві полювання).

Законом України від 07.12.2017 № 2229-VIII «Про запобігання та протидію домашньому насильству» розширено коло осіб, які підпадають під дію законодавства про запобігання та протидію домашньому насильству; дитину, яка стала свідком (очевидцем) домашнього насильства, визнано такою, яка постраждала від домашнього насильства; запроваджено спеціальні заходи, зокрема терміновий заборонний припис (до 10 діб) та обмежувальний припис (до шести місяців) стосовно кривдника тощо.

Водночас, як слушно зазначає Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, викликає занепокоєння запровадження персоніфікованого Єдиного державного реєстру випадків домашнього насильства та насильства за ознакою статі (далі – Реєстр), передбаченого ст. 16 закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству». Беручи до уваги те, що за кожним випадком домашнього насильства до Реєстру вноситимуться персональні дані про постраждалу особу, кривдника та характер взаємовідносин між кривдником і постраждалою, на практиці це може призвести до того, що особи через страх перед тим, що інформація про них, а також про їх приватне та сімейне життя зберігатиметься

протягом трьох років у Реєстрі, уникатимуть повідомлень про випадки домашнього насильства. При цьому невнесення відомостей про випадок домашнього насильства до Реєстру створює загрозу поставити надання допомоги та захисту в залежність від наявності інформації про особу в Реєстрі. На думку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, зазначене негативно впливатиме на право постраждалої особи звернутися за захистом від домашнього насильства, а також збільшить латентність насильства в Україні [2]. Зазначена позиція є слушною й потребує подальшого обговорення та розробки відповідного більш ефективного механізму захисту прав особи, постраждалої від домашнього насильства.

За оперативними даними Міністерства соціальної політики України на кінець 2017 р. чисельність дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, становила в Україні понад 70 тис. (0,9 % по відношенню до дитячого населення). Для України є гострим питання міждержавного всиновлення дітей. До сьогодні в українському суспільстві тривають дискусії щодо ратифікації Україною Конвенції про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29.05.1993 р., яка була ухвалена у м. Гаага. Президентом України 10.10.2017 р. був внесений до Верховної Ради України законопроект № 0166 про приєднання України до Конвенції про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення, ухваленої 29.05.1993 р. в м. Гаазі. Цей законопроект було розглянуто Верховною Радою України 21.03.2018 р., проте законопроект не ухвалено. Убачається, що ухвалення цього законопроекту сприяло б створенню ефективного механізму міждержавного усиновлення дітей та захисту прав дітей-громадян України, усиновлених іноземцями.

Зазначені вище положення щодо захисту прав малолітніх та неповнолітніх осіб свідчать, що ця сфера суспільних відносин потребує ще додаткового наукового обмірковування й визначення шляхів удосконалення національного законодавства України.

Список бібліографічних посилань

1. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20.02.2013 р. : суд. справа № 6-24163св12 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29619961> (дата звернення: 15.03.2018).

2. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні // Уповноважений Верховної Ради України з прав людини : офіц. сайт. Київ, 2018. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=2> (дата звернення: 15.03.2018).

Одержано 23.03.2018

УДК 347.1

Микола Володимирович Старинський,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін

та фінансового права навчально-наукового інституту права

Сумського державного університету, доктор юридичних наук, доцент

ЩОДО ЗАСОБІВ І ПРИЙОМІВ НЕЙТРАЛІЗАЦІЇ НОРМ ПРАВА В ПРИВАТНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Розвиток України як незалежної та демократичної держави вимагає від її уповноважених органів, для забезпечення прав та законних інтересів, приймати значну кількість нормативних актів. Практика показує, що сьогодні приймаються десятки законів які мають

вирішити велику кількість проблем наших громадян. Аналіз змісту цих законів дає можливість говорити про їх доцільність та прогресивність в сучасних умовах. Разом з тим, практика їх застосування показує, що вони не досягають поставленої мети та не вирішують або лише частково вирішують існуючі проблеми. Виникає закономірне питання, чому прийняті норми є недієвими та яким чином можна вирішити цю проблему.

Аналіз чинних нормативних актів України дає можливість говорити про те, що в них, безумовно не у всіх, проте в більшості, закріплений механізм нейтралізації норм права. Ми в своїх роботах вже досліджували поняття та особливості нейтралізації норм права. На цьому етапі ми хотіли звернути увагу на засобах та прийомах нейтралізації норм права у приватних відносинах.

Логіка викладу вимагає розпочати з основоположних моментів, а саме з визначення поняття нейтралізації норм права. Наші дослідження дають можливість нейтралізацію норм права визначити як використовувану в нормотворчій діяльності уповноваженими суб'єктами сукупність засобів та прийомів за допомогою яких встановлюються перепони для досягнення нормою права результату що запрограмований нормотворцем [1].

Головними ознаками нейтралізації норм права є те, що це: а) використовувані в нормотворчій діяльності сукупність засобів та прийомів; б) суб'єктами які можуть скористатись цими прийомами та засобами є суб'єкти нормотворчості; в) в результаті використання прийомів та засобів нейтралізації норм права, вона не виконує покладеної на неї функції та не досягає результату що запрограмований нормотворцем.

Беручи за основу зазначене, спробуємо виділити засоби та прийоми, які можуть бути використані для нейтралізації норм права в приватних правовідносинах.

Традиційно під приватноправовими відносинами розуміють відносини, які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи. Враховуючи це сприйняття, ми цілком обґрунтовано можемо зробити висновок про те, що суб'єктами нейтралізації норм в приватноправових відносинах є фізичні та юридичні особи, що вступають у відносини які характеризуються рівністю сторін та використовують прийоми і способи які впливають на ефективність норм права що закріплені в діючому законодавстві. При цьому ми маємо чітко зазначити, що під ефективністю норм права ми розуміємо досягнення результату який ставив перед собою законодавець приймаючи її.

Результат, як кінцева стадія дії норми права представляє собою те, що сформувалось по завершенню процесу дії норми права. Тобто результат – це досягнута ціль, ціль яка стала дійсністю. Поза ціллю, з якою пов'язується дія норми права, результату бути не може. Лише чітке орієнтування на конкретну ціль та її усвідомлення дає можливість оцінити результат її дії. При цьому особливо варто наголосити на тому, що результатом може стати тільки реальна ціль, тобто ціль яка має для своєї реалізації необхідні умови та знаходиться в межах реальної дійсності.

До результатів дії норм права можна віднести: а) те, в чому матеріалізується і на що впливає норма права, що отримує самостійне буття та існує об'єктивно (відносини у сфері правопорядку, культури, науки та інше); б) визначення системи координат поведінки суб'єктів; в) зміна правосвідомості осіб, накопичення правового досвіду, нарощування чи знищення (знецінення) правової культури. Виділені цілі є «фоновими» для конкретних результатів і обумовлені конкретними діями чи актами.

Разом з цим, враховуючи те, що норми права закріплені в нормативних актах які обов'язкові до виконання і які прийняті законодавчим органом влади, виникає закономірне

питання як, чи за допомогою яких засобів чи прийомів, визначені нами суб'єкти (фізичні і юридичні особи) можуть вчинити дії які вплинуть на їх ефективність?

Відповідаючи на це питання, варто відразу вказати, що суб'єкти приватноправових відносин вчинити дії які б напряду (безпосередньо) нейтралізували ту чи іншу норму права не можуть. Проте використання закріплених в чинному законодавстві механізмів дає можливість суб'єктам приватноправових відносин впливати на їх ефективність.

Аналіз практики нейтралізації норм права суб'єктами приватноправових відносин дає можливість виділити такі прийоми та засоби нейтралізації норм права як: а) договір (як показує аналіз практики укладення певних видів договорів з певними положеннями може впливати на ефективність норми права та досягнення нею запрограмованого результату); б) вчинення дій, що не суперечать чинним нормативним актам але впливають на ефективність норми права (це може бути у вигляді реалізації дискретних прав); в) використання колізій діючих норм права. Коротко охарактеризуємо зазначені засоби та прийоми.

Використання в якості засобу нейтралізації договору, що впливає на ефективність норми права суб'єктами приватноправових відносин передбачає знання чинного законодавства та досконале володіння юридичною технікою. При цьому даний засіб, в основному, об'єктивується в укладенні цивільно-правових договорів, що деталізують регулювання відносин які врегульовані нормою яку суб'єкт бажає нейтралізувати. Використання даного засобу є можливим завдяки закріпленню в чинних нормативних актах певних елементів механізму нейтралізації норми права. Зазвичай таким елементом, який дозволяє використовувати такий засіб і запустити даний вид нейтралізації норми права суб'єктами приватноправових відносин є закріплене положення, що дозволяє відходити від чинної норми в разі обопільної згоди сторін чи обирати варіант врегулювання.

Вчинення дій, що не суперечать чинним нормативним актам але впливають на ефективність норми права в приватноправових відносинах як механізм нейтралізації норм права також об'єктивується в укладених договорах та може бути застосованим завдяки закріпленню у чинному цивільному законодавстві свободі договору та можливості укладення договорів в яких містяться елементи різних договорів (змішаний договір). При цьому об'єктивація механізму нейтралізації норми права здійснюється шляхом конкретизації положень які вже врегульовані нормами права, але які дозволяють таку індивідуальну конкретизацію шляхом додавання елементів іншого договору і виведення таким чином відносин що виникають з-під регулювання норми яку суб'єкт приватноправових відносин бажає нейтралізувати.

Використання колізій діючих норм права, що регулюють приватноправові відносини як механізм нейтралізації норми права передбачає виявлення такої колізії та зазначення в договорі тієї норми яка є конкуруючою з нормою яку суб'єкт приватноправових відносин збирається нейтралізувати.

Як показує аналіз практики регулювання приватних відносин та судової практики зазначені засоби та прийоми нейтралізації норм права використовуються суб'єктами приватноправових відносин досить часто. При цьому варто звернути увагу на те, що в своїй переважній більшості відносини які виникають чи змінюються при запуску механізму нейтралізації норми суб'єктами приватноправових відносин є оспорюваними, що додатково ставить перед такими суб'єктами питання підтримання їх легітимності.

Список бібліографічних посилань

1. Старинський М. В. Нейтралізація норм права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2017. Вип. 45, т. 1. С. 35–37.

Одержано 26.03.2018

Георгій Георгійович Харченко,

*доцент кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук, доцент*

ПОЗОВНА ДАВНІСТЬ І ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСУ ДОБРОСОВІСНОГО НАБУВАЧА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ

Останнім часом за ініціативою прокуратури в Україні збільшується кількість судових справ щодо витребування на користь держави земельних ділянок, які у свій час були передані у приватну власність за рішеннями місцевих державних адміністрацій. Незрідка відповідні позовні вимоги подаються вже після спливу трьохрічного строку, коли оспорювані дії органів державної влади мали місце.

Питання застосування правових наслідків спливу позовної давності, як правило, вирішується не на користь відповідачів, незважаючи на те, що у своїй постанові від 16.11.2016 р. у справі № 487/10132/14-ц Верховний Суд України (далі – ВСУ) сформулював правову позицію, що порівняльний аналіз термінів «довідався» та «міг довідатися», що містяться в ст. 261 Цивільного кодексу України [1], дає підстави для висновку про презумпцію можливості та обов'язку особи знати про стан своїх майнових прав, а тому доведення факту, через який позивач не знав про порушення свого цивільного права і саме з цієї причини не звернувся за його захистом до суду, недостатньо. Позивач повинен також довести той факт, що він не міг дізнатися про порушення свого цивільного права, що також впливає із загального правила, встановленого ст. 81 Цивільного процесуального кодексу України [2], про обов'язковість доведення стороною спору тих обставин, на котрі вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень. Відповідач, навпаки, мусить довести, що інформацію про порушення можна було отримати раніше [3].

Зазначимо, що правовий висновок ВСУ, на жаль, не дає чіткої відповіді, чим суди мають керуватися більше – презумпцією обізнаності особи (позивача) про стан свого майнового права чи все ж таки обов'язком відповідача довести, що позивач мав можливість дізнатися про порушення раніше. На практиці розгляд цієї категорії справ виглядає так.

По-перше, добросовісні набувачі у таких справах залишаються самотніми у доведенні, що держава в особі відповідного державного органу могла раніше, ще до спливу трьохрічного строку з моменту порушення права, дізнатися про це. Інший відповідач – державний орган, рішення якого оспорується, по суті, просто самоусувається від судового розгляду справи, оскільки це рішення, як правило, приймалось попереднім керівництвом і відповідно ніхто з державних службовців не має бажання протиставляти себе державі.

По-друге, все ще, на жаль, поширеною є судова практика, коли суди, оцінюють як доказ у справі твердження позивача та прокуратури, що позивач довідався про порушення свого права лише після відповідного повідомлення прокуратури, яка, у свою чергу, дізналася про це під час перевірки законності оспореного рішення. Суди при цьому не ставлять собі запитання, чому така перевірка була проведена не протягом трьохрічного строку після винесення оспореного рішення, а вже після спливу чотирьох, а подекуди навіть семи і більше років? І як, нарешті, такі твердження позивача і прокуратури узгоджується з тим, що

останні за законодавством наділені повноваженнями контролю за законністю діяльності тих державних органів, рішення яких вони оспорюють? Таку судову практику цікаво оцінити через призму статистичних даних. Приміром, у 2013 році кількісний штат працівників органів прокуратури в Україні був найвищим з усіх країн Європи: 43 на 100 тисяч населення, тоді як у Німеччині цей показник – 5, у Молдові – 16, в середньому в Європі – 10, і навіть у Росії – 32 прокурори на 100 тис. населення [4].

З огляду на ці показники малообґрунтованою вбачається позиція тих судів, які, задовольняючи позовні вимоги і відмовляючись вважати пропущеним строк позовної давності, пояснюють свій висновок тим, що без перевірки законності прийнятого, а потім оспореного, рішення прокуратура не могла дізнатися про вчинення правопорушення, оскільки з самого змісту рішення факт правопорушення виявити не можна, і хоча прокуратура була своєчасно про це рішення поінформована, проте не могла знати, що було вчинене порушення права позивача.

По-третє, складність доведення добросовісним набувачем факту обізнаності або можливості обізнаності раніше позивача та прокуратури про порушення майнового права полягає в тому, що суди зазвичай не сприймають як доказ у справі супровідні листи, якими оспорене рішення надсилалось до позивача і прокуратури, як звіт про діяльність відповідного державного органу. Вказують, що такі листи не доводять факту їх отримання, оскільки за усталеною в Україні практикою листування між державними органами відбувається простим, а не рекомендованим способом. Звісно, позивач та прокуратура при цьому стверджують, що у їх програмах автоматизованого документообігу та контролю такі листи не зареєстровані, а суди сприймають такі твердження як доведений факт без підтвердження будь-якими іншими доказами і перевірки правдивості таких тверджень (чи були збої у програмі документообігу, випадки втрати даних, чи є можливість у позивача вносити зміни у базу даних і, взагалі, чи належним чином поставлена сама робота щодо реєстрації усієї кореспонденції, що отримується позивачем, тощо).

Отже, виникає ситуація, коли добросовісним набувачам насправді дуже складно доводити, що держава в особі відповідного державного органу, так само як і прокуратура, якщо не знали, то принаймні могли дізнатися про факт правопорушення своєчасно і відповідно своєчасно висунути свої позовні вимоги у межах строку позовної давності. За таких обставин суди вбачають справедливим не стільки керуватися презумпцією обізнаності позивачем про стан своїх майнових прав, скільки констатувати, що строк позовної давності державними органами не був пропущений, оскільки останні не могли дізнатися про це раніше і відповідно добросовісний набувач не зміг як відповідач довести іншого.

Вбачаємо, що такий підхід суперечить практиці Європейського суду з права людини (далі – ЄСПЛ), який у своїх рішеннях неодноразово підкреслював, що «позовна давність – це законне право правопорушника уникнути переслідування або притягнення до суду після закінчення певного періоду після скоєння правопорушення. Термін позовної давності, що є звичайним явищем у національних законодавствах держав-учасниць Конвенції, виконує кілька завдань, в тому числі забезпечує юридичну визначеність та остаточність, запобігаючи порушенню прав відповідачів, які можуть трапитись у разі прийняття судом рішення на підставі доказів, що стали неповними через сплив часу» (п. 570 рішення від 20.09.2011 р. за заявою № 14902/04 у справі БАТ «Нафтова компанія «Юкос» проти Росії»; п. 51 рішення від 22.10.1996 р. за заявами № 22083/93, 22095/93 у справі «Стабінгс та інші проти Сполученого Королівства») [5].

Усі державні органи, звертає увагу Європейський суд з прав людини, мають діяти та чітко дотримуватися у своїй діяльності принципу «належного урядування». Останній передбачає, що у разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема, якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні *діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб* (див. рішення ЄСПЛ у справах «Beyeler v. Italy» від 28.05.2002 р., п. 120 [6], «Öneryildiz v. Turkey» від 18.09.2002 р., п. 128 [7]). На державні органи, зокрема, покладено *обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок* (див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Lelas v. Croatia» від 20.05.2010 р., п. 74 [8]) і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси (див. рішення ЄСПЛ у справах «Beyeler v. Italy» від 28.05.2002 р., п. 119 [6], «Öneryildiz v. Turkey» від 18.09.2002 р., п. 128 [7]).

Важливо підкреслити, що у контексті скасування помилково наданого права на майно принцип «належного урядування» покладає на державні органи *обов'язок діяти невідкладно, виправляючи свою помилку* (див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Moskal v. Poland», п. 69 [9]).

З огляду на зазначене, вбачається, що державні органи та прокуратура, маючи згідно чинного законодавства України широкі владні повноваження щодо контролю за діяльністю інших державних органів, рішення яких вони оспорюють у суді, мають можливість, відповідно до принципу «належного урядування», своєчасно дізнаватися та відповідно реагувати на факт правопорушення, а тому і суди, визначаючись щодо пропущення строку позовної давності, повинні у випадку захисту інтересів держави надавати перевагу і відповідно застосовувати презумпцію обізнаності позивача про стан своїх майнових прав, а не вимагати від добросовісних набувачів доведення обставин, що позивач знав або міг дізнатися своєчасно про порушення свого права.

Крім того, з метою посилення юридичних гарантій захисту речових інтересів добросовісних набувачів від посягань держави на їх майно, коли весь тягар негативних наслідків за помилки державних органів держава намагається перекласти з себе на приватних осіб, доцільним вбачається встановлення обмеження, що позовна давність для держави у таких випадках встановлюється у три роки, проте вона закінчується у будь-якому випадку після спливу, скажімо, п'яти років після скоєння правопорушення.

Список бібліографічних посилань

1. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 06.04.2018).
2. Цивільний процесуальний кодекс України : закон України від 18.03.2004 № 1618-IV // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 06.04.2018).
3. Постанова Верховного Суду України від 16 листопада 2016 р. у справі № 487/10132/14-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62948851> (дата звернення: 06.04.2018).
4. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про чисельність органів прокуратури України» // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://w1.c.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=49360 (дата звернення: 06.04.2018).
5. Постанова Верховного Суду України від 16 вересня 2015 р. у справі № 6-68ц15 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51078286> (дата звернення: 06.04.2018).

6. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of *Beyeler v. Italy* on 28 May 2002 // European Court of Human Rights : сайт. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60485> (дата звернення: 06.04.2018).

7. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of *Öneryildiz v. Turkey* on 18 June 2002 // European Court of Human Rights : сайт. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60510> (дата звернення: 06.04.2018).

8. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of *Lelas v. Croatia* on 20 May 2010 // European Court of Human Rights : сайт. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98827> (дата звернення: 06.04.2018).

9. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of *Moskal v. Poland* on 15 September 2009 // European Court of Human Rights : сайт. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94009> (дата звернення: 06.04.2018).

Одержано 13.04.2018

УДК 347.1

Вадим Васильович Цюра,

*доцент кафедри цивільного права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук*

ДОВІРЕНІСТЬ ЯК ФОРМА УПОВНОВАЖЕННЯ ПРЕДСТАВНИКА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ США

Інститут представництва за англо-американським правом, попри уявлення про його «архаїчність», наразі є достатньо новаторським, таким, що змінюється з розвитком та трансформацією суспільних відносин та правових систем. Він не позбавлений динаміки, більш того, здійснює активний вплив на сферу міжнародних торгівельних правовідносин, оскільки існуючі уніфікації правових норм у сфері правового регулювання представництва, агентування при здійсненні міжнародної купівлі-продажу (через діяльність УНІДРУА) базуються на концептуальній доктрині англо-американського права.

Уявлення про механізм правового регулювання представництва винятково на основі прецедентів є хибним і не відповідає дійсності. Активно приймаються законодавчі акти, які концептуально вбирають в себе доктринальні доробки. Втім, прецедентам відводиться роль там, де складно концептуально сформулювати принципи вирішення тих чи інших колізійних питань, де сформульовані та відточені віками підходи дозволяють з певною мірою справедливості і достатньо легко вирішувати однотипні питання.

Доктрина, яка сприяє «відточенню» судових рішень на основі принципів розумності та справедливості, згодом стає частиною позитивного права. Це тривалий багатовіковий процес формування високоефективного способу регулювання суспільних відносин.

Розкриваючи питання особливостей «довіреності» за англо-американським правом, варто зазначити декілька моментів.

По-перше, це застосування термінів. Довіреність за англо-американським правом має англійську назву «power of attorney» (POA).

По-друге, існують істотні відмінності, які склалися історично: щодо особливостей правового регулювання складання, посвідчення, дії та припинення довіреностей, закріплення окремих їх видів, – та пов'язані з новелами, які сьогодні існують у сфері суспільного буття в США.

По-третє, відмінності щодо правового регулювання довіреностей існують в законодавстві окремих Штатів США.

По-четверте, писані норми права, які регулюють дану сферу відносин, стали на сьогодні пріоритетними. Роль прецедентів обмежується створенням писаних правових актів (нормативно-правових актів).

Враховуючи ці обставини, вважаємо за необхідне відразу озвучити документ, який має назву «Uniform power of attorney act» (Уніфікований акт про доручення – авт. переклад).

Потреба в Акті виникла внаслідок неоднозначних підходів до правового регулювання на рівні окремих Штатів після прийняття в 1987 році «Uniform Durable Power of Attorney Act» («Original Act») (Універсальної довгострокової довіреності – авт. переклад).

Акт було створено National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Національною конференцією представників з уніфікації права Штатів – авт. переклад), затверджено і рекомендовано всім Штатам. Однак, до Акту приєдналося близько 22 штатів [1]. Окремі Штати, які не приєдналися до зазначеного Акту, мають власне законодавство або прецедентну практику з цього питання.

Аналіз змісту Акту дозволяє зробити висновок, що стосовно «довіреності» в ньому йдеться не лише про документ, а про представництво на підставі довіреності взагалі.

Наведемо основні статті Акту: 104. Дія довіреності; 105. Виконання довіреності; 106. Строк дії; 108. Посвідчення; 110. Припинення довіреності і представництва; 111. Угоди і представництво; 112. Відшкодування і компенсація представництва; 113. Права агентів; 114. Обов'язки агентів; 117. Відповідальність агента; 118. Усунення агента; Розділ 2 (Повноваження); 202. Надання повноважень; 206. Акції та облігації; 207. Товари та опціони; 208. Банки та інші фінансові інституції; 209. Операції з організації та ведення бізнесу; 210. Страхування та доходи; 211. Економіка; 213 Персональне та сімейне обслуговування.

В дефініціях визначено, що «Довіреність» означає письмовий або інший документ, який дає агенту повноваження діяти замість принципала, незалежно від того, чи застосовується строк дії довіреності.

П. 105 закріплює, що «Довіреність повинна бути підписана принципалом або свідомо представленою принципалом іншою особою, призначеною ним для підписання від його імені на підставі довіреності. Підпис на підставі довіреності вважається справжнім, якщо підпис принципала підтверджений нотаріусом або іншою особою, уповноваженою законом прийняти підтвердження» (авт. переклад).

П. 110 містить приписи щодо припинення довіреності.

(а) Довіреність припиняється, коли:

- (1) принципал вмирає;
- (2) принципал стає недієздатним, якщо довіреність не є довговічною;
- (3) принципал відкликає довіреність;
- (4) довіреність передбачає, що вона припиняється;
- (5) мета довіреності виконана або

(6) принципал відкликає повноваження агента, агент вмирає, стає недієздатним або подає у відставку, а довіреність не передбачає іншого агента, який діє на підставі довіреності.

(б) Повноваження агента припиняються, коли:

- (1) принципал відкликає повноваження;
- (2) агент вмирає, стає недієздатним чи подає у відставку;

(3) подано скаргу на розгляд справи або анулювання шлюбу агента з принципалом, або їхнє юридичне відокремлення, якщо інше не передбачає довіреність; або

(4) довіреність припиняється.

Порівнюючи наведений п. 110 Акту зі ст. 248–250 ЦК України доходимо висновку, що в Акті положення щодо припинення дії довіреності виписані краще (з більшою мірою конкретизації і логічніше).

Погодимося, що коли в п. 1. 1 ст. 248 ЦК України йдеться про таку підставу припинення, як припинення строку, і лише в п. 1. 6 про смерть особи, яка видала довіреність, то в Акті спершу йдеться про життя суб'єкта, потім про його здоров'я і лише потім зазначаються інші підстави для припинення довіреності. Начебто не принципово, але ми вбачаємо в цьому ієрархію цінностей (за національним законодавством життя людини майже на останньому місці).

Вважаємо за необхідне п. 110 (а) (5) запозичити, оскільки підтримуємо американську позицію щодо можливості припинення довіреності через досягнення мети її складання.

Те ж саме стосується і запозичення п. 110 (b) (4), оскільки чинне законодавство не дає відповіді на подібне питання і це може породжувати неоднозначні тлумачення та казуси. (Йдеться про те, що видання довіреності не відкликає довіреність, раніше видану принципом, якщо наступна довіреність не передбачає відкликання попередньої довіреності або відкликання всіх інших довіреностей).

Вражає також і ступінь деталізації (специфікації) довіреностей за сферою їх застосування (обслуговування особи та сім'ї, банківська сфера, сфера фінансів, об'єкти нерухомості, сфера охорони здоров'я тощо), що дає додаткові гарантії для принципала, агента та третіх осіб, оскільки знімається частина проблемних питань щодо форми та змісту довіреності для окремих правочинів, сфер діяльності, в тому числі через необхідність дотримання вимог законодавства, наслідків неналежного виконання повноважень, їх перевищення тощо.

Вважаємо такий підхід доволі прагматичним і виправданим. Він може бути врахований у діючому позитивному праві України.

Необхідно зазначити, що права та обов'язки агента виписані в Акті з такою ж старанністю, як і інші питання. Чого варте лише положення, виходячи з принципу фідучіарності, що належним виконанням повноважень агента (представника) є (п. 114 Акту): (б) спроба зберегти майно принципала, настільки, наскільки відомий агенту, якщо збереження майна узгоджується з найкращим інтересом принципала, враховуючи всі відповідні фактори, включаючи:

- (а) вартість та характер майна принципала;
- (в) передбачувані зобов'язання принципала та потребу в обслуговуванні;
- (с) мінімізацію податків, включаючи доходи, майно, спадщину, передачу поколінь-пропуску, подарункові податки і т. д.

(ф) у разі відсутності порушення обов'язку перед принципом, агент не несе відповідальності, якщо вартість майна директора знижується;

(г) агент, який здійснює повноваження делегувати іншій особі повноваження, надані принципом, або залучення іншої особи від імені принципала, не несе відповідальності за діяння, помилку судового рішення або невиконання цієї особи, якщо агент виконує догляд, компетентність та старанність у виборі та моніторингу людини.

Варто також зазначити, що в США застосовуються стандартизовані форми довіреностей. Проте, треба бути доволі уважним при використанні РОА, оскільки в різних Штатах застосовуються власні форми РОА (довіреностей). Приклади включають форми довіреностей Штатів Каліфорнія [2], Нью-Йорк [3] та Вісконсін [4].

Список бібліографічних посилань

1. Uniform power of attorney act (Annual conference meeting in its one-hundred-and-fifteenth year Hilton Head, South Carolina, July 7–14, 2006) // Uniform Law Commission : сайт. URL: <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Power%20of%20Attorney> (дата звернення: 25.03.2018).
2. Форма довіреності в Каліфорнії. URL: https://www.ssrlaw.com/files/ca_stautory_pofa.pdf (дата звернення: 25.03.2018).
3. Форма довіреності Нью-Йорк. URL: <http://easternabstractny.com/formsavailableonline.html> (дата звернення: 25.03.2018).
4. Форма довіреності в Штаті Вісконсін // Department of Health Services. URL: <https://www.dhs.wisconsin.gov/forms/advdirectives/f00036.pdf> (дата звернення: 25.03.2018).

Одержано 02.04.2018

УДК 347.61/64

Ірина Олексіївна Єфремова,

*народний депутат України, член Колегії МВС України,
голова Наглядової ради Харківського національного
університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук*

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ ЗАХИСТУ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

Під час проведення 17 червня 2015 р. Верховною Радою України парламентських слухань на тему «Сімейна політика України – цілі та завдання» зазначалося, що тема сім'ї і її значення в українському суспільстві надзвичайно важлива. Для нас, українців, сім'я завжди була фундаментом виховання і соціалізації наших громадян. Сімейні конфлікти, внутрішньосімейні викрадення дітей, хоч як це прикро, стали звичним явищем у нашому житті. Щороку розлучаються майже 130 тисяч сімей. Процес визначення місця проживання дитини у більшості випадків переростає у війну між батьком і матір'ю, заручниками якої стають діти. Кожна десята дитина не отримує від батька чи матері аліментів або отримує їх зі значним запізненням. Долаючи важкі випробування, Українська держава свідомо зробила крок назустріч європейським стандартам, в основу яких покладені три цінності – демократія, верховенство права і права людини. Відповідно європейське право виходить з чіткого усвідомлення, що право на життя, заборона тортур, право на свободу і особисту недоторканність, право на повагу до приватного і сімейного життя, заборона домінування за будь-якою ознакою є основою європейських стандартів, а забезпечення і повага до цих прав є основним обов'язком держави. Причому ці права мають бути реалізовані і в публічній, і в приватній сферах.

Стаття 51 Конституції України від 28 червня 1996 р. проголошує, що сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Отже, створення державою належного правового механізму захисту порушених сімейних прав та інтересів сприятиме забезпеченню права кожного на повагу до свого приватного і сімейного життя, на що й спрямована законотворча діяльність Верховної Ради України.

Так, Верховною Радою України 7 грудня 2017 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права

дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів», одним із авторів проекту якого була і я. Цим Законом, зокрема, було внесено зміни до ст. 157 Сімейного кодексу України та передбачено, що «той із батьків, з ким за рішенням суду проживає дитина, самостійно вирішує питання щодо тимчасового виїзду дитини за межі України з метою лікування, навчання дитини за кордоном, відпочинку, за наявності довідки, виданої органом державної виконавчої служби, про наявність заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців. Довідка про наявність заборгованості зі сплати аліментів видається органом державної виконавчої служби у порядку, встановленому законом» (ч. 5). Одночасно було внесено зміни й до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Закону України «Про виконавче провадження» та інших нормативно-правових актів. Так, було запроваджено такий вид адміністративного стягнення, як суспільно корисні роботи; передбачено, що за наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців, державний виконавець вносить такі вмотивовані постанови: про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві виїзду за межі України; про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві керування транспортними засобами; про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві користування вогнепальною мисливською, пневматичною та охолощеною зброєю, пристроями вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металічними снарядами не смертельної дії; про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві полювання.

Готується на друге читання у Верховній Раді України проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання». Цим законопроектом пропонується запровадити автоматизований арешт коштів боржника за виконавчими провадженнями про стягнення аліментів у порядку, визначеному Міністерством юстиції України за погодженням з Національним банком України.

Крім того, цим законопроектом пропонується внести зміни до Сімейного кодексу України й передбачити, зокрема, можливість того з батьків, з ким за рішенням суду проживає дитина з інвалідністю чи тяжко хвора дитина (за відповідним переліком захворювань), самостійно вирішувати питання щодо тимчасового виїзду дитини за межі України з метою її лікування, навчання, а також відпочинку за наявності заборгованості другого з батьків зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за три місяці. На сьогодні закон установлює таку можливість для виїзду дітей у разі наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців, не враховуючи необхідності додаткового захисту для такої вразливої категорії дітей. При цьому відповідна згода другого з батьків не потребуватиметься у разі виїзду дитини за межі України разом з тим із батьків, з ким вона проживає за рішенням суду, на строк до одного місяця.

Законопроектом також пропонується внести зміни до ст. 221 Кодексу України про адміністративні правопорушення та віднести до компетенції судді районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів розгляд справ про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 3 ст. 126 Кодексу України про адміністративні правопорушення, за вчинення яких передбачено адміністративне стягнення у виді позбавлення права керування транспортним засобом.

Крім того, законопроектом запроваджується необхідність подання заяви про відсутність заборгованості зі сплати аліментів на утримання дитини понад 6 місяців для осіб, які матимуть намір входити до складу Кабінету Міністрів України, займати посади державної служби категорій «А» та «Б», заступників міністра, а також реєструватися кандидатами у народні депутати і депутати місцевих рад.

Проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання» передбачається запровадження й інших публічно-правових санкцій за порушення права дитини на утримання.

Вбачається, що законодавцю варто звернути увагу й на необхідність посилення захисту прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Згідно з ч. 4 ст. 5 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 р. держава бере під свою охорону кожную дитину-сироту і дитину, позбавлену батьківського піклування.

Держава створює й гарантії забезпечення та охорони прав дитини, яка опинилась у складних життєвих обставинах. Розвиток патронату над дитиною, яка перебуває у складних життєвих обставинах, сприяє захисту прав дитини. Проте непоодинокими випадками є порушення прав дитини-сироти та дитини, позбавленої батьківського піклування, жорстоке поводження з такими дітьми, примушування їх до жебракування та бродяжництва, застосування різних форм насильства в сім'ї. Сімейний кодекс України має певні прогалини правового регулювання відносин щодо притягнення до сімейно-правової відповідальності прийомних батьків, батьків-вихователів, патронатних вихователів. Тому, на мій погляд, доречно було б унести зміни до Сімейного кодексу України щодо посилення захисту прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, зокрема до ст. 212 Сімейного кодексу України, і доповнити перелік осіб, які не можуть бути усиновлювачами, тими особами, які були відсторонені з їхньої вини від обов'язків патронатного вихователя, прийомних батьків, батьків-вихователів.

Крім того, доцільно було б доповнити ст. 256-2 Сімейного кодексу України положеннями про те, що в разі невиконання або неналежного виконання прийомними батьками з їхньої вини обов'язків, передбачених законом або встановлених договором про влаштування дітей до прийомної сім'ї, зловживання своїми правами прийомні батьки можуть бути відсторонені органом, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї, або судом від обов'язків прийомних батьків. Особи, які були відсторонені органом, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї, або судом від обов'язків прийомних батьків, не можуть бути усиновлювачами, опікунами, піклувальниками, наставниками, патронатними вихователями, прийомними батьками та батьками-вихователями. Відсторонення прийомних батьків з їхньої вини від обов'язків прийомних батьків є підставою для розірвання договору про влаштування дітей до прийомної сім'ї за рішенням органу, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї, або суду.

Також доцільно було б доповнити ст. 256-6 Сімейного кодексу України положеннями про те, що у разі невиконання або неналежного виконання батьками-вихователями з їхньої вини обов'язків, передбачених законом або встановлених договором про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу, зловживання своїми правами батьки-вихователі можуть бути відсторонені органом, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного типу, або судом від обов'язків батьків-вихователів. Особи, які були відсторонені органом, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного

типу, або судом від обов'язків батьків-вихователів, не можуть бути усиновлювачами, опікунами, піклувальниками, наставниками, патронатними вихователями, прийомними батьками та батьками-вихователями. Відсторонення батьків-вихователів з їхньої вини від обов'язків батьків-вихователів є підставою для розірвання договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу за рішенням органу, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного типу, або суду.

Зазначені пропозиції про внесення змін до законодавства України щодо посилення захисту сімейних прав та інтересів, безперечно, є предметом дискусії та потребують більш ретельного обговорення.

Одержано 16.05.2018

УДК 347.440.44

Дмитро Володимирович Швець,

перший проректор Харківського національного

університету внутрішніх справ,

кандидат педагогічних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1999-9956>

МІСЦЕ РІЧНОГО ПЛАНУ В ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЛЯХ

Термін «державні закупівлі» (тендер – від англ. *tend* – обслуговувати) має декілька як юридичних, так і економічних значень: 1) заявка, оферта, письмова пропозиція; 2) сповіщення про намір поставити товар за строковим контрактом; 3) запрошення постачальникам на конкурсній основі запропонувати товар або обладнання, надати послуги певної якості на основі розроблених улаштовувачами торгів умов; 4) конкурентні торги відкритого типу або закриті, для обмеженого числа учасників, конкурсна форма розміщення замовлення; 5) ціна на товар, запропонована його виробником, виходячи з рівня цін, пропонованих його конкурентам; 6) інтернаціональні конкурси на право отримання замовлень, пов'язаних з постачанням обладнання, будівництвом об'єктів, виконанням інжинірингових послуг у різних країнах.

У загальному вигляді проблеми закупівель полягають у багатогранності правової природи відносин (цивільних, господарських, організаційних, адміністративних), що виникають у зв'язку зі здійсненням державних закупівель, та протиріччях серед нормативних актів, які регулюють ці відносини. Тому, на наш погляд, слід нормативно забезпечити такі правові зв'язки не шляхом змін у законодавстві, а шляхом належного врегулювання процедури закупівель.

Про актуальність дослідження у сфері державних закупівель свідчить кількість рішень (станом на сьогодні 18678), прийнятих з приводу державних закупівель господарськими судами України. Невдоволення учасників торгів та маса корупційних схем змусили законодавця почати роботу над поліпшенням законодавства в цієї сфері, результатом чого стало прийняття закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) щодо підсилення прозорості закупівель.

Завдяки цьому кроку на травень 2018 року сума економії, отриманої завдяки використанню електронної системи публічних закупівель ProZorro, перевищила

48,29 млрд грн¹. Це – важливий етап реформи: доведено, що система ProZorro є ефективною, виконує всі поставлені завдання і здатна працювати з тисячами тендерів на день.

Спробуємо визначити місце річного плану закупівель для механізму державних закупівель.

Державні закупівлі розпочинаються із затвердженням генеральним замовником кошторису бюджетної установи – основного планового фінансового документу бюджетної установи, яким на бюджетний період встановлюються повноваження щодо отримання надходжень і розподіл бюджетних асигнувань на взяття бюджетних зобов'язань та здійснення платежів для виконання бюджетною установою своїх функцій та досягнення результатів, визначених відповідно до бюджетних призначень. Тобто підставою виникнення цивільно-правових правовідносин виступає бюджетне зобов'язання – будь-яке здійснення відповідно до бюджетного асигнування розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій протягом бюджетного періоду, згідно з якими необхідно здійснити платежі протягом цього ж періоду або в майбутньому, оскільки замовники зобов'язані здійснити закупівлі протягом встановленого строку (бюджетного періоду).

Відповідно до ст. 4. Закону закупівля здійснюється відповідно до річного плану. Річний план, додаток до річного плану та зміни до них безоплатно оприлюднюються на веб-порталі Уповноваженого органу з питань закупівель протягом п'яти днів з дня їх затвердження. Уповноважений орган та орган оскарження розробляє та затверджує форму річного плану закупівель.

Тендерний комітет або уповноважені особи замовника планують закупівлі, складають та затверджують річний план закупівель. Наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 22.03.2016 № 490 затверджено форму річного плану закупівель. Після отримання річного кошторису тендерний комітет затверджує річний план закупівель, в якому вказується предмет закупівлі товарів і послуг, що визначається замовником згідно з п. 17 і 32 ч. 1 ст. 1 Закону та на основі національного класифікатора України ДК 021:2015 «Єдиний закупівельний словник», затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 23.12.2015 № 1749, за показником четвертої цифри основного словника із зазначенням у дужках конкретної назви товару чи послуги.

Замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за показниками шостого–десятого знаків із зазначенням у дужках предмета закупівлі відповідно до показників четвертої–восьмої цифр Єдиного закупівельного словника, а також за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.

При цьому замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за показниками четвертої–восьмої цифр Єдиного закупівельного словника, а також за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.

Слід одразу вказати на не автентичність і розбіжність категорії «предмет закупівлі» і «предмет договору». Не вдаючись до проблеми визначення поняття «предмету договору», яку досліджував І. В. Стрижак [1] зазначимо, що предмет договору – це його єдина істотна умова, яка прямо передбачена ЦК України в загальних положеннях про договір. Але на наступному прикладі із закупівлі комунальних послуг, які здійснюють практично всі держустанови, зазначимо: «предмет закупівлі» – 35.30 постачання пари, гарячої води та кондиційованого повітря (як послуга); «предмет договору» – постачання енергетичними

¹ <https://bi.prozorro.org/sense/app/fba3f2f2-cf55-40a0-a79f-b74f5ce947c2/sheet/HbXjQep/state/analysis>.

та іншими ресурсами через приєднану мережу (застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір поставки, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин сторін). Тобто, маючи намір укласти договір постачання енергетичних ресурсів, ми наперед бачимо, що він буде неналежно поіменований та його предмет буде неналежно визначений.

Недосконалість такої процедури полягає в тому, що законодавець не передбачив тимчасові рамки для тендерного комітету зі складання річного плану, відповідальність за нездійснення публікації річного плану на власних ресурсах, процедуру узгодження річного плану з основним розпорядником коштів тощо. Хоча для майбутнього договору цей етап має важливе значення, оскільки саме в річному плані вказується найменування предмета закупівлі – товари, роботи чи послуги, які закуповуються замовником.

Список бібліографічних посилань

1. Стрижак І. В. Проблема визначення поняття «предмет договору». *Вісник Академії муніципальної служби України. Серія: «Право»*. 2010. № 2 (5). С. 124–129. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vamsup_2010_2%285%29_22 (дата звернення: 04.04.2018).

Одержано 10.04.2018

УДК 347.254

Ольга Евгеньевна Аврамова,

доцент кафедры гражданского права и процесса факультета № 6
Харьковского национального университета внутренних дел,
кандидат юридических наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1941-9894>

ПОСТРОЕНИЕ ЭЛЕМЕНТОВ В СТРУКТУРЕ ЖИЛИЩНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Понятие «жилищные отношения» охватывает весьма широкий круг общественных отношений. Прежде всего, это отношения, связанные с пользованием жилищем [1, с. 3], что проявляется в действиях по проживанию, управлению жилищем и использованию жилищно-коммунальных услуг. Возникают жилищные правоотношения с момента: 1) получения жилья для проживания (имущественное право); 2) взятия на квартирный социальный учет для получения жилья (имущественный интерес). Вектор жилищных правоотношений направлен на удовлетворение потребности проживания в жилье. Как и любые иные правоотношения жилищные правоотношения имеют внутреннее структурное построение. При рассмотрении расположения элементов в структуре жилищных правоотношений следует отметить, что теории структуры правоотношения различны и зависят от наличия или отсутствия определенного элемента правоотношения. В частности, это: 1) одноэлементная структура: включает только права и обязанности / содержание правоотношения (Я. М. Магазинер, К. К. Яичков); 2) двухэлементная структура / безобъектная: охватывает субъект, содержание; 3) трехэлементная структура: содержит субъект, объект, содержание (М. М. Агарков, С. С. Алексеев, В. Н. Протасов, М. В. Цвик). Со временем наиболее обоснованной структурой стала признаваться трехэлементная, при этом отмечалось, что не может быть бессубъектных правоотношений, ибо всякое

правоотношение является общественным отношением, существующим между людьми или группами людей [2, с. 66]. В отношении объекта было установлено, что категория «объект» является элементом системы понятий, необходимых в исследовании и характеристике правоотношения [3, с. 44].

Традиционная схема правоотношения – субъект, объект, права и обязанности – возникла из того, что правоотношение моделируют по образцу обязательства, тогда как эта схема далеко не охватывает всего богатства и сложности правоотношения [4, с. 200]. Такое построение правоотношения соотносится и со структурой гражданских правоотношений, за исключением правоотношений интеллектуальной собственности, в которых схема расположения элементов следующая: объект – субъект – содержание.

Возможность моделирования внутренней структуры построения правоотношения имеет научное и прикладное значение. И обосновано тем, что свойства правоотношений разных типов и видов нередко значительно различаются между собой, и, следовательно, при конструировании общих понятий в теории правоотношений нужны строгие представления о том, какие свойства являются общими для всех правовых связей, а какие присущи лишь тому или иному типу или виду правоотношений (общим и конкретным, регулятивным и охранительным и т. д.) [5, с. 100]. Общими свойствами правоотношения является наличие трех элементов в их структуре, различие же может быть выявлено в построении его структурных элементов.

Первичность в расположении элемента в структуре правоотношения имеет практическое значение, так как указывает на вид правового регулирования, а, следовательно, возможность правильного выбора норм права, в частности при конкуренции правовых норм. Конкуренция норм – это юридически значимый результат одновременного наличия двух имеющих равную юридическую силу норм права – общей и специальной, когда обе нормы содержат необходимые признаки квалифицируемого отношения, но только одна из них – специальная норма содержит необходимые и достаточные, то есть исчерпывающие, признаки данного отношения, исключая применение общей нормы [6, с. 112]. При установлении в субъекте либо объекте гражданского отношения привилегировующего либо квалифицирующего признака правомерен и обязателен отказ от применения общей нормы в пользу применения специальной [7, с. 111]. Таким образом при конкуренции норм первично необходимо определить квалифицированный элемент в структуре правоотношения, то есть элемент, который предопределяет правовой режим реализации отношения и выносится на первое место в цепочке построения элементов правоотношения. Например, при определении первичности субъекта необходимо руководствоваться правовым статусом субъектов как квалифицирующим признаком отношения. Это имеет проявление при приобретении иностранными гражданами недвижимого имущества или приобретения жилья внутренне перемещёнными лицами или беженцами. Так в зависимости от статуса субъекта применяется тот или иной механизм направленный на удовлетворения жилищных потребностей указанных лиц, а, следовательно, выбирается соответствующая специальная норма жилищного законодательства. При этом характеристики жилого объекта имеет второстепенное значение.

Для теории жилищных правоотношений Украины проблема квалифицирующего признака в структуре жилищных правоотношений имеет особое значение. Поскольку выявление особенностей в построении элементов правоотношении указывает на определенную самостоятельность жилищных отношений от гражданских правоотношений, что в результате предоставляет возможность утверждать о необходимости существования

самостоятельного механизма правового регулирования жилищных правоотношений. Поэтому рассмотрим возможные модели построения элементов в структуре жилищных правоотношений.

Модель первичности субъекта в структуре правоотношения имеет место, когда жилищная потребность обоснована статусом лица. В ч. 1 ст. 2 Закона Украины «О жилищном фонде социального назначения» установлено, что гражданам Украины, которые в соответствии с законом нуждаются в социальной защите, социальное жилье предоставляется бесплатно. В п. 1 ч. 1 ст. 4 Закона определено так же добавлен признак: имеют право на получение социального жилья [8]. Квалифицирующим признаком в указанных правоотношениях выступает статус субъекта: гражданство Украины и нуждаемость в социальной защите.

При модели первичности объекта квалифицирующим признаком будет выступать жилье, в частности его вид и состояние, которые и обуславливают определение правового режима отношений. Такая модель построения возникает при установлении аварийности, ветхости жилья, что дает право его владельцам на получение социального жилья или осуществления его реконструкции. Если первичным в структуре построения элементов правоотношения выступает объект, то правовой статус субъекта не выступает квалифицирующим признаком, а может лишь служить как условие для формирования дополнительных характеристик объекта. Например, при признании аварийным жилого дома иное жилье предоставляется так же с учетом жилищных потребностей субъекта в частности, что будут обусловлены ограниченными возможностями человека. Необходимо указать что при построении данной модели жилье рассматривается, в ином понимании чем в гражданских правоотношениях, в которых жилье – это прежде всего материальный объект, представляющий имущественный интерес для субъектов отношений собственности. В жилищных правоотношениях первичным будет свойства жилья способные обеспечить человеку безопасное и длительное проживание жилья в советующем жилом помещении, т. е. экономическая ценность объекта идет как вторичный признак.

Первичность содержания при построении элементов в структуре жилищных правоотношение имеет место, когда квалификация осуществляется при установлении взаимных прав и обязанностей субъектов. Так, в ст. 2 Закона Украины «Об объединении совладельцев многоквартирного дома» установлено, что этот Закон регулирует: порядок создания, регистрации, реорганизации, деятельности и ликвидации объединений, ассоциаций; отношения субъектов права собственности по пользованию и распоряжение общим имуществом совладельцев в объединении; отношения между объединениями и ассоциациями; отношения между объединениями, ассоциациями и органами государственной власти, и органами местного самоуправления; отношения между объединениями и хозяйствующими субъектами [9]. В перечисленных правоотношениях квалифицирующим признаком будут выступать права и обязанности участников.

Таким образом, построение структурных элементов жилищных правоотношений может осуществляться по трем моделям. Выявляя особенность построения элементов в структуре жилищных правоотношениях можно обосновывать их самостоятельность в правовой природе, близкой, но в то же время отличной от природы гражданских правоотношений. В свою очередь это указывает на необходимость отдельного правового регулирования жилищных правоотношений. Кроме того, установление единого объекта жилищных правоотношений в виде жилья, как квалифицирующего признака жилищных правоотношений, может ставится под сомнение и требует научного обсуждения.

Список библиографических ссылок

1. Седугин П. И. Жилищное право : учебник для вузов. М. : Норма – Инфра-М, 1988. 320 с.
2. Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1959. 88 с.
3. Протасов В. Н. Правоотношение как система. М. : Юрид. лит., 1991. 142 с.
4. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении М. : Юрид. лит., 1974. 351 с.
5. Алексеев С. С. Общая теория права. Т. II. М. : Юрид. лит., 1981, 360 с.
6. Ерёмченко А. С. Применение гражданского закона. Пропедевтический очерк : монография. М., 2010. 216 с.
7. Ерёмченко А. С. Конкуренция норм гражданского права в механизме юридической квалификации гражданских отношений. *Вестник Удмуртского университета. Серия: Экономика и право*. 2011. Вып. 9. С. 109–114.
8. Про житловий фонд соціального призначення : закон України від 12.01.2006 № 3334-IV // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3334-15> (дата звернення: 11.04.2018).
9. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку : закон України від 29.11.2001 № 2866-III // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-14> (дата звернення: 11.04.2018).

Получено 13.04.2018

УДК 347.1

Олена Семенівна Адамова,

доцент кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»,

кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО ОБ'ЄКТУ ПРАВОВІДНОСИН МОРСЬКОГО СТРАХУВАННЯ

Сучасні відносини торгівельного мореплавства стикаються із значною кількістю проблем, вирішення яких знаходиться у межах правового інструментарію, що має своє закріплення у позитивному праві. Від них залежить ефективність та стабільність регулятивної функції права та належна правова охорона прав та інтересів учасників цивільних відносин. Це стосується і договірних відносин, які виникають з приводу морського страхування. Дефективність хоча б одного інструментарного елементу в механізмі правого регулювання цивільних відносин веде до неправильного функціонування цивільного права, а отже ставиться під сумнів ефективність та стабільність регулятивної функції права, а тим паче належну правову охорону прав та інтересів учасників цивільних відносин. Як результат в правозастосовчій практиці це веде до виникнення суб'єктивізму, а в судовій практиці до неоднакового застосування судами одних і тих самих норм матеріального права до подібних правовідносин. Для вирішення такої проблеми та з метою стабілізації регулятивної функції права та приведення до єдиного знаменника як правило вищі судові інстанції роблять певні роз'яснення та узагальнення судової практики, а певні судові акти (як акти роз'яснення) є обов'язкові для всіх суб'єктів владних повноважень до застосування у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Але це може призвести до того, що певна буква закону може не враховуватися, а право викривлятися.

Однією із таких проблем в межах цивільно-правового механізму є концепція підходу до об'єкту правовідносин морського страхування. Проблематика стосується легально закріпленого підходу – за яким об'єкта морського страхування виступає майновий інтерес. Це стосується і правовідносин страхування взагалі. Проте, концептуально такий підхід йде в супереч іншій концепції – концепції об'єктів цивільних прав, за якою об'єктом цивільних прав виступає завжди благо. Якщо цивільне право розглядати як певну систему, а кожний елемент взаємопов'язаний, то концепція об'єкту правовідносин морського страхування ставить під сумнів легального віднесення таких правовідносин до цивільних. В цьому сенсі слід погодитись з О. Р. Шишкою, який наголошує на тому, що одним із критеріїв визначення правовідносин як цивільних є об'єкт таких правовідносин [8, с. 105], а в межах ст. 177 ЦК України, вважаємо, проігнорований деякий приватний інтерес (наприклад, в страхових правовідносинах), що виступає об'єктом певних правовідносин.

Важливо відзначити і те, що в юридичній літературі відсутня єдність не лише щодо об'єкту правовідносин страхування взагалі але і щодо об'єкту правовідносин морського страхування – зокрема. Як справедливо зазначає В. А. Белов, зміст і природа суб'єктивних прав та обов'язків, які є елементами правовідносин, зумовлені властивостями їх об'єктів [1, с. 67].

Слід зазначити, що в ч. 1 ст. 242 КТМ України міститься поняття об'єкта морського страхування. Разом з тим, наведена норма заслуговує на критичне ставлення. Аналіз її змісту дозволяє схилитися до думки, що в даному випадку законодавець визначає коло об'єктів морського страхування, як певної групи цивільних правовідносин. Але подібне їх визначення є досить суперечливим.

По-перше, застосовуючи до наведеної норми такий метод тлумачення, як логічне перетворення шляхом спрощення, доходимо висновку, що об'єктом морського страхування є інтерес, причому, законний інтерес. Разом з тим, таке визначення об'єкта морського страхування не узгоджується із загальним поняттям об'єкта цивільних правовідносин.

Незважаючи на те, що поняття об'єкта права є одним із найдискутованіших у юридичній літературі та існує велика кількість спроб його визначення, вважаю найбільш вивіреною та такою, що має більшу вирішувальну здатність – теорію об'єкт-блага. Слід зазначити, що саме таке розуміння об'єкта знайшло своє відображення як у цивільному законодавстві України (ст. 177 ЦК України), так і цивільних кодексах країн СНД (ст. 140 ЦК Республіки Таджикистан, ст. 115 ЦК Республіки Казахстан, ст. 20 ГК Киргизької Республіки, ст. 81 ЦК Республіки Узбекистан, ст. 7 ЦК Грузії та ін.). У свою чергу, як зазначається у юридичній літературі, інтерес (законний інтерес) – це лише простий юридичний дозвіл, відображений в об'єктивному праві або такий, що впливає з його загального розуміння, та певною мірою гарантований державою [3, с. 41]. Він виражається в прагненнях суб'єкта до певного блага, прагненнях користуватися ним [2, с. 137], а також у деяких випадках звертатися за захистом до компетентних органів [5, с. 58–70]. Подібного висновку щодо законного інтересу дійшов і Конституційний Суд України. Отже, інтерес (законний інтерес) – це юридичний дозвіл, що, на відміну від суб'єктивного права, має характер лише правового прагнення. Він не є об'єктом права, а лише веде до досягнення певних благ. Саме ж благо (об'єкт) перебуває за межами змісту та структури інтересу [5, с. 58–70], а останній є передумовою появи блага, і, як наслідок, суб'єктивного права, але не є правом та не є об'єктом права.

Отже, визначення об'єкта морського страхування, як інтересу, є першою суперечністю, що міститься ч. 1 ст. 242 КТМ України.

По-друге, перелік об'єктів морського страхування, наведений у ч. 1 ст. 242 КТМ України дозволяє стверджувати, що такими є речі (наприклад, судно, судно, що будується, вантаж тощо), майнові права (наприклад, право вимагати плату за проїзд, орендну плату,

право вимоги, що забезпечуються судом, вантажем і фрахтом тощо) та обов'язки (наприклад, цивільна відповідальність судновласника і перевізника, обов'язок страховика тощо), інші об'єкти правовідносин. Разом з тим, таке визначення об'єкта морського страхування не узгоджується із поняттям об'єкта страхових правовідносин. Адже морське страхування є різновидом правовідносин страхування. Останні ж, у свою чергу є різновидом зобов'язань із надання послуг. Вони співвідносяться між собою як окреме, спеціальне та загальне. Як окреме, особливе та загальне повинні співвідноситися між собою і поняття об'єктів даних груп правовідносин. Поняття об'єкта зобов'язань із надання послуг є загальним або поняттям вищого рівня. Поняття об'єкта у правовідносинах із надання страхових послуг є особливим або поняттям середнього рівня. Поняттям нижчого рівня або окремим є об'єкт морського страхування. Враховуючи, що загальне містить у собі ознаки особливого, а особливе містить ознаки окремого, то, відповідно до законів логіки, окреме повинно містити ознаки загального. Відповідно, якщо об'єктом зобов'язань із надання послуг та страхових послуг є послуга, то аж ніяк не можуть бути об'єктами правовідносин із морського страхування речі, майнові права та обов'язки. І навпаки. Якщо об'єктами морського страхування є речі, майнові права та обов'язки, то необхідно визнати, що вони можуть бути об'єктами й у правовідносинах страхування та надання послуг взагалі. Але такий висновок не витримав би ніякої критики і тому наведене є другою суперечністю, що міститься в ч. 1 ст. 242 КТМ України.

Відповідно це методологічно базується на тому, що об'єктом правовідносин морського страхування є страхова послуга. Вона, як і будь-яка інша, не має матеріального характеру, тісно пов'язана з особою послугодавця, може споживатися лише в момент її надання, не співпадає з самими діями (здійснення діяльності) страховика, а існує як окреме самостійне явище – певне нематеріальне благо [6, с. 267]. В юридичній літературі справедливо наголошується, що цінність має сама послуга. Вона вважається наданою не залежно від настання страхового випадку та виплати страхового відшкодування [7, с. 5]. Її корисний ефект полягає в тому, що у продовж дії договору страхувальник (застрахована особа або вигодонабувач) має страховий захист, що створює упевненість у отриманні ним страхових виплат при настанні страхового випадку [4, с. 24].

В цілому погоджуючись із наведеною характеристикою страхової послуги, яка повністю застосовна і до об'єкта правовідносин морського страхування, зазначимо, що потребує уточнення визначення поняття страхової послуги, як об'єкта цивільного права. Так, наприклад, у юридичній літературі стверджується, що страхова послуга забезпечує страховий захист майнових інтересів страхувальника (застрахованої особи або вигодонабувача) [4, с. 24] або полягає в прийнятті страховиком на себе і подальшому несенні страхового ризику. Разом з тим, відомо, що захист здійснюється лише у разі порушення права або інтересу. Якщо ж майнові права чи інтереси страхувальника (застрахованої особи або вигодонабувача) до настання страхової події не порушено то і захищати нічого, а значить страхова послуга відсутня. Більше того, страховик ні юридично, ні фактично нічого не захищає. У разі настання страхового випадку та пошкодження або знищення застрахованого блага він лише вчиняє дії по відновленню (повністю або частково) майнового стану. А якщо страховий випадок не настає, то і ці дії відсутні. Не бере на себе страховик і чужі страхові ризики. Він їх лише розподіляє. Причому, розподіл ризиків здійснюється за рахунок з акумульованих страхових платежів (премій) страхувальників. На моє переконання послуга страхування, а відповідно і морського страхування, – це перерозподіл страховиком ризиків, а в разі настання страхових випадків – негативних наслідків, між замкнутим колом страхувальників. І саме таке її визначення відповідає юридичній природі,

ознакам та економічній сутності послуги, відображає особливість правовідносин щодо морського страхування.

Таким чином, у правовідносинах морського страхування об'єктом виступає послуга з морського страхування, суть якої полягає у перерозподілі страховиком ризиків, а в разі настання страхових випадків – негативних наслідків, між замкнутим колом страхувальників. Розподіл ризиків створює у страхувальника (застрахованої особи або вигодонабувача) впевненість у отриманні ним страхових виплат при настанні страхового випадку, а в разі настання останнього – право вимагати відшкодування. Такий висновок приводить до необхідності зміни концепції об'єкту правовідносин морського страхування з інтересу на послугу, що надасть можливість виправити та узгодити концептуальні підходи між загальними установками (об'єкту цивільних права) та окремими установками (об'єкту правовідносин морського страхування) в механізмі правового регулювання цивільних відносин.

Список бібліографічних посилань

1. Белов В. А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // Объекты гражданского оборота : сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2007. С. 67.
2. Венедиктова И. В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве : монография. Харьков : Точка, 2012. 508 с.
3. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2004. 631 с.
4. Корнилова Н. В. Развитие страховых понятий в современном законодательстве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Хабаровск, 2002. 245 с.
5. Малько А. В. Субъективное право и законный интерес. *Правоведение*. СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 1998. № 4. С. 58–70.
6. Цивільне право України : підручник : у 2 т. : Т. 2. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасько-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Київ : Юрінформ Інтер, 2004. 552 с.
7. Чебунин А. В. Актуальные гражданско-правовые проблемы страхования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Томск, 2002. 254 с.
8. Шишка О. Р. Застосування методу альтернативи при визначенні правової моделі цивільних правовідносин, об'єктом яких є блага, що мають подвійну правову природу. *Eurasian Academic Research Journal*. 2016. № 1 (01). С. 93–113.

Одержано 07.04.2018

УДК 347.925

Оксана Григорівна Бортнік,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7816-0387>

УРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб,

інтересів держави. Суд та учасники судового процесу зобов'язані керуватися завданням цивільного судочинства, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі. Утім сторонам позовного провадження у цивільному судочинстві в силу принципу диспозитивності надається право врегулювати спір поза судом або в рамках судових процедур, тим самим вплинути на долю спору про право та рух справи.

Способами врегулювання цивільно-правових спорів є відповідні процедури які здійснюються сторонами самостійно в досудовому порядку чи під час розгляду справи, завдяки посередництву адвокатів або інших представників, а також шляхом врегулювання спору за участю судді. Спеціальних позасудових процедур з врегулювання цивільних спорів, результат яких може вплинути на хід судового розгляду, чинним законодавством не встановлено. Досудові процедури, на кшталт врегулювання трудових спорів у відповідних комісіях, слід віднести до досудового врегулювання спорів.

Врегулювання спору за участю судді проводиться виключно за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Проведення такого врегулювання не допускається у разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Відповідне положення законодавства слід визнати обґрунтованим, оскільки результат врегулювання не повинен порушувати права та інтереси інших осіб, тобто будь-яких осіб, які не є сторонами спору.

Проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. Сторони мають право брати участь у таких нарадах у режимі відеоконференції в порядку, визначеному ЦПК України. Спільні наради проводяться за участю всіх сторін, їх представників та судді. Закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною із сторін окремо.

Суддя спрямовує проведення врегулювання спору за участю судді для досягнення сторонами врегулювання спору. З урахуванням конкретних обставин проведення наради суддя може оголосити перерву в межах строку проведення врегулювання. На початку проведення першої спільної наради суддя роз'яснює сторонам мету, порядок проведення врегулювання спору за участю судді, права та обов'язки сторін. Під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору. Під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору.

Чинним законодавством передбачено, що під час проведення врегулювання спору суддя не має права надавати сторонам юридичні поради та рекомендації, надавати оцінку доказів у справі. Інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною. Під час врегулювання спору за участю судді забороняється використовувати портативні аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис. Крім цього, згідно з положеннями ст. 70 ЦПК України не можуть бути допитані як особи, які зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з наданням професійної правничої допомоги або послуг посередництва (медіації) під час проведення позасудового врегулювання спору, – про такі відомості; судді – про інформацію, що стала відома судді під час врегулювання спору за його участю.

Відповідно до ст. 204 ЦПК України врегулювання спору за участю судді припиняється у разі подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участю судді; у разі закінчення строку врегулювання спору за участю судді, який не може бути більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про його проведення; за ініціативою судді у разі затягування врегулювання спору будь-якою із сторін; у разі укладення сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою про її затвердження або звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, або в разі відмови позивача від позову чи визнання позову відповідачем. В останньому випадку справа передається на розгляд іншому судді в порядку, визначеному законом.

Результатом відповідного врегулювання, який свідчить про ефективність проведених процесуальних дій, може бути тільки мирова угода сторін. Мирова угода укладається сторонами з метою врегулювання спору на підставі взаємних поступок і має стосуватися лише прав та обов'язків сторін. У мировій угоді сторони можуть вийти за межі предмета спору за умови, що мирова угода не порушує прав чи охоронюваних законом інтересів третіх осіб.

Звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, або в разі відмови позивача від позову чи визнання позову відповідачем не може свідчити безпосередньо про врегулювання спору, а лише про припинення соціального конфлікту. Це пояснюється тим, що умови та мотиви відповідних односторонніх процесуальних дій сторін не мають значення для процесу. Зокрема внаслідок з'ясування підстав та предмету позову, підстав заперечень, роз'яснення сторонам предмету доказування по категорії спору, який розглядається, одна зі сторін може прийти до висновку про необґрунтованість своєї юридичної позиції у справі, про неможливість доказування своїх вимог чи заперечень та здійснити односторонню дію, направлену на припинення процесу, а не на врегулювання спору.

З урахуванням відповідних положень та вимог ст. 189 ЦПК України, врегулювання спору не є завданням підготовчого провадження та не відноситься до змісту відповідних процесуальних дій. Отже тенденції з диференціації судових процедур проявляються і щодо врегулювання спорів за участю судді.

Врегулювання спору за участю судді є системою процесуальних дій, що об'єднана такою процесуальною метою, як припинення спору про право, щодо вирішення якого відкрито провадження у справі. В основу мирової угоди як способу припинення спору може бути покладено прощення боргу, визнання вимог, відступне, залік вимог, новацію, розстрочку чи відстрочку виконання спірного зобов'язання. Втім, змістом мирової угоди сторін у цивільному судочинстві можуть бути також і права процесуального характеру. Оскільки врегулювання за участю судді проводиться за згодою сторін, то відповідну стадію можна визнати факультативною.

Зважаючи на чинні норми цивільного процесуального права, не встановлено ініціативу на проведення врегулювання спору за участю судді. Виходячи із загальних засад судочинства та положень ч. 5 ст. 12 ЦПК України, відповідно до яких суд сприяє врегулюванню спору шляхом досягнення угоди між сторонами, можна зробити висновок, що ініціатива може виходити як від суду, так і від сторін, утім саме проведення процедур із врегулювання ставиться в залежність від згоди сторін. Оскільки визначеність цивільної процесуальної форми напряду впливає на ефективність цивільного судочинства, відповідні положення повинні бути сформульовані в законодавстві чіткіше, що цілком позитивно вплине на розвиток процедур із врегулювання спорів за участю судді.

Одержано 01.04.2018

Сергій Володимирович Васильєв,

партнер адвокатського об'єднання «Kairos»,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7403-8162>

ФІЛОСОФСЬКІ КАТЕГОРІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

1. У цивільному судочинстві на рівні законодавства і судової практики використовуються такі категорії як справедливість, добросовісність, доцільність, розумність і т. п.

Так, наприклад, завданнями цивільного судочинства є *справедливий*, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ (ч. 1 ст. 2 ЦПК України); основними засадами (принципами) цивільного судочинства є *розумність* строків розгляду справи судом (п. 10 ч. 3 ст. 2 ЦПК України); учасники судового процесу та їхні представники повинні *добросовісно* користуватися процесуальними правами (ч. 1 ст. 44 ЦПК України). У матеріалах судової практики також можна зустріти такі висловлювання як «з урахуванням вимог розумності і справедливості», «виходячи із засад розумності, добросовісності, справедливості», «умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків» і т. п. Або в постанові Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» зазначається, що суд має виходити із засад розумності, виваженості та справедливості.

Аналіз наукової літератури показує нам різноманіття думок щодо природи вказаних категорій, а саме: (1) це базові категорії, що використовуються стосовно до різних форм суспільного життя – економіці, політиці, моралі, права (А. Герлах); (2) це явища виключно філософські (Є. О. Куліков); (3) це соціальне і етичне поняття (В. С. Нерсисян); (4) це загальні цінності, яким притаманна універсальність і об'єктивність змісту (Ю. І. Сулін).

Вважаємо, що ці позиції не є взаємовиключними характеристиками вказаних категорій і їх необхідно розглядати як взаємодоповнюючі ознаки одного і того ж явища.

Отже, є необхідність дослідження вказаних категорій у філософії та у праві, з метою виявлення їх розбіжностей та специфічності. Як свого часу вдало висловився Авраам Лінкольн: «Світ ніколи не мав доброго визначення слова «свобода»...Вживаючи одне і теж слово, ми маємо на увазі різні речі» [1].

2. Категорія – це загальне філософське поняття, яке відображає універсальні властивості і відношення об'єктивної дійсності, загальні закономірності розвитку всіх матеріальних, природних і духовних явищ.

Загального визначення філософської категорії не існує, тому можна запропонувати таку: філософські категорії – це гранично загальні поняття, що охоплюють своїм змістом все відомі людині буття світобудови, що володіють властивостями універсальності, об'єктивності та апіорності, і, в залежності від логічної операції виступають граничними продуктами аналізу, синтезу і узагальнення [2].

Юриспруденція (правознавство) виступає по відношенню до філософії спеціальною (окремою) наукою, область застосування якої обмежена предметом цієї науки. Тому, і категорії, які притаманні даній науці, визначаються як розвинена форма абстрактного мислення людини, яка гранично відображає і узагальнює істотні властивості і зв'язку

явищ і процесів об'єктивно існуючої державно-правової організації суспільства у вигляді змістовних образів, яка використовується юридичною наукою в якості свого методу.

Юридичним категоріям притаманні ознаки, що відрізняють їх від інших наукових абстракцій, а саме: 1) *особливий об'єкт відображення*: юридична категорія описує властивості і зв'язки явищ і процесів державно-правової організації суспільства; юридичні категорії відображають якісну визначеність явищ і процесів державно-правової організації суспільства, яка, як переважний об'єкт відображення, служить критерієм розмежування юридичних та інших наукових категорій; 2) *використання в рамках юридичного знання*: юридичні категорії виконують методологічну функцію в пізнанні навколишньої дійсності, являються методом юридичної науки, цілісною теорією об'єкту, що відбивається у державно-правової організації суспільства; 3) *можливість мати правову форму*: юридичні категорії дозволяють оцінити певні суспільні процеси з точки зору правової форми, в якій вони протікають і проявляються; формальність – це істотна властивість права, а зв'язок з правом – істотна риса держави [3].

Дослідження юридичних категорій неможливо провести без застосування філософського категоріального апарату і зіставлення з ним. На філософські категорії спираються всі спеціальні (окремі) науки, і використовуючи їх, такі науки проникають в сутність явищ, встановлюють їх причини, закони функціонування і розвитку. Філософські категорії допомагають робити теоретичні узагальнення, визначати перспективи дослідження.

3. *Справедливість* займає особливе місце серед правових категорій, тому що крім того що вона є загальноозначущою цінністю, практична реалізація якої відбувається в рамках права, вона є категорією яка відноситься до поля природного права. Тобто для свого існування такі категорії не вимагають їх закріплення і формулювання в будь-яких особливих нормах, вони знаходяться як би за нормами, поза ними.

У науковій юридичній літературі висловлюється думка, що справедливість тісно пов'язана з правами людини і правом взагалі, законністю, об'єктивністю, істиною, правосуддям, тому в судочинстві неможливо відокремити справедливість від правової, юридичної, процесуальної справедливості. Вони утворюють одне поняття, тому їх не можна ділити на філософські, моральні, юридичні, процесуальні поняття. Так ми можемо далеко зайти і встановимо, що є совість і процесуальна совість, чесність і процесуальна чесність, брехня і процесуальна брехня і т. п. [4].

Доцільність, добросовісність, розумність на відміну від справедливості знаходяться у сфері позитивного права, а тому закріплюються в юридичних нормах і реалізуються в них. Вказані категорії мають оціночний характер, тобто властивості, що надаються зазначеним категоріям конкретними суб'єктами залежать, як правило, від внутрішніх уявлень цих суб'єктів.

Так, у філософському сенсі *розумність* є здатністю пізнавати і систематизувати отримані знання про предмети і явища, виявляти причинно-наслідковий зв'язок між предметами і явищами, а також діяти відповідно отриманим знанням і виявленим взаємозв'язкам.

У цивільному процесуальному праві вказана філософська категорія знайшла конкретизацію і нові риси, а саме у понятті «розумний строк»: строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданню цивільного судочинства (ч. 2 ст. 121 ЦПК України).

Добросовісність визначається (1) як якість, яка властива людині, старанному і правдивому, або (2) як критерій: дія без порушення прав і свобод інших осіб, чесність і відповідність наявних намірів здійснюваних дій.

ЦПК України не дає власного визначення добросовісності але закріплює її як вимогу до учасників судового процесу з відповідним посиленням цієї вимоги, а саме неприпустимість зловживання процесуальними правами (ч. 1 ст. 44 ЦПК України).

В повсякденному розумінні *доцільність* полягає у відповідності діяльності якоїсь мети. В праві вона розглядається з двох боків: (1) формування мети відбувається на рівні мислення конкретного суб'єкта; (2) дії, що вживаються суб'єктом для досягнення зазначеної мети, повинні здійснюватися строго в рамках закону. Таким чином, доцільність в праві носить суб'єктивно-об'єктивний характер.

Так, наприклад, суддя при оцінці доцільності, що має значення для вирішення справи, з урахуванням всіх її обставин і положень закону, змушений формулювати певну мету, яку, з його точки зору, мав на увазі законодавець, залишаючи це коло питань без детального регулювання. Таким чином, доцільність в такому випадку виступає у якості суб'єктивної межі розсуду суду [5].

4. Понятійний апарат науки цивільного процесуального права в пізнанні і поясненні явищ і процесів правової дійсності знаходить вираз у двох функціях: теоретичної та методологічної. Якщо поняття використовується для опису, пояснення і прогнозування правових явищ, то вони реалізують теоретичну функцію, а коли виступають в якості певних правил і принципів, то реалізують методологічну функцію. Для пізнання і пояснення основних закономірностей правових явищ в теорії цивільного судочинства широко використовуються логічні прийоми: аналіз, синтез, індукція, дедукція, гіпотеза.

Методологічне значення конкретних категорій філософії для цивільного процесуального права полягає в тому, що вони є інструментом формування його власних категорій. В той же час, визначені категорії цивільного судочинства не втрачають їх філософського сенсу, а також не ігнорують законів філософії і філософського змісту категорій. Особливу специфіку категорії цивільного судочинства отримують через окремі сегменти, що є складовими об'єкту та предмету юридичної науки.

Таким чином, критерієм розмежування між філософськими та юридичними критеріями виступає предметне поле, в якому вони виступають формами мислення. Якщо філософські категорії виступають загальними універсальними поняттями, які охоплюють своїм обсягом і змістом усі сфери людської світобудови, то юридичні категорії є гранично загальними універсальними поняттями стосовно предметного поля даної науки, і за межами цього поля такими не є.

Нарешті, ми ще раз підтверджуємо загальновизнану аксіому, що наука описує право таким, яким воно є, а філософія – таким, яким воно повинно бути.

Список бібліографічних посилань

1. Maurice Cranston. Freedom. London : Longmans ; Green & Co, 1953. P. 13.
2. Книгин А. Н. Учение о категориях : учеб. пособие. Томск : Изд-во Томского ун-та, 2002. С. 40.
3. Рудаков А. А. Парные юридические категории: теория и прав и обязанностей : монография. М. : Проспект, 2015. С. 42–43.
4. Макарова З. В. Справедливость в уголовном судопроизводстве. *Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: «Право»*. 2012. № 7. С. 54–56.
5. Гребенников В. В. Актуальные вопросы судебного усмотрения как правоприменительного инструмента разрешения споров. *Образование и право*. 2017. № 1. С. 120.

Одержано 11.03.2018

УДК 347.23

Наталія Олександрівна Горобець,

*професор кафедри юридичних дисциплін Сумської філії
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2731-9682>*

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Власність посідає особливе місце в суспільному та приватному житті особи. Спільними зусиллями зовнішньої політики євроінтегрування, громадян України, які своїми зверненнями за захистом права власності до Європейського суду з прав людини дозволили вітчизняній правовій та науковій спільноті набути неоціненного практичного досвіду та самої цивілістики, яка безумовно трансформувалася під впливом новітніх тенденцій були сформульовані теоретичні та практично значимі висновки, спрямовані на удосконалення діючого цивільного законодавства і практики його застосування в сфері власності.

Багато усталених положень на сьогодні піддаються сумнівам або розцінюються критично. Перший із них, право власності – не абсолютне [1, с. 7]. Необхідність правового регулювання та законних обмежень з боку держави впливають з природи власності. Безумовним є дотримання усталених принципів дозволеного правомірного втручання у право власності особи з боку держави при позбавленні громадян власності тощо.

Традиційно радянське та пострадянське цивільне право визначає зміст права власності через три правомочності: володіння, користування та розпорядження, що об'єднуються терміном «тріада» правомочностей власника [2, с. 80], який протягом двохсотрічного періоду існування в правовому просторі можна по праву вважати аксіоматичним положенням цивілістики.

Сучасне поняття права власності декларується як можливість власника здійснювати по відношенню до речі, що йому належить максимально широкий, відкритий перелік дій – тільки б ці дії не порушували законні інтереси третіх осіб [3, с. 21–22].

Сучасний власник не споживає речі він домінує над ними, контролює та упорядковує їх, що не може дозволити собі, володілець, наймач, зберігач тощо. Стереотип поведінки власника формує алгоритм новітнього життя, де власність – це речі, що відповідають модним тенденціям суспільства, а не речі практичні, здатні задовольнити елементарні потреби людини, як то їжа, житло та одяг. Існуюча конструкція змісту права власності на сьогодні вже вичерпала ті завдання, які ставилися перед нею в Середньовічній Європі.

Визнання змісту права власності через правомочності володіння, користування та розпорядження призвела не лише до деформації юридичних конструкцій, а й до формування у власника ілюзії «необмеженої влади», що зумовило знецінення у його свідомості положення «власність зобов'язує». В українського власника фактично відсутнє почуття соціальної відповідальності. Наприклад, власнику класового транспортного засобу, дорогого гаджету, маєтку почуття власної значимості через належне йому майно дозволяє порушувати правила дорожнього руху, культуру спілкування, правила добросусідства тощо.

Цивілісти стверджують, що правомочності права власності не можуть передаватися, оскільки «володіння» власника і «володіння» наймача, це різні володіння [4, с. 139]. За

власником зберігається володіння і при умові коли він власник п'яти квартир – це, так зване «книжкове володіння».

За Аристотелем наші речі – це продовження нас. Еластичність та багатогранність сучасного життя не може поміститися в конструкцію володіння, користування та розпорядження. Справедливість цього твердження доводиться як науковцями так і практикою Європейського суду з прав людини, який відійшов від вказаного стереотипу.

Обмеження встановлені тріадою правомочностей стримують розвиток відносин власності, змушуючи власників при здійсненні та захисту свого права апелювати до національної юридичної техніки і термінології, що часто призводить до втрати суті правовідносин. Відійшовши від класичних постулатів права власності Європейський суд з прав людини вже зараз істотно вплинув на національні правопорядки [5; 6].

Особливої уваги потребує об'єкт власності, який донедавна ототожнювався виключно із об'єктами матеріального світу. Як зазначає І. В. Спасибо-Фатеева проблема об'єктів є не лише теоретичною, а й практично значущою [7, с. 79].

Донині у багатьох європейських країнах об'єктом права власності визнається матеріальний об'єкт. Обумовлено це формуванням правової доктрини об'єкту права власності у час коли цивільний оборот не був ускладненим. Тоді право як і відносини не знали понять матеріальних активів, акцій, безготівкових грошей тощо. Такий спрощений підхід до об'єкту власності у законодавстві та доктрині практично не викликав жодних проблем, і тому був прийнятим. Однак, ускладнення цивільного обігу у подальшому, виявили неспроможність теорії об'єкту права власності. Так, крім матеріальних благ, з'явилися нематеріальні – вимоги кредитора, майнові зобов'язання, особисті немайнові цінності, майнові активи, інвестиції тощо.

Зазначене, яскраво демонструє, що в регулюванні відносин власності вже давно помічаються такі особливості, якими не можна нехтувати ні законодавцю, а ні цивілістичній думці.

Список бібліографічних посилань

1. Романюк Я. Втручання в право власності з точки зору його відповідності статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: критерії Європейського суду з прав людини та досвід України на окремих прикладах судової практики // Право власності: європейський досвід та українські реалії : зб. доп. і матеріалів міжнар. конф. (м. Київ, 22–23 жовт. 2015 р.). Київ : ВАІТЕ, 2015. С. 7–23.
2. Горобець Н. О., Садикова Я. М. Трансформації змісту права власності в Україні. *Науковий вісник УжНУ. Серія «Право»*. 2018. № 48, т. 1. URL: http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.48/part_1/20.pdf (дата звернення: 18.03.2018).
3. Рыбалов А. О. Право собственности (комментарий к ст. 209 ГК РФ). М. : М-Прос, 2017. 96 с. URL: <http://m-lawbooks.ru/index.php/product/a-o-rybalov-pravo-sobstvennosti-kommentariy-k-st-209-gk-rf/> (дата звернення: 18.03.2018).
4. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М. : Статус. 2010. 893 с.
5. Справа «Спорронг і Льоннрот проти Швеції»: рішення Європейського суду з прав людини від 23.09.1982 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_098 (дата звернення: 18.03.2018).
6. Справа «Шассанью та інші проти Франції»: рішення Європейського суду з прав людини від 29.04.1999 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_375 (дата звернення: 18.03.2018).

7. Спасибо-Фатеева І. В. Об'єкти права власності: напрями модернізації права України // Право власності: європейський досвід та українські реалії : зб. доп. і матеріалів міжнар. конф. (м. Київ, 22–23 жовт. 2015 р.). Київ : ВАІТЕ, 2015. С. 79.

Одержано 03.04.2018

УДК 347.4

Ірина Віталіївна Давидова,

доцент кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»,

кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ ПРАВочИНІВ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ

Враховуючи реалії сьогодення, зокрема, процеси інформатизації, впровадження інформаційних технологій в повсякденне життя пересічного громадянина постає питання і про визначення кола суб'єктного складу правочинів, можливості його розширення та вирішення проблем, які виникають внаслідок розвитку інформаційного суспільства, як такого.

В сформованій віртуальній реальності (яка постійно розширюється) формується і віртуальна ідентичність суб'єкта, а також так звана «віртуальна спільнота». Отже, глобалізація, віртуалізація суспільства формують нову культуру, інформаційну та віртуальну.

Разом з тим, особливістю, яка впливає на формування моральної сфери у віртуальній реальності (в якій сьогодні особи проводять більшу частину часу) є фактична відсутність прив'язки контенту до моральних законів, моральних норм спільного існування людей, що зумовлено анонімністю та повною свободою від будь-яких обмежень інтернет-середовища [1, с. 168].

В умовах розвитку інформаційного суспільства ми спостерігаємо розширення традиційного кола суб'єктів цивільних правовідносин (а отже, і суб'єктного складу правочинів) за рахунок так званих «віртуальних суб'єктів».

Згідно діючого цивільного законодавства України учасниками цивільних відносин, зокрема і суб'єктами при вчиненні правочинів можуть бути: фізичні особи (громадяни України, іноземці і особи без громадянства, які користуються однаковими з громадянами України майновими і особистими немайновими правами за винятками, встановленими у законі), юридичні особи (вітчизняні, іноземні, спільні, вітчизняні з іноземними інвестиціями тощо), суб'єкти публічного права.

Необхідною умовою дійсності правочину, вчиненого особою, є наявність у неї цивільної правосуб'єктності, яка складається з правоздатності (здатність суб'єкта мати цивільні права і обов'язки) та дієздатності (здатність суб'єкта своїми діями набувати для себе цивільні права і створювати цивільні обов'язки). Як ми знаємо, з усіх названих вище суб'єктів цивільного права лише у фізичних осіб правоздатність і дієздатність не співпадають у часі, а також їх дієздатність має дещо розширений склад за рахунок тестаментоздатності та сімейної дієздатності.

Розглядаючи питання щодо розширення кола суб'єктів цивільного обігу за рахунок учасників ІТ-сфери («віртуальних осіб, організацій») та врахування особливостей участі у

ньому «традиційних» суб'єктів Є. О. Харитонов пропонує використовувати аналогію права. Також цікавою є пропозиція розширення складу дієздатності таким елементом, як «кібердієздатність» (для фізичних та юридичних осіб) та «кіберздатність» (для суб'єктів публічного права, за умови якщо вони виступають учасниками цивільних відносин у ІТ-сфері) [2, с. 149–150]. Дані твердження в повній мірі можуть бути застосовані і щодо суб'єктного складу правочинів і є цікавими для подальшого дослідження.

Зокрема, під «кібердієздатністю» пропонується розуміти здатність бути активним учасником відносин у ІТ-сфері (укладати договори як користувач, бути учасником соціальних мереж, приймати участь в інтерактивних акціях тощо). Відмінність від правочиноздатності тут вбачається в тому, що «кібердієздатність» може реалізовуватися за допомогою не лише правочинів, а й юридичних вчинків).

Враховуючи, що більшість відносин (в тому числі і цивільних) переносяться у цифрове середовище (де найбільшу частку займає інтернет-середовище), на практиці виникають проблеми щодо визначення правового становища учасників таких відносин, зокрема, це: неможливість встановлення місцезнаходження сторін, підтвердження обсягу їх дієздатності (якщо мова йде про фізичних осіб), залежність відносин між учасниками Інтернету від відносин з інформаційними провайдерами.

Особливістю цифрового середовища є те, що немає можливості достовірно ідентифікувати учасника (суб'єкта) відносин, за винятком випадків його прямого волевиявлення або сутності конкретних відносин (наприклад, при використанні електронного цифрового підпису).

О. І. Харитонova та Є. О. Харитонов виділяють три групи суб'єктів, які діють в Інтернеті (учасників «інтернет-правовідносин»): 1) оператори і провайдери телекомунікацій, які забезпечують саме функціонування мережі як інформаційної системи, їх діяльність охоплює; 2) виробники, власники та розповсюджувачі інформації та інформаційних ресурсів, тобто суб'єкти, які створюють інформаційне наповнення Інтернету; 3) користувачі (споживачі), до яких відносяться особи, які потребують, замовляють або отримують телекомунікаційні послуги для власних потреб. [3, с. 172–173; 4, с. 150–255]

Стрімкий розвиток інтернет-середовища, створює очевидні труднощі, які будуть виникати в процесі морального життя особистості; 1) в ситуаціях, коли віртуальна реальність є основною життєвою реальністю, в якій особа шукає ідеали для самоідентифікації, не формуються причинні схеми, що визначають статус особистості як суб'єкта моральних дій; 2), необмежена свобода дій у віртуальній реальності створює ілюзію всездозволеності, яка часто переноситься на поведінку в реальному житті; 3) транзитна ідентичність не забезпечує самототожності особистості в часі, що загрожує психічними розладами; 4) існування у віртуальній реальності часто направлено на порушення будь-яких норм, в тому числі і моральних, що фактично деформує свідомість, позбавляє її чутливості у процесі морального вибору. [1, с. 169]

Зокрема, на практиці можуть виникати проблеми з неясним або ж піратським контентом, розповсюдженням аморальної, провокаційної, неправдивої інформації, наданням послуг та укладенням договорів, які прямо заборонені діючим законодавством, доступу до Інтернету психічно хворих або ж недієздатних осіб, які можуть використати доступну інформацію з шкідливими наслідками (як для себе, так і для суспільства) і т. п.

Правовідносини у сфері інформаційних технологій можна характеризувати як правовідносини, які виникають між різними учасниками з приводу набуття, здійснення та захисту прав інтелектуальної власності, права на інформацію та інших прав у цифровому середовищі (електронна комерція тощо).

Такі правовідносини є як абсолютними (правоволоділець перебуває у правовідносинах з «усіма і кожним», які зобов'язані не порушувати його право), так і відносними (їх учасники конкретно визначені, наприклад, електронні правочини). Їх об'єктами можуть бути як результати інтелектуальної діяльності, так і результати робіт, послуги (зокрема, телекомунікаційні). Змістом правовідносин є взаємні права та обов'язки їх учасників.

Л. Л. Тарасенко наводить окремі види правовідносин, які виникають між учасниками у цифровому середовищі, зокрема, це відносини між: замовником веб-сайту і його розробником; розробником веб-сайту та його працівниками (або іншими залученими особами, які виконують роботу на основі цивільно-правового чи трудового договору); співавторами – розробниками сайту; власником веб-сайту (реєстрантом) і реєстратором, реєстратором та адміністратором доменного простору, адміністраторами доменного простору мережі Інтернет першого і другого рівня; власником веб-сайту і хостинг-провайдером; власником веб-сайту і власниками веб-сторінок; власником веб-сайту і авторами інформаційних матеріалів, які розміщено на сайті, володільцями прав на інші об'єкти інтелектуальної власності, які використовуються в межах веб-сайту; користувачем Інтернету і власником веб-сайту та авторами інформаційних матеріалів, володільцями прав на інші об'єкти права інтелектуальної власності, які використовуються в межах веб-сайту; користувачем Інтернету та провайдером (оператором) надання телекомунікаційних послуг; учасниками відносин електронної комерції [5, с. 87–93]. Наведений перелік не є вичерпним та свідчить про велику кількість правовідносин, які не завжди або ж в неповному обсязі врегульовані законодавством (враховуючи специфіку саме цифрового середовища).

Що стосується питання розширення кола суб'єктів правовідносин (зокрема, і правочинів) на «більша далеку» перспективу, то в літературі можна зустріти твердження, що з часом суб'єктами права (а отже, і правочинів) будуть визнані роботи, оснащені штучним інтелектом. Дане питання, як на наш погляд, є досить цікавим і потребує окремого ґрунтовного наукового дослідження.

Список бібліографічних посилань

1. Гарасимів Т. З. Регуляція поведінки особи у віртуальному середовищі. *ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні*. Львів, 2016. С. 167–169.
2. Харитонов Є. О. Правосуб'єктність учасників ІТ-відносин // *ІТ-право: теорія та практика* : навч. посіб. / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонові. Одеса : Фенікс, 2017. С. 143–150.
3. Проблеми питання визначення правової природи і структури правовідносин інтелектуальної власності, що виникають у мережі Інтернет / Харитонova О. І., Ульянова Г. О., Кирилюк А. В., Симонян Ю. Ю., Бааджи Н. П., Позова Д. Д., Григор'янц Г. І., Бурова Л. І., Мартинюк І. В. // *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Одеса, 2015. Т. 17. С. 159–200.
4. Суб'єкти інтернет-відносин // *ІТ-право: теорія та практика* : навч. посіб. / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонові. Одеса : Фенікс, 2017. С. 150–155.
5. Тарасенко Л. Л. Суб'єкти правовідносин у цифровому середовищі. *Часопис цивілістики*. 2017. Вип. 26. С. 87–92.

Одержано 12.03.2018

Вікторія Юріївна Євко,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5871-803X>

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО ЗАХИСТУ СІМЕЙНИХ ПРАВ

Право на сім'ю має кожна фізична особа. А отже кожна особа є членом певної родини. За нормальних умов сімейні відносини виникають і розвиваються без участі будь-яких державних органів. Фізична особа здійснює свої сімейні права та виконує свої сімейні обов'язки вільно, на власний розсуд у межах наданих їй актами сімейного законодавства чи договором. При здійсненні своїх сімейних прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб. У разі порушення, невизнання або оспорування сімейного права, кожна особа має право на захист його у суді.

Судовий захист сімейних прав має певні особливості у порівнянні з захистом інших прав фізичних та юридичних осіб.

1. Захист сімейних прав у переважній більшості випадків здійснюється у порядку цивільного судочинства (ч. 1 ст. 19 ЦПК України). Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про третейські суди» від 11.05.2004, справи у спорах, що виникають із сімейних правовідносин, крім справ у спорах, що виникають із шлюбних контрактів (договорів), не підвідомчі третейським судам. І хоча поряд з судовою зберігається і адміністративна підвідомчість сімейних справ органам державної реєстрації актів цивільного стану та органам опіки та піклування, їх співвідношення змінюється у бік розширення судової підвідомчості.

2. Особливості розгляду справ, що виникають з сімейних правовідносин, визначаються не тільки нормами ЦПК України, а й нормами сімейного законодавства, які у великій кількості містяться у СК України.

3. Одним з принципів судового процесу є його гласність. За загальним правилом, закріпленим у ч. 1 ст. 7 ЦПК України, розгляд справ у судах проводиться усно і відкрито, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Такі винятки передбачені у ч. 7 зазначеної статті і, є всі підстави вважати, що більшість з них стосується саме розгляду справ, які виникають з сімейних правовідносин. Розгляд справи у закритому судовому засіданні проводиться у випадках, коли відкритий судовий розгляд може мати наслідком розголошення таємної чи іншої інформації, що охороняється законом, або за клопотанням учасників справи з метою забезпечення таємниці усиновлення, запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя учасників справи або відомостей, що принижують їхню честь і гідність, а також в інших випадках, установлених законом. Отже, саме при розгляді сімейних спорів найчастіше досліджуються відомості про інтимні чи інші особисті сторони життя учасників справи.

4. При розгляді сімейних справ має свою специфіку і реалізація диспозитивних повноважень суду, яка не завжди передбачена у законодавстві про цивільне судочинство, а впливає з аналізу сімейно-правових норм. Так, відповідно до ч. 1 ст. 13 ЦПК України, суд розглядає справи не інакше як за зверненням особи, в межах заявлених нею вимог і на підставі доказів, поданих учасниками справи або витребуваних судом у випадках, передбачених ЦПК України. Разом з тим, деякі норми СК України дозволяють суду вийти за межі заявлених

вимог. Так, відповідно до ч. 3 ст. 166 СК України, при задоволенні позову щодо позбавлення батьківських прав суд одночасно приймає рішення про стягнення аліментів на дитину.

5. Поряд з диспозитивністю у сімейних справах у більшій мірі ніж в інших присутній певний елемент публічності, оскільки публічний характер деяких категорій шлюбно-сімейних справ потребує посилення активності таких учасників процесу, як прокурор та органи опіки та піклування, а також і процесуальної активності суду у деяких категоріях справ. Це виявляється у тих нормах СК України, які закріплюють права та обов'язки прокурора, а також органів опіки та піклування щодо вступу у процес, участі у ньому у різних процесуальних формах. Так, у СК України визначені випадки, коли справа, що виникає з сімейних правовідносин, може бути порушена за позовом прокурора: про визнання шлюбу недійсним (ст. 42), про позбавлення батьківських прав (ст. 165), про відібрання дитини від батьків та інших осіб без позбавлення батьківських прав (ст. 170), про скасування усиновлення або визнання його недійсним (ст. 240).

До СК України включені норми про обов'язкову участь у процесі органу опіки та піклування. Відповідно до ч. 4 ст. 19, при розгляді судом спорів щодо участі одного з батьків у вихованні дитини, місця проживання дитини, виселення дитини, зняття дитини з реєстрації місця проживання, визнання дитини такою, що втратила право користування житловим приміщенням, позбавлення та поновлення батьківських прав, побачення з дитиною матері, батька, які позбавлені батьківських прав, відібрання дитини від особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду, управління батьками майном дитини, скасування усиновлення та визнання його недійсним обов'язковою є участь органу опіки та піклування, представленого належною юридичною особою.

6. Справи, що виникають з сімейних правовідносин мають також особливості підсудності. За правилами родової підсудності сімейні справи розподіляються між двома ланками системи судів загальної юрисдикції. До підсудності місцевих загальних судів, як судів першої інстанції належать усі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, крім справ, визначених частинами другою та третьою ст. 23 ЦПК України. Відповідно до ч. 2 ст. 23 ЦПК України, справи щодо оскарження рішень третейських судів, про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів розглядаються апеляційними судами як судами першої інстанції за місцем розгляду справи третейським судом. Отже, якщо справа у спорі, що виник із шлюбного договору, розглядалась третейським судом, то справа щодо оскарження відповідного рішення третейського суду буде розглядатися апеляційним судом як судом першої інстанції.

Аналіз правил територіальної підсудності дозволяє зробити висновок, що сімейні спори розглядаються судами за правилами: 1) загальної територіальної підсудності (ст. 27 ЦПК); 2) альтернативної підсудності (ч. 1, 2 ст. 28 ЦПК); 3) договірної підсудності (ч. 2 ст. 28 ЦПК).

7. Справи, що виникають з сімейних правовідносин, можуть розглядатися за правилами будь-якого виду провадження: наказного, позовного чи окремого. Більшість справ розглядається у порядку позовного провадження. Проте, якщо заявлено вимогу про стягнення аліментів, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспоруванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб, може бути видано судовий наказ (п. п. 4–5 ч. 1 ст. 161 ЦПК України). Крім того, особа має право звернутися до суду з такими вимогами, в наказному або в спрощеному позовному провадженні на свій вибір. Проте, відповідно до п. 4 ч. 4 ст. 274 ЦПК, в порядку спрощеного позовного провадження не можуть бути розглянуті справи у спорах, що виникають з сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя.

Відповідно до ст. 293 ЦПК України, в порядку окремого провадження суд розглядає справи про усиновлення, встановлення фактів, що мають юридичне значення, про надання права на шлюб, про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, за заявою будь-кого з подружжя, якщо один з нього засуджений до позбавлення волі, про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя.

8. Учасники сімейних правовідносин для участі у судових справах, що виникають з сімейних правовідносин наділені зниженою процесуальною дієздатністю. Так, відповідно до ч. 1 ст. 18 СК України, право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу має кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років. Неповнолітні особи віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи (ст. 47 ЦПК України). Як правило, справами, у яких неповнолітні особи можуть брати участь особисто і є справи, які виникають з сімейних правовідносин. Крім того, у окремих випадках норми СК України надають неповнолітнім особам право на безпосереднє звернення до суду. Так, за заявою особи, яка досягла шістнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб (ч. 2 ст. 23 СК України); дитина, яка досягла чотирнадцяти років має право на звернення до суду з позовом про позбавлення батьківських прав (ст. 165), а також право на звернення до суду з позовом про скасування усиновлення чи визнання його недійсним (ст. 240 СК України).

9. У деяких сімейних справах суд допускає негайне виконання рішень: у справах про стягнення аліментів – у межах суми платежу за один місяць та відібрання дитини і повернення її тому, з ким вона проживала (п. п. 1, 5 ч. 1 ст. 430 ЦПК України).

10. У справах, які виникають з сімейних правовідносин, обмежене застосування такої підстави закриття провадження у справі як укладення сторонами мирової угоди. Проте у процесуальному законодавстві не визначаються межі застосування мирової угоди. Перешкодою до укладення мирової угоди є встановлення у сімейному законодавстві спеціальної компетенції суду для вирішення таких спорів, як: визнання шлюбу недійсним (ст. 40 СК), позбавлення батьківських прав (ст. 164 СК), розірвання шлюбу (ст. 105 СК), усиновлення (ст. 207 СК), встановлення факту батьківства або материнства (ст. 130, 132 СК) тощо. Крім того, у багатьох сімейних справах предметом судового захисту є права та інтереси дітей, які захищаються у процесі їх законними представниками, а у деяких випадках – прокурором чи органом опіки та піклування. Інтереси дітей та їх законних представників далеко не завжди співпадають, та укладення мирової угоди може заподіяти шкоду правам та законним інтересам дітей. Тому суд має у відповідних випадках найбільш ретельно перевірити, чи не порушують умови мирової угоди права та законні інтереси дітей при реалізації диспозитивних повноважень законних представників. Крім того, відповідно до ч. 4 ст. 13 ЦПК України, суд залучає відповідний орган чи особу, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, якщо дії законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє.

Таким чином, специфіка судового захисту сімейних прав залежить від специфіки сімейних правовідносин, які мають виражений особистий характер, проте їх захист становить одне з завдань української держави. Виходячи з цього при судовому захисті сімейних прав, хоча і мають місце диспозитивні засади, проте реалізація суб'єктами сімейних правовідносин диспозитивних засад у цивільному процесі під час захисту своїх порушених

сімейних прав та законних інтересів має обмежене застосування у порівнянні з іншими категоріями цивільних справ.

Одержано 21.03.2018

УДК 347.5

Ірина Іванівна Єфремова,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін

Білоцерківського національного аграрного університету,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4831-508X>

ПРАВО НА ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ

У разі порушення приватних прав особа прагне не лише захистити їх, а також усунути перешкоди до їх реалізації, відновити попереднє становище, шляхом отримання матеріального відшкодування завданої шкоди. Однак, матеріального відшкодування шкоди не завжди достатньо. Особа, права якої порушені може переносити психічні, фізичні страждання, які в подальшому прагне компенсувати шляхом вимоги відшкодування моральних страждань.

Право на відшкодування моральної шкоди передбачено цілою низкою законодавчих актів України, такими як: Конституція України; Цивільний кодекс України 2003 року, який значно збагатив інститут компенсації моральної шкоди ніж існували з початку незалежності України; Кодекс законів про працю; Закони України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р., «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р., «Про телебачення і радіомовлення» від 21.12.1993 р. тощо.

Одними з основних засобів відшкодування шкоди, не лише матеріальної, а і моральної, внаслідок порушення приватних прав є цивільні позови. Так, ст. 55 Конституції України визначає право громадян на судовий захист особистих прав, порушених неправомірними діями у цивільному та кримінальному процесі. Дане право реалізується шляхом подання цивільного позову про компенсацію моральної шкоди. При цьому відшкодування такої шкоди розглядається одночасно як економічна компенсація правовласнику за збитки, спричинені правопорушеннями, а також як превентивний засіб загального стримування для потенційних правопорушників.

Цивільний кодекс України визначає зміст моральної шкоди. Так, ст. 23 Цивільного кодексу України вказує на те, що розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка заподіяла моральну шкоду, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності і справедливості.

Зазначена норма детально визначає критерії, які повинні враховуватися судами при визначенні розмірів компенсації за заподіяну моральну шкоду. Не дивлячись на розширення складових, що спричиняють право вимоги на відшкодування моральної шкоди не спростило порядок визначення розміру такої компенсації. Також, слід зазначити, що аналіз

змісту права на відшкодування моральної шкоди, які проводять тривалий час науковці, зокрема В. Паліюк, Р. Стефанчук, П. Рабінович, С. Шимон, та ін.), породжують ще більше питань, відповіді, на які в кожному конкретному випадку суд визначає самостійно. Таким чином, тема щодо реалізації права на відшкодування моральної шкоди залишається актуальною і на даний час.

Положення законодавства чітко визначають підстави для відповідальності за заподіяну моральну шкоду, однак, практичні проблеми реалізації даного права пов'язані із загальним розумінням моральної шкоди, як правового інституту і в існуючому підході судів до цього питання. В основному, суд ототожнює порядок доведення розміру матеріальної і моральної шкоди. Інколи суд взагалі просить позивача надати письмові докази завдання йому моральної шкоди та докази саме такого розміру її відшкодування [3].

Рекомендації ВСУ вимагають, щоб суд в рішенні сам обґрунтував якими критеріями він виміряв присуджений розмір відшкодування моральної шкоди – «При з'ясуванні питання щодо відшкодування моральної шкоди, суд повинен з'ясувати чим підтверджується факт заподіяння моральних страждань, або втрат немайнового характеру, за яких обставин вони заподіяні, в якій грошовій сумі позивач оцінює заподіяну йому шкоду та з чого він при цьому виходить» (Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди»). Отже, рекомендації ВСУ прямо вказують на той факт, що застосування норм з відшкодування моральної шкоди пов'язане з використанням значної кількості оціночних понять, які окреслені законом з великим ступенем відносності, а визначальна роль в їх правильному розумінні та застосуванні відводиться суду.

В умовах правової держави, правові норми носять загальний характер. Вони охоплюють велику кількість однорідних фактичних складів. Між тим кожен із цих складів має індивідуальні, конкретні особливості. Незалежність суду не виключає а передбачає надання суду можливості керуватись у своїй діяльності визначеними оціночними поняттями які дають суду можливість вільної оцінки фактів і урахування індивідуальних особливостей конкретного випадку при обов'язковому в той самий час застосуванні закону [4, с. 12–13]. Юрисдикція суду розповсюджується на всі правовідносини на території України, а суд не має права відмовити в здійсненні правосуддя за мотивами відсутності закону, його неясності або неповноти. Разом з тим, закон не завжди оперативно регламентує суспільні відносини, а законодавець не у всіх випадках здатний сконструювати норму таким чином, щоб охопити все різноманіття цивільних відносин, які виникають у повсякденному житті [5, с. 8], що і має місце у питанні реалізації права на відшкодування моральної шкоди.

Розгляд цивільних спорів про відшкодування моральної шкоди завжди є клопіткою та морально важкою справою. З однієї сторони, потерпіла особа, з іншої – особа, яка може себе вважати невинуватою, або яка вважає що вона не повинна відшкодовувати завдану моральну шкоду. Особливо важко, коли завдано шкоди життю, здоров'ю потерпілої особи, яка отримує інвалідність, і в таких випадках розуміння того, що будь-які гроші здоров'я не повернуть, лише детермінує конфлікт, а кожне рішення суду про зменшення компенсації завданої шкоди, яка вимагалась позивачем, сприймається як особиста образа потерпілому [5, с. 10]. Судова практика щодо однакового застосування норм права та використовувати однакові підходи щодо оціночної діяльності суду в таких випадках відіграє немаловажну роль. Однак, ускладнюється така практика тим, що суди використовують напрацьований механізм застосування норм ЦК УРСР, не враховуючи останні наукові і практичні досягнення.

Враховуючи важливість судової практики, суди однак розглядають позови щодо відшкодування моральної шкоди використовуючи оціночні поняття в кожному конкретному

випадку застосовуючи індивідуальні підходи. Так, оціночні поняття, на думку професора П. М. Рабіновича відображають саму по собі соціальну значущість дій, подій, явищ без вказівки на їх формально визначені ознаки і цим самим створюють передумови для індивідуального підходу до досліджуваних явищ. Суди при реалізації права на відшкодування моральної шкоди, до оціночних відносять такі поняття, як «значна шкода», «явна необхідність», «достовірні дані», «низькі спонукання» тощо. Застосовуючи їх, суд встановлює, які конкретні обставини мають узаконену соціальну значущість, яка відповідає вказаному у нормі оціночному поняттю – моральна шкода, і яка у сукупності з іншими чинниками та важливими ознаками, закріпленими нормою, породжує такі юридичні наслідки, як право отримати відшкодування моральної шкоди у матеріальному вираженні.

Визначаючи наявність моральної шкоди, а так і її розмір, суд повинен дати оцінку цілому ряду фактів, на які посилаються сторони за позовом. Дана діяльність, зрозуміло є достатньо складною, оскільки, суд повинен зафіксувати найзагальніші ознаки наявності моральної шкоди, конкретизувати у процесі правозастосування норми (які не завжди містяться у нормативно-правовому акті, а може міститись у постановках ВСУ), у кожному конкретному випадку, створити індивідуальний підхід; самостійно оцінити факт в межах, передбачених оціночною нормою, тобто на власний погляд, за власним переконанням здійснити уясування і конкретизацію правовідносин між суб'єктами правовідносин. Така діяльність щодо оцінювання фактів та доводів сторін розширює можливості суду реалізувати право особи на відшкодування моральної шкоди, як органу правозастосування (включаючи суб'єктивний підхід), оскільки зміст оціночних понять та їх об'єм можуть змінюватись у часі та залежати від особливостей конкретного випадку.

Встановлення розміру моральної шкоди судом можливо лише при належному обґрунтуванні доказами своєї правової позиції стороною. Суди виходять з того факту, що відсутність будь-яких орієнтирів, якими б суд міг би визначати розмір компенсації за завдану моральну шкоду, судово практика в Україні пішла шляхом встановлення пропорційності між сумами заявленої матеріальної та моральної шкоди. Однак, такий підхід застосовується у тому випадку, коли в одному позові заявляються вимоги про стягнення як моральної, так і матеріальної шкоди. Даний підхід не відповідає діючому законодавству, оскільки ч. 4 ст. 23 ЦК України визначає, що моральна шкода компенсується незалежно від матеріальної шкоди, що підлягає компенсації, і не пов'язана з розміром такої компенсації.

До набрання чинності ЦК України діяла норма, яка встановлювала мінімальний розмір відшкодування моральної шкоди (5 мінімальних заробітних плат), однак з 2004 року це положення втратило чинності. Максимальний розмір відшкодування моральної шкоди не було встановлено, та і не регламентовано по даний час. Законодавець лише говорить, що суд приймає рішення про відшкодування моральної шкоди у межах позовної заяви.

На практиці, правозахисники намагаються застосовувати методiku визначення розміру моральної шкоди розроблену російським вченим, який досить повно розкрив сутність та зміст моральної шкоди, О. М. Ерделевським у 1997 році. Його вклад у встановленні оцінки розміру моральної шкоди є досить великим. Однак, суди не беруть до уваги його методiku, зазначаючи, що «дана методика експертного дослідження в Україні не зареєстрована та не може застосовуватись» [6]. Слід зазначити, що даний факт є недостовірним, оскільки Методика встановлення заподіяння моральної шкоди та метод оцінки розміру компенсації спричинених страждань, яку розробив у 1997 році О. М. Ерделевський, зареєстрована Міністерством юстиції України 03.03.2010 р. під номером 14.1.04 згідно з даними, оприлюдненими на офіційному веб-сайті Мініюсту в галузі «Психологічні експертизи», тобто вже п'ять років офіційно використовується [3].

«Методика встановлення заподіяння моральної шкоди та метод оцінки розміру компенсації спричинених страждань» (автор О. М. Ерделевський) визначає вихідну величину, у 720 мінімальних заробітних плат, а також містить формулу і коефіцієнту для обрахування компенсації моральної шкоди. Судами зазначається що ці показники містять абстрактний та рекомендаційний характер і є досить спірними. Однак, слід зазначити, що підходи до визначення розміру моральної шкоди необхідно ретельно переглянути, з огляду на постійні зміни розмірів мінімальної заробітної плати. Встановивши правові наслідки, які може зазнати особа при моральних стражданнях, визначити, в чому виражаються ознаки несприятливих психологічних змін, а також, чи знаходяться виявлені зміни в причинному зв'язку з діями відповідача суд може забезпечити реалізацію права особи на відшкодування моральної шкоди.

Список бібліографічних посилань

1. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 22.03.2018).
2. Цивільний процесуальний кодекс України : закон України від 18.03.2004 № 1618-IV : станом на 24.02.2018 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/1618-15> (дата звернення: 22.03.2018).
3. Визначення розміру моральної шкоди – методика Ерделевського очима неоднакової практики українських судів // Legal Shift efficient legal content. URL: <http://www.legalshift.com.ua/?p=74> (дата звернення: 22.03.2018).
4. Вильнянский С. И. Применение норм советского социалистического права. *Ученье записки Харьковського юридического института*. 1956. Вып. 7. С. 3–18.
5. Дрішлюк А. І. Важливість судової практики при вирішенні спорів про відшкодування шкоди // Відшкодування моральної шкоди: коментар, законодавство, судова практика : бюлетень законодавства і юридичної практики України / (за заг. ред. М. К. Галантича). Київ : Юрінком Інтер, 2013. № 7. 284 с.
6. Рішення Ленінського районного суду м. Вінниця у справі № 212/4673/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/25247046> (дата звернення: 22.03.2018).

Одержано 03.04.2018

УДК 347.440.44

Олексій Леонідович Зайцев,

*завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9530-3941>*

РОЗВИТОК ДОГОВОРУ ЗАКУПІВЕЛЬ ТОВАРІВ, РОБІТ І ПОСЛУГ ЗА ДЕРЖАВНІ КОШТИ

У національному праві незалежної України словосполучення «Міжнародний тендер» вперше з'явилося у розпорядженні КМ України від 12.08.1993 р. № 604-р «Про заходи щодо підготовки і проведення Міжнародного тендеру з розв'язання проблеми перетворення об'єкта «Укриття» Чорнобильської АЕС в екологічно безпечну систему». Однак слід

зазначити, що воно не містило поняття тендеру, а мало на меті уповноважити Міністра у справах захисту населення від наслідків аварії на Чорнобильській АЕС та його заступників виступати від імені Уряду України у названих міжнародних організаціях при здійсненні заходів щодо підготовки і проведення тендеру, а також під час міжнародних переговорів, спрямованих на пошук необхідних джерел фінансування зазначених робіт.

На початку формування національного права тендерні процедури використовувались лише при міжнародних закупівлях та регламентувались постановою КМ України «Про затвердження Положення про порядок організації та проведення міжнародних торгів (тендерів) в Україні» від 21.10.1993 р. № 871. Відповідно до неї визначався порядок організації та проведення в Україні міжнародних торгів (тендерів) для іноземних, а також українських підприємств, установ і організацій, що гарантує замовникові виконання у межах погодженої вартості необхідних поставок товарів, обсягів робіт і послуг.

Але вже з 1997 р. процедура закупівель запроваджується на внутрішньому ринку України відповідно до постанови КМ України «Про організацію та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)» від 28.06.1997 р. № 694. Цією постановою були закладені основні умови торгів, а саме:

По-перше, переказування коштів державного бюджету на оплату договорів (контрактів), укладених з постачальниками (підрядниками) – переможцями торгів (тендерів), здійснюється через Головне управління та територіальні органи Державного казначейства або уповноважені банки на підставі звіту про результати проведення торгів (тендерів) при закупівлі товарів (робіт, послуг);

По-друге, вартість закупівель повинна дорівнювати або перевищувати суму, еквівалентну 100 тис. дол. США, затвердженого Міністерством зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі, або протоколу – при закупівлі товарів (робіт, послуг), вартість яких становить від 10 тис. грн до суми, еквівалентної 100 тис. дол. США. На сьогодні ця вимога застосовується до всіх замовників і закупівлі товарів, робіт та послуг за умови, що вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тис. грн, а робіт – 1 млн 500 тис. грн.

З того часу законодавство щодо закупівель почало динамічно змінюватись. До основних нормативних актів, які регулювали вказані відносини, належали Указ Президента України від 18.11.1997 р. № 1283/97 «Про міжнародні торги (тендер) як спосіб приватизації державного майна»; Положення Фонду державного майна від 25.12.1997 р. № 1520 «Про затвердження Положення про порядок підготовки та проведення відкритих торгів (тендеру)»; Постанова Кабінету Міністрів України від 08.06.1998 р. № 841 «Про Положення про порядок організації та проведення міжнародних конкурсів (тендерів) на укладання контрактів на користування надрами».

До законів, що регулювали означену сферу, слід віднести Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 01.12.2006 р. № 424-V, «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р. № 2289-VI, та аналогічний Закон від 10.04.2014 р. № 1197-VII;

До законів, що регулюють сферу договорів закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти, слід віднести Закони України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. № 922-VIII (надалі Закон), «Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі» від 16.03.2016 № 1029-VIII; «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” щодо особливостей використання окремих публічних коштів на території Донецької області» від 12.04.2016 р. № 1078-VIII.

Нове поточне законодавство пропонує ряд сміливих антикорупційних кроків. Зокрема, у 4 рази зменшено кількість винятків з тендерного законодавства та в декілька разів

зменшено поріг безтендерних закупівель для природних монополій. Жорсткішими стали і норми звітності для замовників тендерів: відтепер вони зобов'язані оприлюднювати інформацію про результати виконання тендерів, зміни в умови тендерних договорів, інформацію про субпідрядників тощо. Усі ці кроки сприятимуть мінімізації корупційних ризиків під час тендерних закупівель.

Крім того, законом передбачається скасувати необхідність розміщення інформації в державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель та у міжнародному інформаційному виданні з питань державних закупівель, залишивши при цьому обов'язковість оприлюднення цієї інформації на веб-порталі Уповноваженого органу з метою спрощення доступності, розміщення інформації про державні закупівлі, економії бюджетних коштів, що витрачаються на опублікування такої інформації, та забезпечення прозорості доступу до інформації про державні закупівлі.

Також передбачається оприлюднення річних планів на веб-порталі Уповноваженого органу без зобов'язання їх надіслання Мінекономрозвитку з метою забезпечення економії державних коштів та спрощення доступу громадськості до інформації про заплановані державні закупівлі; замовникам надається можливість застосовувати електронні засоби під час здійснення процедур закупівель, визначених ст. 12 закону.

Останнім регулюючим актом в сфері державних закупівель став Наказ Мінекономрозвитку України «Про внесення змін до Порядку визначення предмета закупівлі» від 19.12.2016 № 2092, відповідно до якого предмет закупівлі товарів і послуг визначається замовником згідно з пунктами 17 і 32 частини першої статті 1 Закону та на основі національного класифікатора України ДК 021:2015 «Єдиний закупівельний словник», затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 23.12.2015 року № 1749, за показником четвертої цифри основного словника із зазначенням у дужках конкретної назви товару чи послуги.

Відповідно до п. 5 ст. 1 Закону, договір про закупівлю – договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари. Повідомлення про намір укласти договір про закупівлю оприлюднюється протягом одного дня з дня прийняття рішення про визначення переможця процедури закупівлі, а договір про закупівлю – протягом двох днів з дня його укладення. Договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених Законом.

Вимоги ст. 22 Закону, щодо оприлюднення замовником на веб-порталі Уповноваженого органу для загального доступу та змісту тендерної документації передбачає, що оприлюднюється проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов.

До 07.12.2012 діяв Наказ Мінекономіки «Про затвердження Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти» від 27.07.2010 № 925. На нас час форма як проекту так і самого договору залишається питаннями не врегульованим, що викликає зацікавлений пошук в цьому напрямку.

Істотними умовами договору є: умови про предмет договору; умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів цього виду; усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Сторони договору про закупівлю досягають згоди через проведення процедури закупівлі. Тобто коли замовник включив умови у проект договору, ґрунтуючись на нормах

абзацу 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України, такі умови і є умовами, щодо яких за заявою замовника має бути досягнуто згоди. Якщо учасник подав тендерну пропозицію, у якій погодився з проектом договору, і був визнаний переможцем процедури закупівлі, він має укласти договір про закупівлю, зміст якого не повинен суперечити включеному до тендерної документації проекту договору про закупівлю. Водночас договори про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі укладаються за особливим порядком. Адже у ст. 35 Закону немає чіткої вимоги щодо обов'язку замовника погоджувати з учасником (учасниками) під час переговорів проекту договору. Відповідно до ч. 3 ст. 631 ЦК сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення. А на зобов'язання, що виникли у сторін до укладення ними господарського договору, не поширюються умови укладеного договору, якщо договором не передбачено інше (ч. 7 ст. 180 ГК). Однак застосувати цю норму можна лише тоді, коли сторони договору мають відносини ще до моменту його укладення. Водночас договір про закупівлю за Законом укладається за результатами проведення процедур закупівель. Під час тендерних процедур і проводиться конкурентний відбір учасників задля визначення переможця торгів. Виняток у цій ситуації становить переговорна процедура закупівель, що передбачає укладання договору без проведення конкурсного відбору. Отже, лише у разі укладання договору за результатами переговорної процедури сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.

Ціна договору про закупівлю – це ціна товару, роботи чи послуги, зазначена у пропозиції учасника-переможця процедури закупівлі (ураховуючи результати електронного аукціону).

Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Договір про закупівлю можливий в електронній формі. Ст. 205 ЦК визначає, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Як бачимо, дотримуючись норм ЦК, який передбачає можливість укладення договорів в електронній формі, замовник і переможець торгів можуть укладати договори про закупівлю в електронній формі, якщо мають для цього відповідні технічні та організаційно-правові передумови.

Одержано 19.03.2018

УДК 347.61/.64

Тетяна Сергіївна Кириченко,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9394-2010>

ДО ПИТАННЯ «ПОНЯТТЯ СІМ'Ї»

Сім'я та сімейні відносини належать до найважливіших сфер правового регулювання. Вирішення питання про належність чи неналежність особи до сім'ї, встановлення факту існування сім'ї.

Досліджено питання юридичного визначення «поняття сім'ї». Досліджено питання юридичного визначення сім'ї, його відмінності від поширеного в юридичній науці соціологічного розуміння сім'ї. Шляхом творчого узагальнення поглядів вчених, аналізу законодавства та виділення ключових властивостей запропоновано власне визначення сім'ї. Автор пропонує закріпити на законодавчому рівні це визначення сім'ї шляхом прийняття нової редакції ст. 3 Цивільного кодексу України.

Ключові слова: сімейне право, сім'я, член сім'ї, шлюб, споріднення, усиновлення, зареєстроване партнерство, підстави створення сім'ї. Постановка проблеми.

Згідно зі ст. 51 Конституції України «сім'я, дитинство, материнство та батьківство охороняються державою». Правові норми регламентують лише окремі, визначені в сімейному законодавстві, питання діяльності сім'ї, її створення і припинення як вже об'єктивно існуючого явища.

Переважає більшість учених обстоюють доктринальне правове визначення сім'ї. Однак щодо дефініції сім'ї та її закріплення у чинному законодавстві одностайності в думках науковців немає. Ця проблема досліджувалася такими вченими, як М. В. Антокольська, Ю. Ф. Беспалов, Є. М. Білогорська, І. А. Бірюков, В. І. Бошко, Я. Р. Вебере, Є. М. Ворожейкін, Л. І. Глушкова, П. П. Глущенко, В. Г. Голованов, В. С. Гопанчук, В. І. Данилін, Н. М. Єршова, І. В. Жилінкова, О. І. Загоровський, О. М. Калітенко, О. Ю. Косова, П. В. Крашенінников, І. М. Кузнецова, Р. П. Мананкова, Г. К. Матвеев, В. Ф. Маслов, С. О. Муратова, О. М. Нечаева, О. М. Нємков, М. Т. Оридорога, Л. М. Пчелінцева, З. В. Ромовська, В. О. Рясенцев, Г. М. Свердлов, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний, В. П. Шахматов, Я. М. Шевченко та інші. З огляду на це і виникла необхідність висловити свої міркування щодо доцільності законодавчого закріплення поняття сім'ї.

Проблема: у науці сімейного права висловлювалась думка, щодо недоцільності закріплення поняття сім'ї у законодавстві. Вважають, що закріплення нормативного визначення сім'ї може привести до негативних правових наслідків. Якщо побудувати максимально ширше коло відносин, що регулюються сімейним правом, то воно буде розходитись з соціологічним розумінням сім'ї і перетвориться в юридичному сенсі в надуману, штучну конструкцію. Якщо в саме поняття включити ознаки, які вказують на те, що можливо віднести до поняття сім'ї, то це може звузити дане поняття.

Існує протилежна наукова позиція, яка показує, що сім'я не є суб'єктом права, а тому давати їй правове закріплення в законі не потрібно. В тій чи іншій модифікації зазначену позицію підтримують І. М. Кузнецова, І. В. Жилінкова, В. Ф. Маслов та інші. Інша наукова концепція розглядає сім'ю, як суб'єкт відносин соціального забезпечення. Прихильники цієї концепції В. Андреев, А. Зайкін та інші.

Сім'я є первинним та основним осередком суспільства. Сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає. Права члена сім'ї має одинока особа. Сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства.

На думку Г. Харчева, сім'ю можна визначити як малу соціальну групу, що володіє історично визначеною організацією, члени якої пов'язані шлюбними чи родинними відносинами, спільністю побуту, взаємною моральною відповідальністю і соціальною необхідністю,

яка зумовлена потребою суспільства у фізичному і духовному відтворенні населення. М. Д. Шимін визначає сім'ю наступним чином: «Сім'я – це специфічна форма соціальної життєдіяльності людей, зумовлена економічним ладом суспільства, заснована на шлюбі чи родинності, включаючи всю сукупність відносин (між чоловіком і дружиною, батьками і дітьми, між різними поколіннями), що складаються на базі спільної різносторонньої діяльності її членів, у якій реалізуються як потреби суспільства (у фізичному і духовному відтворенні людської особистості, в забезпеченні нормальної спільної життєдіяльності людей у сфері особистого життя), так і потреби індивіда (в інтимних зв'язках, у сімейному особистому щасті)».

На думку В. С. Гопанчука, сім'я в соціологічному значенні – це заснована на шлюбі чи кровному спорідненні невелика група людей, члени якої пов'язані спільністю побуту, взаємною моральною відповідальністю та допомогою. Сім'я – об'єднання осіб, що природно формується в реальному житті, ґрунтується на шлюбі, родинності, усиновленні чи інших формах відносин між цими особами й характеризується спільністю духовного, матеріального життя й інтересів, що забезпечують продовження роду і виховання дітей.

О. О. Рузакова вважає, що сім'я – це союз осіб, заснований на шлюбі, а також фактичних шлюбних відносинах, родинності, прийнятті дитини в сім'ю на виховання, що характеризується спільністю життя, інтересів, взаємною турботою.

Як зазначає Є. Ворожейкін, «не може існувати декілька визначень поняття «сім'я» у різних галузях права. Воно має бути єдиним, незважаючи на те, що поняття «член сім'ї» у кожній галузі відображає властиву їй специфіку».

С. О. Муратова вказує, що сім'я – це мала соціальна група людей, об'єднаних кровними чи іншими прирівняними до них зв'язками, а також взаємними правами та обов'язками. Сім'я – це певна сукупність (спільність, група) людей, за загальним правилом, родичів, заснована на шлюбі, родинності, свояцтві, спільному проживанні і веденні спільного господарства, що утворює природне середовище для благополуччя її членів, виховання дітей, взаємодопомоги, продовження роду.

Ю. С. Червоний зазначає, що сім'я – це історично визначена організована соціальна спільність, заснована на шлюбі та кровному спорідненні (або лише на шлюбі чи лише на кровному спорідненні), усиновленні та взятті дітей на виховання, характерними ознаками якої є спільне життя її членів, взаємна моральна та матеріальна підтримка і взаємне виховання ними одне одного, насамперед підростаючого покоління.

Конституційний Суд України 3 червня 1999 р. прийняв рішення про офіційне тлумачення терміну «член сім'ї». В ньому, зокрема було сказано, що стосовно поняття «член сім'ї» Конституційний Суд України виходить з об'єктивної відмінності його змісту залежно від галузі законодавства (п. 6). На думку Конституційного Суду, визначити єдине поняття «член сім'ї», яке б мало застосовуватися в праві, неможливо, бо кожна галузь права тлумачить це поняття по-своєму, підкреслюючи ті чи інші ознаки сім'ї, які набувають певного значення для тих чи інших відносин. Зрозуміло, що різне тлумачення поняття «член сім'ї» не дає підстав для розробки єдиного поняття сім'ї в праві. Виходячи з цього, сім'я з позиції науки соціології розглядається як мала соціальна група людей, що поєднані шлюбом, відносинами родинності, прийняттям дітей у сім'ю на виховання, спільним побутом, взаємною моральною відповідальністю та підтримкою. Тобто відповідно до вищевикладеного, сім'я розглядається як один з найважливіших соціальних інститутів, що займає провідне місце у суспільстві. Учені-соціологи сутність сім'ї вбачають у тому, що вона є специфічним соціальним феноменом, який володіє сукупністю стійких, триваючих ознак (мала соціальна

група, наявність шлюбних чи родинних відносин, спільний побут, моральна відповідальність членів сім'ї). На нашу думку, таке визначення не може бути достатнім для юридичної науки, оскільки воно не в повній мірі відповідає тому змісту, який бажає вкласти у нього закон. Таким чином, використання саме соціологічного визначення поняття сім'ї в юриспруденції викликає сумнів, оскільки у ньому не названі саме ті властивості, які необхідні для юридичної науки та практики. Разом з тим однастайності з приводу застосування соціологічного визначення сім'ї у юридичній науці серед учених-правників не досягнуто.

Підсумовуючи наведене вище, зробимо висновок, що сім'ю можна розглядати як соціологічну і як правову категорії. Їх поєднання дає можливість збагатити юридичну науку знаннями, здобутими науковцями-соціологами. Наразі, якщо соціологію більше цікавить сім'я як соціальна одиниця, яка базується на спільному проживанні та взаємній моральній відповідальності осіб, то в праві найбільший інтерес становить саме юридичний зв'язок осіб. На мою думку, заслуговує на підтримку позиція науковців, згідно з якою юридичне визначення сім'ї є необхідністю, оскільки переважна більшість галузей права України трактує сім'ю як правову категорію, піддаючи її правовій регламентації, у зв'язку з чим сім'я не може не мати юридичного визначення. Вважаю, що точне визначення сім'ї, як правової категорії, можливо після того, як будуть розглянуті підстави її створення

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України від 28 червня 1996 року (з наступними змінами і доповненнями). *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Ватрас В. А. До питання про законодавче закріплення поняття сім'ї URL: <http://radnuk.info/statii/567-simeine/3579-2010-01-29-15-22-11.html> (дата звернення: 04.04.2018).
3. Харчев А. Г. Брак и семья в СССР. М. : Мысль, 1979. 367 с.
4. Шимин Н. Д. Семья как общественное явление: опыт социально-философского анализа. Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1989. 188 с.
5. Сімейне право України : підручник / за ред. В. С. Гопанчука. Київ : Істина, 2002. 304 с.
6. Маслов В. Ф. Действующее законодательство о браке и семье / В. Ф. Маслов, З. А. Подпригора, А. А. Пушкин. Харьков : Вища шк. ; Изд-во при Харьков. ун-те, 1972. 212 с.
7. Рузакова О. А. Семейное право : учеб.-практ. пособие. М. : Экзамен ; Право и закон, 2003. 256 с.
8. Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. М. : Юрид. лит., 1972. 336 с.
9. Муратова С. А. Семейное право : учеб. пособие. М. : Юриспруденция, 2001. 384 с.
10. Сімейне право України : підручник / за ред. Ю. С. Червоного. Київ : Істина, 2004. 464 с.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень пункту 6 статті 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», частин четвертої і п'ятої статті 22 Закону України «Про міліцію» та частини шостої статті 22 Закону України «Про пожежну безпеку» (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») від 03.06.1999 № 5-пн/1999 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-99> (дата звернення: 04.04.2018).
12. Шевченко Я. Н. Правовое регулирование охраны семьи по советскому семейному законодательству // Проблемы советского семейного права : материалы Всесоюз. науч.-практ. конф. (19–21 янв. 1979 г.). М. : Ин-т государства и права АН СССР, 1980. С. 13–14.

Одержано 10.04.2018

УДК 347.12

Наталія Василівна Коробцова,*доцент кафедри цивільного права № 1 Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук, доцент*

ПРАВО ПАЦІЄНТА НА ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ЯК ОДНА З ГАРАНТІЙ РЕАЛІЗАЦІЇ МЕДИЧНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України). Права і свободи людини, гарантії їх дотримання та захисту повинні бути основою діяльності будь-якої демократичної країни світу.

Право людини на захист інформації відносно себе, можливість визначати порядок використання чи заборони використання такої інформації є одним з елементів прав людини. А головним обов'язком держави в цій сфері є створення належної системи захисту персональних даних.

З 2011 року в Україні діє Закон «Про захист персональних даних», в ст. 1 якого зазначено, що він регулює правові відносини, пов'язані із захистом і обробкою персональних даних, і спрямований на захист основоположних прав і свобод людини і громадянина, зокрема права на невтручання в особисте життя, у зв'язку з обробкою персональних даних.

Ст. 7 Закону України «Про захист персональних даних» в ч. 1 встановлює заборону обробки персональних даних, що стосуються здоров'я, статевого життя, біометричних або генетичних даних. Однак ця заборона не діє, якщо така обробка є необхідною в цілях охорони здоров'я, встановлення медичного діагнозу, для забезпечення піклування чи лікування або надання медичних послуг, функціонування електронної системи охорони здоров'я за умови, що такі дані обробляються медичним працівником або іншою особою закладу охорони здоров'я чи фізичною особою – підприємцем, яка одержала ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, та її працівниками (ч. 2 п. 6 ст. 7 Закону «Про захист персональних даних»). Таким чином, законодавець захищає інформацію медичного характеру як в режимі лікарської таємниці, так і в режимі певного виду персональних даних про особу (пацієнта).

Даний Закон регулює питання збору, обробки, зберігання різного роду інформації, в тому числі й інформації медичного характеру про особу (пацієнта), отриманої закладами охорони здоров'я або приватно практикуючими лікарями при наданні медичних послуг.

1 січня 2018 року в Україні було розпочато проведення медичної реформи, основою якої став Закон «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» (далі – Закон).

Пацієнт, згідно із положеннями даного Закону, може реалізувати своє право на вибір лікаря шляхом подання надавачу медичних послуг *декларації про вибір лікаря*. І перше питання, яке одразу виникає: який правовий статус має цей документ? Чи можна його розглядати як окремий вид цивільно-правового договору з надання послуг?

Декларація про вибір лікаря підписується пацієнтом та надавачем медичних послуг. В якості останніх можуть виступати або заклади охорони здоров'я усіх форм власності, або приватно практикуючі лікарі, які уклали договір про медичне обслуговування населення з

головними розпорядниками бюджетних коштів. Отже, за формою цей документ має спільні риси із договором. Зміст будь-якого договору складають права та обов'язки сторін. Іншими словами, в договорі потрібно бути зазначено, які дії повинна вчинити особа, що вона має права вимагати від свого контрагента, яка відповідальність і в яких випадках для неї буде наставати у випадку порушення умов договору або його невиконання та що буде звільняти її від відповідальності. Але зміст декларації цього не містить. Хоча встановлення заздалегідь (до початку медичного обслуговування) відповідних «правил поведінки» учасників відносин було б для пацієнта певною «гарантією» одержання якісної послуги і відповідним «стимулом» надавача послуг якісно і в повному обсязі їх надати. Крім того, принцип свободи договору, який є основним, базовим для більшості цивільно-правових договорів, при оформленні декларації застосовується по відношенню тільки для пацієнта. Надавачу медичних послуг забороняється відмовляти у прийнятті декларації про вибір лікаря та веденні пацієнта, зокрема, на підставі наявності у нього хронічного захворювання, його віку, статі, соціального статусу, матеріального становища... (ч. 2 ст. 9 Закону). Отже, проаналізувавши зміст декларації, можна стверджувати, що вона не є договором, а може розглядатися в якості документа фінансової звітності, прикріпного талона або реєстраційної картки.

Але потрібно зазначити, що саме з оформлення й підписання декларації про вибір лікаря, розпочинається збір та аналіз даних про пацієнта. Ці дані повинні вноситися до Єдиного електронного реєстру пацієнтів (eHealth), який планується ввести в дію з квітня 2018 року. В ньому буде зберігатися вся інформація про пацієнта та лікаря, який надає пацієнту медичні послуги. Закон передбачає створення єдиної електронної системи охорони здоров'я, завдяки якій буде здійснюватися ведення обліку медичних послуг, до складу якої будуть входити центральна база даних та електронні медичні інформаційні системи.

Оформлюючи декларацію, пацієнт, як це передбачено ст. 6 Закону, *має право* надати лікарям, третім особам права доступу до своїх персональних даних та іншої інформації, що міститься в електронній системі охорони здоров'я, тобто інформації про стан здоров'я, діагноз захворювання, відомості, одержані під час медичного обстеження та лікування. Згода на обробку відповідних даних повинна надаватися пацієнтом (його законним представником) письмово або у формі, що надає можливість зробити безпильковий висновок про наявність такої згоди. До того ж, персональні дані повинні отримуватися для конкретної законної мети, так само і оброблятися вони повинні саме для досягнення неї. Якщо обробка даних не відповідає заявленій мети, на яку була надана згода особи, особа може застосувати заходи правового захисту та відкликати свою згоду.

Повертаючись до ст. 6 Закону, треба зазначити, що законодавець зосереджує увагу саме на *праві* пацієнта дати згоду на обробку своїх даних, а не на його *обов'язку* робити це. Отже, що робити, якщо пацієнт не надає такої згоди?

В п. 6 та п. 7 ст. 6 Закону України «Про захист персональних даних» передбачені випадки, коли допускається обробка конфіденційних даних про фізичну особу *без її згоди*, це: випадки, визначені законом і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини, а також, якщо це необхідно для захисту життєво важливих інтересів суб'єкта персональних даних до часу, коли отримання згоди стане можливим та за рішенням суду. В усіх інших випадках питання відсутності згоди пацієнта на обробку його даних залишається не врегульованим.

Відповідно до міжнародних (європейських) стандартів, всі персональні дані поділяються на два види: дані загального характеру, які включають прізвище пацієнта, дату і

місце народження, місце реєстрації та фактичного проживання та особисті, так звані «чутливі» дані до яких відноситься інформація про стан здоров'я пацієнта, ставлення до релігії, етнічна належність, расова приналежність... На жаль законодавство України про захист персональних даних не містить такого поділу, тому навіть «мінімальна» інформація про пацієнта (як приклад, словіщення його прізвища), використана без його дозволу, є порушенням його прав на захист персональних даних.

Інше питання, яке потребує відповіді, – хто має право доступу до персональних даних пацієнта? Звісно, що первинним суб'єктом, хто має право доступу до конфіденційної інформації, є лікар, під наглядом якого знаходиться пацієнт, тобто лікар, з яким пацієнт оформив декларацію і який вносить дані пацієнта до відповідного реєстру. У разі відсутності даного лікаря інформація про пацієнта може стати відомою лікарю, який його заміщує. Якщо пацієнт направляється на консультацію до вузькопрофільного спеціаліста, він також одержує інформацію про пацієнта в межах, необхідних для надання медичної послуги. Інформація про персональні дані пацієнта може стати відомою Уповноваженому органу – центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення (ст. 2 Закону). Однією із функцій якого якраз і є отримання та обробка персональних даних та іншої інформації про пацієнтів (у тому числі й медичної) та забезпечення функціонування електронної системи охорони здоров'я (ст. 7 Закону). До того ж, положеннями даного Закону передбачений й громадський контроль за діяльністю Уповноваженого органу – утворення Ради громадського контролю, яка формується на конкурсних засадах.

Виходячи з наведеного, виникають цілком доречні питання: чи зможуть представники громадськості (Ради громадського контролю) одержати доступ до інформації про пацієнта в ході своєї діяльності та чи не нашкодить це пацієнту?

Особисті права на персональні дані, які має фізична особа повинні бути невід'ємними і непорушними.

Отже, пацієнт повинен мати право:

- на доступ до своїх персональних даних;
- знати місце знаходження своїх персональних даних;
- знати осіб, які мають право доступу до його персональних даних, включаючи третіх (сторонніх) осіб, яким в силу положень закону, їхньої діяльності може надаватися право на ознайомлення з особистими даними пацієнта;
- бути повідомленим про мету обробки та аналізу персональних даних стосовно себе;
- бути повідомленим про шляхи збору та обробки інформації заради досягнення поставленої мети;
- на захист своїх персональних даних від незаконної обробки, використання;
- звертатися із скаргами на обробку своїх персональних даних до органів державної влади та посадових осіб, до повноважень яких належить забезпечення захисту персональних даних або до суду;
- відкликати згоду на обробку персональних даних та ін.

Персональні дані про пацієнта, включаючи інформацію про факт звернення за медичною допомогою чи послугою, факт обстеження, діагноз, процес лікування та інші належать до конфіденційної «чутливої» інформації і потребують встановлення чіткого механізму захисту, який ще тільки потрібно створити українському законодавцю.

Одержано 14.04.2018

Володимир Володимирович Кочин,

завідувач відділу методології приватноправових досліджень

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2468-0808>

**МАЙБУТНІ МЕТАМОРФОЗИ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН
ПРИПИНЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ:
«РІВНЯННЯ» З КІЛЬКОМА НЕВІДОМИМИ**

1. На підставі Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» 17.06.2018 набудуть чинності нові положення статті 104 ЦК України щодо відносин припинення та правонаступництва юридичних осіб, які не вправі розподіляти прибуток. Відповідно до пояснювальної записки до законопроекту розробники проекту, беручи за основу погляд С. С. Алексєєва, намагалися уникати положень, які не створюють регулювання, враховуючи, що єдине призначення законодавства полягає в упорядкуванні суспільних відносин.

Щодо відносин припинення юридичних осіб пропонувалося встановити, що юридичні особи можуть змінювати свою організаційно-правову форму лише у межах збереження або зменшення обсягу майнових можливостей учасників, що надає первинна форма. Так, максимальним обсягом таких можливостей (розподіл між учасниками прибутку та майна, що залишилося після розрахунків з кредиторами при ліквідації) користуються учасники підприємницьких товариств; меншим обсягом (позбавлені права розподіляти між собою прибуток) наділені учасники непідприємницьких товариств, причому учасники частини непідприємницьких товариств не мають і такого мінімального обсягу (зокрема, громадські об'єднання). Пропонувалося, щоб рішення про реорганізацію, пов'язане із переходом до іншого виду юридичних осіб з якісним обмеженням прав учасників, приймалося загальними зборами учасників одностайно. Крім того, установи не мають учасників і тому в інші організаційно-правові форми перетворені бути не можуть (установи створюються для досягнення певної суспільно-корисної мети, причому засновники йдуть навіть на те, що вони позбавляються можливості управляти установою. Тож перетворення установи на товариство, хоча б і непідприємницьке, означало б приватизацію майна установи, що вочевидь неприпустимо)¹.

Як результат, стаття 104 ЦК України доповниться трьома частинами (2–4). Зміст частин 2–3 різняться лише вказівкою на *юридичних осіб, які не вправі розподіляти прибуток, та юридичних осіб, які не праві розподіляти майно між учасниками*, зокрема у разі ліквідації. Тому, ці *юридичні особи* не можуть бути реорганізованими, якщо серед правонаступників є юридична особа, наділена таким правом. Якщо серед правонаступників є ця *юридична особа*, рішення про реорганізацію товариства, наділеного таким правом, приймається одностайно загальними зборами учасників, у яких взяли участь всі учасники товариства. У свою чергу, відповідно до ч. 4 установа не може бути перетворена.

¹ Таке розуміння установи відповідає певним поглядам щодо установи в Європі, однак не повністю відповідає концепції, закладеної у ЦК України.

Таке формулювання змін до названої статті ЦК України, вочевидь, і є проявом неможливості уникнення положень, які не створюють регулювання, що так намагалися уникнути автори законопроекту, зважаючи на наступне: 1) створюються нові правові конструкції, які не відповідають спеціальному законодавству; 2) передбачаються нові відносини, реалізація сутності яких частково неможлива на практиці; 3) концепція регулювання відносин одного законодавчого акта поширюється на усі відносини припинення юридичних осіб.

2. По-перше, новела стосується можливості відносин правонаступництва між юридичними особами, що мають право розподіляти прибуток або майно, зокрема, у разі ліквідації, між учасниками, та юридичними особами, які не мають такого права. Уникнення використання поділу юридичних осіб на підприємницькі та непідприємницькі є досить виправданим, оскільки в Україні до непідприємницьких товариств також відносять кооперативи, за виключенням виробничих.

Спеціальне законодавство натомість не передбачає можливості правонаступництва між підприємницьким та непідприємницьким товариством. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 79 Закону України «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство припиняється в результаті передання всього свого майна, прав та обов'язків іншим підприємницьким товариствам – правонаступникам (шляхом злиття, приєднання, поділу, перетворення) або в результаті ліквідації. У свою чергу, відповідно до Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» виділом є створення одного або більше товариств із переданням йому (їм) згідно з розподільним балансом частини майна, прав та обов'язків товариства, з якого здійснюється виділ, без припинення останнього (ст. 47); а припиняється товариство внаслідок передання всього свого майна, всіх прав та обов'язків іншим господарським товариствам – правонаступникам шляхом злиття, приєднання, поділу, перетворення або в результаті ліквідації (ч. 1 ст. 48). Звертаємо увагу, що відповідно до ч. 1 цього Закону поняття «товариство» вживається лише щодо товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

Теоретична можливість правонаступництва існує лише щодо виділу та перетворення, адже при злитті та поділі буде неможливо встановити обсяг прав та обов'язків, які конвертуватимуться з непідприємницького у підприємницьке товариство. При виділі ж можливе передання непідприємницькому товариству чи установі відповідного майна за умови реалізації права на свободу об'єднання та припинення відносин управління відповідно до правової сутності правонаступників. Інше питання щодо можливості перетворення підприємницького товариства у непідприємницьке товариство чи установу, а також у зворотному порядку.

Так, йдеться про невідповідність положень ч. 1 ст. 83 ЦК України, відповідно до якої передбачено існування таких організаційно-правових форм юридичних осіб як товариства, установи та інші форми встановлені законом, а також положень ч. 2 ст. 16 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань», якими організаційно-правова форма юридичної особи визначається відповідно до класифікації організаційно-правових форм господарювання, затвердженій центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері технічного регулювання. Тому законодавча «формула» поділу юридичних осіб на товариства та установи фактично завуальована аббревіатурою СКОФ, що містить більше 70 різних форм.

3. По-друге, детальніше розглянемо можливість реалізації нових відносин на практиці. Для створення непідприємницького товариства необхідно реалізація волі декількох

осіб (залежно від виду такого товариства), які об'єднуються для реалізації особистих немайнових чи майнових прав та інтересів засновників або для здійснення суспільно корисної діяльності. У свою чергу, установа створюється шляхом виділення майна засновниками, які не беруть участь в її управлінні. Таким чином, виділ і перетворення щодо установи цілком можливе, хоч і суперечить законодавству про підприємницькі товариства (окрім командитного та повного товариства). Натомість перетворення підприємницького товариства у непідприємницьке видається неможливим щодо одних його видів (професійні спілки, об'єднання співвласників, громадські об'єднання, політичні партії, релігійні організації, громадські формування) або сумнівним внаслідок недосконалості законодавства (щодо кооперативів, фондів, об'єднань юридичних осіб, благодійні організації, саморегульвні організації).

Сутність непідприємницьких товариств та установ у світі є єдиною незалежно від державного правопорядку – можливість створення об'єднання осіб або виділення відповідного майна для реалізації непідприємницьких цілей, внаслідок чого йдеться про поділ всіх непідприємницьких юридичних осіб на асоціації та установи [2, р. 8–5], а права та обов'язки, які переходять у разі правонаступництва цілком можуть розглядатися як відповідні вклади до нових юридичних осіб (для товариств необхідно здійснення виділу декількома юридичними особами), або як цільовий капітал (ендаумент – *endowment*) установи.

Останній варіант досить поширений у світовій практиці (наприклад, *Carl-Zeiss-Stiftung*). Передумовами виникнення установ у світі були: 1) застосування приватної власності у публічних інтересах (так зване правило «мертвої руки»), що модифікувалося відповідно до *Magna Charta 1215*, якою передбачалося право обмеженого дарування землі благодійним організаціям; 2) благодійна власність як предмет світської юрисдикції; 3) розуміння установи як інституції та як капітальний фонд. Як результат, тенденціями практики створення установ притаманно католицькій частині Європи (Франція, Бельгія, Італія), при цьому у формі окремої юридичної особи або трасту або довірче товариство (*Treuhand*) – північно-європейським державам [3].

4. По-третє, розглянемо концепцію регулювання відносин одного законодавчого акта, що поширюється на усі відносини припинення юридичних осіб. Так, відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 98 ЦК України рішення про ліквідацію товариства приймаються більшістю не менш як у 3/4 голосів, якщо інше не встановлено законом. Така концепція цілком відповідає корпоративній природі товариства, а цілковита єдність у прийнятті рішень не притаманна підприємницьким товариствам відповідно до теорії сукупності (*aggregate theory*), теорії власності (*property* («*principal/agent*») *theory*), теорії контрактних зв'язків (*nexus of contracts theory*), теорії виробничих зв'язків (*team production theory*) та теорії політичної системи «франшизного управління» (*political theories – corporation as «franchise governments»*) [4, р. 349–354].

На наш погляд, запропонована новела виглядає як невдала спроба так званою правової «трансплантації», оскільки однотайність рішення переміщується до статутного регулювання навіть щодо непідприємницьких товариств. Принцип прийняття рішень більшістю є не лише проявом демократичності, а й можливістю перетворення волі групи осіб на волю юридичної особи. У літературі з цього приводу розглядається так звана економічна влада, що ґрунтується на економічних інтересах в юридичній особі, або соціальній – відповідно до особистої діяльності учасників [1, р. 240–246].

5. Вважаємо за доцільне звернути увагу на наступне: 1) мета майбутніх метаморфоз у регулюванні відносин припинення юридичної особи щодо можливості правонаступництва прав та обов'язків до непідприємницьких товариств та установ є досить позитивним; 2) формулювання цієї норми не відповідає спеціальному законодавству щодо можливого

правонаступництва; 3) теоретично правонаступництво до невідприємницьких товариств можливо лише щодо перетворення та виділу для товариств (за умови одночасного виділу декількома підприємницькими товариствами) та установ; 4) перетворення невідприємницьких товариств та установ неможливе, оскільки відсутні майнові прав та обов'язки, що стануть частками (акціями) при правонаступництві; 5) правове регулювання відносин припинення виглядає декларативно, оскільки сутність відносин та спеціальне регулювання не надає можливості реалізації названих норм. Нині ж формулювання запропонованої норми виглядає скоріше як «рівняння» з кількома невідомими, адже потребує теоретико-практичного усвідомлення.

Список бібліографічних посилань

1. Ross G. The Legitimacy of the Company as a Source of (Private) Power // Private Law and Power / Ed. by K. Barker, S. Degeling, K. Fairweather and R. Grantham. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017. P. 239–262.
2. Hemström C. Associations // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XIII : Business and Private Organizations. Part 2 / Chief Ed. A. Conard, D. Vagts, M. Siebeck. Tübingen, 1998. P. 8–239.
3. Hondius F. W., Van der Ploeg T. J. Foundation // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XIII : Business and Private Organizations. Part 2 / Chief Ed. A. Conard, D. Vagts, M. Siebeck. Tübingen, 1998. P. 9–156.
4. Stout L. The Economic Nature of the Corporation // The Oxford Handbook of Law and Economics. Vol. 2 : Private and Commercial Law / Ed. by F. Parisi. Oxford : Oxford University Press, 2017. 575 p.

Одержано 13.03.2018

УДК 347.67(477)

Олександр Євгенович Кухарєв,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2086-9179>

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ЗАПОВІТУ В СПАДКОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Найсуттєвішим втіленням диспозитивності в спадковому праві вважається свобода заповіту, наближена за своїм концептуальним значенням до такої загальної засади цивільного законодавства, як свобода договору (ст. 3, 627 ЦК). Утім принцип свободи заповіту не отримав окремого нормативного закріплення в цивільному законодавстві України. Його значення полягає в тому, що заповідач своєю волею визначає динаміку спадкового правовідношення на майбутнє, за межами свого життя. Отже, в основі досліджуваного принципу покладена правова свобода особи. Тому цілком закономірно, що право на заповіт має фізична особа з повною цивільною дієздатністю.

У цивілістичній доктрині сутність свободи заповіту визначається, зазвичай, через право заповідача: у будь-який час скласти заповіт, або не складати його; у будь-який час змінити або взагалі скасувати складений заповіт; у будь-який час скласти новий заповіт;

розпорядитися своїм майном, або тільки його часткою; призначити спадкоємцем будь-яку особу, як ту, що входить до кола спадкоємців за законом, так і будь-яку фізичну чи юридичну особу; позбавити спадщини спадкоємців за законом, не обґрунтовуючи і не пояснюючи своє рішення; внести до заповіту інші розпорядження, передбачені ЦК [1, с. 81]. Отже, йдеться передусім про зміст заповіту як одностороннього правочину.

На нашу думку, для найбільш повного розуміння сутності свободи заповіту, особливостей її реалізації у відносинах спадкування, доцільно виділити зовнішнє та внутрішнє вираження цієї правової засади.

Зовнішнє вираження свободи заповіту охоплює правову можливість фізичної особи з повною цивільною дієздатністю вільно і у будь-який час особисто складати заповіт, обрати його вид, скасувати вже складений заповіт. Не викликає сумніву, що зовнішнє вираження свободи заповіту має первинний характер.

У свою чергу *внутрішнє вираження* свободи заповідальних розпоряджень охоплює зміст складеного заповіту як одностороннього правочину. До таких розпоряджень належить право заповідача: 1) призначити своїми спадкоємцями фізичних осіб, незалежно від наявності в нього з цими особами сімейних, родинних відносин, а також інших учасників цивільних відносин (ч. 1 ст. 1235 ЦК); 2) без зазначення причин позбавити права на спадкування будь-яку особу з числа спадкоємців за законом, крім тих, які мають право на обов'язкову частку у спадщині (ч. ч. 2, 3 ст. 1235 ЦК); 3) охопити заповітом права та обов'язки, які йому належать на момент складення заповіту, а також ті права та обов'язки, які можуть йому належати в майбутньому (ч. 1 ст. 1236 ЦК); 4) зробити у заповіті заповідальний відказ (ст. 1237 ЦК); 5) зобов'язати спадкоємців до вчинення певних дій немайнового характеру, зокрема, щодо розпорядження особистими паперами, визначення місця і форми здійснення ритуалу поховання, дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети (ст. 1240 ЦК); 6) обумовити виникнення права спадкування наявністю певної умови, тобто скласти заповіт з умовою (ст. 1242 ЦК); 7) установити сервітут щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб (ст. 1246 ЦК).

Таким чином, внутрішнє вираження свободи заповідальних розпоряджень охоплює широку автономію особи щодо розпорядження майном на випадок своєї смерті. Відповідно до ст. 1254 ЦК заповідач може у будь-який час скасувати або змінити складений заповіт. Повідомлення про це інших осіб, зокрема, спадкоємців, призначених у попередньому заповіті, не вимагається. З цього випливає важливий висновок, що не знайшов закріплення у законі: *не мають юридичної сили жодні зобов'язання спадкодавця не змінювати чи не скасовувати раніше складений заповіт*.

При цьому має бути враховано, що заповідальні розпорядження можуть стосуватися не лише спадщини як сукупності прав та обов'язків, які належали спадкодавцеві за життя і не припинилися його смертю. Так, згідно з ч. 1 ст. 1238 ЦК предметом заповідального відказу може передання відказоодержувачеві у власність або за іншим речовим правом майнового права або речі, що входить або *не входить до складу спадщини*. А тому немає законодавчих перешкод покласти на спадкоємця обов'язок щодо передачі речі, яка перебуває в його власності, відказоодержувачу.

Важливою для розуміння свободи заповіту слід визнати і ту обставину, що воля заповідача не може бути змінена після відкриття спадщини, тобто набуття заповітом юридичної сили. Як випливає зі змісту ч. 1 ст. 1278 ЦК, спадкоємці не можуть поділити спадщину з відступленням від часток, визначених заповідачем. Так саме спадкоємці або суд

обмежені змістом заповідальних розпоряджень при здійсненні тлумачення заповіту. Наведена властивість обумовлюється необхідністю збереження дійсної волі заповідача після його смерті.

На нашу думку, свобода заповіту не вичерпується правом спадкодавця діяти вільно шляхом вирішення питання про складення заповіту, обрання його виду, внесення до нього змін та взагалі скасування, а також визначення змісту заповіту. В такому вигляді свобода заповіту має незавершений характер, адже воля особи має бути не лише висловлена, а й належним чином реалізована після відкриття спадщини. У протилежному випадку свобода заповіту як основна засада диспозитивності спадкового права матиме декларативний, суто формальний характер. Безбезпечення реалізації свободи заповіту після відкриття спадщини здійснюється шляхом виконання заповіту. За таких обставин можна виділити дві стадії, в межах яких повною мірою реалізується правова свобода спадкодавця.

Перша стадія здійснюється до відкриття спадщини самим заповідачем шляхом складення заповіту. При цьому має бути враховано, що досліджуваний правочин вчиняється за межами спадкового наступництва за життя заповідача. Вирішальне правове значення для динаміки спадкових правовідносин має фактор часу, оскільки їх виникнення пов'язане із днем смерті фізичної особи (оголошення померлою), а припинення – оформленням спадкоємцями своїх спадкових прав. І саме ці два юридичні факти окреслюють строк існування спадкового правовідношення, до початку виникнення якого особа складає заповіт.

Друга стадія свободи заповіту охоплюється виконанням розпоряджень, що складають його зміст, після відкриття спадщини, тобто вже в межах спадкового правовідношення. Виконанням заповіту завершується наступництво в правах та обов'язках спадкодавця шляхом їх переходу до осіб, визначених в заповіті.

Отже свобода заповіту є складною правовою категорією, що охоплюється як реалізацією особою права на заповіту шляхом його складення, так і виконанням вже складеного заповіту після відкриття спадщини.

Необхідно відзначити, що дефініція заповіту, вміщена у ст. 1233 ЦК, розкриває його зміст у широкому розумінні як особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті. Тривалий час панівною в доктрині цивільного права залишається позиція, що заповітом є саме майнове розпорядження [2, с. 116, 117], [3, с. 165], [4, с. 138, 139]. Водночас недоцільно обмежувати зміст заповіту розпорядженнями виключно щодо долі майна, оскільки заповідач може встановити в заповіті і розпорядження немайнового характеру. Про це свідчить, наприклад, зміст ст. 6 Закону України «Про поховання і похоронну справу», згідно з якою встановлюється право громадян на поховання їхнього тіла та волевиявлення щодо належного ставлення до тіла після смерті. Таке волевиявлення може бути виражене у згоді чи незгоді на проведення патолого-анатомічного розтину, вилучення органів та тканин тіла, побажання бути похованим у певному місці, за певними звичаями, поруч з певним раніше померлим чи бути підданим кремації. Про право заповідача покласти на спадкоємців обов'язок щодо вчинення певних дій немайнового характеру йдеться також у ст. 1240 ЦК.

А відтак свобода заповіту охоплюється можливістю особи зробити розпорядження як майнового, так і немайнового характеру на випадок своєї смерті, що свідчить про адекватність відтворення поняття заповіту у ст. 1233 ЦК.

Водночас окремі автори стверджують, що зміст заповіту можуть складати виключно немайнові розпорядження [5, с. 76, 77], [6, с. 9]. Наведена позиція видається спірною,

адже функціональне призначення заповіту полягає у зміні порядку спадкування, встановленого законом, що стосується, передусім, кола спадкоємців (гл. 86 ЦК). Заповіт впливає на структуру спадкового правовідношення шляхом визначення правонаступників, тобто осіб, до яких мають перейти права та обов'язки після смерті правопопередника. А тому призначення спадкоємців слід визнати основним елементом змісту заповіту. Інші ж розпорядження, в тому числі немайнового характеру, мають вторинне значення. Якщо ж обмежити зміст заповіту виключно розпорядженнями немайнового характеру, втрачається значення самостійного виду спадкування – спадкування за заповітом.

Список бібліографічних посилань

1. Заїка Ю. О. Спадкове право України : навч. посіб. Київ : Істина, 2006. 216 с.
2. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М. : Статут, 2003. 558 с.
3. Спадкове право // Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар : Т. 12 / за ред. проф. І. В. Слєпаченко-Фатєєвої. Харків : ФО-П Колісник А. А., 2009. 544 с.
4. Абраменков М. С., Чугунов П. В. Наследственное право : учеб. для магистров / отв. ред. В. А. Белов. М. : Юрайт, 2013. 423 с.
5. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. 264 с.
6. Мамуков Р. М. Содержание завещания : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2012. 28 с.

Одержано 19.03.2018

УДК 347.763

Ірина Степанівна Лукасевич-Крутник,

доцент кафедри міжнародного права, міжнародних відносин та дипломатії Тернопільського національного економічного університету, докторант Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук, доцент

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ТРАНСПОРТНІ ДОГОВОРИ», «ДОГОВОРИ ПЕРЕВЕЗЕННЯ» Й «ДОГОВОРИ У СФЕРІ ТРАНСПОРТУ»

Цивільний кодекс України закріплює велику кількість договірних конструкцій. Однією із них є договір перевезення, який належить до групи договорів про надання послуг. В юридичній літературі при характеристиці чи аналізі договірних відносин перевезення вживаються різні терміни – «транспортні договори», «договори перевезення», «договори у сфері транспорту». При цьому наводяться відмінні точки зору щодо трактування змісту кожного із вказаних понять. Оскільки законодавство України в сфері надання транспортних послуг відповідно до Угоди про асоціацію з Європейським Союзом повинно пройти шлях максимального наближення до європейських стандартів [1], основою такої гармонізації норм може стати ґрунтовне теоретичне дослідження юридичної термінології в сфері договірної регулювання відносин з надання транспортних послуг.

У Главі 64 ЦК України «Перевезення» закріплюється загальний термін «договір перевезення» та поняття окремих видів договорів перевезення – «договір перевезення вантажу», «договір перевезення пасажирів та багажу», «договір перевезення транспортом загального користування» та ін. [2]. Такі юридичні терміни як «транспортний договір» чи «договір в сфері транспорту» не вживаються ні в Цивільному, ні в Господарському кодексах України, ні в інших законодавчих актах.

Аналіз окремих судових рішень [3] та узагальнень судової практики щодо договорів перевезення [4] свідчить, що поняття «транспортний договір» та «договір у сфері транспорту» у правозастосовній практиці, як правило, не використовуються. І це можна пояснити, адже вказані терміни застосовуються в теорії цивільного права при характеристиці системи договорів з надання транспортних послуг. А доктрина не є джерелом правового регулювання відносин в Україні.

В науковій та навчальній юридичній літературі висловлюються різні точки зору щодо співвідношення понять «транспортні договори» та «договори перевезення». Так, на думку одних вчених договори перевезення і транспортні договори – це синонімічні поняття [5, с. 485–486], на думку інших договір перевезення є більш вузьким (видовим) поняттям порівняно з більш ширшим (родовим) поняттям транспортного договору [6, с. 11]. Зустрічається позиція, що всі транспортні договори є допоміжними щодо договору перевезення [7]. Окрім зазначених, висловлюється також точка зору, що спроба виділити транспортні договори чи транспортні зобов'язання, які претендують на самостійне місце в системі цивільно-правових зобов'язань, є штучною та помилковою за змістом [8, с. 7].

Така різноманітність наукових позицій потребує відповідного глибокого теоретичного аналізу зазначеної проблематики.

Передусім потрібно з'ясувати, які основні ознаки дозволяють виокремити транспортні договори в системі цивільно-правових договорів та відповідно віднести певну договірну конструкцію до таких договорів. Так, С. Ю. Морозов зазначає дві правові ознаки, які дозволяють віднести той чи інший договір до категорії транспортних договорів. По-перше, це суб'єктний склад договірних правовідносин. На думку науковця, стороною договору у транспортних договорах повинна виступати транспортна організація. Хоча автор такої ідеї сам зазначає, що це лише один із критеріїв, які дозволяють виділити транспортні договори з системи договірних зобов'язань, направлених на оплатне надання послуг. Тим паче, що поняття «транспортна організація» в теперішніх умовах з появою нового суб'єкта – власника транспортної інфраструктури – видається дещо невизначеним. По-друге, системоутворюючим фактором для системи транспортних договорів є спрямованість транспортних договірних зобов'язань [9, с. 32].

В доктрині цивільного права зустрічаються також інші точки зору щодо поняття та об'єднуючих ознак транспортних договорів. На думку В. Н. Гречухи, транспортні договори як теоретична категорія – це договори, які укладаються з метою організації, забезпечення і здійснення перевезень. Науковець вважає, що спільною ознакою транспортних договорів є регулювання правовідносин, пов'язаних з перевезенням вантажів, пасажирів, багажу і організацією її здійснення. Разом з тим вказані договори мають різну правову природу і ознаки. Вони відрізняються один від одного предметом, суб'єктом складом, змістом і формою [10, с. 73].

Не вдаючись до наукової дискусії щодо кола транспортних договорів, зазначимо, що наведене вище свідчить, що поняття «договори перевезення» є вузьким за своїм змістом від поняття «транспортні договори», яке окрім власне договорів перевезення включає в себе інші цивільно-правові договори, спрямовані на забезпечення процесу перевезення.

Дуже часто через невдале формулювання дефініції транспортних договорів його зміст підмінюють поняттям договорів у сфері транспорту. Яскравим прикладом цього є запропоноване в українській юридичній літературі Є. О. Харитоновим та Н. А. Саніахметовою поняття транспортних договорів, під якими розуміють різні за своєю природою і змістом договори, що опосередковують відносини у сфері транспортної діяльності [11; 12]. Подібні визначення зустрічаються і в закордонній юридичній літературі. Так, В. В. Вітрянський зазначає, що в цивільно-правовій доктрині вкоренилося поняття «транспортні договори», під якими насправді розуміються цивільно-правові договори, що застосовуються в сфері транспортної діяльності (як правило, за участю транспортних організацій). Цим поняттям охоплюються різні типи договірних зобов'язань: перевезення, транспортна експедиція, буксирування, оренда (фрахтування на час) транспортних засобів, будівельний підряд (будівництво залізничних під'їзних шляхів) і т. п. [8, с. 7] На нашу думку, зазначена дефініція є визначенням поняття не транспортних договорів, а договорів у сфері транспорту.

Окрім поняття «транспортні договори», в юридичній літературі вживається поняття «договори в сфері транспорту». Воно є найбільш ширшим за своїм змістом і включає не лише транспортні договори, але й інші за своєю правовою природою цивільно-правові договори, які застосовуються при здійсненні транспортної діяльності. Чи не найбільше таких договорів закріплено в Кодексі торговельного мореплавства України, зокрема, договір на надання лоцманських послуг, договір морського агентування, договір лізингу судна, договір морського страхування та ін. [13]

Висновки. На підставі наведеного вище дослідження можна зробити наступні висновки. В групу договорів про надання транспортних послуг входить велика кількість різних договірних конструкцій. Тому при характеристиці системи договорів про надання транспортних послуг використовуються різні поняття – «договір перевезення», «транспортний договір», «договір у сфері транспорту». В доктрині цивільного права при визначенні кола таких договорів усталеним є використання поняття «транспортні договори». Поняття «транспортні договори» є ширше за своїм змістом порівняно з поняттям «договори перевезення», оскільки воно охоплює, окрім договорів перевезення, ще й договори, спрямовані на забезпечення процесу перевезення. Поняття «договори в сфері транспорту» є найбільш широке із названих вище та охоплює не лише транспортні договори, але й інші за своєю правовою природою цивільно-правові договори, що застосовуються при здійсненні транспортної діяльності.

Список бібліографічних посилань

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : від 27.06.2014 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011/page5 (дата звернення: 01.03.2018).
2. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.
3. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://www.reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 01.03.2018).
4. Узагальнення судової практики застосування Господарським судом Чернігівської області у 2015–2016 роках законодавства, яке регулює транспортні перевезення // Судова влада України : сайт. URL: https://cn.arbitr.gov.ua/sud5028/organization_of_work/uzagalnennya/339031 (дата звернення: 01.03.2018).
5. Луць В. В. Загальні положення про транспортні договори // Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 1200 с.

6. Морозов С. Ю. Транспортное право : учеб. пособие. М., 2010. 320 с.
7. Договори в сфері транспорту. Загальна характеристика // Навчальні матеріали онлайн. URL: http://pidruchniki.com/80009/pravo/dogovori_sferi_transportu (дата звернення: 01.03.2018).
8. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. М. : Статут, 2003. Кн. 4. 910 с.
9. Морозов С. Ю. Система транспортных организационных договоров: монография. М. : Норма, 2011. 352 с.
10. Гречуха В. Н. Понятие транспортных договоров и их классификация. *Вопросы экономики и права*. 2012. № 3. С. 71–74
11. Саниахметова Н. А. Юридический справочник предпринимателя. Харьков : Одиссей, 2005. 992 с.
12. Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право: частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство : учеб. пособие. Киев : А. С. К., 2003. 829 с.
13. Кодекс торговельного мореплавства України : закон України від 23.05.1995 № 176. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 47. Ст. 349.

Одержано 15.03.2018

УДК 347.634/637

Андрій Олександрович Мінченко,

*доцент кафедри цивільного, господарського та екологічного права
Університету митної справи та фінансів,
кандидат юридичних наук, доцент*

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ДИТИНИ З ОДНИМ ІЗ БАТЬКІВ

1. Розрив у шлюбних відносинах призводить до необхідності вирішення питання щодо визначення майбутнього місця проживання дитини. За даних обставин батьки можуть скористатися декількома способами досягнення визначеності у своїх правовідносинах. Найбільш прийнятним, і таким, що демонструє усвідомлення ролі кожного з батьків у необхідності обопільної участі у вихованні дитини є досягнення ними згоди за сумісним волевиявленням, що може, зокрема, підтверджуватися укладенням ними договору про визначення місця проживання дитини, участь у її вихованні та забезпечення умов її життя. Назва такого договору є досить умовною і батьки вправі виносити у його назву ті позиції, щодо яких існує принципова домовленість.

2. Разом із цим, у судовій практиці непоодинокими є ситуації, коли у батьків виникають розбіжності у баченні можливих шляхів вирішення питання про майбутнє місце проживання дитини. Найбільш контроверсійна судова практика, присвячена цій проблематиці, напрацьована саме у тих ситуаціях, коли дитина, місце проживання якої батьки намагаються визначити, є малолітньою. Так, зокрема ст. 160 СК України передбачається, що місце проживання дитини, яка не досягла десяти років, визначається за згодою батьків. Місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини.

Таким чином, аргументи того з батьків, який намагається довести у суді, що малолітня дитина сама висловила бажання проживати із ним, судом просто не можуть бути прийнятими, адже, в першу чергу суд буде звертати увагу на інші фактори та умови, які можуть гарантувати (запропонувати) кожен із батьків, що сприяли б повноцінному розвитку дитини. Хоча, особиста прихильність дитини до кожного з батьків під час вирішення спору щодо місця проживання малолітньої дитини судом беруться до уваги (ч. 1 ст. 161 СК України).

На сьогодні існує широкий консенсус, у тому числі в міжнародному праві, на підтримку ідеї про те, що у всіх рішеннях, що стосуються дітей, їх найкращі інтереси повинні мати першочергове значення.

У своїх рішеннях ЄСПЛ зауважує, що при визначенні найкращих інтересів дитини у кожній конкретній справі необхідно враховувати два аспекти: по-перше, інтересам дитини найкраще відповідає збереження її зв'язків із сім'єю, крім випадків, коли сім'я є особливо непридатною або неблагополучною; по-друге, у якнайкращих інтересах дитини є забезпечення її розвитку у безпечному, спокійному та стійкому середовищі, що не є неблагонадійним [1].

Варто зазначити, що на сьогодні більшість рішень українських судів у таких справах ґрунтуються на принципі 6 Декларації прав дитини, де зазначається що малолітня дитина, крім випадків, коли є виняткові обставини, не має розлучатися зі своєю матір'ю. Такими винятковими обставинами закон (ч. 2 ст. 161 СК України) називає відсутність самостійного доходу, зловживання спиртними напоями або наркотичними засобами, можливість зашкодження розвитку дитини своєю аморальною поведінкою. Якщо дані обставини відсутні, то малолітня дитина зі своєю матір'ю розлученою бути не може.

Аналогічні правові позиції викладені у постанові Верховного Суду України від 12.07.2017 р. у справі № 6-564цс17; постанові Верховного Суду України від 14.12.2016 р. у справі № 6-2445цс16 тощо.

ЄСПЛ у своїх останніх рішеннях відступає від подібної практики (рішення у справах «М. С. проти України» від 11 липня 2017 року, «Мамчур проти України» від 16 липня 2015 року). ВССУ ж у свою чергу зазначає, що під час вирішення такої категорії справ судам слід керуватись ст. 51 Конституції України, яка гарантує кожному із подружжя рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Схожа норма міститься також у ч. 6 ст. 7 СК України, відповідно до якої рівність прав і обов'язків жінки та чоловіка у сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї є однією із загальних засад регулювання сімейних відносин. Це узгоджується з практикою ЄСПЛ, який неодноразово наголошував, що батьки повинні мати рівні права у спорах про опіку над дітьми, і жодні 5 презумпції, які ґрунтуються на ознаці статі, не повинні братись до уваги (рішення у справі «Зоммерфельд проти Німеччини» («Sommerfeld v. Germany») від 08 липня 2003 року, «Цаунеггер проти Німеччини» («Zaunegger v. Germany») від 03 грудня 2009 року).

«Вказане рішення підтвердило сталу позицію Європейського Суду, яка зводиться до визначення насамперед «якнайкращих інтересів дитини», а не батьків, що потребує детального вивчення ситуації, врахування різноманітних чинників, які можуть вплинути на інтереси дитини, дотримання справедливої процедури у вирішенні спірного питання для всіх сторін» [2].

Суддя Карло Ранзоні від Ліхтенштейну у своїй окремій думці охарактеризував ситуацію, що притаманна українській судовій практиці, та підкреслив, що в цьому випадку

національні суди, схоже, розробили методологію, засновану на принципі, який тягне за собою «презумпцію на користь матері» в справах по догляду за дитиною, тобто що дитина повинна жити з матір'ю, що може бути спростовано у випадках, де існували «виняткові обставини». Використовуючи цю презумпцію, національні суди обмежили сферу своїх зусиль щодо встановлення фактів, в основному прагнучи встановити, чи були «виключні обставини». Відповідно, у відсутності «виключних обставин» суди відмовилися від подальшої оцінки всіх інших непередбачуваних обставин, які могли б мати стосунок до вирішення спірного питання [3].

3. Викладені обставини є сталою європейською практикою у вирішенні подібних спорів. Наведені ЄСПЛ роз'яснення безсумнівно мають бути відображені в сьогочасній судовій практиці та взяті до уваги як судами, так і сторонами процесу. Разом із цим, підтримуючи заданий напрям розвитку думки, втіленої в практиці ЄСПЛ, хотілося б загострити увагу на тому, що основним суб'єктом, на якого має вплив прийняте рішення у подібних справах є саме малолітня дитина. Часто ситуації складаються таким чином, що дитина має прихильність до обох з батьків, кожен із батьків дбає про її інтереси, надає їм першочергового значення, належно ставиться до виконання своїх батьківських обов'язків, не підходить під характеристики «виняткових обставин», наведених у ч. 2 ст. 161 СК України тощо. Схилитися до сторони матері чи батька у таких спорах для суду є завданням вкрай непростим. І, мабуть, вирішального значення тут буде набувати майстерність адвоката (представника) у представництві інтересів свого клієнта, його вміння схилити шальки терезів на свою користь. Та чи справедливими будуть такі інструменти в розрізі ключової тези ЄСПЛ: «найкращі інтереси повинні мати першочергове значення»?

Як вже зазначалося вище, предметом дослідження перш за все є інтерес малолітньої дитини. Дитини, розумовий і духовний світ якої перебуває лише на стадії становлення. Та чи можливе подальше нормальне його становлення без матері – людини, з якою формування такого світу є нерозривно пов'язаним? Це те питання, яке суд має брати за основу при винесенні рішення. Цілком можна погодитися із тим, що існування «презумпції на користь матері» в питаннях виховання дитини, якою зловживали і продовжують зловживати національні суди є неприпустимим. Однак, думається, за рівного положення батька та матері, забезпеченням якнайкращих інтересів малолітньої дитини буде невідповідність її відносин із матір'ю. Навряд чи можна вести мову про доцільність набрання такою нормою законної сили, скоріше, суди мають нею керуватися через призму реалізації своїх дискреційних повноважень.

Список бібліографічних посилань

1. Щодо окремих питань судової практики у справах про визначення місця проживання дитини : інформ. лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17.08.2017 № 9-1580/0/4-17.

2. Значення рішення ЄСПЛ у справі «М. С. проти України» для правозастосовчої практики // Юрліга. URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2017/7/25/162658.htm> (дата звернення: 13.04.2018).

3. ЄСПЛ поставив під сумнів практику українських судів у справі про визначення місця проживання дитини // Судова влада України. URL: <https://vl.ko.court.gov.ua/sud1010/pres-centr/news/373441/> (дата звернення: 13.04.2018).

Одержано 13.04.2018

Ольга Володимирівна Мороз,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4154-1826>

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ СТРОКУ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ МАЙНА ДЕРЖАВНОГО ПІДПРИЄМСТВА

Строковість володіння і користування орендованим майном є основною ознакою групи договорів про передачу майна в користування. Під строками в цивільному праві слід розуміти певні періоди або моменти часу, з якими закон пов'язує ті або інші юридичні наслідки.

У ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1] встановлені положення, що регулюють строк договору оренди, зокрема, ч. 1 ст. 17 встановлює, що термін договору оренди визначається за погодженням сторін. Зі змісту норми видно, що законодавець надає можливість орендареві і орендодавцеві самим визначити початок і кінець існування у часі орендного правовідношення, підставою якого є укладений між ними договір оренди.

Сторони вільні у визначенні строку договору оренди. Проте, незважаючи на це, термін, відповідно до ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1] є істотною умовою договору оренди і має бути чітко визначений, оскільки відсутність в договорі чітко визначеного терміну тягне за собою визнання його недійсним. При цьому для оренди державного майна взагалі і оренди майна державних підприємств зокрема, невизначеність строку оренди недопустима. Це продиктовано тим, що при невизначеності строку договору оренди кожна із сторін могла би відмовитися від нього у будь-який час, завчасно попередивши про це іншу сторону, що спричинило би нестабільність у відносинах сторін при оренді державного майна. При цьому, передусім, страждав би орендар, як слабша сторона у договорі.

Практика свідчить, що сторони при укладенні договору оренди віддають перевагу довгостроковій оренді, оскільки вона надає орендареві ширші можливості для залучення коштів на розвиток орендованого майна і підвищення ефективності використання майна державних підприємств [2, с. 31].

Відповідно до ч. 1 ст. 17 України «Про оренду державного та комунального майна» [1] термін договору оренди не може бути меншим, ніж п'ять років, якщо орендар не пропонує менший термін. Такий підхід законодавця щодо визначення мінімального строку договору оренди державного та комунального майна в цілому є виваженим, особливо стосовно оренди цілих майнових комплексів державних підприємств і їх структурних підрозділів, а також нерухомого майна. Внесення цих змін до Закону України «Про оренду державного та комунального майна» (яке відбулося 15.12.2009 року) було необхідним у зв'язку з тим, що встановлення занадто нетривалого строку оренди майна державних підприємств створює шкідливе з соціально-економічної точки зору становище: у цьому випадку орендар втрачає упевненість у тому, що він встигне за час договору використати здійснені ним витрати на орендоване майно, а це означає, що орендар і не буде таких витрат робити, внаслідок чого, ефективність використання орендованого майна та його фізичний стан страждатиме.

При визначенні оптимального розрахунку строків, не можна займати позицію: «чим більший строк, тим краще». Сторони при цьому повинні враховувати цілий ряд чинників. Так, вони повинні прийняти до уваги максимальні строки служби майна або найважливіших об'єктів, що входять до його складу. Необхідність визначення долі повністю зношеного «ядра» орендованого майна вирішальним чином впливає на тривалість оренди, визначаючи максимальний її строк.

З урахуванням цього, можна погодитися з рекомендаціями, що висловлювалися, про встановлення строку договору оренди, виходячи з розрахунку часу, необхідного для реновації основних фондів, оновлення технологічної структури виробництва [3, с. 49–50]. Цими межами, на нашу думку, і потрібно визначити мінімальний строк договору оренди.

При визначенні строку договору оренди сторони повинні зважати також на специфіку об'єкту оренди.

Довгостроковій оренді необхідно віддати перевагу у тому разі, коли предметом договору оренди виступає цілісний майновий комплекс або нерухоме майно, маються на увазі окремі будови і споруди.

У тому ж випадку, коли йдеться про передачу в оренду таких об'єктів, як окреме індивідуально-визначене майно, перевагу, на нашу думку, слід віддавати короткостроковій оренді на строк до 5 років. У зв'язку з чим пропонується внести відповідні зміни до ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1], виклавши частину першу у наступній редакції «Термін договору оренди визначається за погодженням сторін. Термін договору оренди не може бути меншим, ніж п'ять років, якщо орендар не пропонує менший термін (зазначене положення не розповсюджується на договори оренди окремого індивідуально-визначеного майна)».

Чинне законодавство України передбачає спеціальні правила, що стосуються обчислення строків. За загальним правилом початком перебігу строку договору оренди є наступний день після календарної дати укладення договору оренди. Проте, сторони можуть пов'язати початок перебігу строку з фактом передачі предмета договору оренди або ж з настанням якої-небудь іншої події, або календарною датою. При цьому слід мати на увазі, що обчислення строку в договорі оренди не повинно починатися пізніше за передачу об'єкту оренди орендареві.

Момент закінчення строку договору оренди визначається за правилами, вказаними в ст. 254 Цивільного кодексу України [4].

Закінчення строку договору оренди майна державного підприємства, є підставою припинення цього договору. Проте необхідною умовою припинення договору оренди по закінченню строку його дії є наявність заяви однієї зі сторін про його припинення. При цьому заява має бути подана до закінчення цього строку.

У разі, якщо жодна зі сторін не подала заяви про припинення договору оренди або його зміни, застосовуються правила, встановлені в ч. 2 ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1]. У ній зазначено: «У разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення терміну дії договору він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором». Вказана норма встановлює можливість продовження договору оренди способом мовчання, яке визнається виявленням волі на укладення правочину у випадках передбачених законодавством.

У Законі встановлено, що за відсутності заяви однієї зі сторін про припинення договору він продовжується на той же термін.

Законодавець передбачає дві нерозривно пов'язані умови як підстави для продовження договору оренди:

- 1) відсутність заяви однієї зі сторін про припинення або зміну договору;
- 2) відсутність даної заяви повинна бути до спливу одного місяця після закінчення строку договору.

У тому випадку, якщо дана заява надійшла після закінчення вищевказаного строку і друга сторона не має бажання припинити договір, заява може не братися до уваги, і вищезгаданий договір вважається продовженим на той же строк і на тих же умовах, які були передбачені сторонами в договорі оренди, що раніше діяв між ними. У тому випадку, якщо сторона, що подала подібну заяву після спливу одного місяця після закінчення строку договору оренди, наполюгає на його зміні або припиненні, питання вирішується в звичайному претензійно-позовному порядку.

Володіючи на підставі договору оренди, «правом на чуже майно» [5, с. 134] орендар зберігає деякі його елементи, за певних умов, і після припинення договору оренди. Так, ч. 3 ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1] зазначає, що «після закінчення терміну договору оренди орендар, який належним чином виконував свої обов'язки за договором, має переважне право, за інших рівних умов, на укладення договору оренди на новий термін, крім випадків, якщо орендоване майно необхідне для потреб його власника».

Це означає, що якщо після закінчення строку договір оренди не був продовжений на тих же умовах і на той же строк, і орендодавець бажає укласти новий договір оренди, то орендар, що сумлінно відносився до своїх обов'язків за договором, має переважне, за інших рівних умов, право на продовження договору оренди. Це право по своїй суті є секундарним. Отже, за відсутності у орендаря бажання узяти в оренду відповідне державне майно у колишнього орендодавця, він може відмовитися від цієї переваги.

Необхідно сказати, що, незважаючи на, в цілому, правильне вирішення цього питання в Законі, деякі моменти залишаються все ж неврегульованими. Так, у Законі не вказано, впродовж якого строку з моменту припинення договору оренди орендар має переважне право на продовження договору оренди. Поза всяким сумнівом це право не може бути безстроковим.

На нашу думку, доцільно було би доповнити ч. 3 ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1] наступним: «Якщо орендодавець відмовив орендареві в укладенні договору на новий термін, але впродовж року з дня закінчення терміну договору з ним уклав договір оренди з іншою особою, орендар має право на власний вибір зажадати в суді переведення на себе прав і обов'язків за укладеним договором і відшкодування збитків, або тільки відшкодування збитків».

Необхідно визначити: по-перше, граничний строк в 1 рік; по-друге, забезпечити реалізацію цього права у разі його порушення, можливістю застосування орендарем конкретних заходів по його захисту, наприклад, передбачити можливість пред'явлення орендарем вимоги про переведення на нього прав і обов'язків орендаря за новим договором оренди.

Для володіння і реалізації права на продовження договору оренди орендареві необхідно, передусім, виконати покладені на нього договором обов'язки належним чином. Принцип належного виконання припускає виконання належною особою належної дії і належним способом. У разі, якщо орендодавець не вважає, що орендар виконував свої обов'язки за договором належним чином, останній має право звернутися до господарського суду за захистом своїх прав.

Отже, детальний аналіз такої істотної умови договору оренди майна державного підприємства, як строк договору, має важливе науково-практичне значення, оскільки відсутність у законодавстві деяких положень перешкоджає можливості належного захисту прав сторін.

Список бібліографічних посилань

1. Про оренду державного та комунального майна: закон України від 14.03.1995 № 98/95-ВР // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-12> (дата звернення: 14.04.2018).
2. Мороз М. В., Мороз О. В. Істотні умови договору оренди майна державного підприємства. *Право та інновації*. 2016. № 3 (15). С. 28–33.
3. Аренда: сущность и практика: учеб. пособие для экон. всеобуча трудящихся / под ред. В. М. Рутгайзера, А. Д. Берлина и М. И. Семенушкина. М.: Профиздат, 1989. 208 с.
4. Цивільний кодекс України: від 16.01.2003 № 435-IV // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 14.04.2018).
5. Право собственности в Украине / под ред. Я. Н. Шевченко. Киев: Блиц-Информ, 1996. 320 с.

Одержано 14.04.2018

УДК 347.73:(336.743:004.4).001.36

Катерина Георгіївна Некіт,

доцент кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3540-350X>

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВЧИХ ПІДХОДІВ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ КРИПТОВАЛЮТИ ТА МАЙНІНГУ

Тема криптовалют сьогодні є настільки популярною, що вже важко знайти країну, в якій не було б висловлено позиції щодо правової природи та підходу до правового регулювання відносин з використанням криптовалют, при цьому в більшості країн визначення криптовалют вже закріплено на законодавчому рівні, принаймні, розроблені відповідні законопроекти, спрямовані на врегулювання відносин з криптовалютами. Аналіз таких підходів різних країн до правового регулювання відносин із використанням криптовалют виявляє, що ставлення до криптовалют різняться у залежності від рівня розвитку країни. Як правило, у розвинутих державах ставлення до криптовалют позитивне, відмічаються спроби розробки законів, спрямованих на врегулювання обігу криптовалют.

Щодо правового статусу криптовалют позиції складаються дуже різноманітні: криптовалюта у різні часи і у різних країнах розглядалася як платіжний засіб (Італія, пізніше й до сьогодні – Японія), як фінансовий інструмент, як грошовий сурогат (у різні часи таку позицію висловлювали Україна, Російська Федерація, Білорусь, висловлювалася така позиція Єврокомісії), як товар (вперше – в США, сьогодні – у більшості країн світу). Зустрічаються визначення криптовалюти як цифрового еквіваленту цінності, форми цифрової власності, нематеріального активу. Сьогодні в більшості країн світу криптовалюта не

вважається грошима або валютою, у абсолютній більшості країн криптовалюта кваліфікується як нематеріальний актив або товар, частіше за все вона не виступає законним платіжним засобом. При цьому операції з криптовалютою прирівнюються к бартерним операціям. Однак, варто зазначити, що така позиція сьогодні вже також піддається критиці, оскільки за таких умов втрачаються фінансові складові криптовалюти, яка переводиться у виробничу сферу, у сферу товарообігу, і таким чином втрачається те, заради чого вона створювалась, що не сприяє розвитку міжбанківського співробітництва та фінансових технологій.

В цілому, усі міжнародні позиції щодо криптовалют можуть бути зведені у три категорії. Так, Європейська банківська адміністрація (EBA), Департамент фінансових послуг Нью-Йорка (NYDFS), Співдружність націй ставляться до криптовалют позитивно, підкреслюючи її переваги. Нейтральне ставлення до криптовалют простежується у позиціях Європейського управління по нагляду за ринком цінних паперів (ESMA), Управління з фінансового регулювання і нагляду Великобританії (FSA), Європарламенту. І негативно до криптовалют ставляться Європол та Центральні банки країн, що пояснюється у першому випадку фактом вчинення злочинів з використанням криптовалюти, у другому – боязню Центральних банків не впоратися із натиском осіб, постраждалих від махінацій з використанням криптовалют.

Що стосується уніфікації позицій щодо криптовалют на рівні національного регулювання у різних країнах світу, то вони можуть також бути зведені у три групи. У деяких країнах криптовалюти та операції з ними прямо заборонені (Бангладеш, Еквадор, Китай – для юридичних осіб). Для більшості країн регулювання криптовалют здійснено на рівні рекомендацій регуляторів, що не мають обов'язкового характеру (на федеральному рівні в США, у Німеччині, Норвегії). І нарешті, у деяких країнах вже існує так зване фрагментарне регулювання операцій з криптовалютами (штат Нью-Йорк у США, Великобританія, Швеція, Австралія, Японія).

Поширюється встановлення законодавчих вимог щодо статусу осіб, які здійснюють діяльність, пов'язану із обігом криптовалют, встановлюються вимоги щодо ліцензування діяльності з торгівлі віртуальними валютами (Японія, США, Швеція). Все частіше спрямовуються зусилля на законодавчому рівні врегулювати діяльність ICO (Японія, Канада, США, Сінгапур, законопроект у Російській Федерації), випуск та розміщення токенів регулюється за аналогією з цінними паперами. У деяких країнах також офіційно визначено поняття майнінгу, який прирівняний до виду підприємницької або трудової діяльності (Польща, Швеція) [1].

В Україні, як зазначалося нами у попередніх дослідженнях [2], спроба дати визначення поняттю криптовалюти та встановити загальні засади використання криптовалют міститься у проекті Закону «Про обіг криптовалют в Україні», відповідно до якого криптовалюта – це програмний код (набір символів, цифр та букв), що є об'єктом права власності, який може виступати засобом міни, відомості про який вносяться та зберігаються у системі блокчейн в якості облікових одиниць поточної системи блокчейн у вигляді даних (програмного коду). Таким чином, український законодавець дотримується вже усталеного у світовій практиці підходу і визнає криптовалюту не грошима, а товаром, і до криптовалютних транзакцій пропонує застосовувати загальні положення про договір міни.

Слід зазначити, що поняття майнінгу як діяльності, в результаті якої створюються криптовалюти, сьогодні у законодавстві України є невизначеним, що породжує певні проблеми на практиці, пов'язані, у першу чергу, з оподаткуванням. Тривалий час велися

дискусії з приводу того, чи законно «майнити» криптовалюту, чи не може особа, яка займається майнінгом бути притягнутою до відповідальності. Сьогодні питання про відповідальність знято: вважається, що нічого протизаконного у майнінгу немає, оскільки тут не порушуються жодні законодавчі норми (яких в принципі немає, тому й питання про їх порушення автоматично знімається). При цьому майнінг залишається неврегульованим, що позбавляє державу значного прибутку від оподаткування такої діяльності. Так, як зазначалось, у світі поширюються спроби закріпити визначення поняття майнінгу на законодавчому рівні. Наприклад, у Польщі діяльність з майнінгу офіційно визнана одним з видів комерційної діяльності і підлягає реєстрації в уповноваженому органі; у Швеції майнінг розглядається як різновид трудової або підприємницької діяльності з відповідним оподаткуванням.

Спроба дати визначення поняття майнінгу міститься у тому ж проекті Закону «Про обіг криптовалют в Україні», відповідно до якого майнінг – це обчислювальні операції, які здійснює майнер за допомогою власного та/або орендованого спеціалізованого обладнання, з метою забезпечення працездатності та безпеки системи блокчейн, та залежно від умов системи блокчейн отримує винагороду системи блокчейн. Але ж таке визначення носить суто технічний характер та не дає жодних критеріїв для правової кваліфікації такого роду діяльності. Тому закріплення такого законодавчого визначення поняття майнінгу не вирішує проблеми його кваліфікації й взагалі не має практичного сенсу. Так само і в проекті Закону «Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні» визначення поняття майнінгу як діяльності фізичних та юридичних осіб з проведення математичних розрахунків з метою отримання винагороди у вигляді одиниць криптовалюти абсолютно не відповідає потребам кваліфікації майнінгу як виду діяльності з точки зору права. У той же час, наприклад, у проекті закону РФ «Про цифрові фінансові активи» майнінг чітко кваліфікується як вид підприємницької діяльності, що більше відповідає світовій практиці та спрощує підхід до вирішення питання про оподаткування цієї діяльності. З урахуванням наведеного, варто закріпити у законодавстві України визначення майнінгу як виду підприємницької діяльності за аналогією із законодавствами Польщі та Швеції, які є найбільш прогресивними у цьому питанні.

Список бібліографічних посилань

1. Обзор законодательного регулирования криптовалют в отдельных государствах. Ноябрь 2017. URL: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/ru/pdf/2017/11/ru-ru-cryptocurrency-legislative-regulation-worldwide-november-2017-upd.pdf> (дата звернення: 05.04.2018).
2. Некіт К. Г. Правовий статус криптовалют в Україні та у світі. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 1. URL: http://lsei.org.ua/1_2018/12.pdf (дата звернення: 05.04.2018).
3. Правовое регулирование криптовалютного бизнеса. Февраль 2017. URL: <http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf> (дата звернення: 05.04.2018).

Одержано 12.04.2018

Людмила В'ячеславівна Панова,

доцент кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

кандидат юридичних наук, доцент

ЮРИДИЧНА КАТЕГОРІЯ «ПЛАТІЖНА СИСТЕМА»

Розуміння того факту, що будь-який об'єкт наукового дослідження може розглядатися з різних боків надає нам можливість подивитися так і на такий об'єкт як платіжна система. Наприклад, за своєю суттю платіжна система є механізмом виконання грошових зобов'язань, що виникають в результаті здійснення економічної діяльності її учасників. З точки зору інфраструктури платіжні системи є сукупністю платіжних інструментів, операційних, клірингових та розрахункових центрів, телекомунікаційних систем, різних продуктів ринку платіжних послуг, що забезпечує переказ грошових коштів. При інституційному підході платіжні системи виглядають як відповідні домовленості між фінансовими організаціями та іншими учасниками щодо правил проведення розрахунків, враховуючи регулятивні механізми та нормативно-правову базу, яка забезпечує грошовий обіг. Легальне розуміння платіжної системи зазначається у п. 1. 29 ЗУ «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», де законодавець надає таке визначення: платіжна система – *платіжна організація, члени платіжної системи та сукупність відносин, що виникають між ними при проведенні переказу коштів. Проведення переказу коштів є обов'язковою функцією, що має виконувати платіжна система*. Такому визначенню 5 квітня виповнилося 17 років. Вітчизняна дефініція з'являється на етапі формування платіжної галузі, коли тільки формувався Єдиний європейський платіжний простір (single euro payments area – SEPA). Україна реалізовувала ідею європейського вибору та спрямовувала свої дії на інтеграцію до Європейського Союзу. При цьому виникала потреба приведення національного законодавства у відповідність до певних критеріїв. І, оскільки цей процес більш об'ємний, ніж приведення законодавства у відповідність до критеріїв вступу до Ради Європи, то це вимагало пошуку та розуміння змісту «платіжної системи» для правильного введення цього терміну в національне законодавство. Україна врахувала діючий у Європі правовий принцип свободи руху платежів (ч. 2 ст. 63 Договору про функціонування Європейського Союзу). Саме він заклав основу майбутнього єдиного законодавства про платіжні послуги країн-членів ЄС. ЗУ «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» з 2001 року є яскравим прикладом зближення національного законодавства з сучасною європейською системою права та приведення його до рівня, що склався у державах – членах ЄС.

Вже пізніше Директива 2007/64/ЄС Європейського парламенту та Ради від 13 листопада 2007 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку надає таке визначення платіжної системи, як *системи переказів грошових коштів, що наділена офіційними та стандартизованими процедурами, а також загальними правилами обробки, клірингу та/або розрахунків за платіжними операціями*¹. У 2012 році був прийнятий SEPA-регламент (ЄС) на підставі якого були розроблені нові уніфіковані інструменти SEPA-

¹ Директива 2007/64/ ЄС Європейського парламенту та Ради від 13 листопада 2007 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку, що вносить зміни у Директиви 97/7/ЄС, 2202/65/ЄС, 2005/60/ЄС та 2006/48/ЄС та відміняє Директиву 97/5/ЄС.

розрахунків. Через рік стає зрозумілим, що у вищезазначену Директиву 2007/64/ ЄС, необхідно вносити зміни-уточнення, які неможливо було передбачити раніше.

«Друга платіжна Директива» приймається у 2015 році (12.01.2016 р.)¹. Вона визначила платіжну систему як *систему переказу грошових коштів на основі стандартизованих домовленостей та загальних правил в частині обробки, клірингу та/або розрахунків за платіжними операціями* (п. 7 ст. 4). Тобто, сутність поняття «платіжна система», як у «Першій Директиві», так і у «Другій платіжній Директиві» практично не змінилося. Проте, слід зазначити, що правове регулювання платіжних послуг у зв'язку з прийняттям Другої платіжної Директиви знаходиться на новому етапі їх регулювання.

Повертаючись до визначення поняття «платіжної системи» у вітчизняному законодавстві деякі правники зауважують, що формулювання платіжної системи через перелік суб'єктного складу при проведенні переказу коштів є недостатнім [1]. На рівні теорії відображення такого об'єкту як «платіжна система» виникають питання – чи надає сформульоване законодавцем поняття уявлення про платіжну систему? Чи достатньо для правової науки складових елементів в цьому понятті?

Для відповіді на поставлені питання необхідно зазначити, що в науці загалом до цього часу немає єдиного визначення поняття «система». Різняться також підходи до класифікації систем та до тлумачення основних системних закономірностей. Поняття «система» протягом століть змінювалось як за формою, так і за змістом. Аналізуючи різноманітні поняття системи та їх еволюцію, при цьому не виділяючи жодне з них в якості основного, можна констатувати складність короткого визначення такого, зазвичай інтуїтивно осяжного поняття, яким є «система». На різних етапах при уявленні дослідниками окремих аспектів однієї і тієї ж самої системи, можливі різні визначення. Відповідно існують і різні аспекти поняття системи: теоретико-пізнавальний, методологічний, науководослідний, порівняльно-правовий тощо. Використовуючи різні рівні відображення дослідник має змогу уявити об'єкт або процес дослідження у вигляді системи, в якій мають місце елементи, визначити істотні зв'язки для досягнення мети, пізніше перейти на більш формалізований рівень уявлення системи, уточнюючи її елементи та зв'язки між ними, а також її мету. Проте, завжди виникає необхідність взяти одне визначення в якості «робочого». Таким «робочим» визначенням платіжної системи є поняття, що міститься в законі.

Зазвичай, під системою розуміють об'єкт дослідження який характеризується наступними взаємопов'язаними властивостями: 1. має відповідну мету (призначення) для досягнення якої він функціонує; 2. складається із взаємопов'язаних, складових елементів, які утворюють певну структуру та виконують відповідні функції для досягнення об'єктом мети; 3. має управління завдяки якому всі елементи функціонують погоджено та цілеспрямовано;

¹ Директива (EU) № 2015/2366 Європейського Парламенту та Ради від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку та про внесення змін до Директиви 2002/65/ EU 2009/110/ EU, 2005/60/ EU та 2013/36/ EU та Регламент (EU) № 1093/2010 та про відміну Директиви 2007/64/ EU.

Слід зробити невелику ремарку, а саме, у європейській юридичній практиці директиви не мають прямої дії та адресовані країнам-членам. Положення, що містяться у директивах реалізуються у національних нормативних актах, про що держави зобов'язані прозвітувати перед Європейською Комісією. Тому, на відміну від національних законів, для директив важливою є не дата набрання чинності (а дата транспозиції, тобто строк реалізації положень на внутрідержавному рівні. Для «Другої Директиви» таким строком є 13 січня 2018 року.

4. має у своєму складі або у зовнішньому середовищі джерела для функціонування; 5. володіє системними властивостями, які не повинні тлумачитися як сума властивостей його елементів. Так, пропускаючи поняття «платіжної системи» через призму філософії та враховуючи принцип, яким користуються правники (принцип системи правових норм або неможливості тлумачення норми поза контекстом) стає очевидним, що по-перше, платіжна система є окремим об'єктом дослідження, яка має відповідну мету – проведення переказу коштів в Україні. По-друге, вона складається із взаємопов'язаних складових елементів-суб'єктів, що утворюють певну структуру та виконують відповідні функції для досягнення цілей, які стоять перед платіжною системою. По-третє, платіжна система має управління, завдяки якому всі елементи функціонують погоджено та цілеспрямовано. Так, функції по забезпеченню діяльності платіжної системи, визначенню правил роботи платіжної системи виконує платіжна організація. Всі члени платіжної системи укладають з платіжною організацією платіжної системи договори та отримують ліцензії платіжної системи для подальшого надання послуг учасникам платіжної системи щодо проведення переказу за допомогою цієї платіжної системи. По-четверте, має законодавчі підстави для свого функціонування. По-п'яте, платіжній системі притаманні системні властивості. До статичних властивостей платіжних систем можна віднести цілісність, відкритість, внутрішню неоднорідність та структурованість. До динамічних властивостей – функціональність та існування у середовищі, яке постійно змінюється. До синтетичних властивостей платіжних систем можна віднести доцільність та неподільність на частини.

Таким чином, за допомогою застосування філософської категорії «система», яка сконцентрувала в собі накопичені знання та є своєрідним орієнтиром для правників, враховуючи орієнтацію вітчизняного законодавця на європейську ідею у пошуках економічної та правової природи «платіжної системи», а також виходячи з рівня українського законодавства можна говорити про існування системи платіжного права, яке поступово, через поняття платіжної системи відокремлюється від банківського права.

Список бібліографічних посилань

1. Иванов В. Ю. Некоторые теоретические и практические аспекты законодательства о национальной платежной системе. *Банковское право*. 2011. № 6. С. 71–78.

Одержано 11.04.2018

УДК 437.1

Олег Олексійович Первомайський,

доцент кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВА ФУТУРОЛОГІЯ. СПРОБА ОБҐРУНТУВАННЯ НЕОБХІДНОСТІ

Можна зі всієї впевненістю спрогнозувати, що маючи тисячолітню історію свого розвитку, право, у всіх свої проявах, в ХХІ столітті стикнеться з новими викликами та проблемами, успішність вирішення яких є важливою передумовою розвитку вже не стільки самого права, скільки соціуму у цілому.

В цьому сенсі слід констатувати, що можливо саме в цьому столітті людство стикнеться з проблемою переосмислення не лише поняття *держави* як одного з об'єктів правових досліджень, а також потребою сучасного витлумачення та розуміння таких визначальних для існування всіх та кожного з учасників правовідносин понять як *людина*, *права* та *свободи людини*, *особа*, *сім'я*, *шлюб* і т. п.

Саме тому, ці та інші подібні міркування мають обґрунтувати необхідність дослідження не лише сучасних, а й перспективних проблем теорії та практики юриспруденції, з метою чого мають бути щонайменше виявленні можливі шляхи розвитку права у цілому та його окремих інститутів.

Правове прогнозування є доволі відомим методом наукового дослідження правових явищ та понять, застосування якого дозволяє виявити перспективні шляхи розвитку права та його окремих складових. Водночас, слід визначати, що в переважній більшості випадків зазначений метод наукових досліджень використовується як *допоміжний*. Тобто, такий метод пізнання надає додаткову можливість виявити та дослідити найближчу у часі перспективу розвитку того чи іншого явища або поняття та, як наслідок з цього, запропонувати в певних випадках відповідні зміни до чинного законодавства.

Подібна прагматичність в наукових дослідженнях, звісно, цілком можлива, але вона не враховує поширену думку стосовно того, що швидкість змін як самого людства, так й усіх пов'язаних з ним соціальних, технічних та інших явищ і процесів значна збільшилася, що дозволяє стверджувати про невідворотність *істотних* змін в праві та практиці його реалізації вже в найближчі роки.

Внаслідок чого можна зробити припущення про те, що через 10–20 років *світ* та *право* (у цілому та в певних його частинах) зазнають настільки істотних змін, що повільність змін в теорії та практиці юриспруденції буде причиною продукування нових, а не вирішення існуючих на той час соціальних та правових конфліктів.

В аспекті прогнозованих змін не менш важливим є те, стосовно чого відбувається сучасний навчальний процес майбутніх правників, яким вже сьогодні потрібно надати знання та навички не лише щодо тлумачення та застосовування *права* та *закону*, а також надати розуміння про те, якими можуть будуть ці явища та поняття, їх окремі підгалузі, інститути в найближчому чи віддаленому майбутньому. Власне, слід враховувати, що для студентів-правників вже сьогодні актуальне питання щодо їх можливої спеціалізації в юридичній освіті, оскільки можна зробити припущення про те, що частина юридичних знань та навичок, які набувають студенти в процесі сучасного навчання, не буде витребувані в їх професійній діяльності в майбутньому.

Можливою організаційною формою поєднання результатів наукових досліджень в сфері правового прогнозування, напрацювання сукупності відповідних знань та навичок, що будуть представлені в якості навчального матеріалу, може бути *правова футурологія*.

Фактична наявність об'єкту та предмету дослідження для *правової футурології* ґрунтується на згаданому вище високому темпі (швидкості) змін самого людства, соціуму, рівня техніки тощо, що цілком логічно потребуватиме розробки механізму правового регулювання цих змін та їх можливих наслідків.

Лаконічно, основні напрямки досліджень правової футурології можуть бути визначені як: майбутнє правове розуміння *людини*, тлумачення обсягу її *прав* і *свобод*, перспективи появи *електронної особи*, спроби здійснення правосуддя *електронним суддею* і т. п.

Так, вже сьогодні, з огляду на зростаючі можливості медицини, біотехнологій, трансплантології та інших суміжних галузей знань, техніку праву слід в черговий раз повернутися

до питання про те, що ж являє собою *людина* з позиції права. При цьому, звісно, йдеться про багатоаспектність цієї проблематики.

По-перше, в цій проблематиці слід вказати на потребу реагування права на майбутній прогрес медицини, біотехнологій тощо. Так, в теперішній час внаслідок медичних втручань відбувається вимушена або добровільна зміна лише окремих частин тіла людини. Однак вже в близькому майбутньому зможе відбуватися фактична «побудова» тіла людини з різних природних та штучних органів тощо. Внаслідок чого, після, наприклад, пересадки голови одній людині іншій, виникає питання про те, життя та правосуб'єктність якої людини збережено внаслідок такого медичного втручання.

В цьому сенсі слід також згадати припущення ізраїльського історика Юваля Ной Харарі стосовно того, що в майбутньому (до 2100 року) внаслідок економічної чи іншої нерівності, одна частина людей, маючи можливість доступу до біотехнологій та інших досягнень прогресу, буде на шляху перетворення себе в людей-кіборгів, що забезпечуватиме продовження їх життя, захист здоров'я, підвищення інтелектуальних, фізичних та інших можливостей, в той час як інша частина людей всього цього ризикує бути позбавленою. Внаслідок чого відбудеться «розподіл» людей на різні групи, які, за думкою вже інших фахівців, зокрема Давида Ейдельмана, можна буде визначати як *різні* біологічні види *людини*.

По-друге, у пошуках відповіді на питання що ж являє собою *людина*, необхідно враховувати, що в майбутньому народження людини буде наслідком не лише вже не доволі звичних репродуктивних технологій, а більш істотних втручань в цей процес на генетичному рівні і т. п. Звісно, можна стверджувати про існування законодавчих заборон, наприклад, на клонування людини, однак існування подібної заборони насправді не спростить надання відповіді на питання: «чи є *людиною* істота, яка клонована в результаті застосування забороненої процедури?»

По-третє, триваючі офіційні та неофіційні пошуки моделі продовження життя людини шляхом відшукування тіла-донора чи чогось подібного, актуалізує питання про те, що ж є такого в конкретній *людині*, що перетворює її в індивідуалізовану істоту – суб'єкта права: певний орган чи їх сукупність, результат функціонування цього органу чи їх сукупності тощо.

Цікаво також те, що якщо розвиток уявлень про людину, прогрес в медицині та біотехнологіях тяжіє до її певного трансформування у *людину-робота (кіборга)*, що дійсно сприятиме подоланню ряду одвічних проблем людства, зокрема, наявності хвороб, то одночасно існує тенденція створення *роботів* андроїдного типу. Тобто, створення роботів, схожих на людей, який вже за певною традицією позначаються як *кіборги*.

Власне, футурологами вже висловлена думка стосовно того, що до середини цього століття *людина* під час соціальної комунікації вже не зможе з впевненістю відрізнити іншу людину від роботи андроїдного типу. Власне, частині людей, на думку футурологів, така диференціація й не буде потрібна, оскільки вони надаватимуть перевагу спілкуванню саме з такими штучними створіннями.

З огляду на останнє, відомі вже багато десятиліть правила робототехніки, запропоновані Айзеком Азімовим, мають бути опрацьовані на предмет того, чи можуть ці положення з наукової фантастики впроваджені як обов'язкові правила-норми для вже тривалий час існуючої робототехніки.

Окремим, але не менш проблематичним для майбутньої розвитку людства та права є питанням *штучного інтелекту*, що до того ж може існувати як мережа тощо, а не обов'язково у вигляді роботи андроїдного типу.

Щодо цього питання слід констатувати, вже існуючу дискусію про можливе надання *штучному інтелекту* (автономним його частинам чи певному цілому) або *роботам*, що матимуть штучний інтелект або дещо подібне, якості *електронної особи*, а як наслідок з цього *правосуб'єктності* та інших правових наслідків з цього. В цій дискусії є прихильники та опоненти тези про надання *штучному інтелекту* та (або) *роботам* якості *електронної особи*, а отже правова футурологія має долучитися до продовження дослідження цієї проблематики.

Стосовно останньої з виокремлених проблем важливо буде врахувати не лише загальний соціальний та правовий ефект від визнання, наприклад, *робота* з штучним інтелектом чи без нього *електронною особою* для цілого людства, а й те, яким чином почнуть формуватися «соціальні зв'язки» між людьми та цими *електронними особами*. Зокрема, доволі легко спрогнозувати актуальність в майбутньому питання щодо можливості визнання існування «сімейних» відносин між *людиною* та *роботом* андроїдного типу.

Проблема нового розуміння *людини* в праві майбутнього не обмежиться проблемою можливого відмежування *людини* з одного боку, та *штучного інтелекту* чи *робота* з іншого. Насправді проблема полягатиме й в продовженні пошуків відповіді на питання про обсяг прав та свобод *людини* як в аспекті встановлення балансу між правами та свободами окремих людей у відносинах між собою (наприклад, право на штучне переривання вагітності буде конкурувати з можливим правом на життя ненародженої дитини, а право на приватність – з правом на збирання та поширення інформації), так й у визначенні балансу між правами та свободами *людини* з одного боку, та обов'язками та обмеженнями стосовно цих прав та свобод, що продукуються державою чи іншим публічним утворенням з іншого боку.

Останнє твердження ґрунтується на розумінні того, що розвиток права на сучасному етапі здійснюється за різнонаправленими тенденціями, для однієї з яких характерно не стільки удосконалення системи захисту прав та свобод *людини*, скільки ігнорування або навіть руйнація цієї системи.

Тобто, *верховенство право* як засадниче положення в тлумаченні обсягу прав та свобод *людини*, це радше тривала в процесі свого досягнення мета розвитку сучасної юриспруденції, чим вже доконаний факт його існування та застосування. Тому, правова футурологія має виявити можливі нові права та свободи *людини* майбутнього, запропонувати більш ефективні правові способи збалансування цих прав та свобод з іншими дотичними явищами та поняттями тощо.

Не менш перспективним для досліджень правового футурології є питання *електронного судді*, як можливий варіант трансформації вже існуючого в судочинстві поняття *електронного суду*.

При цьому під *електронним суддею* розуміється не стільки форма вираження останнього, наприклад згаданий вище робот-андроїдного типу, скільки зміст цього явища, а саме: відповідна комп'ютерна програма (програмне забезпечення).

Розмірковуючи про таку можливу перспективу, слід згадати про те, що здійснення правосуддя лише і винятково *людиною*, має, внаслідок цього, іманентні переваги та недоліки. Зокрема, якщо зацентувати увагу на останніх, йдеться про відому не лише вітчизняній юриспруденції проблему судових помилок, перевантаження суддів, судової корупції тощо.

Натомість використання в окремих категоріях справ, зокрема, в комерційних спорах щодо стягнення заборгованості, спрощених процедур або інших стандартів доказування, наприклад, *балансу ймовірностей*, з певною рівнем прогнозованості може завершитися в майбутньому тим, що подібного роду ймовірності краще будуть прораховані (враховані)

не *суддею-людиною*, а *електронним суддею*. Зрозуміло, що електронний суддя не може бути корумпованим або таким, що зазнав втоми від великої кількості розглянутих справ.

Отже, можна зробити припущення про те, що використання у чинному процесуальному законодавстві окремим елементів так званого електронного суду може розглядатися лише як певний проміжний етап розвитку судочинства, що звершиться створенням та діяльністю в певних категоріях справ *електронного судді*.

Підсумовуючи наведене, можна стверджувати, що дослідження в сфері *правової футурології* можуть бути спрямовані на відшукування й інших перспективних проблем у розвитку права та його окремих складових. Власне, своєчасне виявлення цих проблем та пропонування способів їх подолання вже є тим результатом, що виправдовує факт існування *правової футурології* як окремої галузі знань юридичної науки, тим більше, що можливе створення останньої не перешкоджатиме подальшому використанню методу правового прогнозування іншими галузевими науками.

Одержано 15.04.2018

УДК 347.77

Олена Вікторівна Піхурець,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7512-951X>

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ДОМЕННЕ ІМ'Я

Існує безліч проблемних та не менш актуальних питань, що стосуються правового регулювання відносин, пов'язаних зі здійсненням прав на об'єкти права інтелектуальної власності. Наявність ефективної правової охорони права інтелектуальної власності є важливою умовою динамічного розвитку інноваційної економіки будь-якої країни. Формування глобальної мережі та стрімка інформатизація суспільства неминуче призвело до виникнення нових правових конфліктів, вирішення яких ускладнено через відсутність спеціального національного законодавства і неоднозначного застосування судами загальних норм права. Одним з найбільш поширених і специфічних конфліктів такого роду є доменні спори, що виникають у зв'язку з використанням доменних імен як в мережі Інтернет так і поза її межами.

Як показує правозастосовна практика, саме законодавча не визначеність не дозволяє в повній мірі забезпечити захист правоволодільців доменів. Особливо коли справа стосується використання у домені відомих прізвищ чи імен політиків, діячів науки та мистецтва, коли мова йде про конфлікти навколо загальновідомих торговельних марок, географічних зазначень та комерційних найменувань, тощо. На практиці вважають за краще викупувати домени, ніж звертатися до суду за захистом своїх прав.

Домен є фундаментом цифрових технологій та необхідним елементом адресації в мережі Інтернет, дозволяє замінити IP-адресу, що складається з довгої цифрової послідовності, більш інформативним словесним позначенням, що ідентифікує веб-сайт та

адресу електронної пошти, і, відповідно, їх рекламує, та сприяє залученню цільової аудиторії. Для зручності запам'ятовування і сприйняття була створена доменна система імені (Domain Name System – DNS), яка дозволяє зіставити абстрактне, але більш інформативне символічне (словесне) позначення – ім'я (gov.ua) і конкретну IP-адресу в мережі Інтернет, що являє собою набір цифр, розділених крапками (198.198.689.200). Домен може вказувати на характер (зміст) інформації, розміщеної на відповідному сайті, або на його власника (наприклад, toyota.com або court.gov.ua).

Ця властивість домену стала особливо важлива з огляду на розвиток ринку електронної комерції і зумовило його високу економічну цінність. Домен став цінним активом для бізнесу, права на нього є предметом різних договорів. Сьогодні вартість домену, що представляє собою загальноживане слово, може становити суму, що сягає майже \$ 100 млн, та можна порівняти з вартістю інших об'єктів права інтелектуальної власності, таких як торговельні марки. Найдорожчі домени належать до найпопулярнішої доменної зони – .com. Так, були продані LasVegas.com за \$ 90 млн в 2005; Carinsurance.com за \$ 49,7 млн в 2010; Insurance.com за \$ 35,6 млн в 2010; VacationRentals.com за \$ 35 млн в 2007; PrivateJet.com за \$ 30,1 млн в 2012; Internet.com за \$ 18 млн в 2009; Insure.com за \$ 16 млн в 2009; Sex.com за \$ 14 млн в 2014; Fb.com за \$ 8,5 млн в 2010 [1; 2].

У той же час, відсутність законодавчої регламентації відносини щодо доменів, як різновиду об'єктів права інтелектуальної власності, не суперечить твердженню про можливість поширення на нього правової охорони цивільним законодавством. Так, відповідно до ст. 420 ЦК України можуть отримати охорону і інші не вказані в цій статті об'єкти права інтелектуальної власності, оскільки зазначений перелік результатів інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних до них об'єктів є відкритим. В науці цивільного права існує багатоаспектність розуміння, щодо поняття домену та сутності прав на нього, які в деяких випадках є взаємовиключними. Існує точка зору, якої дотримується більшість вчених, що доменне ім'я за своєю юридичною природою слід віднести до засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг [3; 4]. Хоча законодавчо це не передбачено, але є допустимими.

Так, в ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» визнається можливість віднесення доменів до засобів індивідуалізації, а саме, доменне ім'я – ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті [5]. По суті, домен – це символ, що індивідуалізує, та за допомогою введення якого користувач отримує доступ до певного Інтернет-ресурсу, до конкретної IP-адреси, символічним позначення, якого і є. Отже, домен це ще один із способів індивідуалізації [6, с. 886]. Схожу позицію займає і А. Кодинець, який розглядає домен як словесне позначення, що використовується для ідентифікації інформаційного простору і орієнтації користувачів у мережі, пошуку інформації про товари, послуги, характер, сферу діяльності юридичної або фізичної особи [7, с. 18].

Визнання права на домен на законодавчому рівні є необхідною умовою належного захисту прав та інтересів його володільця. Але не менш важливо забезпечити обіг доменів. Динамічність Інтернету повинна враховуватися правом, це стосується і забезпечення оборотоздатності доменів. На сьогоднішній день законодавство не передбачає виключного права на домен, але і не містить будь-яких обмежень для їх обороту. Пункт 1 ст. 179 ЦК України встановлює, що об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи. Такі вилучення або обмеження щодо

доменів на цей час відсутні. Виключне право на використання домену має перш за все економічну цінність[8].

Володілець (користувач або адміністратор) домену має право самостійно визначати способи його використання (розмістити рекламу, сайт про послуги і / або товари, зробити доступ платним або безкоштовним, надати використання домену, продати його тощо). Виходячи з ст. 424 ГК України, особи на ім'я якої зареєстрований домен, належить виключне право використовувати його у будь-який спосіб, що не суперечить закону, в тому числі для ідентифікації інформаційних ресурсів і / або систем в мережі Інтернет, виділення нових доменів в складі адресного простору, на яке вказує домен. А також виключне право дозволяти використання домену, перешкоджати неправомірному використанню, в тому числі забороняти таке використання та інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Майнові права інтелектуальної власності можуть відповідно до закону бути вкладом до статутного капіталу юридичної особи, предметом договору застави та інших зобов'язань, а також використовуватися в інших цивільних відносинах.

Також допускається використання в якості домену імені, що схоже з ім'ям фізичної особи. В мережі Інтернет досить поширені конфлікти доменів з іменами відомих фізичних осіб. На думку В. О. Калятіна, при виникненні такого роду конфлікту права на суміжні об'єкти необхідно застосовувати положення про зловживання правом [9, с. 144]. В таких випадках Всесвітня організація інтелектуальної власності (WIPO) допускає скасування реєстрації та передачу (безоплатну) домену заінтересованій особі, та коли він є схожим до ступеня змішування чи введення в оману з іменем відомої людини та якщо він використовується з комерційною метою. Так, згідно з рішенням WIPO домен *carlosslimhelu.com* був визнаний таким, що зареєстрований з недобросовісною метою і має бути переданий бізнесменові Карлосу Слім Елу (*Carlos Slim Helu*) безкоштовно. Хоча раніше йому Ахмад Руслі (*Ahmad Rusli*), що першим зареєстрував даний домен, пропонував Карлосу Слім Елу викупити його за \$ 55 млн, а в разі відмови погрожував розмістити на цьому домені порносайт [10]. Якщо ж на сайті розміщується «нейтральна» інформація, наприклад неофіційний фан-клуб або щось подібне, то домен, швидше за все, залишається у первісного володільця. Саме так було з доменами, на які раніше претендували Стінг, Кевін Спейсі, Том Круз, Скарлетт Йоханссон і ряд інших знаменитостей.

Можливість вільного вибору, доступність і простота реєстрації та майже неконтрольоване використання доменних імен породжує конфлікти через поширення зловживанням права на домени. З моменту, як Інтернет набув популярності виникло таке явище як кіберсквоттинг (англ. *cybersquatting* – кіберзахват або захоплення доменів), що представляє собою форму недобросовісної поведінки, при якій майбутній адміністратор реєструє домен не з метою використання у своїй діяльності, а маючи намір отримати вигоду з перепродажу або надання його в користування потенційному володільцю ідентичного або схожого до ступеня змішування засобу індивідуалізації або іншої зацікавленій особі і тим самим блокує можливість останнього приймати участь у Інтернет-відносинах під своїм власним ім'ям, комерційним найменуванням або торговою маркою, географічним зазначенням, тощо. Кіберсквоттинг завдає відчутної шкоди, як потенційному володільцю, так і іншим особам, вводячи користувачів мережі в оману щодо реального виробника продукції або постачальника послуг. Недосконалість законодавства довгий час не дозволяла адекватно захистити інтереси правоволодільців, чим і користувалися недобросовісні адміністратори доменів імен, примушуючи до викупу домену за завищеними цінами або ж обманюючи користувачів мережі Інтернет, використовуючи довіру останніх до певної особи або марки.

Дана проблема на сьогоднішній день частково вирішена завдяки судовій практиці, яка є досить обмежена. В цілому, суди вказують на обґрунтованість вимог не допускати ідентичності та схожості доменних імен і суміжних об'єктів. Узагальнюючи, можна виділити найбільш поширені рішення судів України в доменних спорах на прикладі конфлікту з торговельною маркою:

- заборонити використання доменних імен шляхом їх адміністрування, в зв'язку з порушенням виключних прав на торговельні марки;
- заборонити використання торговельної марки в доменному імені і переделегувати домен на користь правоволодільця марки;
- визнати адміністрування домену з використанням торговельної марки порушенням виключних прав правоволодільця даної марки, актом недобросовісної конкуренції і зловживанням правом, і, як наслідок, заборона використовувати торговельну марку в домені.
- відмінити делегування (передачу) доменного імені, що було здійснено з порушення законодавства України;
- визнати використання спірного домену, схожого до ступеня змішування із зареєстрованою торговельною маркою, як перешкоду у реалізації правоволодільцем марки дій щодо самостійної реєстрації такого домену.
- визнати використання домену, схожого до ступеня змішування із зареєстрованою торговельною маркою неправомірним і таким, що вводить в оману споживачів.

Наприкінці, варто відзначити, що механізм вирішення доменних спорів є трудомістким, проблематичним і недостатньо врегульованим законодавством України. В ЄС нарівні з судами діє механізм альтернативного врегулювання доменних спорів у позасудовому порядку. Дані спори розглядаються за процедурою Уніфікованої політики вирішення спорів про доменні імена (UDPR), розробленої BOIB і прийнятої ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), що поширюється на домени верхнього рівня, такі як «.com», «.net», «.org» і деякі інші. На домен «.ua» процедура UDPR не поширюється. Тому рішення судів в Україні досить різноманітні, аж до арешту та конфіскації домену, і наочно показують слабе уявлення про природу доменного імені.

Список бібліографічних посилань

1. Shontell A., D'Onfro J. Million-dollar URLs: The most expensive domain names of all time // Business insider. URL: <http://www.businessinsider.com/most-expensive-domain-names-of-all-time-2015-7#other-expensive-domain-names-not-listed-by-dnjournal-either-because-they-were-sold-prior-to-2003-or-other-assets-were-sold-with-the-domains-38> (дата звернення: 11.04.2018).
2. Storm faster everything // NimbusHosting. URL: <https://www.nimbushosting.co.uk/> (дата звернення: 11.04.2018).
3. Калятин В. О. Проблемы правового регулирования доменных имен в гражданском законодательстве // Center Bereg: юридический портал. URL: <http://www.center-bereg.ru/h1791.html> (дата звернення: 11.04.2018).
4. Серго А. Правовое регулирование доменных имен. *Хозяйство и право*. 2010. Прил. № 3. 48 с. URL: http://www.hozpravo.ru/archive/2010/2010_3_p.pdf (дата звернення: 11.04.2018).
5. Про охорону права на знаки для товарів та послуг : закон України від 23.12.93 № 3989-12 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12> (дата звернення: 11.04.2018).
6. Майданик Н. І. Право на доменне ім'я в мережі Інтернет // Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посіб. / відп. ред. Р. А. Майданик. Київ : Юстініан, 2007. 912 с.
7. Кодинець А. Цивільно-правові аспекти реалізації суб'єктивних прав на доменні імена. *Підприємництво, господарство і право*. 2006. № 1 (121). С. 18–21.

8. PAEFFGEN GMBH v. Germany, no. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, ECHR, decision as of 18 September 2007 // European Court of Human Rights : сайт. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: \[«002-2549»\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: [«002-2549»]}) (дата звернення: 11.04.2018).

9. Калятин В. О. Доменные имена. М. : ИНИЦ Роспатента, 2002. 187 с.

10. Мексиканский миллиардер отсудил свой домен у мошенника // Право.ru. URL: <https://pravo.ru/interpravo/news/view/6833/> (дата звернення: 11.04.2018).

Одержано 13.04.2018

УДК 347.611

Лілія Іванівна Радченко,

*доцент кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук, доцент*

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ТЕРМІНОЛОГІЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ БАЗОВОГО ПОНЯТТЯ СІМЕЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Базовою категорією сімейного права, як з позиції практики, так і теорії завжди була і залишається поняття «сім'я». Сім'я є тим стержнем, навколо якого будуються різні види суспільних відносин, зокрема сімейні. Проте наповнення категорії сім'ї останнім часом певною мірою набуває суттєвих змін, що зумовлює відповідні зміни у законодавстві. Як справедливо зазначає у своїй праці В. І. Труба, зміни, що відбуваються у соціально-правовому житті зумовлюють зміни законодавчого матеріалу. Змінюється правова регламентація суб'єктного складу сімейних правовідносин, змісту суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників сімейних правовідносин, що вимагає наукового осмислення та обґрунтування подальшого розвитку [1].

Перш ніж звернутись до положень спеціального законодавства, вважаємо за необхідне розпочати із аналізу деяких конституційних принципів, що є необхідною передумовою та правовим базисом для побудови правових конструкцій та категорій, у тому числі і категорії «сім'я». На наше глибоке переконання, саме Конституція є особливим показником у відношенні держави до загальнолюдських цінностей, серед яких виділяємо сім'ю. Однак, звертає на себе увагу певна невизначеність українського законодавця як щодо загальних підходів, принципів до сім'ї, так і до можливого її конституційного оформлення. Загалом у тексті Конституції України сім'я згадується кілька разів; у контексті невтручання в особисте і сімейне життя (ст. 32), права на достатній життєвий рівень (ст. 48), відповідальності за відмову давати показання або пояснення (ст. 63), щодо встановлення засад регулювання шлюбу, сім'ї (ст. 92), забезпечення особистої безпеки судді та членів його сім'ї. Заради справедливості слід підкреслити, що конституційне розуміння сім'ї (ст. 51) у приватноправовому значенні можна вбачати через призму поняття шлюбу, який ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. При цьому сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою.

Якщо виходити з позиції вітчизняного законодавства, то сім'я, насамперед, розглядається як соціальний інститут і як союз конкретних осіб (ч. 2. ст. 1 Сімейного кодексу України (надалі – СК України), а ст. 3 деталізує розуміння сім'ї з позиції, що вона є первинним та основним осередком суспільства [3].

Змістовне наповнення такого союзу як сім'я різниться у законодавстві різних країн. Проте, насамперед, слід проаналізувати підходи вітчизняного законодавства у цій сфері.

У найбільш загальному, класичному вигляді сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки (ч. 2. ст. 3 СК України). Відтак, законодавець ставить певні вимоги до союзу, за наявності яких закон визнає союз сім'єю. Таких вимог три: спільність проживання кількох осіб, ведення ними спільного побуту, наявність взаємних прав і обов'язків.

Водночас із загального правила, закон допускає, принаймні, два виключення; щодо спільного проживання і щодо множинності осіб у сім'ї. Так, подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає. Якщо ж мова йде про одну особу, то вона також має права члена сім'ї (відповідно до пп. 2, 3 ст. 3 СК України).

З огляду на визначення юридичного розуміння категорії «сім'я», можна погодитись із думкою Я. М. Шевченко, яка у своїй праці підкреслила, що СК України, незважаючи на те, що ст. 3 має назву «Сім'я», концептуальної основи такого явища, як сім'я, належним чином не має. Сім'я – це складне суспільне явище, тому не дивно, що «чисто» правове поняття сім'ї встановити неможливо. Сім'я здійснює багатогранні функції – економічну, демографічну, пов'язана із широким спектром інших відносин – трудових, житлових, виховальних, організацією дозвілля, інтимними відносинами та ін. Усі ці відносини у взаємозв'язку і породжують таке суспільне явище, як сім'я [4, с. 464].

Натомість серед науковців відома також думка, що СК України надає визначення сім'ї, підкреслюючи, що «назва Кодексу – Сімейний зумовила необхідність законодавчого визначення сім'ї, чого не мав жоден з попередніх кодексів. Відсутність такої дефініції спричиняло цілу низку проблем. ... поняття сім'ї дається через формулювання її ознак» [5, с. 8].

Загалом, до прийняття Сімейного кодексу України розповсюдженням та досить сталим серед науковців було розуміння сім'ї як кола осіб, пов'язаних правами і обов'язками, підставою для яких є певні правові умови.

Так зокрема, О. В. Дзера, підкреслюючи про існування загального і спеціального поняття сім'ї, зазначає, що «в соціологічному розумінні сім'я – це союз осіб, який заснований на шлюбі, родстві, прийнятті дітей на виховання, що характеризується спільністю життя, інтересів, взаємною турботою... Сім'я являє собою особливе соціальноорганізоване об'єднання людей. Початок цьому об'єднанню, в основному, кладе шлюб, тому і при бездітних шлюбах існує сім'я... Сім'я – в юридичному розумінні – це коло осіб, які пов'язані правами і обов'язками, що випливають із шлюбу, родства, усиновлення або іншої форми прийняття дітей на виховання» [6, с. 34–36].

Можна також навести розуміння сім'ї, що було надане у спеціальному дослідженні І. В. Жилінковою, на думку якої сім'єю визнається об'єднання фізичних осіб, пов'язаних певною юридичною підставою – шлюбом (між подружжям), спорідненням (поміж дітьми, дідами, бабами, братами та сестрами), фактом прийняття дітей в сім'ю на виховання й іншими обставинами, які визнаються підставами виникнення сім'ї (між іншими членами сім'ї). Крім того, у праці робиться наголос, що в сімейно-правовому розумінні сім'я являє собою об'єднання осіб, пов'язаних між собою спільністю життя і взаємними правами і обов'язками, які випливають із шлюбу, споріднення, усиновлення і факту прийняття в сім'ю дітей на виховання [7, с. 14].

Не можна стверджувати, що після прийняття СК України у 2002 році, дискусії по даному питанню припинились, навіть навпаки, вони набрали нових потужних наукових обертів. І це пов'язано як і з тим, що СК України не містить легальної дефініції категорії сім'я, а формулює через її ознаки, про що наголошувалось раніше, а й і з тим, що на визначення сім'ї нині претендують різні галузі права.

Проблема трактування як дефініції «сім'я», так і «член сім'ї» для української науки цивільного права є неновою, і як виявилось, не пересічною. Дана проблематика виявилась актуальною як в теоретичній, так практичній площині, що відобразилось у необхідності офіційного тлумачення правових категорій.

Документом, направленим на вирішення питання про розуміння категорії «член сім'ї» стало Рішення Конституційного Суду України від 3 червня 1999 року (справа № 1-8/99) № 5-рп/99 (надалі – Рішення КСУ або Рішення КСУ про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») [8].

Саме це Рішення КСУ одним із перших офіційно виділило сукупність певних ознак сім'ї через розуміння кола осіб, які її складають. Причому, незважаючи на те, що Рішення КСУ стосується сімей окресленого ним професійного прошарку населення, надані у ньому тлумачення слід поширювати і на інші види сімей, незважаючи на те, яким видом професійної діяльності займається принаймні один із її членів. Адже законодавчий підхід, викладений у СК України, до розуміння сім'ї є загальним для усіх осіб, які її утворюють. І тут ніякого змістовного навантаження не буде мати значення професія особи. Сім'ї як осередок суспільства не можуть бути різними з огляду на те, чим займаються дружина, чоловік, діти, інші члени сім'ї. І лише у разі вирішення пільгових, соціальних питань, що надаються законом окремим категоріям населення, пов'язаних певною професійною діяльністю, визначальним моментом безумовно буде така діяльність особи.

Відтак, якщо проаналізувати згадане Рішення КСУ та з огляду на викладене, можна підсумувати, що членом сім'ї є особа, яка перебуває з іншим суб'єктом права у правовідносинах, природа яких може визначатися хоча б однією із наступних ознак (вимог): кровними (родинними) зв'язками; шлюбними відносинами; постійним проживанням; веденням з ним спільного господарства.

Якщо при визначенні права на пільги такі ознаки, як зазначено Рішенням КСУ застосовуються диференційовано при конкретному визначенні членів сім'ї, які мають право на названі пільги (що можна пояснити наявністю окремих спеціальних законодавчих актів), то в повсякденному житті така індивідуалізація не повинна мати значення. Навпаки, видається логічним загальний підхід: достатньо хоча б однієї з ознак (визначених у Рішенні КСУ як перелік, а не сукупність) для того, щоб визначити члена сім'ї.

На підставі проведеного розгляду визначення категорії «сім'ї» у цивілістичній доктрині та у законодавстві України можна відмітити відсутність єдиного доктринального розуміння та нормативного трактування змісту даного поняття. Її аналіз, зазвичай, здійснюється через призму окреслення ознак сім'ї, якими є наявність: кровних (родинних) зв'язків; шлюбних відносин; постійного проживання; ведення спільного господарства. Наявність принаймні однієї із вищезазначених ознак, може свідчити про появу сім'ї в юридичному сенсі цієї правової категорії.

Список бібліографічних посилань

1. Труба В. И. Семейные правоотношения как вид общественных отношений и их место в правовом регулировании. *Альманах цивилистики*. 2015. Вып. 6. С. 313.

2. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 02.04.2018).

3. Сімейний кодекс України : закон України від 10.01.2002 № 2947-III // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14> (дата звернення: 02.04.2018).

4. Шевченко Я. Н. Понятие семьи и семейных правоотношений в семейном и гражданском праве Украины // Правовая система Украины: история, состояние и перспективы : в 5 т. Харьков : Право, 2011. Т. 3: Гражданско-правовые науки. Частное право / под общ. ред. Н. С. Кузнецовой. Харьков : Право, 2011. 680 с.

5. Ромовська З. В. Сімейне законодавство України. Гендерна експертиза. Київ : Логос, 2001. 40 с.

6. Сімейне право : навч. посіб. для студентів юрид. вузів та ф-тів / С. П. Індиченко, В. С. Голанчук, О. В. Дзера, Л. А. Савченко ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Вентури, 1997. 272 с.

7. Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи. Харьков : Ксилон, 2000. 376 с.

8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень пункту 6 статті 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», частин четвертої і п'ятої статті 22 Закону України «Про міліцію» та частини шостої статті 22 Закону України «Про пожежну безпеку» (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») : рішення Конституційного Суду України від 03.06.1999 № 5-рп/99 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-99> (дата звернення: 02.04.2018).

Одержано 10.04.2018

УДК 347.416

Євген Олександрович Рябоконь,

доцент кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЗАМІНА БОРЖНИКА У ЗОБОВ'ЯЗАННІ» ТА «ПЕРЕВЕДЕННЯ БОРГУ»

Одним з основних засобів забезпечення цивільного обороту є зобов'язання. Останнє опосередковує динаміку цивільних майнових правовідносин: набуття майна у власність або у користування, сплату грошей, виконання робіт, надання послуг, тобто націлене здебільшого на переміщення матеріальних цінностей від одних суб'єктів до інших. Будучи відносинами, зобов'язальні правовідносини в процесі свого розвитку можуть зазнавати певних змін, які можуть стосуватися й заміни сторін зобов'язання – кредитора або боржника.

Методологічною основою заміни боржника у зобов'язанні вважається ст. 520 ЦК України, яка регламентує, що боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом.

Ураховуючи розміщення цієї статті у розділі I «Загальні положення про зобов'язання» книги п'ятої «Зобов'язальне право», може скластися враження, що заміна боржника та переведення боргу є тотожними поняттями. Можливість такого висновку посилюється також відсутністю уніфікованої норми, яка б наводила розлогий перелік підстав заміни боржника, аналогічної ст. 512 ЦК України щодо підстав заміни кредитора у зобов'язанні. Очевидно, саме зазначений недолік ст. 520 ЦК України вводить в оману деяких авторів, які посилаються на ідентичність понять «заміна боржника» та «переведення боргу» [2, с. 65–66].

Очевидно, проте, що переведення боргу є лише однією з кількох можливих підстав заміни боржника. З аналізу чинного законодавства випливає, що боржник може бути замінений і в інших випадках, зокрема, при спадкуванні (ст. 1216, 1218 ЦК України), реорганізації юридичної особи (ст. 106–108 ЦК України), у зв'язку з виділом частини майна, прав та обов'язків юридичної особи до однієї або кількох створюваних нових юридичних осіб (ст. 109 ЦК України), який нормативно не віднесений до форм реорганізації (ч. 1 ст. 104 ЦК України), при переході прав на підприємство як єдиний майновий комплекс (ст. 191 ЦК України), у результаті набуття правонаступником прав та обов'язків попередника за договорами (наприклад, за ч. 1 ст. 770, ст. 814 ЦК України).

Необхідність відмежування узагальнюючого поняття заміни боржника від видового поняття переведення боргу є надзвичайно важливим і для судової практики, аналіз якої свідчить про наявність випадків їх отождолення, що може призводити до невиправданого поширення норм про договірне переведення боргу на інші випадки переходу обов'язків боржника в порядку правонаступництва. Ілюстрацією такого підходу є справа, за матеріалами якої між кредитною спілкою (кредитор) та фізичною особою (боржник) було укладено кредитний договір, забезпечений порукою. Під час дії договору боржник помер; спадщина була прийнята спадкоємцями. На момент смерті позичальника зобов'язання щодо своєчасного повернення кредитних коштів та сплати передбачених договором відсотків виконано не було. З метою захисту своїх прав кредитна спілка звернулася до поручителів з позовом про стягнення заборгованості.

Відмовляючи в задоволенні позову кредитної спілки, суд першої інстанції, зокрема, виходив з відсутності підстав для стягнення заборгованості з поручителів, оскільки вони не давали згоди відповідати за зобов'язаннями нових боржників – спадкоємців. Скасовуючи рішення суду першої інстанції та ухвалюючи нове рішення про задоволення позову, суд апеляційної інстанції обґрунтував свою позицію тим, що згідно з умовами договору поруки поручителі зобов'язалися відповідати за зобов'язаннями боржника в повному обсязі, отже, є підстави для солідарного стягнення з поручителів заборгованості за кредитним договором. Не погодившись із рішенням апеляційного суду, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ВССУ) скасував це рішення у частині, зазначивши, що підстав для стягнення заборгованості за кредитним договором з поручителя після смерті боржника немає, оскільки поручитель не давав згоди відповідати за нових боржників (спадкоємців померлого боржника) після смерті первісного боржника.

Верховний Суд України (ВСУ), спираючись на норми ч. 3 ст. 559 ЦК України про те, що порука припиняється в разі переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника, а також ст. 1216, 1218 ЦК України, за якими спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців), а до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті, дійшов висновку про те, що в разі смерті боржника за кредитним договором за

наявності спадкоємців відбувається заміна боржника в зобов'язанні, який несе відповідальність у межах вартості майна, одержаного у спадщину. Відповідно, «на поручителів може бути покладено обов'язок щодо належного виконання зобов'язання за кредитним договором у випадку смерті позичальника лише за наявності в позичальника правонаступника, який прийняв спадщину, та **згоди поручителя відповідати за нового боржника, зафіксованої в тому числі й у договорі поруки як згоди відповідати за виконання зобов'язання перед будь-яким боржником у разі переведення боргу** (виділено нами – Є. Р.) за забезпечувальним зобов'язанням». Оскільки таку згоду поручителів (згоду відповідати за нового боржника при переведенні боргу) зафіксовано в тексті договору поруки, Судова палата у цивільних справах ВСУ прийшла до висновку про задоволення заяви кредитної спілки про та скасування ухвали суду касаційної інстанції із залишенням у силі рішення суду апеляційної інстанції [4].

Аналогічні правові позиції були висловлені в постановках ВСУ від 26.12.2011 р. [3], ухвалах ВССУ від 28.05.2014 р. [6] та від 19.04.2017 р. [7].

Таким чином, у судовій практиці відбувається ототожнення заміни боржника та переведення боргу, що є не виправданим. Ч. 3 ст. 559 ЦК України, підкреслюючи ознаку фідучіарності договору поруки, регламентує, що переведення боргу призводить до її припинення, якщо тільки поручитель не поручився за нового боржника. Іншими словами, існує презумпція припинення поруки у разі укладення договору про переведення боргу між попереднім боржником, зобов'язання якого забезпечене порукою, та новим боржником. Для збереження поруки необхідно, щоб поручитель дав згоду забезпечувати зобов'язання за участю нового боржника у формі відповідного попереднього застереження у договорі поруки або окремої заяви про це, зробленої пізніше – до, під час або після укладення договору про переведення боргу. Водночас **згода поручителя, надана на підставі ч. 3 ст. 559 ЦК України, стосується його погодження відповідати виключно за нового боржника при переведенні боргу і не розповсюджується на інші випадки заміни боржника у зобов'язанні**.

Висновок щодо неможливості розглядати згоду поручителя за нового боржника при переведенні боргу як згоду відповідати у разі заміни боржника на інших підставах, у тому числі, в порядку спадкового правонаступництва, посилюється й істотною різницею у правовій природі правонаступництва, яке виникає за договором про переведення боргу та у зв'язку з відкриттям спадщини. Договір про переведення боргу має своєю метою передачу конкретного обов'язку попереднім боржником новому, тобто опосередковує відносини сингулярного (окремого) правонаступництва. Спадкування, навпаки, має на меті забезпечити перехід до спадкоємця усіх прав та обов'язків померлого учасника цивільних правовідносин, крім нерозривно пов'язаних з його особою, тому розглядається як універсальне (загальне) правонаступництво. Перехід прав та обов'язків до спадкоємця відбувається з метою заміни правопередника правонаступником у максимально широкій сфері правовідносин, незалежно від складу спадщини та обізнаності з ним спадкоємця. З цього випливає, що позиція кредитора за зобов'язанням про те, хто із спадкоємців має замінити померлого боржника, для закону є індиферентною. З іншої сторони, при переведенні боргу до правонаступника переходить не уся сукупність майна або усі обов'язки попереднього боржника, а лише чітко визначений борг за окремим зобов'язанням. Оскільки кредитору важливо знати про платоспроможність та ділову якість нового боржника, а закон здатен забезпечити його вплив на вибір останнього, ст. 520 ЦК України дозволяє сторонам здійснити переведення боргу лише за згодою кредитора (якщо інше не передбачено законом).

Зауважимо, що поручитель не позбавлений права висловити свою згоду відповідати й за іншого правонаступника боржника, поряд з тим, чиє зобов'язання виникає на підставі договору про переведення боргу. Але така згода надається не за ч. 3 ст. 559, а за ст. 523 ЦК України, ч. 1 якої регламентує, що порука або застава, встановлена іншою особою, припиняється після заміни боржника, якщо поручитель або заставодавець не погодився забезпечувати виконання зобов'язання новим боржником. Остання норма може поширюватися на невичерпну кількість правовідносин, які виникають у зв'язку із заміною боржника в порядку як універсального, так і сингулярного правонаступництва, в той час як ч. 3 ст. 559 ЦК України спрямована на регулювання лише сингулярного правонаступництва, яке виникає у зв'язку з договірним переведенням боргу. Складно у зв'язку з цим погодитися з О. В. Михальнюк, яка пише, що ці норми по суті дублюють одне і те ж положення [1, с. 212].

Згода поручителя відповідати за правонаступника боржника може бути висловлена в договорі поруки, так і в іншій формі. До такого висновку спонукає зміст ст. 523 ЦК України, а також аналіз абз. 5 п. 32 Постанови Пленуму ВССУ «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30.03.2012 р. № 5 [5], де зазначено, що на поручителів може бути покладено відповідальність за порушення боржником обов'язку щодо виконання зобов'язання за кредитним договором у разі смерті позичальника лише за наявності в позичальника правонаступника, який прийняв спадщину, та згоди поручителя відповідати за будь-якого нового боржника, зафіксованої в тому числі в договорі поруки.

Список бібліографічних посилань

1. Михальнюк О. В. Порука у цивільному праві: теорія та практика : монографія. Київ : КНТ, 2008. 268 с.
2. Смілянець І. П. Заміна боржника у зобов'язанні за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2010. 192 с.
3. Постанова Верховного Суду України від 26.12.2011 р., судова справа № 6-82ц11 // Верховний Суд України : офіц. веб-сайт. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/6D95E231D6207B2FC92257C92003A61D3](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6D95E231D6207B2FC92257C92003A61D3) (дата звернення: 15.04.2018).
4. Постанова Верховного Суду України від 03.06.2015 р., судова справа № 6-206ц15 // Верховний Суд України : офіц. веб-сайт. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/5894074227A7B6DBC2257E5F001D3C7D](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5894074227A7B6DBC2257E5F001D3C7D) (дата звернення: 15.04.2018).
5. Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин : постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 № 5 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12> (дата звернення: 15.04.2018).
6. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28.05.2014 р., судова справа № 6-3598св14 // Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39037889> (дата звернення: 15.04.2018).
7. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.04.2017 р., судова справа № не визначено // Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66145791> (дата звернення: 15.04.2018).

Одержано 10.04.2018

УДК 347.132.142

Роман Богданович Сабодаш,*доцент кафедри цивільного права**Київського національного університету імені Тараса Шевченка,**кандидат юридичних наук, доцент*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 20 ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВІДНОВЛЕННЯ ПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ БОРЖНИКА АБО ВИЗНАННЯ ЙОГО БАНКРУТОМ»

Відповідно до статті 20 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі за текстом – Закон про банкрутство) в редакції від 22.12.2011 правочини (договори) або майнові дії боржника, які були вчинені боржником після порушення справи про банкрутство або протягом одного року, що передувало порушенню справи про банкрутство, можуть бути відповідно визнані недійсними або спростовані господарським судом у межах провадження у справі про банкрутство за заявою арбітражного керуючого або конкурсного кредитора з підстав, передбачених цим Законом.

Судові рішення, розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень, свідчать про неоднакове застосування судами цієї норми в частині позовної давності.

Так, ухвалою Господарського суду міста Києва від 05.04.2016 у справі № 43/75-15/7-6 визнано недійсним договір купівлі-продажу векселів, укладений 17.04.2007, тобто до набуття чинності новою редакцією Закону про банкрутство. Судове рішення мотивовано тим, що зазначений договір спричинив недостатність активів боржника для задоволення вимог кредиторів, і виконання зобов'язань перед іншими кредиторами стало частково неможливим, а також тим, що товар за договором (векселі) був придбаний за цінами значно вище ринкових. Відтак, на думку суду, договір купівлі-продажу векселів від 17.04.2007 відповідно до ст. 20, п. 1-1 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» підлягає визнанню недійсним.

Фактично зазначений спір поставив перед судом одразу кілька проблемних питань, що підлягають вирішенню: чи допускається зворотна дія в часі статті 20 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», чи не порушуватиме застосування назад у часі зазначеної статті вимог частини 1 статті 58 Конституції України, а також Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Вирішення зазначених питань і є метою цієї праці.

Відповідно до частини 1 статті 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

У п. 3 мотивувальної та п. 1 резолютивної частини рішення Конституційного Суду України № 1-рп/99 від 09.02.1999 у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України Суд констатував, що зазначена стаття міститься у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», в якому закріплені конституційні права, свободи і обов'язки насамперед людини і громадянина та їх гарантії, а відтак, положення частини першої статті 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-

правових актів лише у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних осіб і не поширюється на юридичних осіб.

Водночас, пунктом першим статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод гарантовано, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру.

У своїх рішеннях комісія (справа A., B., C. and D. v/the UNITED KINGDOM, заява № 8531/79) та Європейський суд з прав людини (справа Кечко проти України», заява № 63134/00; справа Мельник проти України», заява № 23436/03) стверджували, що ретроспективність (дія назад у часі) цивільного законодавства не заборонена нормами Конвенції і може бути застосована національними юрисдикційними органами. Разом з тим Європейський суд з прав людини допускає таке ретроспективне втручання у право власності та інші гарантовані Конвенцією права у разі, коли належним чином буде збережена справедлива рівновага, а саме втручання обумовлено справедливою легітимною метою без надмірного і неконтрольованого свавільного втручання.

Отже, для вирішення поставлених перед нами питань необхідно з'ясувати, чи допускає сам закон можливість ретроспективного застосування статті 20 Закону про банкрутство, і якщо так, то чи відповідатиме таке застосування легітимній меті цього Закону, чи буде збережена справедлива рівновага між інтересами суспільства та інтересами учасників правочину про визнання недійсним якого і ставиться питання.

Пунктом 1-1 Прикінцевих і перехідних положень Закону про банкрутство, в редакції від 22.12.2011, встановлено, що положення цього Закону, що регулюють ліквідаційну процедуру, застосовуються господарськими судами під час розгляду справ про банкрутство, провадження у яких порушено до набрання чинності цим Законом, якщо на момент набрання ним чинності господарським судом не було прийнято постанову про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури. Отже, з урахуванням структурної побудови цього пункту вказується на те, що застосуванню судами підлягають саме *положення*, що регулюють ліквідаційну процедуру, а не *окремий розділ* (наприклад, розділ III «Ліквідаційна процедура») чи стаття Закону, як це зроблено у п. 1 Прикінцевих і перехідних положень Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Викладення п. 1-1 Прикінцевих і перехідних положень Закону про банкрутство саме в такій редакції було обумовлено метою відповідного законопроекту: «...На сьогодні в Україні широкого розповсюдження набули випадки ухилення підприємств [...] від виконання своїх зобов'язань за [...] договорами [...] через використання схем, пов'язаних з фіктивним банкрутством... з метою попередження випадків штучного невиконання своїх зобов'язань Міністерством розроблено проект Закону про банкрутство» (із *Пояснювальної записки Віце-прем'єр міністра – Міністра соціальної політики С. Тігіпка до законопроекту № 11029 від 25.07.2012*).

Досягнення такої мети було б неможливим без використання арбітражними керуючими та судом на стадії ліквідаційної процедури усього комплексу інструментарію для запобігання штучному банкрутству, яке може відбуватись і через формування штучної кредиторської заборгованості боржника.

Повноваження арбітражного керуючого визначаються ст. 98 Закону про банкрутство. Водночас повноваження арбітражного керуючого, якого призначено ліквідатором банкрута, додатково визначаються ст. 41 зазначеного Закону. Відповідно до ч. 2 ст. 41 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»

ліквідатор з дня свого призначення, серед іншого, подає до суду заяви про визнання недійсними правочинів (договорів) боржника. Порядок і умови реалізації ліквідатором свого права на визнання недійсним правочинів у порядку, встановленому цим Законом, містяться у ст. 20 Закону про банкрутство. Така структура Закону обумовлена необхідністю врегулювання кількох відносно самостійних, проте взаємопов'язаних судових процедур.

Таким чином, повноваження арбітражного керуючого, умови та порядок їх реалізації, в силу структури Закону про банкрутство, не містяться у якомусь одному розділі Закону, а знаходяться як у загальних положеннях, так і у розділах, що врегульовують окремі судові процедури або визначають правовий статус арбітражного керуючого.

Відтак, законодавець свідомо виклав п. 1-1 Прикінцевих і перехідних положень Закону про банкрутство таким чином, щоб забезпечити максимальну ефективність ліквідаційної процедури для досягнення мети, на яку був спрямований відповідний законопроект.

Підстави визнання правочинів недійсними, викладені у ст. 20 Закону про банкрутство, характеризуються не їх невідповідністю загальним вимогам актів цивільного законодавства, а тим, що вчинення подібних правочинів не було обумовлено «розумним економічним інтересом» боржника, та вони були економічно не виправданими та/або такими, що спричинили доведення боржника до банкрутства. Ці підстави є спеціальними, адже йдеться про порушення прав та інтересів третіх осіб – добросовісних кредиторів боржника. При цьому сторони подібного правочину, враховуючи їх мету, характер і особливості вчинення подібного правочину, завідомо діяли всупереч легітимним цілям законодавства про банкрутство (з метою доведення боржника до банкрутства та, як наслідок, запобігання погашення вимог добросовісних кредиторів).

Визнання таких правочинів недійсними має своєю легітимною метою повернення до ліквідаційної маси боржника його майна, що було відчужено за цінами значно нижче ринкових, або унеможливлення виплати грошових коштів недобросовісним кредиторам боржника, вимоги яких були сформовані з метою встановлення контролю над судовими процедурами банкрутства, шляхом придбання боржником майна за цінами значно вище ринкових.

Такий особливий порядок визнання недійсними правочинів жодним чином не впливає на стабільність цивільних правовідносин, оскільки реалізація зазначеного права ліквідатора допускається у межах відповідної судової процедури банкрутства і виключно щодо правочинів, вчинених боржником після порушення справи про банкрутство або протягом одного року, що передував порушенню справи про банкрутство, і тільки з конкретних підстав. Зазначені обмеження є специфічним механізмом захисту стабільності цивільно-правового обороту, що має подібні до позовної давності завдання, і не допускає свавільного, не обмеженого розумними строками, втручання у цивільно-правовий оборот.

Таким чином, ретроспективне застосування ст. 20 Закону про банкрутство має своєю легітимною метою недопущення фіктивного банкрутства юридичних осіб, встановлення недобросовісними кредиторами неправомірного контролю над судовими процедурами банкрутства через комітет кредиторів боржника та запобігання виплати таким недобросовісним кредиторам грошових коштів боржника. Ця мета досягається шляхом визнання недійсними договорів боржника вчинення яких не було обумовлено «розумним економічним інтересом» боржника, а, ймовірно, навпаки, правочини були економічно не виправданими та/або такими, що спричинили доведення боржника до банкрутства. Водночас умови та наслідки застосування статті 20 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» свідчать про те, що досягнення зазначеної легітимної мети відбувається у спосіб, що зберігає справедливую рівновагу між сторонами такого

правочину та не покладає на жодну із сторін надмірного тягара, оскільки забезпечує існування компенсаційних механізмів – повернення отримання за правочином або відшкодування його вартості. Викладене обумовлює відповідність ретроспективного втручання у право власності умовам, що встановлені у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Одержано 29.03.2018

УДК 347.447.7:347.463

Аріна Сергіївна Савченко,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3650-4289>

ПЕРЕБУДОВА ТА ЗНЕСЕННЯ ЯК НАСЛІДКИ САМОЧИННО ЗВЕДЕНОГО ОБ'ЄКТА НЕРУХОМОСТІ

На жаль, будівництво нашими громадянами житлових будинків та споруд на земельних ділянках за наявності усіх необхідних документів та без порушень будівельних норм і правил є частіше винятком, ніж правилом. Чомусь власники і користувачі земельних ділянок вважають, що на своїй землі вони мають право будувати будь-що без узгодження із державними структурами і контролю з їх боку. Як наслідок, доля самочинно збудованого об'єкту може бути вирішена як шляхом визнання його об'єктом права власності, так і шляхом відмови у такому визнанні – повного знищення об'єкту. Тому актуальним є дослідження правової природи самочинного будівництва в контексті його негативних наслідків. Адже законодавець надаючи можливість і право одній особі стати власником такого об'єкту нерухомості, нівелює законодавчі приписи щодо його нормативного регулювання, тим самим відступаючи від дотримання прав та законних інтересів інших осіб. Проте, особа, яка здійснила самочинне будівництво – вчинила незаконно.

Частиною 2 ст. 376 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] визначені загальні наслідки здійснення самочинного будівництва, які зводяться до того, що особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна не набуває права власності на нього. Така позиція законодавця є цілком зрозумілою, адже при вдаванні особи до самочинного будівництва ігнорується встановлений порядок відведення земельної ділянки для спорудження об'єкту, оформлення дозвільної та погоджувальної документації, відсутній належний контроль за якістю будівництва та його безпеки, тому таке будівництво призводить до зіткнення приватних та публічних інтересів. Як наслідок, для особи, яка самочинно забудувала земельну ділянку, ЦК України передбачає настання таких «негативних» наслідків майнового характеру, як: проведення перебудови; знесення збудованого об'єкта; відшкодування витрат, пов'язаних з поверненням земельної ділянки у попередній стан. Крім того, особу може бути притягнуто до адміністративної чи кримінальної відповідальності за здійснення самочинного будівництва [2].

Таким чином, сутність самочинного будівництва зумовлює презумпцію неможливості виникнення права власності на неправомірно збудований об'єкт. Це означає, що осо

ба, яка здійснила самочинне будівництво, не набуває права власності на нього, оскільки будівництво було здійснене без дотримання передбаченого законом порядку його здійснення, а тому не може слугувати законною підставою для виникнення права власності на такий об'єкт та введення такого об'єкту до цивільного обороту. Вочевидь, саме такою логікою і керувався законодавець, встановлюючи можливість визнання права власності на самочинно збудований об'єкт тільки як виняток із загального правила і надаючи такі повноваження суду як найбільш компетентному у сфері правозастосування органу, що може мати певні дискреційні повноваження [3, с. 137].

Так, відповідно до ч. 7 ст. 376 ЦК України, у разі істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил суд за позовом відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування може постановити рішення, яким зобов'язати особу, яка здійснила (здійснює) будівництво, провести відповідну перебудову. Якщо проведення такої перебудови є неможливим або особа, яка здійснила (здійснює) будівництво, відмовляється від її проведення, таке нерухоме майно за рішенням суду підлягає знесенню за рахунок особи, яка здійснила (здійснює) будівництво.

Аналогічної позиції притримується і Верховний Суд, який чітко зазначив, що відповідний орган державної влади або орган місцевого самоврядування вправі заявити позов про проведення відповідної перебудови самочинного будівництва; разом із тим, такий позов не є єдиною можливим способом вирішення питання щодо самочинного будівництва, до того ж, застосовується лише в разі істотного відхилення від проекту, істотного порушення будівельних норм і правил, але при наявності можливості проведення перебудови і згоди самої особи, яка здійснила (здійснює) будівництво [4].

Виходячи з наведеного, проведення необхідної перебудови усуває невідповідність спору наявній документації і робить можливим прийняття її до експлуатації, а отже, і реєстрації права власності на такий об'єкт нерухомості [5, с. 15].

Зосереджуючи увагу на зобов'язанні проведення перебудови, слід зазначити, що вона може бути проведена добровільно за рішенням органів місцевого самоврядування або в примусовому порядку за рішенням суду. Але, якщо відхилення від проекту забудови об'єкта нерухомості або від вимог будівельних норм і правил, які не є істотними, не порушують прав інших осіб та інтересів суспільства, не суперечать санітарно-технічним вимогам і правилам експлуатації, не впливають на міцність і безпечність цього об'єкта (зокрема, відхилення у житловому будинку від внутрішнього планування зі збереженням чи незначним відхиленням від установленого проектом розміру житлової площі, незначна зміна його зовнішніх габаритів, місця розташування тощо), не можуть бути підставою для задоволення вимог про перебудову чи про знесення об'єкта нерухомості.

Отже, у разі істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил знесенню самочинного будівництва передують прийняття судом рішення про зобов'язання особи, яка здійснила (здійснює) будівництво, провести відповідну перебудову житлового будинку.

Більше того, в п. 5 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. № 6 «Про практику застосування судами ст. 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва)» [2] зазначено, що при розгляді позовів про знесення самочинно збудованого об'єкта нерухомості суди мають встановлювати, чи було видано особі, яка здійснила самочинне будівництво, припис про усунення порушень, чи можлива перебудова об'єкту та чи відмовляється особа, яка здійснила самочинне будівництво, від такої перебудови.

Задоволення такого роду позовів можливо лише у разі встановлення неможливості проведення відповідної перебудови. Якщо ж технічна можливість перебудови об'єкта нерухомості відсутня або забудовник відмовляється від такої перебудови, суд, незалежно від поважності причин відмови, за позовом зазначених органів або особи, права чи інтереси якої порушено таким будівництвом, ухвалює рішення про знесення житлового будинку або іншого нерухомого майна. Відмовою забудовника від перебудови слід вважати як його заяву про це, так і його дії чи бездіяльність щодо цього, вчинені до або після ухвалення рішення суду про зобов'язання здійснити перебудову.

Погодження забудовника на перебудову при розгляді справи про знесення самочинного будівництва за можливості перебудови, якщо це підтверджено, є підставою для відмови в позові лише тоді, коли рішення суду, яке набрало законної сили, про зобов'язання здійснити перебудову не виконано не з вини забудовника, про що державним виконавцем складено відповідний акт.

Знесення нерухомості, збудованої з істотним відхиленням від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, з істотним порушенням будівельних норм і правил (у тому числі за відсутності проекту), допустиме лише за умови, якщо неможливо здійснити перебудову нерухомості відповідно до проекту або відповідно до норм і правил, визначених державними правилами та санітарними нормами, або якщо особа, яка здійснила (здійснює) будівництво, відмовляється від такої перебудови.

Таким чином, знесення самочинного будівництва є крайньою мірою і можливе лише за умови вжиття всіх передбачених законодавством України заходів щодо реагування та притягнення винної особи до відповідальності. Адже, право власності має захищатися лише при доведеності самого факту його порушення із застосування наслідків, в тому числі і звільнення земельної ділянки від самовільно зведених споруд шляхом їх знесення чи усунення інших перешкод у користуванні земельною ділянкою.

Крім того, вирішуючи питання про знесення нерухомого майна, суди в кожному випадку з'ясовують, яку частину земельної ділянки займає споруджена будівля, її розмір і конфігурацію, яка частина будівлі підлягає знесенню, чи не вплине знесення окремих конструктивних елементів будинку на його міцність і безпечність. За необхідності з'ясування вказаних питань, що виникають при розгляді справи і потребують спеціальних знань, суд має право призначати експертизи.

За змістом ст. 376 ЦК України, вимоги про знесення самочинного будівництва інші особи можуть заявляти за умови доведеності факту порушення прав цих осіб самочинною забудовою. Такий висновок узгоджується з нормами ст. 3, 15, 16 ЦК України, ст. 3 ЦПК України, згідно з якими кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування.

Таким чином, суд повинен установити, чи були порушені, не визнані або оспорені права, свободи чи інтереси осіб, і, залежно від установленого, вирішити питання про задоволення позовних вимог або відмову в їх задоволенні.

Позиція суддів, що розглядають справи за позовами щодо знесення самочинно збудованих будівель полягає в тому, що дана міра є завчасним заходом, у зв'язку з чим в задоволенні позову часто відмовляють. У той же час, позови про визнання права власності на самочинно збудований об'єкт доволі часто залишаються незадоволеними з причин недостатності підстав для визнання права власності на самочинне будівництво.

Список бібліографічних посилань

1. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

2. Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва) : постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 № 6 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006740-12> (дата звернення: 15.03.2018).

3. Кот О. О. Деякі проблеми визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно. *Право України*. 2011. № 5. С. 136–141.

4. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 02.04.2015 року у справі № 2а-1970/1851/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43532189> (дата звернення: 15.03.2018).

5. Джура А. «Правовой» самострой и недострой. Проблемные моменты участия в гражданском обороте объектов незавершенного строительства. *Юридическая практика*. 2006. № 49 (467). 97 с.

6. Цивільний процесуальний кодекс України : закон України від 18.03.2004 № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–42. Ст. 492.

Одержано 16.03.2018

УДК 340.112

Яна Михайлівна Садикова,

доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2841-8324>

ВІДНОШЕННЯ ІНТЕРЕСІВ У ПРАВІ

На сьогодні найвищою цінністю у світі визнається людина та її права. Така антропологічна юридична формула стала і залишається провідною в наукових дослідженнях в сфері права, основою стратегій розвитку державних політик, мірилом справедливого та несправедливого в діяльності органів державної влади. На зміну концепції «інтересів» прийшла концепція «цінностей», що має враховуватися при наукових дослідженнях. В той же час інтереси залишаються рушійною силою динаміки відносин в суспільстві.

Щодо національного судочинства інтерес в якості безпосереднього об'єкту захисту в судовому процесі визначено в ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України: завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. В цивільних процесуальних законах інших держав інтерес також відображається як об'єкт захисту, однак не в такій прямій формі. Наприклад, відповідно до ст. 70 Цивільного процесуального кодексу Італії підставою для вступу прокурора до справи, є випадки, коли захисту потребують суспільні інтереси. В статті 7 Цивільного процесуального кодексу Польщі мова йде про таку підставу участі прокурора в будь-якому розгляді, який вже відбувається, як необхідність захисту законності, прав громадян або соціальних інтересів.

В своїй діяльності Європейський суд керується принципом верховенства права, складовими якого, як дає змогу встановити аналіз практики ЄСПЛ із питань тлумачення

Конвенції, є: визнання пріоритетності прав людини у діяльності держави; наявність засобів юридичного захисту від свавільного втручання публічної влади у здійснення гарантованих прав; судовий контроль за виконавчою гілкою влади; визначеність законом обсягу будь-якого правового розсуду та способу його здійснення; заборона свавільного позбавлення волі; збалансованість *інтересів окремого індивіда з інтересами інших членів суспільства*; судовий контроль за законністю затримання чи тримання під вартою; секулярність (світський характер) держави; доступ до суду; обов'язковість виконання рішень суду; суб'єктивна безсторонність суду; виключення втручання законодавця у процес здійснення правосуддя; принцип правової визначеності; несуперечність верховенству права як вимога до закону та вимоги до якості закону, зокрема, його змістовна відповідність правам людини, фактична доступність та ясність; незмінність, неоспорюваність остаточного рішення, що набрало законної сили; наявність громадської довіри до судів тощо [1, с. 12–13].

Існування інтересів в якості об'єкту захисту, а також в якості мірила обмеження прав людини, потребує з'ясування можливих форм відношення інтересів у праві, і зокрема під час здійснення правосуддя.

Інтереси перебувають в об'єктиві уваги багатьох наук, і зокрема юридичної. При цьому інтерес в праві вивчається усіма її галузями. Окремої уваги категорія інтересу в Україні заслужила у зв'язку з діяльністю Європейського суду з прав людини та визнання його рішень джерелом права в Україні. Не зважаючи на те, що об'єктом захисту за Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року є права та свободи людини, інтерес по суті може бути визначений як додатковий об'єкт захисту як в практиці національних судів, так і Європейського Суду з огляду на те, що «інтереси» звучать часто в тексті Конвенції, а діяльність Європейського Суду зводиться до встановлення факту наявності/відсутності рівноваги між конкуруючими інтересами.

Логіка оперує терміном «логічні відношення» між поняттями, що визначається як відношення між змістом і обсягом понять. Говорячи про інтереси та їх відношення в розумінні можливості співвіднесення між їх собою в рамках цієї роботи варто зробити застереження про обмеженість обсягу роботи та неостаточність зроблених висновків.

Право існує і функціонує у світі протилежностей. Для того, щоб існувало справедливе, має бути несправедливе, для того, щоб говорити про рівність, має існувати нерівність. Право людини завжди іманентно містить в собі ідею приватного інтересу. Для того, щоб визначати приватний інтерес, має бути протилежний або протиставлений йому інтерес. Людина є соціальною істотою і знаходячись в суспільстві її інтереси постійно стикаються з інтересами інших осіб, різних груп, суспільства в цілому. Окрім того є держава з її власними державними інтересами, які в свою чергу також можуть протиставлятися, хоча і не завжди, приватним інтересам конкретної особи.

Протиставленими приватним інтересам особи у разі розгляду справи Європейським судом є ті інтереси, які сформульовані в Конвенції як елемент допустимих обмежень прав людини. Формуючи основні права людини, гарантувати які зобов'язалися Держави-учасниці Конвенції, остання містить практично щодо кожного права можливість обмеження або втручання. Аналізуючи такі обмеження можна виділити три складові умов виправданості: втручання здійснене «згідно із законом»; воно відповідає законній (легітимній) меті; воно «необхідне в демократичному суспільстві». Якраз «необхідність в демократичному суспільстві» і містить в собі отакий конкуруючий приватному інтерес. Така необхідність

зумовлюється причинами, що виправдовують втручання, які, в свою чергу, мають бути «відповідними та достатніми», для такого втручання має бути «нагальна суспільна потреба», а втручання пропорційним законній меті [2, с. 28]. По суті суспільна потреба, усвідомлена і мотивуюча діяльність відповідних осіб, стає інтересом-конкурентом.

Наявність конкуруючих інтересів постійно перебуває в поля зору Європейського Суду, який покликаний встановити рівновагу між ними. У справі «Новоселецький проти України» (заява № 47148/99), рішення від 22 лютого 2005 року Судом відзначено, що, щоб оцінити поведінку держави щодо дотримання статті 1 Протоколу 1, Суд має зробити повне дослідження різних інтересів у справі, беручи до уваги, що ціль Конвенції полягає в захисті прав, які є «очевидними та вагомими» [3].

Досліджуючи якийсь конкретний приватний інтерес, йому має протиставлятися інший інтерес, який може бути не лише публічним (суспільним, державним), але й іншим приватним інтересом. В справі «Таммер проти Естонії» (Tammer v. Estonia), заява № 41205/98 Суд встановив, що йдеться про конфлікт між правом поширювати ідеї і правом на захист репутації та прав інших осіб (п. 69), тобто конфліктуючими виступили два приватних інтереси.

Правовідносини, об'єктивне право та судова практика, тим не менш, показують наглядні приклади співіснування (часткового чи повного співпадіння) інтересів. Так, в окремих випадках суд може прийняти рішення виходячи за межі заявлених вимог (застосування наслідків недійсності правочину у разі, якщо заявлено вимогу про недійсність правочину; стягнути середній заробіток за час вимушеного прогулу при розгляді та вирішення справи про визнання звільнення незаконним тощо). Вбачається, що в даному випадку законодавцем та судовою практикою переслідується мета правової визначеності.

В сімейному законодавстві досить широко допускається можливість звернення органу опіку та піклування до суду в інтересах дитини. Суб'єкт одних інтересів своїми діями реалізує інтереси іншого. В кожному разі, коли проявляється реалізація функціонального («службового») інтересу суб'єктів уповноважених діяти для захисту прав та інтересів третіх осіб, об'єктивується така форма відношення інтересів як співпадіння.

Кожна з означених форм взаємодії має свої особливості і моделі правового реагування на них. Важливими в сучасних умовах видаються питання щодо основних конструктивних елементів механізму корегування цих форм відношення.

Список бібліографічних посилань

1. Луспенік Д. Д. Верховенство права – «новий» старий принцип цивільного судочинства: співвідношення із принципом законності. *Право України*. 2017. № 8. С. 9–20.
2. Фулей Т. І. Збірка навчальних матеріалів курсу для учасників тренінгу «Застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя». Київ : ВАІТЕ, 2017. 208 с.
3. Новоселецький проти України, заява № 47148/99 : рішення Європейського суду з прав людини від 22.02.2005 // База даних «Законодавство України» / Європейський суд з прав людини. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_238 (дата звернення: 01.04.2018).

Одержано 03.04.2018

Наталія Юріївна Сакара,

*доцент кафедри цивільного процесу Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук, доцент;*

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8501-3756>

СПРОЩЕНЕ ПОЗОВНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЯК НОВЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Спрошене позовне провадження з'явилося в цивільному судочинстві України з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 р. № 2147-VIII, який набув чинності з 15.12.2017 р. Виходячи з того, що воно є новелою цивільного процесуального права, вважаємо за необхідне зосередитися на з'ясуванні його правової природи, проаналізувати процесуальні особливості розгляду справ та оцінити відповідність вимогам справедливого судового розгляду.

Перш за все слід наголосити на тому, що спрощене позовне провадження не має статусу самостійного провадження. Воно є наслідком диверсифікації цивільної процесуальної форми позовного провадження шляхом виключення з неї окремих судових процедур та процесуальних дій, а також закріплення факультативного характеру для деяких з них. Його не можна розглядати як субсидіарний порівняно з загальним позовним провадженням порядок, оскільки, незважаючи на те, що сторони можуть висловлювати свої міркування щодо його застосування, однак, остаточне рішення щодо процедури, в межах якої буде здійснюватися розгляд, приймає суд. Існування загального та спрощеного позовного провадження в межах єдиного спірного провадження є чимось схожим на процесуальні треки, що існують в Англії у провадженні в суді першої інстанції, тобто є окремими порядками позовного провадження. При цьому чинне процесуальне законодавство допускає за певних умов заміну спрощеного позовного провадження на загальне, що не має наслідком ані закриття провадження у справі, ані залишення позовної заяви без розгляду.

Існування на рівні національних правопорядків спрощених проваджень саме по собі не тягне порушення права на справедливий судовий розгляд, закріпленого в п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі – ЄКПЛ). Європейський суд з прав людини (надалі – ЄСПЛ) неодноразово підкреслював, що наведене право як в цілому, так і його окремі складові не є абсолютними і можуть підлягати обмеженням, оскільки вимагають регулювання з боку держави, яка користується певною свободою розсуду з цього питання (*Philis v. Greece*, по. 12750/87, 13780/88, 14003/88, § 59). Більш того пропозиції щодо їх запровадження містяться в рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи державам-членам № R (81)7 щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя, № R (84)5 щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення функціонування правосуддя, № R (86)12 щодо заходів з попередження і зменшення надмірного навантаження в судах.

Відповідно до ч. ч. 4, 6 ст. 19, ст. 161, ст. 274 ЦПК у порядку спрощеного позовного провадження розглядаються: 1) малозначні справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 2) справи незначної складності,

визнані судом малозначними, крім справ, які підлягають розгляду лише за правилами позовного провадження (що виникають з сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя; щодо спадкування; щодо приватизації державного житлового фонду; щодо визнання необґрунтованими активів та їх витребування; інші вимоги, об'єднані з цими вимогами), та справ, ціна позову в яких перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 3) справи, що виникають з трудових відносин; 4) справи за вимогами, за якими може бути виданий судовий наказ. При цьому, вбачається, що лише розгляд останньої категорії справ в порядку спрощеного позовного провадження носить імперативний характер (ч. 2 ст. 161 ЦПК), оскільки в інших випадках вирішення питання про порядок розгляду відбувається з врахуванням ряду обставин (ч. 3 ст. 274 ЦПК).

Особливості розгляду справ в порядку спрощеного позовного провадження, на наш погляд, зводяться до наступного.

По-перше, вирішення питання про застосування даної процедури віднесено до дискреційних повноважень суду, однак, у випадку, якщо справа має незначну складність й може бути визнана судом малозначною, її розгляд в порядку спрощеного позовного провадження може відбуватися лише за згодою позивача, яка втілюється у відповідному клопотанні, що має міститися або в позовній заяві, або в окремому процесуальному документі, що додається до неї (ст. 276, ч. 2 ст. 277 ЦПК). Її відсутність, на наш погляд, унеможливорює розгляд такої справи за правилами спрощеного позовного провадження й може призвести до порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ (*Pelevin v. Ukraine*, no. 24402/02, §§ 28–32).

По-друге, питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження суд може вирішити лише в ухвалі про відкриття провадження у справі (ч. 1 ст. 277 ЦПК). У зв'язку з цим, на наш погляд, слід визнати дещо спірною позицію, висловлену Верховним Судом у складі судді Касаційного цивільного суду в деяких ухвалах (від 12.03.2018 р. у справі № 280/236/17, від 14.03.2018 р. у справі № 127/22669/17, від 14.03.2018 р. у справі № 272/415/17), що суд вправі відносити справу до категорії малозначних на будь-якій стадії її розгляду. Незважаючи на те, що ст. 19 ЦПК, на яку наявне посилання у вказаних ухвалах, дійсно знаходиться в Розділі I «Загальні положення», однак, вона розміщена в Главі 2 «Цивільна юрисдикція», що визначає, які справи, в межах яких проваджень мають розглядатися, але не встановлює порядок їх вирішення. Разом з тим безпосередньо процедура розгляду справ спрощеного позовного провадження регулюється Главою 10 Розділу III. Виходячи з того, що для цивільного судочинства притаманний дозвільний спосіб регулювання, тобто дозволено лише те, що прямо передбачено в законі (ст. 3 ЦПК), відсутність норми, яка б дозволяла суду змінювати порядок розгляду справи й переходити з загального позовного провадження до спрощеного позовного провадження, унеможливорює вчинення такої процесуальної дії, так само як і «перекваліфіковувати» такі справи.

По-третє, підготовче провадження не проводиться (п. 6 ч. 2 ст. 187, ч. 1 ст. 196, ч. 2, 3 ст. 279 ЦПК), що, однак, не виключає вчинення окремих процесуальних дій по підготовці справи до розгляду (п. 9 ч. 2 ст. 187).

По-четверте, для розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження встановлені скорочені строки як для розгляду справи (ст. 275 ЦПК), так і для вчинення окремих процесуальних дій (ч. 1, 3 ст. 278, ч. 4 ст. 279 ЦПК).

По-п'яте, при розгляді справи в даному порядку обмежується дія окремих принципів цивільного процесуального права (змагальності, диспозитивності, процесуального рівноправ'я сторін, усності тощо). Як приклад, відповідач не може подавати зустрічний позов (ч. 4 ст. 193 ЦПК), позивач – за певних умов збільшувати розмір позовних вимог або змінювати

предмет позову (ч. 5 ст. 274 ЦПК), оскільки вчинення таких процесуальних дій постановлення ухвали про перехід до розгляду справи за правилами загального позовного провадження.

По-шосте, суд розглядає справу в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами, за відсутності клопотання будь-якої із сторін про інше. За клопотанням однієї із сторін або з власної ініціативи суду розгляд справи проводиться в судовому засіданні з повідомленням (викликом) сторін. Суд може відмовити в задоволенні клопотання сторони про розгляд справи в судовому засіданні з повідомленням сторін за одночасного існування таких умов: 1) предметом позову є стягнення грошової суми, розмір якої не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 2) характер спірних правовідносин та предмет доказування у справі не вимагають проведення судового засідання з повідомленням сторін для повного та всебічного встановлення обставин справи (ч. 5, 6 ст. 279 ЦПК). Дана обставина сама по собі не призводить до порушення права на справедливий судовий розгляд, оскільки ЄСПЛ допускає можливість відмови від права на усний розгляд справи, але така відмова повинна бути зроблена в недовозначній формі і не має суперечити будь-якому значимому суспільному інтересу. Вона може бути виражена прямо чи побічно шляхом мовчання (*Håkansson and Sturesson v. Sweden*, no. 11855/85, § 66–67). Однак не має значення, чи заявляла особа клопотання про публічний розгляд справи, якщо національне законодавство, що застосовується, прямо виключає таку можливість (*Eisenstecken v. Austria*, no. 29477/95, § 33). Такі винятки можуть бути обумовлені наявністю виключних обставин: спір стосується суто або юридичних, або технічних питань (*Schuler-Zraggen v. Switzerland*, no. 14518/89, § 58), відсутність спору щодо достовірності оспорюваних фактів (*Döry v. Sweden*, no. 28394/95, § 37). Разом з тим, якщо спірними є як питання права, так і питання фактів, непроведення усного слухання в жодній інстанції буде мати наслідком порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ (*Mirovni Inštitut v. Slovenia*, no. 32303/13, §§ 41–45). У зв'язку з цим, на наш погляд, якщо сторонами заявляється відповідне клопотання і з матеріалів справи вбачається спірність фактичних обставин, суду все ж таки доцільно проводити розгляд справи з повідомленням сторін, тим більше, що з ч. 1 ст. 369 ЦПК випливає, що деякі справи мають розглядатися й судом апеляційної інстанції без повідомлення учасників справи.

По-сьоме, при розгляді справи з повідомленням (викликом) сторін судові дебати в судовому засіданні не проводяться (ч. 8 ст. 279 ЦПК).

По-восьме, апеляційні скарги на рішення суду у справах з ціною позову менше ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім тих, які не підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження, розглядаються судом апеляційної інстанції без повідомлення учасників справи (ч. 1 ст. 369 ЦПК).

По-дев'яте, за загальним правилом судові рішення, ухвалені під час розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження, не підлягають оскарженню в касаційному порядку (п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК). При цьому наведене обмеження не суперечить само по собі п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, оскільки ЄСПЛ в своїх рішеннях неодноразово підкреслював, що, з одного боку, наведена норма не зобов'язує держави-учасниці створювати суди апеляційної та касаційної інстанцій (*Delcourt v. Belgium*, no. 2689/65, §§ 25–26), а, з іншого боку, умови прийнятності касаційних скарг можуть бути більш суворішими порівняно з пред'явленням позовів до суду першої інстанції та апеляційних скарг (*EM LINJA DOO v. Croatia* (dec.), 27140/03). Запровадження на національному рівні фінансового «фільтру» переслідує законну мету, враховуючи роль Верховного суду, який повинен мати справи лише з найважливішими питаннями (*Dobrić v. Serbia*, no. 2611/07, 15276/07, § 54). Разом з тим, на наш погляд, поширення

зазначеного обмеження на справи, що були відкриті та розглянуті по суті за правилами звичайного позовного провадження до набуття чинності нової редакції ЦПК, може призводити до порушення принципу правової визначеності й, відповідно, п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. Так, ЄСПЛ виходить з того, що застосування зворотного в часі цивільного процесуального законодавства порушуватиме вищезазначений принцип і буде несумісним з нормами закону, якщо він позбавляє особу доступу до засобів правового захисту, які мали б бути ефективними згідно положень п. 1 статті 35 ЄКПЛ (*Melnyk v. Ukraine*, no. 23436/03, § 30).

Виходячи з наведеного, спрощене позовне провадження є одним з порядків розгляду деяких справ позовного провадження, що має певні особливості порівняно з загальним позовним провадженням, пов'язані виключення з цивільної процесуальної форми окремих судових процедур та процесуальних дій. Його запровадження, за загальним правилом, не призводить до порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ.

Одержано 10.04.2018

УДК 340.94

Максим Володимирович Селіванов,

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,
адвокат, директор Legaltech company «Дом юриста»,
кандидат юридичних наук, доцент*

ПІДСТАВИ ПОНОВЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ СТРОКІВ

Постановка проблеми. На сьогодні Цивільний процесуальний кодекс та Господарський процесуальний кодекс надають суду значні дискреційні повноваження щодо поновлення процесуальних строків, зокрема строків на оскарження судових рішень у зв'язку з поважністю причин пропуску такого строку.

На практиці маємо ситуацію коли суди задовольняють заяви про поновлення строку на апеляційне чи касаційне оскарження без особливого вмотивування. Логіка роздумів судді в цих випадках зрозуміла – ухвала про відмову в поновленні пропущеного строку перешкоджає подальшому розгляду справи та може бути оскаржена окремо від судового рішення.

Можна безкінечно говорити про незалежність судді у прийнятті судового рішення, але суддя є людиною та не хоче створювати собі негаразди у вигляді скасованого рішення. Саме тому для суді-людини простіше поновлювати процесуальні строки з універсальним обґрунтуванням «з метою фактичної реалізації сторонами права апеляційного та касаційного оскарження та запобігання порушень ст. 6 Конвенції».

Суть проблеми. Проблема поновлення процесуальних строків полягає у пошуку рішення в зіткненні двох процесуальних принципів – «право на доступ до суду» з одного боку та «принцип юридичної визначеності» з іншого.

В результаті рішення поставленої проблеми мають сформуватися підходи та критерії відшукування справедливого балансу інтересів при поновленні або при відмові у поновленні процесуальних строків.

Доводи та міркування до вирішення проблеми. Щодо доступу до суду, прецедентна практика Європейського суду з прав людини щодо застосування ст. 6 Конвенції про захист

прав людини і основоположних свобод визнає, що доступ до суду не є абсолютним і національним законодавством може обмежуватись, зокрема для **дотримання правил судової процедури** і це не є порушенням права на справедливий суд (рішення у справі «Станков проти Болгарії» від 12 липня 2007 року).

Тобто встановлення та дотримання правил судової процедури, до якої відносяться строки вчинення процесуальних дій, не можуть вважатися порушеннями чи то перепонами у праві на справедливий суд.

З цього приводу доречно процитувати п. 41 рішення від 03.04.2008 року «Пономарьов проти України». ЄСПЛ вказав, що: «правова система багатьох країн-членів передбачає можливість продовження строків, якщо для цього є обґрунтовані підстави. Разом з тим, якщо строк на ординарне апеляційне оскарження поновлений зі впливом значного періоду часу та за підстав, які не видаються переконливими, таке рішення може порушити принцип юридичної визначеності, так як і перегляд в порядку нагляду. Суд визнає, що вирішення питання щодо поновлення строку на оскарження перебуває в межах дискреційних повноважень національних судів, однак такі повноваження не є необмеженими. Від судів вимагається вказувати підстави. Однією із таких підстав може бути, наприклад, неповідомлення сторін органами влади про прийняті рішення у їхній справі. Проте навіть тоді **можливість поновлення не буде необмеженою, оскільки сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатись про стан відомого їм судового провадження**. У кожній справі національні суди мають перевіряти, чи підстави для поновлення строків для оскарження виправдовують втручання у принцип *res judicata* (принцип юридичної визначеності), особливо як у цій справі, коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів ні у часі, ні в підставах для поновлення строків». (Аналогічні міркування див. *mutatis mutandis*, п. 27 рішення Європейського суду з прав людини від 26.04.2007 р. у справі «Олександр Шевченко проти України» та «Трух проти України» (ухвала) від 14.10.2003 р.).

Практика національних судів з цього питання найчастіше зводиться до перевірки дотримання (недотримання) судом строків надсилання рішення та поновленні процесуальних строків при встановленні несвоєчасного направлення копій судового рішення стороні.

На мою думку, зазначена практика є хибною.

Процесуальні права здійснюються відповідно до принципів змагальності (ст. 13 ГПК України, ст. 12 ЦПК України) та диспозитивності (ст. 14 ГПК України, ст. 13 ЦПК України).

Змагальність виявляється в тому, що:

- дії суду залежать від вимог позивача та заперечень відповідача;
- суд вирішує справу в межах заявлених вимог та на підстав наданих йому доказів;
- особи, які беруть участь у справі, займають активне становище щодо інших учасників процесу та суду;
- сторони самостійно визначають, які саме докази подавати суду, а які притримати;
- особи, які беруть участь у справі, можуть брати участь у справі особисто або через представників;
- кожна особа зобов'язана доказати факти, на які вона покликається;
- у разі невиконання процесуальних обов'язків або **нездійснення процесуальних прав для особи настають небажані для неї правові наслідки**.

Диспозитивність (від лат. *Dispono* – розпоряджаюся) – це надання особам, які беруть участь у справі, можливості вільно розпоряджатися своїми матеріальними та процесуальними правами на власний розсуд. Зміст принципу диспозитивності перш за все

розкривається через положення «хто хоче здійснити свої права, повинен сам потурбуватися про це».

В цьому контексті на перше місце мають виходити дії сторони – особи, яка має намір вчинити певні процесуальні дії. І суд, і інша сторона, і суспільство в цілому очікують, що поінформована особа піклується про свої права і вчиняє дії відповідно до свого волевиявлення. Поняття «законні очікування» (legitimate expectations) слід розглядати як елементи верховенства права та «юридичної визначеності» (legal certainty). Практика Суду ЄС і ЄСПЛ розглядає законні очікування як елемент правової визначеності в умовах відсутності єдиної теорії легітимних (законних) очікувань, придатних для всіх національних правопорядків.

Зацікавлена особа має вчиняти активні дії з отримання копії судового рішення, а дії суду з несвоєчасного направлення (або навіть не направлення) судового рішення мають оцінюватися через призму створення перешкод у своєчасному вчиненні особою процесуальної дії.

Таким чином, при поновленні процесуальних строків, суд має пройти об'єктивний тест:

- чи вчиняла зацікавлена особа активні дії зі здійснення свого права?
- чи вчинялися ці дії в межах відповідного процесуального строку?
- чи мали місце дії (бездіяльність) суду щодо виконання приписів процесуального законодавства?
- чи наявний причинно-наслідковий зв'язок між діями зацікавленої особи, діями (бездіяльністю) суду з наслідком у вигляді пропуску процесуального строку?

При поновленні або при відмові у поновленні процесуального строку суд має дати відповідь на кожне питання об'єктивного тесту та відобразити свою відповідь у відповідній ухвалі.

Без відповідного вмотивування можливість поновлення строку буде не зрозумілою суспільству, підставі поновлення розмитими та залишаться в прямій залежності від суб'єктивної оцінки суду.

Одержано 01.04.2018

УДК 346.3;346.2:346.5

Ірина Анатоліївна Селіванова,

доцент кафедри господарського права Національного

юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6186-5652>

ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ДЕРЖАВНОГО ТА КОМУНАЛЬНОГО СЕКТОРІВ ЕКОНОМІКИ, АКТУАЛІЗОВАНІ УКРАЇНСЬКИМИ РЕФОРМАМИ

Україна – держава молода, тому її законодавство не є досконалим. А модернізація життя країни та широкомасштабні реформи, що проводяться останні роки, особливо актуалізували деякі проблеми законодавства.

1. *Медична реформа та проблема процедури припинення публічних юридичних осіб.* Одним із напрямків медичної реформи є запуск масштабного процесу автономізації

закладів охорони здоров'я (далі – ЗОЗ), тобто перетворення ЗОЗ-бюджетних установ у казенні або некомерційні комунальні підприємства. Законодавець [1, Прикінцеві положення] стимулює цей процес, адже до 31 грудня 2018 року значно спрощує процедуру такого перетворення: 1) кредитори державних та комунальних закладів охорони здоров'я, що реорганізуються, позбавляються права вимагати від них виконання незабезпечених зобов'язань, припинення або дострокового виконання зобов'язання або забезпечення виконання зобов'язання; 2) не застосовується обов'язкова оцінка майна, передбачена Законом України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні»; 3) передача нерухомого майна здійснюється на підставі даних бухгалтерського обліку відповідних бюджетних установ щодо такого майна та результатів обов'язкової його інвентаризації; 4) кошти, не використані державним чи комунальним ЗОЗ–установою протягом бюджетного періоду, не вилучаються та можуть бути використані у подальшому виключно з метою фінансування діяльності ЗОЗ–підприємства.

Автономізація ЗОЗ має завершитися в 2019 році, адже Національна служба здоров'я, що реалізує систему державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення, укладає договори лише із ЗОЗ–підприємствами. І лише тимчасово, протягом 2018–2019 років, за рішенням Кабінету Міністрів України допускається фінансування надання первинної медичної допомоги комунальними ЗОЗ, що не уклали договори про медичне обслуговування населення з Уповноваженим органом, шляхом надання субвенцій із державного бюджету відповідним місцевим бюджетам [2, Прикінцеві та перехідні положення].

У зв'язку з таким масштабним процесом перетворення бюджетних установ у підприємства виникло питання щодо законодавства, яке регулює цей процес. Як відомо, порядок припинення юридичної особи врегульовано Цивільним кодексом України (далі – ЦКУ) (ст. 104–112), Господарський кодекс України (ст. 59) питання припинення суб'єкта господарювання вирішує шляхом відсилання до закону.

Виходячи з норми ст. 81 ЦКУ ЗОЗ – бюджетні установи є юридичними особами публічного права, бо створюються розпорядчим актом органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування.

ЦКУ чітко визначає, що його нормами встановлюється лише порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права, а порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом.

Залишається Закон про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (далі – Закон про держреєстрацію), дія якого поширюється на відносини, що виникають у сфері державної реєстрації юридичних осіб незалежно від організаційно-правової форми, форми власності та підпорядкування, їхньої символіки (у випадках, передбачених законом). Утім, Закон про держреєстрацію регулює лише здійснення безпосередньо реєстраційних дій, необхідних при припиненні юридичної особи, але не регулює порядок створення комісії з припинення та її компетенцію. Ці питання врегульовано ЦКУ, але дія його норм не розповсюджується на публічних юридичних осіб, до яких відносяться бюджетні установи.

2. Реформа управління державними та комунальними підприємствами та поява органів корпоративного управління в унітарних підприємствах.

У державному секторі економіки, для якого завжди був характерним принцип єдиначальності, розвиток корпоративного управління почався у 90-х роках минулого сторіччя, коли у зв'язку з приватизацією та корпоратизацією державних підприємств

виникли акціонерні товариства за участі держави. Обов'язковим органом управління таких суб'єктів стали спостережні ради, що контролюють діяльність правління товариства з метою захисту інтересів держави та акціонерів [3].

У 2015 році в акціонерних товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 % відсотків належить державі, з'являється нова посадова особа – корпоративний секретар, який здійснює інформаційне та організаційне забезпечення діяльності органів управління та контролю АТ, а також обмін інформацією між органами управління та контролю АТ, його акціонерами, іншими зацікавленими у діяльності АТ особами та громадськістю [4].

Однак якщо в появі спостережних рад та корпоративних секретарів серед органів управління акціонерних товариств за участі держави не було ніякої інтриги в силу притаманності таких органів організаційній формі акціонерного товариства, то Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності» від 02.06.2016 р. [5] внесено революційні зміни в організацію управління унітарними державними та комунальними підприємствами – з'явився такий орган корпоративного управління як наглядові ради.

Наглядова рада державного унітарного підприємства утворюється за рішенням суб'єкта управління об'єктами державної власності, що здійснює функції з управління підприємством. Наглядова рада обов'язково утворюється на державних унітарних підприємствах та в господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, за наявності одного з таких критеріїв: а) вартість активів згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 2 млрд грн; б) розмір чистого доходу такого державного унітарного підприємства або господарського товариства згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 1,5 млрд грн; в) розмір статутного капіталу новоутвореного державного унітарного підприємства, господарського товариства на дату його утворення перевищує 2 млрд грн; г) кількість акціонерів – власників простих акцій такого господарського товариства становить 10 або більше осіб [6].

Компетенція наглядової ради, її кількісний склад, порядок скликання, проведення засідання, прийняття рішень та інші питання внутрішньої організації діяльності наглядової ради визначаються в статуті підприємства та положенні про наглядову раду. Незалежні члени наглядової ради повинні становити більшість від її загального складу, вони обираються за конкурсом [7].

У свою чергу, в комунальному унітарному підприємстві наглядова рада утворюється за рішенням органу, до сфери управління якого воно належить. Критерії, відповідно до яких утворення наглядової ради комунального унітарного підприємства є обов'язковим, а також порядок утворення, організації діяльності та ліквідації наглядової ради та її комітетів, порядок призначення членів наглядової ради затверджуються рішенням відповідної місцевої ради [9, ст. 78].

Водночас, крім таких, не притаманних унітарним підприємствам органів управління, проявляється тенденція залучення громадськості до управління суб'єктами державного та комунального секторів економіки. Так, медичною реформою передбачено можливість створення спостережних та опікунських рад в автономізованих ЗОЗ – некомерційних підприємствах [1, ч. 2 п. 3].

Спостережні ради створюються за рішенням власника закладу охорони здоров'я (уповноваженого ним органу), при державних та комунальних закладах охорони здоров'я, що надають медичну допомогу вторинного і третинного рівнів, з якими головними розпорядниками бюджетних коштів укладені договори про медичне обслуговування населення.

Спостережні ради розглядають, зокрема, питання щодо дотримання прав та забезпечення безпеки пацієнтів, додержання вимог законодавства при здійсненні медичного обслуговування населення закладом охорони здоров'я, фінансово-господарської діяльності закладу охорони здоров'я тощо. До складу спостережної ради закладу охорони здоров'я, крім представників власника закладу охорони здоров'я (уповноваженого ним органу) та відповідних органів виконавчої влади та/або органів місцевого самоврядування, входять (за їхньою згодою) депутати місцевих рад, представники громадськості та громадських об'єднань, діяльність яких спрямована на захист прав у сфері охорони здоров'я, організації, що здійснюють професійне самоврядування у сфері охорони здоров'я.

У свою чергу, опікунські ради створюються з метою сприяння діяльності закладів охорони здоров'я. До їх складу (за згодою) можуть включатися благодійники, представники громадськості та громадських об'єднань, благодійних, релігійних організацій, органів місцевого самоврядування, засобів масової інформації, волонтери та інші. Рішення про створення опікунської ради при закладі охорони здоров'я та положення про неї затверджуються наказом керівника закладу охорони здоров'я або уповноваженого органу.

Викладене дає підстави для наступних висновків:

1. Чинним законодавством належним чином не врегульовано процедуру припинення юридичних осіб публічного права, що потребує негайного законодавчого реагування.
2. Управління господарськими товариствами, в яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, та державними (комунальними) підприємствами стає більш відкритим. Упровадження інституту наглядових рад дає можливість залучати до управління ними професійних та незалежних фахівців, що має підвищити економічні показники діяльності таких суб'єктів та економіки в цілому.
3. Поява наглядових рад серед органів управління державними підприємствами на тлі задекларованої масової приватизації державних підприємств свідчать про тенденцію до зникнення такої організаційної форми як унітарне державне комерційне підприємство.
4. Створення умов для участі громадськості в управлінні суб'єктами державного та комунального секторів економіки сприятиме ефективній діяльності таких суб'єктів, та розвитку громадянського суспільства в Україні.

Список бібліографічних посилань

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства з питань діяльності закладів охорони здоров'я : закон України від 06.04.2017 № 2002-VIII // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2002-19> (дата звернення: 10.04.2018).
2. Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення : закон України від 19.10.2017 № 2168-VIII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2168-19/paran157#n137> (дата звернення: 10.04.2018).
3. Положення про спостережну раду корпоратизованих підприємств : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 19.07.1993 № 556. *Про приватизацію : бюлетень*. 1998. № 8. С. 19.
4. Примірне Положення про корпоративного секретаря АТ, в статутному капіталі якого більше 50 % відсотків належить державі : затв. наказом ФДМУ від 19.03.2015 № 356 URL: http://www.spfu.gov.ua/userfiles/old/pdf/file_1451029636_%20356.pdf (дата звернення: 10.04.2018).
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності : закон України 02.06.2016 № 1405-VIII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1405-19/paran11#n11C> (дата звернення: 10.04.2018).

6. Деякі питання управління державними унітарними підприємствами та господарськими товариствами, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі : постанова Кабінету Міністрів України від 10.03.2017 № 142 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/142-2017-%D0%BF> (дата звернення: 10.04.2018).

7. Порядок утворення, організації діяльності та ліквідації наглядової ради державного унітарного підприємства та її комітетів : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 10.03.2017 № 142 // База даних «Законодавство України» / ВР України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/142-2017-%D0%BF> (дата звернення: 10.04.2018).

8. 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 : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 10.03.2017 № 142 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/142-2017-%D0%BF> (дата звернення: 10.04.2018).

9. Господарський кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 436-IV // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 10.04.2018).

Одержано 14.04.2018

УДК 347.1

Олександр Васильович Соболев,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5720-7844>

ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ЖИТЛО ГРОМАДЯНАМИ, ЩО ПОТРЕБУЮТЬ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ

Частина 2 статті 47 Конституції України (надалі – КУ) [1] передбачає, що громадянам, які потребують соціального захисту, *житло* надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону. У частині 1 статті 2 Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» [2] спираючись на зазначену статтю Конституції України визначено, що громадянам України, які відповідно до закону потребують соціального захисту, *соціальне житло* надається безоплатно. Виникає питання, чи можна обмежити ч. 2 ст. 47 КУ тільки наданням соціального житла, як це зазначено у вищезгаданому законі, або потрібно більш ширше трактувати поняття «соціальне житло» в контексті Конституції України.

В цьому випадку слід звернутися до Житлового кодексу України (далі – ЖКУ) [3], де стаття 4 визначає, що житлові будинки, а також жилі приміщення в інших будівлях, що знаходяться на території України, утворюють житловий фонд, до якого відносяться жилі будинки і жилі приміщення в інших будівлях, що належать державі (державний житловий фонд). Державний житловий фонд перебуває у віданні місцевих Рад народних депутатів

(житловий фонд місцевих Рад), та у віданні міністерств, державних комітетів і відомств (відомчий житловий фонд) (ст. 5 ЖКУ).

Також виникає питання чим відрізняється надання житла із житлового фонду соціального призначення та державного житлового фонду.

Перш за все необхідно визначитися з визначення того чи іншого фонду, та механізму надання житла громадянам.

Стаття 1 Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» визначає, що соціальне житло – житло всіх форм власності із житлового фонду соціального призначення, що безоплатно надається громадянам України, які потребують соціального захисту, на підставі договору найму на певний строк. Виключення складають соціальні гуртожитки, які відносяться до соціального житла і надаються громадянам України на час їх перебування на соціальному квартирному обліку за умови, що таке житло є єдиним місцем їх проживання.

До житла з житлового фонду соціального призначення належать квартири в багато-квартирних жилих будинках, садибні (одноквартирні) жилі будинки, які надаються громадянам у порядку черги на одержання соціального житла, та жилі приміщення у соціальних гуртожитках.

Правом взяття на соціальний квартирний облік користуються громадяни України для яких таке житло є єдиним місцем проживання або які мають право на поліпшення житлових умов відповідно до закону та середньомісячний сукупний дохід яких за попередній рік з розрахунку на одну особу в сумі менший від величини опосередкованої вартості найму житла в даному населеному пункті та прожиткового мінімуму, встановленого законодавством. Органом місцевого самоврядування встановлюються черги для отримання соціального житла (загальна, першочергового та позачергового отримання житла). Слід зазначити що аналогічні види черг на отримання житла притаманні і для державного житлового фонду.

Перебування громадянина на соціальному квартирному обліку не є підставою для відмови йому у взятті на квартирний облік або зняття з квартирної з квартирної обліку осіб, які потребують поліпшення житлових умов, чи обліку осіб, які мають право на отримання житла (пільгових кредитів на будівництво і придбання житла) за державними житловими програмами для окремих категорій громадян, визначених законодавством.

Надання громадянам житла з житлового фонду соціального призначення здійснюється за рішенням відповідного органу місцевого самоврядування. Таке рішення є підставою для укладення відповідного договору найму соціального житла. Договір найму соціального житла – угода, оформлена в письмовій формі, за якою одна сторона – власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання в ньому на певний строк. Наймодавцем в цьому договорі виступають органи місцевого самоврядування або уповноважений ним орган, відповідно наймачем – громадяни України, які відповідно до законодавства визнані такими, що потребують соціального захисту та мають право на отримання соціального житла або уповноваженою ним особою.

У договорі мають бути вказані особи, які проживати разом із наймачем. Ці особи набувають рівних з наймачем прав та обов'язків щодо користування соціальним житлом. Наймач соціального житла має право в установленому порядку за письмовою згодою всіх членів сім'ї, які проживають разом з ним, вселити в займане ним жиле приміщення свою дружину, своїх дітей, батьків. На вселення до батьків неповнолітніх дітей згоди не потрібна.

Орган місцевого самоврядування, який надав соціальне житло, проводить щорічний моніторинг доходів наймача та членів його сім'ї, які проживають разом з ним, за попередній рік. У разі якщо середньомісячний сукупний дохід наймача та членів його сім'ї за попередні два роки поспіль з розрахунку на одну особу змінився і став вищий за величину опосередкованої вартості найму житла в даному населеному пункті, та прожитковий мінімум, така зміна є підставою для розірвання договору найму соціального житла.

У випадку розірвання договору найму соціального житла наймач та члени його сім'ї зобов'язані протягом трьох місяців добровільно звільнити желе приміщення. При незгоді добровільного звільнення житлового приміщення, наймач та члени його сім'ї можуть бути виселені за рішенням суду.

Громадянин, з яким орган місцевого самоврядування розірвав договір найму соціального житла, з підстав зазначених вище, протягом наступних трьох років з дня розірвання договору має право на включення його до списків на позачергове отримання квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку з житлового фонду соціального призначення за умови відновлення права такого громадянина на отримання соціального житла.

В цьому випадку виникає питання. Як бути в тому випадку коли доходи громадянина та членів його сім'ї на протязі визначеного часу будуть коливатися? Чи є це підставою для знаття його з обліку на позачергове отримання житла з житлового фонду соціального призначення? Також, у випадку коли він вже отримав таке житло а доходи наймача та членів його сім'ї знову зросли він буде знову виселений, і так до нескінченності. Виникає певне замкнуте коло.

Соціальне житло не підлягає піднайму, бронюванню, приватизації, продажу, даруванню, викупу та заставі. В цьому полягає відмінність від житла яке відноситься до державного житлового фонду.

Що стосується надання житла з державного житлового фонду простежується наступне. По-перше визначимося з самим поняттям державного житлового фонду. Державний житловий фонд – це сукупність житлових будинків та інших житлових помешкань, що знаходяться в державній власності. Сам механізм порядку отримання житла за договором соціального найму фактично співпадає з порядком надання громадянам житла з житлового фонду соціального призначення. В цьому випадку слід зауважити, що договір соціального найму житла має свої особливості, які полягають у складній процедурі його укладення, необхідності низки додаткових підстав для виникнення правовідносин по найму (потреба в поліпшенні житлових умов, постановка на облік осіб, що цього потребують, ухвалення рішення про надання житла, видача ордера і т. д.), більшої гарантованості прав наймача. Аналізуючи вимоги щодо укладення договору соціального найму, можна відмітити, що підстави для виникнення правовідносин по найму фактично співпадають з вимогами які існують щодо укладення договору найму соціального житла. А саме, є певні вимоги стосовно потреби в поліпшенні житлових умов, і постановка на облік потребуючих в цьому осіб (як зазначалося вище, черги перебування на обліку повністю ідентичні) а також прийняття та винесення рішення про надання житла з житлового фонду соціального призначення.

Договір найму житлового приміщення в будинках державного фонду визначається як договір, за яким одна сторона (наймодавець – в особі певного органу місцевої влади) передає іншій стороні (наймачу) за плату житлове помешкання для постійного проживання в ньому. Плата, відповідно складається з плати за найм житла; утримання жилих будинків та прибудинкових територій та комунальних послуг. Сторони, що в договорі соціального найму житла, що в договорі найму соціального житла повністю ідентичні, як за найменуванням, так і за суб'єктною складовою [4, с. 217–218].

З огляду на аналіз вищевказаних норм житлового законодавства (стосовно «договору найму соціального житла» та «договору соціального найму житла») простежується термінологічна неузгодженість, що призводить до неправильного застосування норм права.

Виходячи з вищевикладеного виникає закономірне питання, який вид житлового фонду призначений задовольнити потребу громадян в житлі, що вимагають соціального захисту?

І на сам кінець необхідно зазначити, що спираючись на практику можна зробити сумні висновки, які полягають в тому, що не один із способів задоволення потреб громадян, які відносяться до соціально незахищених верств населення, на сьогодні не працює. Один з них залишився в соціалістичному минулому, а інший ще не набрав відповідної «сили». Від цього потерпають люди.

Спираючись на ст. 47 Конституції України, пропонується внести зміни до Житлового кодексу України, шляхом виключення із ст. 4 державного житлового фонду, як такий, що втратив актуальність на сьогоднішній день.

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про житловий фонд соціального призначення : закон України 12.01.2006 № 3334-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 19–20. Ст. 159.

3. Житловий кодекс України : закон України від 30.06.1983 № 5464-X. *Відомості Верховної Ради України*. 1983. Додаток до № 28. Ст. 573.

4. Сліпченко С. О., Мічурін Є. О., Соболев О. В. Житлове право України : наук.-практ. посіб. Харків : Еспада, 2003. 344 с.

Одержано 11.04.2018

УДК 347.23

Олексій Миколайович Соловйов,

доцент кафедри цивільного права № 1 Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук, доцент

«LOST IN TRANSLATION», АБО АВТОНОМНІСТЬ КОНЦЕПЦІЇ «ВЛАСНІСТЬ», ЩО ҐРУНТУЄТЬСЯ НА СТАТТІ 1 ПРОТОКОЛУ № 1 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Згідно з першим реченням ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Європейська конвенція з прав людини) «Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм *майном*»¹. Прихильники «розширеного переліку об'єктів» правовідношення власності звертають увагу на

¹ Наведена норма є результатом офіційного перекладу положень Конвенції на українську мову, затвердженого Міністерством закордонних справ України від 27.01.2006 р.

найменування ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини («Захист власності»), на вживання у її тексті термінів «власність» і «майно», і тим самим пояснюють їх ототожнення. Подальша логіка подібних міркувань нібито зрозуміла: якщо Європейська конвенція з прав людини є частиною національного законодавства, то і ототожнення термінів «власність» і «майно» відповідає йому; а раз у ч. 1 ст. 190 ЦК України закріплено найбільш широке визначення «майна», то саме так слід представляти об'єкти права власності. Проте, як буде продемонстровано нижче, *для подібних висновків немає підстав ні в самій Європейській конвенції з прав людини, ні в практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ)*.

Відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. суди застосовують при розгляді справ Європейську конвенцію з прав людини та практику ЄСПЛ як джерело права. А згідно зі сталою практикою ЄСПЛ ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини містить три речення, що відповідають трьом самостійним правилам, і саме перше з них має загальний характер і засновує принцип «мирного володіння майном». Вказане тлумачення положень ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини вперше було здійснено ЄСПЛ у п. 61 свого рішення у справі «Спорронг і Л'оннрот проти Швеції» від 23.09.1982 р. і даного підходу ЄСПЛ дотримується і в подальших своїх рішеннях¹.

Проте з самим принципом «мирного володіння майном» передбаченим першим реченням ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини не все так просто. Якщо звернутися до офіційного перекладу Європейської конвенції з прав людини на російську мову, то перше речення ст. 1 Протоколу № 1 до неї містить наступне правило: *«Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности»*. Як можна бачити в даному варіанті положень Європейської конвенції з прав людини, що має силу норми права на території Російської Федерації, немає і слова про «мирне володіння майном». Перш ніж починати дискусію на тему «чий переклад краще і точніше» звернемося до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р., згідно з ч. 1, 3, 4 ст. 18 якого «для цілей посилання на текст Конвенції суди використовують офіційний переклад Конвенції українською мовою; у разі відсутності перекладу Рішення та ухвали Суду чи ухвали Комісії суд користується оригінальним текстом; у разі виявлення мовної розбіжності між перекладом та оригінальним текстом суд користується оригінальним текстом». Таким чином, вказаною нормою підкреслюється (і це загальний підхід для всіх країн-учасниць Європейської конвенції з прав людини), що вищу юридичну силу має «оригінальний текст» Європейської конвенції з прав людини і будь-які колізії між перекладом і «оригінальним текстом» повинні вирішуватися на користь останнього. Отже, необхідно до нього і звернутися, пам'ятаючи при цьому, що оригінальних текстів Європейської конвенції з прав людини два – на англійській і французькій мовах.

¹ Див. наприклад, п. 37 рішення ЄСПЛ у справі «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21.02.1986 р., п. 44 рішення ЄСПЛ у справі «Імобільєре Саффі» проти Італії» від 28.07.1999 р., п. 166 рішення ЄСПЛ у справі «East/West Alliance Limited» проти України від 23.01.2014 р.

Відповідно до першого речення французького варіанту оригінального тексту ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини «*Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens*», що в перекладі означає «Кожна фізична або юридична особа має **право на повагу свого майна**». Як ми бачимо, саме французький варіант оригінального тексту Європейської конвенції з прав людини був узятий за основу при підготовці офіційного перекладу російською мовою. Але у французькому варіанті оригінального тексту також відсутнє згадування про «мирне володіння майном», і міститься істотна відмінність від російського офіційного перекладу. Так слово «*biens*» перекладається саме як «*майно*» і суттєво відрізняється від використаного в російському офіційному перекладі терміну «*власність*», що перекладається французькою мовою як «*propriété*».

Згідно з англійською версією оригінального тексту першого речення ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини «*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions*», що перекладається як «Кожна фізична або юридична особа має **право мирно володіти своїм майном**». Таким чином, саме англійський варіант оригінального тексту Європейської конвенції з прав людини став основою для підготовки офіційного її перекладу українською мовою, і саме в ньому міститься згадка про «мирне володіння майном», що відсутня у французькому варіанті її оригінального тексту.

Подібне «вільне» поводження з термінами «власність» і «майно» спостерігається і в оригінальних текстах другого речення ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини. Так французьким варіантом оригінального тексту ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини передбачено, що «*Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international*», але вже замість слова «*biens*» («*майно*»), використаного в першому реченні, вказано слово «*propriété*» («*власність*»). Дана норма у російському офіційному перекладі Конвенції звучить як: «*Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права*». Як бачимо, в цьому перекладі вже термін «*propriété*» («*власність*») з оригінального французького тексту «творчо» замінено на зовсім інше слово – «*майно*». Такий підхід може і є творчим, але далекий від буквального перекладу, який потрібен при дослідженні юридичних документів.

У англійському ж варіанті оригінального тексту другого речення ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини використовується той самий термін, що і в першому – «*possessions*» («*майно*»): «*No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*». Але при підготовці офіційного перекладу Конвенції українською мовою на цей факт чомусь не звернули уваги, і використали у другому реченні ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини слово «власність»: «*Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права*».

Отже, немає жодних суперечностей між версіями офіційних перекладів Європейської конвенції з прав людини на російську і українську мови. Їх у принципі бути не може, оскільки вже підкреслювалася вища юридична сила саме оригінальних її текстів, з якими і треба порівнювати переклади (що нами і було зроблено). Але в результаті здійсненого вище аналізу ми виявили значніший факт – *розбіжність між двома версіями оригінального*

тексту ст. 1 Протоколу № 1 Європейській конвенції з прав людини. Дана обставина була встановлена і суддями ЄСПЛ¹, якими був вироблений підхід, що полягає в інтерпретаційному усуненні розбіжностей, формуючи при цьому практику ЄСПЛ, яка набуває значення норми права. Даний підхід сприйнятий і національним українським законодавством. У ч. 5 ст. 18 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. зазначено, що у разі виявлення мовної розбіжності між оригінальними текстами та/або в разі потреби мовного тлумачення оригінального тексту використовується відповідна практика ЄСПЛ.

Згідно зі сталою практикою ЄСПЛ поняття «власності», вказане в ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини, має автономне значення, яке не обмежується власністю на фізичні речі і не залежить від формальної класифікації в національному законодавстві (див., наприклад, п. 22 рішення ЄСПЛ у справі «Кечко проти України» від 08.11.2005 р.). Тим самим ЄСПЛ підкреслює неприпустимість отождолення термінів «власність» і «право власності», і «автономне», самостійне значення поняття «власність», обумовлене завданнями, що стоять перед Європейською конвенцією з прав людини (тобто для цілей даної Конвенції), незалежне від інтерпретацій «власності», заснованих на національних законодавствах.

Резюмуючи викладене, слід констатувати, що відповідно до ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини і практикою ЄСПЛ принцип «мирного володіння майном» розповсюджується на майнові відносини (у широкому сенсі цих слів), при цьому майнові відносини і відносини власності співвідносяться як родові і видові поняття. Останнє вже цілком відповідає вітчизняним уявленням про місце відносин власності в структурі предмету цивільного права. Заснована на ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини концепція «майна» тлумачиться ЄСПЛ дуже широко, і включає «широкий спектр економічних інтересів», які можуть бути не тільки майновими, але і немайновими. При цьому підкреслюється «автономність», самостійність і незалежність даної концепції від поглядів, що спираються на національні законодавства країн-учасниць Конвенції (що лише відображає універсальний характер її положень). Як зазначала М. Карсс-Фріск «важливо враховувати, що для приведення в дію ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини зовсім не обов'язково, щоб відповідний інтерес особистості визнавався б правом власності за внутрішнім законодавством тієї або іншої країни – поняття «майно» має автономне значення для цілей Конвенції»². Отже, немає жодної необхідності штучно розширювати перелік об'єктів правовідношення приватної власності «для усунення суперечностей» між національним цивільним законодавством і ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини, зважаючи на відсутність таких.

Одержано 15.03.2018

¹ Див. наприклад: п. 63 Рішення Європейського суду по права людини від 13.06.1979 р. у справі «Маркс (Marckx) проти Бельгії».

² Не будемо надзвичайно суворими до представника англо-американської школи права, але відзначимо, що в наведеній цитаті має йтися не про «право власності», а про «власність». «Право власності», будучи або підгалуззю цивільного права, або суб'єктивним правом, ніколи не може бути ототожнено з об'єктом цивільних правовідносин. – О. С.

Марія Анатоліївна Тіхонова,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4836-5928>

ЩОДО ПРАВА НА ВИЗНАЧЕННЯ ГЕНДЕРНОЇ ПРИНАЛЕЖНОСТІ

1. Біологічна стать людини – це комплексна характеристика, що включає в себе наступні фактори: хромосомну стать; гормональну стать; генітальну стать; стать залоз; репродуктивну стать; інші чинники, пов'язані з побудовою внутрішніх органів (уретра, простата і т. д.). Лише деякі з перелічених факторів є зовнішніми. Ідентифікувати стать людини складніше, ніж здається, бо це вимагає врахування всіх параметрів, а вони можуть не збігатися один з одним. Існують індивідуальні відмінності в прояві цих параметрів. В природі немає абсолютів, є тільки статистичні ймовірності і біологічна межа між чоловіками і жінками є до певної міри розмитою. Тому сучасна наука пропонує мислити стать не як бінарну опозицію з двома і тільки двома варіантами, а як континуум, в якому більшість тягнє до одного або до іншого полюсу, але деякі виявляються посередині. За оцінками біолога Анни Фаусто-Стерлінг, Інтерсексуальна група (люди, що поєднують в собі ознаки як чоловічої, так і жіночої статі) становить приблизно 1,4 % від усіх народжених людей. Без відповідних аналізів ми не можемо знати на 100 %, ким є: жінкою, чоловіком або інтерсексуалом. Хромосомні варіації не обов'язково відображаються на зовнішності. Навіть репродуктивні здібності не будуть ясним показником, тому що деякі інтерсексуали можуть мати дітей. За даними британського Журналу спортивної медицини, один з 500 атлетів не проходить тест на хромосомну стать [1, с. 8–9].

2. Трансгендерність – загальний термін, який використовується для позначення людей, чий гендер і біологічна стать не збігаються. До такої категорії належать індивіди, які відносять себе до протилежної статі – транссексуали, а також андрогіни, інтерсексуали і бігендери. На сьогоднішній день існують дві основні перехідні форми транссексуалів: 1) індивід народився чоловіком, але відчуває себе і веде спосіб життя жінки, – MtF (Male-to-Female); 2) індивід, який народився жінкою, але відчуває себе і веде спосіб життя чоловіка, – FtM (Female-to-Male). Крім бінарних трансгендерних людей, є ще не бінарні трансгендери. Термін «гендерквір» означає стать, яка не є ні чоловічою, ні жіночою, що визначається проміжним станом. Трансгендер може включати в себе таке поняття, як «андрогін» – індивід, який не підходить під визначення ні маскуліної, ні фемініної гендерної ролі, сформованої суспільством. Багато андрогінів ідентифікують себе як таких, що ментально перебувають між чоловіком і жінкою або ж безстатевих [2, с. 84–85].

Усвідомлення власної трансгендерності найчастіше відбувається у віці від 5 до 22 років [2, с. 87; 3, с. 8–9] і для більшості з них закінчується корекцією статі.

3. На думку автора право на вибір свого гендеру відноситься до одного з основоположних особистих немайнових прав людини – права на індивідуальність, відповідно до якого фізична особа має право на збереження своєї національної, культурної, релігійної, мовної самобутності, а також право на вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ч. 2 ст. 300).

Зміст будь-якого особистого немайнового права взагалі і права на індивідуальність зокрема складає, відповідно до норми ст. 271 ЦК України, можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд (тобто без втручання інших осіб) визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя а саме:

1) право володіти певною індивідуальністю, тобто бути визнаним носієм цього особистого немайнового блага. До структури індивідуальності належить ціла низка особливостей фізичної особи, які можуть відбуватися у: а) зовнішньому вигляді фізичної особи (зовнішність, фігура, фізичні дані, одяг, зачіска, прикраси тощо, а також і сукупність усіх цих елементів); б) її голосі (певні звуки, що відтворюються у формі слів, мелодій, тембрі голосу тощо) і мовленні (як система звукових знаків з усіма своїми особливостями, наприклад, заїкання, невимов окремих звуків, говір, слова-паразити, сміх тощо); в) манері поведінки (поводження у стосунках з іншими особами та особливості у ставленні до речей, наявність моральних принципів, звичок та інших особливостей характеру); г) інтелектуальному, культурному та освітньому рівні (вміння спілкуватись, знання правил грічності, дотепність, кмітливість, хист тощо); д) інших характерних ознак, які відрізняють фізичну особу серед інших;

2) право використовувати свою індивідуальність, тобто обирати будь-яку з можливих форм та способів прояву своєї індивідуальності. Однак, не зважаючи на абсолютний характер цього права, воно може здійснюватися лише в певних межах, які встановлюються як на конституційному рівні (ст. 23 Конституції України), так і нормами ЦК України (ст. 13 ЦК країни). Окрім того, відповідно до ч. 2 ст. 300 ЦК України фізична особа має право на індивідуальність «якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства». Окремі прояви індивідуальності можуть обмежуватися за певними критеріями (місцем, часом, специфікою діяльності тощо);

3) право створювати та змінювати свою індивідуальність, тобто можливість самостійно визначати її обсяг та зміст;

4) право вимагати захисту у разі будь-якого порушення права на індивідуальність, тобто можливість вимагати захисту у випадках, коли особі створюють перешкоди у реалізації цього права або коли вчиняють дії, якими порушується це право [4, с. 13–14].

4. Як було зазначено вище реалізація права на гендерну приналежність в багатьох випадках закінчується корекцією статі, що призводить до зміни правового статусу особи на підставі медичного свідчення (ч. 2 ст. 51 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»). Але громадська організація «Інсайт» у своєму звіті про дослідження ситуації трансгендерів в Україні запропонувала дозволити зміну документів, що посвідчують особу, для трансгендерів без обов'язкової хірургічної корекції статі, але лише у випадку отримання діагнозу. Постановка діагнозу «транссексуалізм» повинна бути підставою для офіційної зміни документів, хірургічна операція і гормонотерапія залишаються на вибір людини [3, с. 55]. В деяких країнах Європейського Союзу не існує жодних обмежень проходження гормонального лікування або будь-якого оперативного втручання для отримання офіційного визнання пріоритетного статі. Юридичне визнання гендерної приналежності можливо шляхом надання свідчень про діагноз гендерної дисфорії компетентному органу, такого як експерти міністерства охорони здоров'я (в Угорщині), Комісія зі зміни статі (в Сполученому Королівстві) або лікар, або психолог [5, с. 9].

5. У 2016 році Міжнародний олімпійський комітет дозволив прийняти участь у Олімпійській грі в Бразилії трансгендерам в тій статі, відповідно до якої вони себе ідентифікують без обов'язкової її зміни і проходження двохрічної гормональної терапії. Медичний директор Міжнародного олімпійського комітету (МОК) доктор Річард Баджет пояснив це тим, що трансгендери, які не встигли змінити статі не повинні піддаватись дискримінації.

Це рішення було досить шокуючим для сфери спорту, незважаючи на те, що проблема віднесення спортсмена до тієї чи іншої статі існує досить давно. Тест на гендерну приналежність в спорті тепер є досить складною процедурою і не складається тільки з медичного огляду (а в деяких країнах взагалі є забороненим з етичних міркувань).

На думку автора право на визначення гендерної приналежності є одним з основоположних прав людини і відноситься до особистих немайнових прав фізичної особи. Автор погоджується з тезою щодо недопустимості дискримінації трансгендерів, але не розділяє думку МОК щодо участі трансгендерів в спортивних змаганнях, адже у зв'язку з неоднаковою законодавчою позицією країн-учасниць змагань щодо гендерної приналежності, в спортивних заходах можуть одночасно прийняти участь особи, які позиціонують себе або як чоловік, або як жінка, хоча їх фізичні властивості будуть досить суттєво різнитись (як фізичні властивості жінки та чоловіка в нашому (побутовому) значенні).

Список бібліографічних посилань

1. Поспелова О. В. Карагаполова И. В. Трансгендерность и гетеронормативность. Архангельск : Ракурс, 2012. 64 с.

2. Ушкова И. В., Киреев Е. Ю. Трансгендерность в современном российском обществе. *Мониторинг общественного мнения: экономические и социальные перемены*. 2017. № 2. С. 82–96.

3. Situation of Transgender Persons in Ukraine : Research report. Kyiv, 2010. 60 p. URL: https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/ukraine_-_final_report_0.pdf (дата звернення 22.03.2018).

4. Бермічева О. В. Індивідуальність людини і право на індивідуальність особистості. *Вісник Академії адвокатури України*. 2011. № 3 (22). С. 11–20.

5. Права человека и гендерная идентичность // Тематические доклады Комиссара / Комиссар по правам человека. URL: https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/commhdh_issuepaper20092_ru.pdf (дата звернення 22.03.2018).

6. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

7. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

8. Основи законодавства України про охорону здоров'я : закон України від 19.11.1992 № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.

Одержано 11.04.2018

УДК 347.12:796:347.218.3(477)

Максим Олегович Ткалич,

доцент кафедри цивільного права
Запорізького національного університету,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4224-7231>

СПОРТИВНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО ЯК ПІДГАЛУЗЬ ЦИВІЛЬНОГО (ПРИВАТНОГО) ПРАВА

Сучасний спорт є особливою сферою суспільних відносин, які складаються між різноманітними суб'єктами з приводу здійснення спортивної діяльності. Суспільні відносини у сфері спорту можна класифікувати на суто спортивні відносини, а також відносини,

тісно пов'язані зі спортивними. Предметом цього дослідження є, відповідно, суспільні відносини, тісно пов'язані зі спортивними, а саме – приватні відносини у сфері спорту. При цьому, у сфері спорту можуть існувати й публічні відносини, які також потребують відповідного правового регулювання.

Приватні відносини у сфері спорту – це майнові та особисті немайнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, які виникають у зв'язку із здійсненням спортивної діяльності, і врегульовані нормами приватного права. Наведене визначення ґрунтується на загальноприйнятих у вітчизняній науці підходах і відповідає ст. 1 ЦК України (відносинами, врегульованими цивільним законодавством, є особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників).

У період перебування нашої країни у складі Радянського союзу приватне право переживало занепад, адже приватно-правовий характер відносин, що складають предмет правового регулювання цивільного права, фактично, заперечувався. Зокрема, право приватної власності, як один із фундаментальних інститутів цивільного права, не визнавалося. Проте, вже з часу проголошення незалежності України та запровадження вільного ринку ситуація докорінно змінилася і розвиток приватного права відновився. На цей момент вітчизняне приватне право, в цілому, розвивається в контексті розвитку європейського континентального приватного права.

Якщо існування цивільного(приватного) права ні в кого не викликає сумнівів, то з приводу появи спортивного права, як галузі права, виникають суперечки. Одним із найбільш активних прибічників спортивного права, як окремої галузі права, є С. В. Алексєєв, який стверджує: «Спортивне право – це така, яка формується в цей час спеціалізована комплексна галузь права, що являє собою пов'язану внутрішньою єдністю систему взаємопов'язаних правових, а також корпоративних норм, якими закріплюються основні принципи, форми і порядок фізкультурно-спортивної діяльності, що включає органічний комплекс таких суспільних відносин: трудових і соціального забезпечення, державно-управлінських, фінансових і ресурсного забезпечення, господарських (підприємницьких), кримінально-правових, відносин у сфері спортивної травматології і протидії застосуванню допінгу, міжнародних, процесуальних відносин з врегулювання спортивних спорів, а також інших відносин, пов'язаних з фізичною культурою і спортом» [1, с. 133].

Підтримуючи думку С. В. Алексєєва, вітчизняний фахівець у галузі публічного права А. М. Апаров стверджує: «Спортивне право – це комплексна галузь права України, сукупність правових норм, що регулюють організаційні, соціальні та економічні основи діяльності у сфері фізичної культури і спорту, суспільні відносини, що виникають при створенні умов для розвитку фізичної культури і спорту, пов'язані з ними господарські, адміністративні, майнові, трудові та фінансові суспільні відносини, які виникають у зв'язку з організацією та проведенням цілеспрямованих фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів комерційного та некомерційного спрямування, відносини між суб'єктами сфери фізичної культури і спорту, які мають аматорський або професійний статус або займаються фізичною культурою і спортом для задоволення своїх особистих потреб, а також відносини між організаторами фізкультурно-оздоровчих або спортивних заходів» [2, с. 47].

Більш обережно щодо визнання права окремою галуззю права висловлюється А. Ю. Бордюгова: «...Однак формування права спорту як галузі права, а також як самостійної юридичної науки наразі тільки починається...Тому наразі законодавство про фізичну культуру і спорт сформувалося як галузь вітчизняного законодавства, однак вона

ще недостатньо узгоджена й збалансована. Виокремлення спортивного права в окрему галузь дозволить за допомогою формування галузеутворюючих ознак упорядкувати та розтлумачити суперечності, що існують, та усунути їх. Формування нової галузі права – важкий і тривалий процес. Процес формування спортивного права як самостійної галузі права знаходиться на початковій стадії» [3, с. 42]. Отже, А. Ю. Бордюгова принципово не заперечує можливість існування спортивного права, як галузі, проте вказує на недостатність нормативно-правового масиву та інших чинників, які необхідні для визнання певної групи правових норм окремою галуззю права.

Слід зазначити, що незважаючи на збільшення кількості прихильників концепції спортивного права як окремої галузі, опонентів у неї також достатньо. Так, І. С. Кузнецов вважає, що «Спортивне право – це галузь законодавства, що охоплює нормативні акти, спрямовані на регулювання суспільних відносин, які виникають у процесі підготовки спортсмена до спортивних змагань та участі юридичних осіб у діяльності, пов'язаній з організацією та проведенням спортивних заходів як на національному, так і на міжнародному рівні» [4, с. 2]. С. В. Сердюков обережно заперечує існування окремої галузі спортивного права і стверджує, що «Наразі сформувалася комплексна галузь законодавства – спортивне право, яка має особливий предмет правового регулювання..., що відрізняється внутрішньою структурованістю і системністю. Одночасно автором не заперечується можливість теоретико-правового розгляду спортивного права в інших якостях. Зокрема, спортивне право може бути розглянуте як складова частина правової системи – цілісного комплексу правових явищ, пов'язаних зі спортом» [5].

При цьому, спір між прихильниками і супротивниками концепції спортивного права, як окремої галузі права, розвивається, фактично, суто в контексті суперечки між прихильниками і супротивниками концепції комплексних галузей права як таких. Ця суперечка, в свою чергу, пов'язана з давнім науковим диспутом відносно місця та ролі предмету і методу правового регулювання при відокремленні галузей права одна від одної, який виник у радянській правовій доктрині ще в 30-ті роки минулого століття. А саме питання про роль предмету правового регулювання при побудові системи права цілком закономірно виникло після відмови радянської держави і правової доктрини від традиційного поділу права на приватне і публічне. Втім, з відновленням «статус кво» між базовими галузями (сферами) права в Україні об'єктивно виникли передумови для розвитку систематики приватного права. Саме приватне(цивільне) право регулює майнові та особисті немайнові відносини, тобто – приватні відносини. Відповідно, сьогодні зникла необхідність «віддавати» частину предмету правового регулювання приватного права «на відкуп» публічним галузям права або створювати штучні утворення на кшталт комплексних галузей права. Ще О. О. Красавчиков стверджував, що прибічники комплексних галузей змішують поняття системи права і системи законодавства в цілому або з системою окремих законодавчих актів: «Система права не складається, не утворюється з системи законодавчих актів. Система права – соціальна реальність, в якій юридично відбивається структура регульованих правом суспільних відносин. Що ж стосується комплексних галузей, то вони суть не галузі права, а довільні (виходячи з тих чи інших наукових, педагогічних або практичних міркувань), суб'єктивно сформовані групи норм права, що належать до окремих галузей системи права в цілому або до окремих правових інститутів системи конкретної галузі права зокрема [6, с. 250].

За словами професора Суханова, головним завданням правової системи є не розмежування правових галузей та їхніх сфер, а забезпечення їхнього спільного, комплексного

впливу на суспільні відносини, що регулюються. Тому система права має характеризуватися внутрішньою узгодженістю всіх підсистем, що входять до її складу, та спиратися на соціально-економічні й організаційно-правові фактори... Неузгодженість окремих правових комплексів часто долали [в минулому] за допомогою створення нових «комплексних», або «вторинних» правових галузей разом з колишніми, загальноприйнятими, що ускладнювало систему ще більше. Проте «кардинальне реформування економічного і суспільного ладу в якості одного з неминучих наслідків мало зміну цієї системи. Відновлення приватноправових основ і перехід до принципового поділу всієї правової сфери на приватноправову і публічно-правову призвели до того, що місце «піраміди» підпорядкованих галузей посіла нова їхня система, заснована на рівності приватноправового та публічно-правового підходів. У цій системі дві взаємодіючі, але не підпорядковані сфери приватного і публічного права поглинають безліч окремих правових галузей і їх груп... Зрозуміло також, що нова система права в більшій мірі відповідає завданням формування правової держави і громадянського суспільства, яке не має більше перебувати під постійним і всеосяжним державним впливом. Єдність і узгодженість цієї системи забезпечуються не ієрархічною підпорядкованістю її елементів, а єдністю загальних правових принципів, які лежать в її основі, а також критеріїв виділення (відокремлення) правових галузей, що визначає функціональні особливості кожної з цих підсистем. Соціально-економічну базу такого становища складають визнання ключової ролі невід'ємних прав і свобод особистості..., а також ринкова організація господарства [7, с. 28].

Цілком очевидно, що за таких умов місця для «комплексних» галузей права та інших «комплексних» елементів в системі права не залишається. Відповідно, постає питання, яке місце в системі права посідають норми, що регулюють відносини у сфері спорту, тісно пов'язані зі спортивними. Логічно припустити, що приватноправові норми знайдуть свої місце в системі приватного права, а публічно-правові норми – в системі права публічного. Власне, приватноправові норми, вочевидь, утворюють собою підгалузь цивільного права з самостійними інститутами і підінститутами. Слід наголосити, що відмова від побудови другого рівня галузей права, які об'єднують в собі норми права галузей першого рівня (фундаментальних галузей права) слугує цілям забезпечення системності та стабільності правового регулювання відповідних відносин. Адже поділ норм права на галузі важливий не сам по собі, а через можливість забезпечення якості правового регулювання. Позаяк, розпорошення правових норм за комплексними галузями права, на наш погляд, погіршують якість правового регулювання. Необхідно погодитися з позицією Є. Є. Тонкова і В. С. Синенка, відповідно до якої система права і система законодавства вибудовуються за різними критеріями. Систему права засновано на якісній однорідності відносин, що регулюються самостійними галузями права (предметна єдність), система ж законодавства враховує практичну доцільність узагальнення норм за ознакою спрямованості правового впливу на окремі сфери суспільного життя (функціональна єдність) [8, с. 62]. Таким чином, якщо йдеться про законодавство, то, безперечно, можна впевнено визнавати наявність окремої галузі спортивного законодавства; якщо ж вести мову про систему права, то, на наш погляд, доцільно говорити про приватне спортивне і публічне спортивне право, як підгалузі приватного(цивільного) і публічного(адміністративного) права. Виділяється, за такою ж логікою необхідно визначати місце й інших правових норм, які часто відносять до «комплексних» галузей права.

Звичайно, концепція приватного спортивного права, як підгалузі цивільного (приватного) права є новаторською та такою, що потребує подальшого теоретичного осмислення.

Список бібліографічних посилань

1. Алексеев С. В. Спортивное право России. М. : Юнити, 2005. 669 с.
2. Апаров А. М. Спортивное право Украины. Київ : Істина, 2012. 518 с.
3. Бордюгова А. Формування спортивного права як галузі тільки починається. *Юридична газета*. 2016. № 37 (535). С. 42.
4. Кузнецов И. С. Спортивное право России как отрасль российского законодательства. *Спорт: экономика, право, управление*. 2004. № 4. С. 250.
5. Сердюков А. В. Спортивное право как комплексная отрасль законодательства : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. М., 2010. 26 с.
6. Красавчиков О. А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система). Свердловск, 1961. 379 с. (Ученые труды Свердловского юрид. ин-та ; Т. 6).
7. Суханов Е. А. Гражданское право : в 2 т. Т. 1. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Бек, 1998. 816 с.
8. Тонков Е. Е., Синенко В. С. Комплексные отрасли права: плодотворная идея или отказ от формальной определенности в правовой науке? *Вестник Воронежского государственного университета. Серия: «Право»*. 2016. № 2 (25). С. 53–75.

Одержано 16.03.2018

УДК 347.44

Юрій Іванович Чалий,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3641-0760>

МЕЖИ ПРИВАТНОПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ОСВІТНЬОЇ СФЕРИ

1. Відносини освітньої сфери піддавалися юридичній оцінці представниками різних наукових спеціальностей. При цьому спостерігається цікава тенденція: висновки щодо юридичної кваліфікації даних відносин прямо залежать від того, до якої наукової спеціальності належить автор подібних висновків. «Цивілісти» вважають за необхідне розповсюдити на такі відносини режим цивільного (приватного) права, «господарники» – господарського права, «адміністративісти», відповідно, – адміністративного права тощо. Виокремлено стоїть позиція тих, хто обґрунтовує існування освітнього права як самостійної або комплексної галузі права, якій притаманні одночасно приватно-та публічно-правові ознаки впорядкування суспільних відносин. Виразниками останньої позиції найчастіше є представники загальної теорії права.

2. Відносини освітньої сфери є надто складними аби їх можна було охопити правовим регулюванням однієї галузі права. У цій суспільній сфері співіснують методи як приватноправового, так і публічно-правового характеру. Щільність прояву цих двох правових режимів може породжувати враження (саме – враження!) функціонування, так званої, комплексної галузі права. За нашим переконанням, від комплексного прояву в освітній сфері норм цивільного, адміністративного права чи іншої правової галузі не може утворюватися якісно нова («комплексна») галузь права. Такі різні за своєю правовою природою норми залишаються бути відповідно приналежними до відомих, можна сказати, класичних галузей права. Ми дотримуємося позиції про принципову неможливість існування

комплексних галузей права. Комплексними є лише галузі законодавства. Освітнє законодавство яскравий приклад «комплексності» законодавства.

3. Вирішення проблеми адекватного правового регулювання відносин освітньої сфери слід шукати, перш за все, у визначенні меж прояву в цій сфері приватного та публічного права як таких. Тобто, використовуючи відомі критерії – предмет, метод правового регулювання, а також вид інтересу, що підлягає правовій охороні – необхідно визначити, які соціальні зв'язки освітньої сфери мають підлягати (підлягають) приватноправовому, а які публічно-правовому нормативному впливу. Отже, вирішувати означену проблему необхідно в площині пошуку відповідних важелів правового регулювання для тих чи інших суспільних відносин освітньої сфери, а не шляхом штучного створення нових («комплексних») галузей права.

4. Категорія «інтерес» з часів римського права класичної доби виступає критерієм встановлення для тих чи інших суспільних відносин режиму приватного або ж публічного права. Складність застосування цього критерію щодо соціальних зв'язків освітньої сфери полягає в тому, що тут щільно сходяться інтереси окремих осіб та суспільства в цілому. Особа, як носій приватного інтересу, прагне здобути освіту аби набути певних своїх світоглядних та (або) професійних якостей. У той же час, суспільство зацікавлене в підвищенні грамотності населення та в отриманні професіоналів належної кваліфікації. Отже, рушійними силами, що породжують освітній процес у широкому значенні, є обидва види інтересів: приватний та публічний. Це неминуче тягне за собою одночасний прояв у розглядуваних тут відносинах однойменних правових режимів, тобто – приватного та публічного.

5. Публічно-правовому впорядкуванню мають підлягати (підлягають) відносини щодо: визначення стратегічних цілей здійснення освітньої діяльності в країні; прогнозування потреб суспільства в професіоналах певного напрямку, певного рівня компетенції та певної кількості; створення системи державних і комунальних навчальних закладів; створення навчальних закладів як юридичних осіб, у тому числі й приватних; ліцензування та акредитації освітньої діяльності; контролю за використанням суб'єктами освітньої діяльності публічних фінансів; сертифікації освіти тощо.

6. Здобувачем освіти завжди є людина. Участь людей у відносинах зі здобуття освіти є прикладом участі фізичних осіб у приватноправових відносинах.

Здобувачі освіти, прямо чи через своїх законних представників, вільно вступають в освітні правовідносини. Вони юридично не підвладні закладам освіти та характеризуються майновою самостійністю. Сам процес надання-здобуття освіти є різновидом надання послуги – освітньої послуги, що вказує на приналежність подібних відносин до приватного права не тільки за методом, але й за предметною ознакою. Академічна свобода, свобода вибору видів, форм і темпу здобуття освіти, освітньої програми, закладу освіти, інших суб'єктів освітньої діяльності, як принципи, закріплені в новому Законі України «Про освіту», вказують на диспозитивність правового регулювання відносин з надання-здобуття освіти. Доречно відзначити, що однією з контекстуальних особливостей згаданого Закону є подальше розширення ініціативності учасників освітнього процесу та формальне закріплення їх юридичної рівності, свободи волевиявлення. Це знаходить своє відображення в інших, окрім названих вище, принципах: людиноцентризм; забезпечення рівного доступу до освіти без дискримінації за будь-якими ознаками; різноманітність освіти; фінансова, академічна, кадрова та організаційна автономія закладів освіти у межах, визначених законом тощо. Зміст вказаних принципів повною мірою відповідає «духу» приватного права.

Отже, освітні відносини у вузькому розумінні, тобто як безпосередній зв'язок навчальний заклад – здобувач освіти (власне освітні відносини), не тільки можуть, але й мають регулюватися приватним правом. Беззаперечно, до предмету приватного права належать відносини з самоосвіти та відносини, де освіта здобувається на договірній основі з репетиторами, тренерами чи іншими педагогами, які здійснюють неформальну освітню діяльність.

7. Попри наявність в Україні вагомого наукового здобутку щодо розробки приватно-правових форм регулювання освітніх відносин, наразі спостерігається ігнорування цього матеріалу законодавцем. ЦК України містить у собі тільки загальні положення про надання послуг як таких, без урахування особливостей надання саме освітніх послуг. У спеціальних актах освітнього законодавства також не знайти нормативної деталізації впорядкування даних відносин, що породжує прогалинність «писаного права» освітньої сфери. Вирішення цієї проблеми немалою мірою залежить від активності представників юридичного корпусу, зокрема – від цивілістів.

Одержано 11.04.2018

УДК 347.1

Олександр Романович Шишка,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1396-0508>

ОБ'ЄКТОЗДАТНІСТЬ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ КОНЦЕПТУАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГЛАМЕНТУВАННЯ

Актуальність тематики зумовлена вирішенням питання нормотворчого сприйняття категорії «особистих немайнових прав фізичної особи». Проблематика спричинена догматичними установами про неможливість залучення до цивільного обороту не лише особистих немайнових благ, але і самих прав на такі блага. Це стосується і питання їх невідчужуваності та непередаваності. В правозастосовній практиці як правило положення ст. 178 та ст. 269 ЦК України розуміються з врахуванням вказаних вище догматичних постулатів. Це стосується і переважної більшості наукової літератури. Проте детальний аналіз ЦК України, а саме окремі його положення, вказує на протилежне. Зокрема, у певних випадках встановлених законом особисті немайнові блага, як і особисті немайнові права на ці блага допускаються до цивільного обороту. Все це вказує на те, що: або має місце неправильне сприйняття концепту ЦК України; або існує суперечність певних норм ЦК України з огляду на різноконцептуальність правового підходу до благ та прав, які названі як «особисті немайнові».

На сьогоднішнє питання про відчужуваність як і про допуск до благ, що має особистий немайновий характер стосуються певної сфери інтелектуальної та творчої діяльності¹,

¹ Цьому є підтвердження ч. 4 ст. 423 ЦК України в якій визначено, що у випадках встановлених законом особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть відчужуватися

особистої немайнової сфери фізичної особи¹ та сфери корпоративного права². Також, це стосується і спадкування об'єктом чого можуть бути певні особисті немайнові права, зокрема право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, за умов, якщо стосовно таких прав допускається правонаступництво. Щодо останнього, то в юридичній літературі обговорюється питання можливості переходу деяких особистих немайнових прав у порядку спадкування. Так, А. В. Гелич зазначає, що особисті немайнові права, пов'язані з майновими, можуть входити до складу спадщини у випадках, встановлених законом, установчими документами юридичних осіб, заповітом спадкодавця, а також, якщо вони пов'язані з майновими правами і не можуть мати самостійного значення [1]. Не піддаючи сумніву та критиці таке твердження слід зауважити, що з методологічної точки зору та законів логіки про можливість переходу від однієї особи до іншої деяких особистих немайнових прав може пояснюватися тим, що у момент переходу таких прав (за умов, якщо об'єкт особистих немайнових прав, як і самі права на них здатні «пережити» свого носія) тісний зв'язок з особою втрачається, оскільки її вже немає. Хоча тут слід враховувати і те, що такі права можуть пов'язуватися не лише з особою, але і з особистістю, де останнє має важливе значення при встановленні можливості чи неможливості залучення до цивільного обороту певних особистих немайнових прав. Хоча враховуючи семантику слова «особистий» до немайнових прав єдине логічне та несуперечне пояснення сказаному є те, що словосполучення «особисті немайнові права» повинне мати більш умовний характер, ніж буквальный. Недарма С. Я. Фурсою зроблено висновок, що при практичному застосуванні терміна «особисті немайнові права», необхідно посилається на конкретні норми закону, які встановлюють можливість або заборону спадкування [2, с. 789].

Можливість залучення до цивільного обороту особистих немайнових прав підсилює і той факт, що ст. 269 ЦК України змодельована так, що її розуміння може сприйматися так, що особисті немайнові права фізичної особи мають розглядатися як об'єкти цивільних прав (правовідносин). В підтвердження цьому слід звернути увагу на ч. 1 цієї статті, в якій регламентовано, що особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом. Зокрема, звертає на себе увагу слово «належить» та форма

(передаватися). До таких відчужуваних прав в науковій літературі відносять право на заявку, право на пріоритет заявки, право на отримання патенту чи свідоцтва, право на спеціальну назву об'єкта інтелектуальної власності, права на забезпечення недоторканності комп'ютерної програми, створеної у зв'язку з виконанням трудового договору або договору замовлення тощо. Про допустимість деяких особистих немайнових прав інтелектуальної власності передаватися/відчужуватися наголошує О. П. Сергєєв, М. І. Нікітіна, В. А. Кабатов, О. М. Мельник, Л. С. Нецька, О. М. Піцан, М. К. Галянтич, І. Е. Берестова, А. Морію, Л. В. Малюга, В. С. Дмитришин, О. В. Жилинкова, С. В. Ясечко та інші.

¹ Так, певні дослідники, зокрема К. А. Флейшиць, С. О. Сліпченко, К. Ф. Єгоров, М. Л. Нохріна та інші вказують на здатність до переходу після смерті деяких особистих немайнових прав.

² Можливість визначення деяких немайнових прав об'єктами певних правовідносин підтверджують роботи і інших дослідників. Так вчені (І. В. Спасибо-Фатєєва, В. Г. Жорнокуй та інші) у сфері корпоративного права визнають той факт, що деякі корпоративні немайнові права слід розглядати як об'єктами цивільних прав, оскільки на практиці такі права стають предметом деяких правочинів. Зокрема, ними є право участі у товаристві (ст. 100 ЦК України), немайнові корпоративні права, що випливають з акції, право на інформацію про діяльність господарського товариства тощо.

лексико-граматичного варіанта інваріантної семантичної структури речення, яка будується за формулою – «об'єкт – належність – суб'єкт» [3, с. 237]. Зазначимо, що категорія «належність» тісно пов'язана із категорією «власність», оскільки категорія «власність» утворилась на основі природного поняття «приналежність» [4, с. 66–67] та вказує на результат процесу присвоєння [5, с. 123] чогось комусь, через визначення того, для кого воно є «своім», «моїм», «нашим», а для кого воно є «чужим», «не моїм», «не нашим». Важливо звернути увагу, що ЦК України категорію «належить» застосовує в переважній більшості до об'єктів цивільних прав, а саме до речей, майна, власності, грошей, акцій та інших об'єктів цивільних прав, у тому числі і до майнових прав¹. Стосовно категорії «права», як і «обов'язку» в ЦК України найбільш фразеологічно до них застосовується дієслово «мати» (наприклад, «... мати права ...»). Підтвердженням цьому є ЦК України, в якому більш ніж у 600 випадках дієслово «мати» чи «має» застосовується з прив'язкою до слова «права»². При цьому семантика такого слова вказує не на стан присвоєнності прав певній особі, а на стан їх обладнання. Хоча у деяких випадках до таких прав законодавець застосовує категорію «належить»³ і то зміст певних норм можна тлумачити по-різному, а саме розглядати такі права не лише як суб'єктивні права, але і в якості об'єктів певних правовідносин.

Якщо з попередніми аргументами не можна погодитися, то цікавим є те, що у ч. 4 ст. 269 ЦК України встановлено, що особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно. Ніби тим самим підкреслюючи, що особисті немайнові права начебто не тільки є об'єктом цивільних прав, але і власністю, річчю, оскільки володіння – фактична влада над річчю. Проте, як можна володіти тим, над чим особа не може навіть установити фактичного панування. Оскільки право – міра (межа) можливої поведінки з приводу певних матеріальних та нематеріальних благ. Мірою не можна володіти. Вона може лише визнаватися за певною особою, а також визначатися законом або договором станом її обладнання.

При такому концептуальному підході виникають більше запитань, ніж відповідей. З наведеного можна зробити висновок, що особисті немайнові права як об'єкти цивільних прав є начебто речами нематеріального світу (оскільки природа прав є ідеальною, нематеріальною), в супереч доктрини цивільного права та ст. 179 ЦК України де встановлено, що речами є лише предмети матеріального світу. Проте чи можуть особисті немайнові права фізичної особи взагалі бути об'єктом, зокрема речами, бо за таких обставин слід тоді визнати, що вони можуть передаватися, знаходитись у динаміці, а до них може бути застосований правовий режим, аналогічного до режиму речового права, що видається є неможливим.

Вище наведене підсилює і той факт, що ст. 269 ЦК України допускає можливість надання особистих немайнових прав іншій особі шляхом їх допуску до особистого немайнового блага без його відчуження з метою отримання користі третьою особою від блага особи-носія. В підтвердження таких слів слід звернути увагу на ту обставину, що ч. 3 ст. 269 ЦК України не забороняє фізичній особі як носію таких прав надати третім особам право на їх використання у межах незаборонених законом. Безумовно, що за умов, що

¹ Див. більш детально ЦК України, а саме: ст. 52, ч. 2 ст. 78, ч. 2 ст. 96, ст. 152, ч. 2 ст. 178, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 197, ст. 322, 325–327, ст. 346, ст. 355, ч. 4 ст. 722, ст. 747, ст. 806, ч. 5 ст. 972, ст. 1218 тощо.

² Див. більш детально ЦК України, а саме: ч. 2 ст. 26, ч. 1 ст. 91, ч. 1 ст. 94, ч. 1 ст. 270 тощо.

³ Див. більш детально ЦК України, а саме: ч. 1 ст. 317, ч. 3 ст. 390, ч. 6 ст. 694, ч. 1 ст. 761, ст. 775, ч. 1 ст. 1063 тощо.

такі права взагалі здатні надаватися третім особам. З аналізу ч. 3 ст. 269 ЦК України ці межі визначені на умовах, що такі особисті немайнові права при наданні третім особам залишатимуться у тісному зв'язку із фізичною особою, без можливості відмовитися від них самим носієм або бути позбавленими цих прав. Тобто, виходить, що поведінка іншої особи, яка направлена на задоволення його немайнових інтересів шляхом допуску самим носієм до його особистих немайнових прав може бути оформлено так, як це здійснюється при наданні об'єкта права інтелектуальної власності на його використання, тобто видачею відповідної ліцензії, подібної до невиключної ліцензії.

Отже, можна зробити висновок, що ЦК України допускає можливість, що певні особисті немайнові права фізичної особи можуть залучатися до цивільного обороту, а отже мають цивільну оборотоздатність. Хоча і з певними межами та обмеженнями. Проте незрозуміло, чи мають вони поряд з цивільною оборотоздатністю натуральну оборотоздатність та об'єктоздатність? Мабуть ні, бо як міру можливої поведінки, яка нерозривно пов'язана з фізичною особою можна визнати благом та ще й надати режим об'єкта, коли такі права автономно не існують без особистого немайнового блага. Права, як і обов'язки лише оформляють та закріплюють юридичний стан приналежності між особою, яка має монополію на об'єкт, та іншими особами, які її не мають через визначення сферою права меж володіння та/або обладнання таким об'єктом. Тож допуск до блага чи його передання можливе лише щодо блага, а не щодо прав. Права це лише міра можливої та дозволеної поведінки що встановлена та гарантована законом; надає особі можливість користуватися певним матеріальним чи нематеріальним благом для задовольняти своїх потреб; оформлює та закріплює юридичну владу суб'єкта над об'єктом, а також визначає сферу, межі, форми та способи поведінки управомоченої та зобов'язаної особи з приводу цього блага. В цьому сенсі суб'єктивні права виступають певним «мірилом» юридичних повноважень з приводу здійснення тієї чи іншої дії по відношенню до певного об'єкта права.

Проте, як би не вкладались деякі права у концепцію об'єкта цивільних прав їх визнання може бути пояснене застосування певної юридичної техніки. Сутність такої техніки передбачає, що коли мова йде про перехід або відчуження прав як об'єктів цивільних правовідносин, то тут можна допустити лише певну умовність. Вона полягає у тому, що хоча законодавець і підтримав таку правову конструкцію, а отже визнав за деякими правами можливість бути об'єктами цивільних прав, а значить допустив їх ніби участь у цивільному обороті, проте насправді динаміка відбувається не щодо прав, а стосовно благ, що є об'єктами цих прав. Хоча цей підхід надає можливість саме через права визначити в якій мірі здійснюється допуск до використання блага, або в якій частині здійснене його відчуження чи перехід.

Підтвердженням цьому може бути і той факт, що майнові права (стосовно яких сьогодні не піддається сумніву) є не лише об'єктоздатними, але і оборотоздатними. Проте якщо такі права можуть в межах права визнаватися об'єктами цивільних прав та залучатися до цивільного обороту, то що заважає і немайнові права залучати до цивільного обороту. Тим паче, що природа майнових, як і немайнових прав є однією. Майнові та немайнові права мають ідеалістичну природу та є категоріями виключно юридичного порядку, їх існування без самого соціального блага, що має потенційну чи дійсну цінність неможливе. Вони відносяться до предметів нематеріального світу, оскільки право є явищем суто ідеального (юридичного) світу, не має ознак предметів фізичного (неюридичного, реального) світу. Їх існування поза правом є неможливим; лише в межах раціональної реальності. Проте заперечувати факт існування деяких прав як об'єктів певних правовідносин –

це все рівно що зламати існуючі правові підходи до регулювання приватних відносин. Цього напевно робити не можна. В цьому сенсі немайнові права, як і майнові лише можна віднести до об'єктів цивільних прав, застосувавши правову фікцію.

Зазначені обставини з очевидністю демонструють невідповідності не лише у сфері «належного», але й у сфері знань про «належне» і «сущє». Відповідно, все це приводе до необхідності проведення ревізії в системі цивільних прав на предмет визначення концепту такої категорії як «особисті немайнові права», особливо на предмет того чи є дійсно нагальна потреба у залученні їх до цивільного обороту в якості об'єктів цивільних прав, а також чи можуть вони бути предметами правочинів, які направлені на їх відчуження/передання. Це стосується і питання того, що не всі на сьогодні особисті немайнові права мають тісний зв'язок з особою-носієм. В цьому сенсі не досить правильним називати права особистими, якщо вони не мають такого тісного зв'язку з особою, мають здатність до їх відчуження, переходу. Це принаймні вирішило б питання суперечностей, що мають місце у актах цивільного законодавства з приводу від'ємності/невід'ємності від особи-носія деяких особистих немайнових прав.

Список бібліографічних посилань

1. Гелич А. О. Об'єкти спадкування за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. 18 с.
2. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар : [у 2 ч.] / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ : Ін Юре, 2004. Ч. 2. 896 с.
3. Копров В. Ю. Семантико-функциональный синтаксис русского языка в сопоставлении с английским и венгерским. Воронеж : Издатель О. Ю. Алейников, 2010. 328 с.
4. Экономика: объективные возможности / В. П. Бабкин, В. А. Каменецкий, В. П. Патрикеев, Е. Г. Пономарева, Н. А. Соколова. М.: Экономика, 2011. 221 с.
5. Потеев Д. А. Особенности производительных сил постиндустриальной экономики. *Культура народов Причерноморья*. 2005. № 67. С. 121–126.

Одержано 05.04.2018

УДК 347.7

Ігор Євгенович Якубівський,

доцент кафедри цивільного права та процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка,

кандидат юридичних наук, доцент

ПРО ЮРИДИЧНУ ПРИРОДУ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Охорона прав на результати інтелектуальної діяльності людини як правове явище виникло не так вже й давно, якщо порівнювати із такими інститутами, як право власності, зобов'язальне право, спадкове право. Перші закони у сфері авторського права та прав на винаходи були прийняті у європейських країнах лише у XVII–XVIII ст. Це одразу ж поставило на порядок денний питання про юридичну природу прав на відповідні творчі результати. Відтак, було напрацьовано цілу низку теорій, якими робились спроби розкрити сутність зазначених прав та показати їх місце в системі інститутів цивільного права. Мабуть, основна проблема тут полягала у тому, що римське приватне право, яке у тій чи іншій мірі

було покладено в основу формування цивільного права різних країн тогочасної Європи, не знало подібної категорії прав. За таких умов права на результати творчої діяльності намагалися «підводити» під уже відпрацьовані цивілістичні конструкції, такі як право власності, договір тощо. Найбільш відомою у цьому напрямі була і залишається проприетарна теорія (від англ. – *property* власність), з позиції якої права на результати творчої діяльності становлять різновид права власності, а їх зміст розкривається через правомочності власника – володіння, користування і розпоряджання. Як наслідок даного підходу з'явилися поняття «духовна власність», «літературна власність», «художня власність», «промислова власність», а пізніше – «інтелектуальна власність».

Філософсько-світоглядною основою проприетарної теорії стала, насамперед, «трудова теорія власності», відповідно до якої праця людини породжує невід'ємне право власності на її результат. Також відчутний вплив на формування проприетарної теорії мала концепція природних прав людини, яку відстоювали у XVIII ст. французькі філософи-просвітники. Зазначені погляди були сприйняті такими вченими-юристами, як Лабуле, Франк, Ейзенлор та ін. і покладені в основу проприетарної теорії. Розуміння літературних і художніх творів, винаходів як об'єктів права власності на той час сприймалось як своєрідна гарантія недоторканності прав на зазначені творчі результати. Крім того, у сфері авторського права такий підхід дозволяв обґрунтувати, що первинно право на твір належить саме його авторові, а не видавцеві. Стосовно патентного права проприетарна теорія сприяла утвердженню облігаторного принципу надання правової охорони винаходам, на відміну від факультативного принципу, притаманного системі привілеїв.

В українській цивілістиці серед прихильників проприетарної теорії слід назвати О. А. Підпригору, О. О. Підпригору, О. М. Мельник, О. І. Харитонову та ін. При цьому вітчизняні вчені, які підтримують дану теорію, розглядають інтелектуальну власність як особливий різновид власності поряд із власністю на рухомі речі та власністю на нерухомість (О. О. Підпригора) або ж як певний «сурогат» права власності на специфічний об'єкт – результати інтелектуальної, творчої діяльності (О. І. Харитонova).

Інший напрямок у вирішенні питання про юридичну природу прав на результати інтелектуальної діяльності передбачає виокремлення їх у самостійний вид суб'єктивних цивільних прав (*sui generis*). З цієї позиції права на твори, винаходи інші подібні об'єкти розуміються як виключні права, що закріплюють юридичну можливість використання об'єкта лише за певною особою і заборону усім іншим вчиняти такі дії без дозволу такої особи. одночасною заборону. Через категорію виключних прав пояснювали природу прав на результати інтелектуальної діяльності у XIX ст. німецькі науковці Вахтер, Клостерман. У свою чергу бельгійський юрист Пікар запропонував термін «інтелектуальні права» (*droits intellectuels*), який, на його думку, позначає самостійну групу прав поряд із класичними інститутами особистого, речового і зобов'язального прав.

Серед українських науковців подібне бачення природи прав на результати інтелектуальної власності підтримують В. І. Жуков, А. О. Кодинець, О. В. Кохановська, Н. С. Кузнєцова, Р. Б. Шишка та ін.

Варто зазначити, що законодавство, яке діяло у різні часи на території сучасної України теж містило неоднакові підходи щодо цього. Так, Звід законів цивільних Російської імперії 1832 р., Австрійський авторський закон 1895 р. були побудовані на теорії виключних прав.

У законодавстві колишнього Союзу РСР проприетарний підхід теж не був сприйнятий, а сам термін «інтелектуальна власність» у законодавстві не вживався. У ЦК Української

РСР 1963 р. містилися окремі розділи «Авторське право», «Право на відкриття», «Винахідницьке право», які були структурно розміщені між розділами, присвяченими зобов'язальному і спадковому праву. Не можна стверджувати й про те, що законодавство у той час було повністю побудоване на теорії виключних прав.

В період становлення України як незалежної держави у законодавстві став відчуватися помітний вплив проприетарної теорії. Так, у 1991 р. було прийнято закони «Про власність», «Про основи державної політики в сфері науки і науково-технічної діяльності» та ряд інших, які проголошували результати творчої діяльності об'єктами права власності. Показовим у цьому відношенні є вживання щодо зазначених результатів терміну «право власності», тобто навіть без прикметника «інтелектуальної», що по суті отожднювало права на результати творчої діяльності із правом власності.

Далі у 1993 р. прийнято більшість чинних донині спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності, які сприйняли неоднакові підходи до визначення юридичної природи прав на різні об'єкти інтелектуальної власності. Так, у ЗУ «Про авторське право і суміжні права» сприйнята теорія виключних прав – даний закон навіть містить дефініцію цього поняття. На відміну від цього, ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки», ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та деякі інші закони частково сприйняли проприетарну теорію. Причому варто зазначити, що більшість законів у сфері промислової власності хоч і оперують термінами «право власності», «власник патенту», «власник свідоцтва», «договір про передачу права власності» тощо, проте зміст майнових прав на відповідні об'єкти визначають не через тріаду правомочностей власника, а з позиції виключних прав.

Конституція України 1996 р. теж не містить чіткого підходу щодо розглядуваного питання. Так, ст. 54 Основного Закону закріплює поняття «інтелектуальна власність». У ст. 41 Конституції України передбачено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами інтелектуальної, творчої діяльності. Тобто, з одного боку, ст. 41 розмежовує «власність» і «результати інтелектуальної, творчої діяльності», але, водночас, поширює на останні тріаду правомочностей власника.

Прийнятий у 2003 р. ЦК України, слідуючи термінології, передбаченій Конституцією України, закріпив поняття «право інтелектуальної власності». Водночас, зміст зазначеного суб'єктивного права, зокрема, щодо його майнової складової, ЦК України розкриває, в цілому, з позиції виключних прав. Хоча, як і в спеціальному законодавстві, ця ідея проведена не до кінця, оскільки не усі майнові права інтелектуальної власності визначені як виключні.

Таким чином, станом на сьогодні законодавство України не містить чіткої позиції щодо визначення юридичної природи майнових прав інтелектуальної власності. Водночас, закріплення у законодавстві України однієї із вищезазначених теорій «у чистому вигляді» теж видається малоприйнятним.

Так, сприйняття проприетарної моделі передбачатиме визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності через тріаду правомочностей власника. Однак, при усій повазі до вчених, які підтримують проприетарну теорію, все ж дозволимо собі зазначити, що подібне трактування сутності прав на результати творчої діяльності не враховує такого важливого моменту, як нематеріальний характер об'єктів права інтелектуальної власності, і, як наслідок, практичну неможливість застосування до відносин щодо таких об'єктів якщо не всіх, то принаймні більшості норм інституту права власності. Можливо, на початку 90-х рр. минулого століття, після розпаду Союзу РСР з його тоталітарною

системою і переходу до якісно іншої моделі відносин між особою і державою сприйняття проприетарної теорії прав на результати творчої діяльності було, до певної міри, виправданим. Адже реформування політичної та економічної системи передбачало утвердження розуміння особи саме як власника, насамперед – на результати своєї праці, включаючи й інтелектуальну. Тому видається, що не випадково ренесанс проприетарної теорії припав саме на період розпаду Союзу РСР та утворення на основі колишніх республік незалежних держав.

Проте в сучасних умовах застосування проприетарного підходу стає непотрібним і не виправданим. Визначення авторських чи патентних прав як прав непорушних і сприйняття інтелектуальної власності як товару не обов'язково має пов'язуватись із розумінням останньої з позицій проприетарної теорії. Водночас, стають дедалі очевиднішими відмінності між правом власності і правами на результати інтелектуальної діяльності та засоби індивідуалізації.

З іншого боку, якщо повністю притримуватися теорії виключних прав, то доведеться відмовитися від терміна «право інтелектуальної власності», замінивши його іншим («інтелектуальні права», «виключні права» тощо). Але досвід запровадження такого підходу у законодавстві деяких інших країн показує, що це не тільки не вирішує проблеми, але, навпаки, ще більше загострює дискусію з цього приводу. Крім того, термін «право інтелектуальної власності» вживається на лише у національному законодавстві багатьох країн, але й є усталеним на міжнародному рівні, зокрема у праві ЄС.

Тому оптимальним бачиться компромісний варіант, при якому юридична природа та зміст майнових прав інтелектуальної власності базуватиметься на теорії виключних прав, проте буде збережено сам термін «право інтелектуальної власності».

Одержано 02.04.2018

УДК 347.131

Світлана Вадимівна Ясечко,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4058-9959>

ЩОДО ПИТАННЯ ІМІДЖЕВИХ ПРАВ

Багато знаменитостей, мають цінним активом – об'єкти, які не вкладаються в традиційну систему цивільного обороту.

Видатні спортивними результатами атлети, отримують максимальну вигоду від своєї впізнаваності, беручи участь в рекламних кампаніях. Доходи від такої активності значно перевищують доходи від спортивної діяльності.

Право на використання імені знаменитості, її зображення, способу, впізнаваності, репутації на сьогоднішній день прийнято кваліфікувати як іміджеві права.

Правова природа цього поняття полягає в фундаментальному праві кожної людини використовувати деякі особисті немайнові права на свій розсуд. Поступово це право набуває економічну складову і стає об'єктом цивільного обороту.

Імідж (від англ. *«image»* – «образ», «зображення») – мислене уявлення про людину, товар чи інститут, що спрямовано формується у масовій свідомості за допомогою масової інформації.

Імідж створюється з метою формування конкретного ставлення до об'єкту в суспільстві; він може поєднувати як реальні властивості об'єкту, так і вигадані. В результаті революційного розвитку системи комунікації, розширення та модифікації інформаційного простору, значення, вплив та цінність інформації, нематеріальних об'єктів та немайнових прав значно змінилось. Даний процес не міг залишити без уваги і зміни щодо зростання ролі іміджу осіб в суспільстві.

У США концепція іміджевих прав охоплюється конструкцією *«right of publicity»*, яка захищає від несанкціонованого комерційного використання імені і образу. Так в справі *Davis vs. Electronic Arts Inc.* 2015 [1]. Суд зазначив, що використання відповідачем образів професійних гравців в американський футбол в серії відеоігор *Madden NFL* не є випадковим, тому що це – головна комерційна мета.

У Великобританії у справі *Proactive Sports Management Limited vs Wayne Rooney* 2010 [2]. Суд визнав договір про розпорядження іміджевими правами, який футболіст уклав на зорі спортивної кар'єри.

У справі *Robyn Rihanna Fenty vs. Topshop* 2015 [3]. Суд визнав продаж ритейлером футболок із зображенням поп-діви порушенням її іміджевих прав, хоча такого поняття в англійському праві не існує. Суд акцентував увагу власників іміджевих прав на необхідності вдаватися до договірного врегулювання їх використання.

В іншій справі, *NVA Management Limited vs. Obafemi Martins* 2010 [4]. Суд, розглядаючи справу, керувався зазначеним в договорі визначенням *«image rights»*:

«Всі юридичні права, право на доходи і ділова репутація, які існують щодо використання, вилучення доходів, відтворення або асоціації з тим або іншим чином персональних атрибутів гравця, включаючи без обмеження ім'я, псевдонім, ініціали, автограф, карикатури, заяви, біографії, характеристики, визнання, фотографії, відео, кіно або звукозапису, голоси, відтворення зображення і образ і / або створене за допомогою комп'ютера або анімоване зображення, або будь-які інші значення визнання або ідентифікації».

Наприклад в Гернсі – на острові, який розташований в протоці Ла-Манш в складі Нормандських островів і який перебуває під юрисдикцією Британської корони – маловідомий і, на перший погляд, нічим не примітний. Але, особливість Гернсі – в існуванні унікальної реєстраційної системи іміджевих прав, що діє на підставі 137-сторінкового *The Image Rights (Bailiwick of Guernsey) Ordinance* [5], прийнятого в 2012 році.

Зазначений нормативний акт є фундаментальним документом і розглядає цілий пласт питань, пов'язаних з процедурою реєстрації і використання іміджевих прав.

Поняття *«image»* в згаданому ордонанси включає:

- ім'я особи (це може бути і юридичні особи, і вигадані псевдоніми) або будь-яке інше ім'я, завдяки якому така особа відома;

- голос, підпис, образ, зовнішній вигляд, силует, особливості, особа, вирази (вербальні або ж виразу обличчя), жести, манери і будь-які інші відмітні характеристики або властивості;

- будь-яка фотографія, ілюстрація, зображення, картина, або електронне зображення, інше уявлення про конкретну особу.

Іміджеві права в *Guernsey* зареєстрували, зокрема, *Manuel Pellegrini* (чилійський футболіст) і *Michael Owen* (англійський футболіст).

Так право на ім'я і зображення з розвитком спортивної індустрії та шоу-бізнесу монетизувати і стало повноцінним об'єктом цивільного обороту, який дозволяє селебріті вчиняти правочини з ними і отримувати дохід від впізнаваності.

В наш час в українському законодавстві відсутнє визначення терміну «імідж». Однак в спорті та шоу-бізнесі постійною стає практика передачі іміджевих прав спортсменів на користь клубів або спортивних федерацій, які, у свою чергу, входять до континентальних та світових міжнародних організацій. То, що ж слід розуміти під іміджевими правами? Це, перш за все, право на ім'я конкретної особи, її псевдонім (нікнейм), право на образ, фото– та відеозображення, підпис; компонентами іміджу часто виступають характерні висловлювання, що виступають засобами ідентифікації. Тобто, відповідно до вітчизняного законодавства – це певна сукупність особистих немайнових прав.

Список бібліографічних посилань

1. *Sprawa Davis vs. Electronic Arts Inc.* 2015. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1688882.html> (дата звернення: 13.03.2018).
2. *Proactive Sports Management Limited vs Wayne Rooney.* 2010 // England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions. URL: <http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=ew/cases/EWHC/QB/2010/80.html&query=i%22image+rights%22#disp73> (дата звернення: 13.03.2018).
3. *Robyn Rihanna Fenty vs. Topshop.* 2015 // England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. URL: [http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Civ/2015/3.html&query=\(title:\(+Fenty+\)\)+AND+\(%22image+rights%22\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Civ/2015/3.html&query=(title:(+Fenty+))+AND+(%22image+rights%22)) (дата звернення: 13.03.2018).
4. *NVA Management Limited vs. Obafemi Martins.* 2010 // England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions. URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/1807.html#para624> (дата звернення: 13.03.2018).
5. *The Image Rights (Bailiwick of Guernsey) Ordinance.* URL: <http://www.guernseylegalresources.gg/CHttpHandler.ashx?id=79721&p=0> (дата звернення: 13.03.2018).

Одержано 29.03.2018

УДК 347.453

Ела Валентинівна Вакулович,

*доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7581-0524>*

ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ ДЛЯ ЗДІЙСНЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ

Оренда автомобіля з метою міжнародних перевезень здійснюється на підставі договору оренди автомобіля, регулювання якого забезпечене главою 58 «Найм (оренда)» Цивільного кодексу України, у тому числі параграфом 5 цієї глави «Найм (оренда) транспортного засобу», параграфом 5 «Оренда майна та лізінг» глави 30 розділу VI Господарського кодексу України та Законом України «Про автомобільний транспорт». Також необхідним є врахування положень Конвенції про міжнародні автомобільні перевезення пасажирів і багажу, Конвенції про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів,

Наказу Міністерства транспорту та зв'язку України «Про затвердження Положення про ліцензійну картку» від 12.08.2010 р. та Статуту Асоціації міжнародних перевізників України.

Отже, відповідно до ст. 761 ЦК України, власник майна (в даному випадку автомобіля) має право передавати його в оренду іншим особам, як юридичним, так і фізичним.

Після того, як орендодавець та орендар визначили об'єкт оренди та узгодили інші істотних умов договору, орендодавець має виконати свій обов'язок відповідно до ст. 765 ЦК України, який полягає у своєчасній (негайній чи в строк, зазначений у договорі) передачі орендареві майна в користування. Згідно з ч. 1 ст. 767 ЦК України орендодавець зобов'язаний передати наймачеві річ у комплекті та у стані, що відповідають умовам договору оренди та її призначенню. В іншому разі орендодавець буде змушений нести відповідальність за недоліки переданого майна, які перешкоджають звичайній експлуатації, як за неналежне виконання зобов'язання. Наслідками відповідно до ст. 611 ЦК України може бути розірвання договору, зміна його умов, в тому числі, зменшення орендної плати, відшкодування збитків тощо.

Відповідно до ч. 2 ст. 767 ЦК орендодавець повинен також попередити орендаря і про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна орендаря чи інших осіб або ж призвести до пошкодження самої речі під час користування нею. Виконання цього обов'язку звільнить орендодавця від відповідальності, якщо у подальшому орендареві буде заподіяно шкоду особливими властивостями або недоліками речі, переданої в оренду. Вчинене орендодавцем під час укладання договору застереження про недоліки речі буде для нього гарантією звільнення від відповідальності за наявність цих недоліків як за неналежне виконання зобов'язання (навіть передача в оренду приміщення, що потребує капітального ремонту, буде цілком правомірною за умови попередження про таку необхідність орендаря під час укладання договору). Також орендодавець не має обов'язку відповідати і за ті недоліки речі, які орендар може виявити під час огляду речі, що передається в оренду, адже ч. 3 ст. 767 ЦК зобов'язує орендаря у присутності орендодавця перевірити справність речі й ті явні дефекти, для виявлення яких достатньо звичайної уважної перевірки одержуваного в оренду майна. Якщо ж під час передачі речі орендар неякісно виконає цей обов'язок або взагалі не приділить цьому уваги, то річ буде вважатися такою, що передана йому в належному стані.

Положення ст. 768 ЦК України містять правило щодо можливості надання орендодавцем гарантії якості речі, переданої в оренду. Існування такої гарантії надає орендареві право у разі виявлення недоліків, що перешкоджають її використанню відповідно до договору, пред'явити до наймодавця на вибір орендаря однієї з альтернативних вимог: замінити річ, якщо це можливо, відповідного зменшення розміру плати за користування річчю, безоплатного усунення недоліків речі або ж відшкодування витрат на їх усунення чи розірвання договору і відшкодування збитків, які орендареві були завдані.

Особливо слід звернути увагу на передачу в оренду майна, яке обтяжене правами третіх осіб (наприклад, право застави), які не припиняються та не змінюються і в період дії договору оренди (наприклад, заставодержатель може звернути стягнення на заставлене майно незалежно від того, що після укладення договору застави заставодавець здав його в оренду). Але, враховуючи, що реалізація третіми особами своїх прав на передане в оренду майно може істотно вплинути негативним чином на інтереси орендаря, орендодавець при укладенні договору повинен попередити орендаря про всі права третіх осіб на майно, що передається в оренду, інакше орендар вправі вимагати зменшення розміру орендної плати або ж розірвання договору та відшкодування збитків.

Основним документом, який дає змогу орендатору здійснювати міжнародні перевезення на орендованому автомобілі, є ліцензійна картка, порядок оформлення та отримання якої регламентується Наказом Міністерства транспорту і зв'язку «Про затвердження Положення про ліцензійну картку» від 12.08.2010 р.

Основні засади здійснення міжнародного перевезення регламентуються нормами ЗУ «Про автомобільний транспорт». В цьому Законі звертається увага на правила користування власними та орендованими транспортними засобами.

Умови та порядок укладання договору оренди визначаються між орендодавцем та орендарем, який є членом Асоціації міжнародних перевізників України, за взаємною згодою, але у відповідності до чинного законодавства. Після цього автомобіль вноситься на облік АсМПУ. Орендар для здійснення міжнародних перевезень отримує в Головної державній інспекції на автомобільному транспорті ліцензійну картку на орендований ним автомобіль, тобто бланк суворої звітності, до якої заносяться реєстраційні дані автомобільного транспорту. Ліцензійна картка оформлюється на автомобіль, який допущено до надання послуг з міжнародного перевезення. В отриманні ліцензійної картки заявнику може бути відмовлено в разі невідповідності даного транспортного засобу технічним умовам, установленим Ліцензійними умовами або при невідповідності даних у документах, поданих заявником.

Ліцензійна картка видається безкоштовно. Для її отримання потрібно заповнити бланк встановленого зразка, де обов'язково вказати визначені відомості.

Ліцензіат зобов'язаний надавати послуги з перевезення з використанням автотранспортного засобу, на який оформлено:

- відповідний реєстраційний документ, а у разі відсутності в автомобільному транспорті його власника, крім того, свідоцтво про право спільної власності на такий автотранспортний засіб або реєстраційний чи інший засвідчений в установленому порядку документ, що підтверджує право користування чи розпорядження таким автотранспортним засобом (ліцензійна картка);

- талон про проходження державного технічного огляду автотранспортного засобу;

- договір обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземного автотранспортного засобу;

- міжнародну страхову карту.

За умов використання орендованого автомобіля у міжнародних перевезеннях на перевізника покладається обов'язок систематично перевіряти технічний стан колісних транспортних засобів та складати графік такої перевірки.

Автотранспортні засоби, які здійснюють внутрішні і міжнародні перевезення, повинні бути у належному технічному стані, що підтверджує талон про проходження державного техогляду.

До міжнародних перевезень допускаються автомобілі і причепа (напівпричепа), що відповідають положенням Міжнародної Конвенції про дорожній рух та Європейській угоді в частині роботи екіпажів транспортних засобів, які обслуговують міжнародні автомобільні перевезення (ЕУТР), вимогам забезпечення безпеки руху. Кожний автомобіль, причеп (напівпричіп) повинен бути зареєстрованим в органах ДАІ і отримати свідоцтво про реєстрацію, а також розпізнавальний знак держави Україна.

Автомобілі і причепа (напівпричепа) повинні бути застраховані і мати Міжнародну страхову картку, що охоплює всі види цивільної відповідальності, яку повинні нести згідно з законодавством особи, винні в нанесенні третім сторонам тілесних пошкоджень чи матеріальних збитків.

Кожен вантажний автомобіль, причеп (напівпричеп) повинні отримати свідоцтво про придатність до міжнародних перевезень вантажів під пломбами, яке видає регіональний митний комітет.

Автотransпортні засоби, які виконують перевезення пасажирів, не повинні мати:

- конструктивних елементів, не передбачених заводом-виробником, у тому числі заблокованих аварійних виходів і дверей;
- непрозорих матеріалів замість скла у вікнах;
- пошкодження оббивки сидінь і салону, а також пошкодження фарби, плям і подряпин.

До міжнародних перевезень вантажів можуть допускатися транспортні засоби, які експлуатуються не більше 7 років і мають пробіг до 500 тис. км.

На всіх транспортних засобах, які виконують міжнародні перевезення, для контролю перевірки часу праці і відпочинку водіїв повинен використовуватись механічний контрольний пристрій – тахограф.

Передача транспортного засобу в користування повинна супроводжуватись належними документами. Цивільний кодекс України та інші нормативно-правові акти не встановлюють спеціальних вимог до порядку передачі транспортного засобу. Як свідчить договірна практика, є два шляхи оформлення передачі транспортного засобу наймачеві: а) сам факт підписання договору свідчить про передачу транспортного засобу наймачеві; б) сторони складають акт прийому передачі транспортного засобу.

При отриманні у користування транспортного засобу, орендар повинен отримати в Головній державній інспекції на автомобільному транспорті та у територіальних управліннях ліцензійну картку, яка повинна бути в автотransпортному засобі під час його використання.

Орендар зобов'язаний забезпечувати контроль та перевірку технічного та санітарного стану, а також ремонту транспортного засобу відповідно до Закону України «Про автомобільний транспорт».

Отже, отримання в оренду автомобіля для здійснення міжнародних перевезень покладе на орендаря низку додаткових обов'язків і необхідність отримати від орендодавця копії необхідних документів для оформлення ліцензійної картки.

Одержано 27.03.2018

УДК 347.272

Вікторія Валентинівна Васильєва,

науковий співробітник лабораторії корпоративного права

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,

кандидат юридичних наук

МАЙНОВІ ПРАВА ЯК ПРЕДМЕТ ЗАСТАВИ ТА ЇХ ВІДМІННІСТЬ ВІД СУМІЖНИХ КАТЕГОРІЙ

З аналізу чинного законодавства (статті 190, 656, 717 ЦК України, Закон України «Про заставу», Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», Закон України «Про іпотеку»), а також з урахуванням висновків Верховного Суду України за результатами розгляду спорів з приводу майнових прав, вбачається, що майнові права є об'єктами цивільного обороту.

Слід наголосити, що в силу ст. 177 ЦК України майнові права вважаються окремим самостійним об'єктом цивільних прав, відмінним від речей та інших матеріальних і нематеріальних благ.

С. І. Шимон слушно зауважує про необхідність виокремлення двох груп майнових прав як об'єктів: 1) права які уповноважують на власні позитивні дії (право користуватися річчю; речове право, набуте в порядку наділення правом); 2) права які уповноважують претендувати на майнове надання від інших осіб (право вимоги, яке є очікуваним правом власності) [1, с. 251].

Перша група прав включає так звані речові права, які пов'язані безпосередньо із доступом власника даних майнових прав до речі та/або можливістю вилучати корисні властивості речі. В різних нормативно-правових актах ці права називають ще речовими правами, однак єдиного розуміння законодавцем термінології не спостерігається, а подекуди змішуються поняття речових і суто майнових прав, що призводить до того, що на майнові права, які по суті є правом вимоги до боржника, у зобов'язанні поширюють режим речових прав, які мають більш тісний зв'язок із річчю.

Приблизний перелік речових прав на нерухоме майно наводиться в ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». До них належать:

- право користування (сервітут);
- право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис);
- право забудови земельної ділянки (суперфіцій);
- право господарського відання;
- право оперативного управління;
- право постійного користування та право оренди (суборенди) земельної ділянки;
- право користування (найму, оренди) будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремою частиною), що виникає на підставі договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки;
- іпотека;
- право довірчої власності;
- інші речові права відповідно до закону.

Основною ознакою речових прав є те, що вони походять від існуючого права власності, в той час як майнове право існує лише в межах зобов'язальної правовідносини, а прямий вплив на річ відсутній в силу її неіснування. Так, внаслідок передання майнового права у власність кредитор (особа, якій передано майнове право) має право вимагати від боржника (особи, яка передала майнове право) вчинення визначених договором дій.

Спільним у майнового та обмеженого речового права є наявність зобов'язально-правового компоненту, який за рахунок відносного обов'язку боржника забезпечує праву самостійність та об'єктоздатність. Однак, відмінність полягає в тому, що однією з визначальних характеристик речового права є те, що це право уповноважує суб'єкта мати можливість прямого впливу на об'єкт та здійснювати безпосередні повноваження щодо об'єкта, незалежно від позитивних дій зобов'язаних осіб. Разом з тим, майнове право спрямоване лише на особу боржника, а прямий доступ та вплив на річ є неможливим. Тобто майнове право цілком залежить від виконання обов'язку боржником.

Однією з характерних ознак майнового права є його спрямованість на майнові об'єкти. Саме завдяки цьому вони мають вартісне вираження, та економічну цінність, і

щодо яких може бути здійснена грошова оцінка. Так, Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» дає визначення поняття «майнові права», які можуть оцінюватися, як будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги (ст. 3 Закону).

Майнове право ніколи не може набути такого самостійного значення як право власності або речове право, адже завжди зберігається його зв'язок із тією правовідносиною, з якої це право виникло. Разом з тим, так само як і речове, майнове право, що належить суб'єктові, нерозривно пов'язане із конкретним благом і має споживчу вартість, пов'язане із річчю і слідує за річчю. Майнова цінність і мінова вартість майнового права забезпечується саме можливістю використання або набуття майна в майбутньому.

Майнове право є виразом тих цінностей, які будуть надані в майбутньому, при цьому вони є потенційними майновими благами, які ще не знаходяться в розпорядженні кредитора, однак він має підстави розраховувати на їх отримання.

Таким чином, майновим правом є міра можливої поведінки уповноваженої особи, змістом якої є претендування на вчинення зобов'язаною особою дій щодо передання об'єкта та утримання третіх осіб від посягання на нього. Це – право набути майнове благо у власність в майбутньому, внаслідок задоволення вимоги боржником. Для майнового права, що належить кредитору, характерний стан залежності від дій зобов'язаної особи, зв'язок із майном існує опосередковано через боржника, а не напряду.

Виходячи із самостійності та відокремленості майнових прав, предметом договору купівлі-продажу майнових прав є право вимоги до боржника, однак не сама річ, якої ще не існує.

Буквальне тлумачення норми п. 9 ч. 1 ст. 27 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» може давати підстави для висновку про роздільність даних об'єктів, так як в нормі зазначається, що державна реєстрація права власності здійснюється щодо права власності, а державна реєстрація інших речових прав здійснюється щодо таких прав.

У своїй постанові від 30.01.2013 р. у справі № 6-168цс12 Верховний Суд України зазначив, що майнові права на нерухомість, що є об'єктом будівництва (інвестування), не є речовими правами на чуже майно, оскільки об'єктом цих прав не є «чуже майно», а також не є правом власності, оскільки об'єкт будівництва (інвестування) не існує на момент встановлення іпотеки, а тому не може існувати й право власності на нього.

На можливість передачі майнових прав в заставу вказують положення законів:

ч. 1 ст. 576 ЦК України: предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення;

ч. 2 ст. 583 ЦК України: заставодавцем може бути власник речі або особа, якій належить майнове право, а також особа, якій власник речі або особа, якій належить майнове право, передали річ або майнове право з правом їх застави.

ст. 5 Закону України «Про іпотеку»: предметом іпотеки може бути об'єкт незавершеного будівництва, майнові права на нього, інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору, за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити право на набуте ним у власність відповідне нерухоме майно у майбутньому.

Слід відрізнити майнові права на нерухомість, що буде збудована у майбутньому, від прав на *об'єкти незавершеного будівництва*.

Положення Закону України «Про іпотеку» дозволяють передавати під заставу «майнові права на нерухомість, будівництво якої не завершено (ст. 1). Але при цьому ч. 2 ст. 5 Закону розрізняє іпотеку «об'єкта незавершеного будівництва» та «майнових прав на нього». Очевидно, що коли йдеться про об'єкт незавершеного будівництва, мається на увазі право власності в контексті ч. 3 ст. 331 ЦК України, а саме право власності на матеріали, обладнання тощо, які використовуються в процесі цього будівництва до завершення будівництва і створення майна.

При дослідженні законодавчих актів зустрічаємо також, що предметом договору застави можуть бути не лише речі та майнові права, які знаходяться у фактичному володінні заставодавця в момент укладення договору, але і *речі та майнові права, які можуть бути набуті ними в майбутньому*. Ст. 5 Закону України «Про іпотеку» говорить про те, що предметом іпотеки також може бути об'єкт незавершеного будівництва, майнові права на нього, інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору, за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити *право на набуте ним у власність відповідне нерухоме майно у майбутньому*. Згідно ст. 49 Закону України «Про заставу» заставодавець може укласти договір застави як належних йому на момент укладення договору *прав вимоги по зобов'язаннях*, в яких він є кредитором, так і тих, *що можуть виникнути в майбутньому*. Більше того, ч. 2 ст. 576 ЦК України передбачає, що до предмету застави також може належати майно, яке виникне в майбутньому, зокрема встановлено, що предметом застави може бути майно, яке заставодавець набуде після виникнення застави (майбутній урожай, приплід худоби тощо). Вбачається, що наведений перелік майна не є вичерпним. Таке широке трактування майна дозволяє припустити, що права вимоги, які виникнуть в майбутньому теж можуть бути предметом застави. Не зовсім зрозуміло, яким чином на практиці укладається договір застави речей або вимог, які ще не існують (і невідомо достовірно чи існуватимуть), яким чином формулюється предмет договору застави як його істотна умова, і чи забезпечуватиме така застava основне зобов'язання. Окрім того, в ч. 2 ст. 49 Закону України «Про заставу» зазначено, що при заставі майнових прав в договорі потрібно вказати боржника по відношенню до заставодавця. Оскільки майбутня вимога характеризується тим, що основне зобов'язання не виникло між первісним кредитором та боржником, а, отже, право вимоги ще не існує (первісний кредитор тільки припускає можливість виникнення такої вимоги), то відповідно, й вказати боржника неможливо.

Зрозуміло, що в даному випадку йдеться про недосконалість законодавчої лексики, що зумовлена нерозумінням системи об'єктів цивільного обороту, зокрема тих, що можуть виступати предметами застави. У будь-якому випадку, не слід плутати даний предмет застави із майновими правами. У випадках, про які йдеться в коментованій вище статті, заставодавець не володіє ані правом власності, ані майновими правами на об'єкти, що будуть створені у майбутньому. У той же час, майновими правами є реально існуючими правами вимоги, що належать заставодавцю в дійсному зобов'язанні, які уже мають вартісну оцінку.

Проаналізувавши об'єкти, які визначаються законодавцем як можливі предмети застави, слід констатувати, що майнові права відмінні від:

- права власності;
- речових прав на майно;
- права власності на об'єкт незавершеного будівництва;
- права власності на речі та майнові права, що можуть бути набуті у майбутньому, підтвердження чого вимагається за законом; та є окремим самостійним об'єктом цивільних прав.

Список бібліографічних посилань

1. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія. Київ, 2014. 664 с.

Одержано 10.03.2018

УДК 347.78

Сергій Олександрович Глотов,

старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук

**ТРИСТУПЕНЕВИЙ ТЕСТ ЗА БЕРНСЬКОЮ КОНВЕНЦІЮ:
ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА**

Для оцінки меж здійснення права автора на відтворення щодо обмежень авторського права досить доцільним видається застосування триступеневого тесту, викладеного в ч. 2 ст. 9 Бернської конвенції, згідно з яким обмеження зводяться до *певних особливих випадків (I), які не завдають шкоди нормальному використанню твору (II) і не обмежують необґрунтованим чином законні інтереси автора (III)*.

Обмеження авторського права визнаються такими тільки за умови дотримання вимог зазначеного триступеневого тесту, три елементи якого діють кумулятивно [1].

Як зазначає Мартін Зенфтлебен (Martin Senftleben), «триступеневий тест є найбільш важливою та всеосяжною основою для встановлення привілеїв з використання на національному рівні» [2]. Разом із тим, з огляду на історію народження цього тесту, що з'явився 1967 року в результаті Стокгольмського перегляду Бернської конвенції, можна однозначно говорити про те, що розглядувана норма є зразком своєрідного компромісу, у результаті якого відбулося зближення континентального й англо-американського авторського права в частині обмежень права, що криє в собі певну небезпеку. Як відомо, сім'я загального права сповідує відкриту систему обмежень авторського права, тобто систему, яка ґрунтується на заяві, а не на вичерпному переліку дій. На думку юристів, що репрезентують загальне право, «хоча ця техніка і менш точна, ніж вичерпний перелік, вона має свої переваги, оскільки є гнучкою» [3]. Утіленням відкритої системи постає доктрина сумлінного використання (fair use), у зародку якої стоїть ідея соціальної справедливості, що дозволяє охоронюваний авторським правом твір використовувати за певних обставин без дозволу і без будь-яких перепон з боку правовласника і не кваліфікувати це як порушення виняткових авторських прав. Іншими словами, теоретична модель авторського права в системі загального права визначається за формулою: «правилом є свобода використання, права є винятком». Сім'я континентального права (Німеччина, Франція, Україна та ін.) пропагує закриту систему обмежень авторського права, засновану на вичерпному переліку законних дій. В Україні, наприклад, цю систему втілено в ст. 21–25 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Інакше: теоретична модель авторського права в системі континентального права будується за формулою: «правилом є права, винятки з прав впливають із природного права *droit d'auteur*». І оскільки членами тієї ж Бернської конвенції є представники обох правових систем, відповідно, триступеневий тест застосовується як для закритих, так і для відкритих систем обмежень авторського права [4].

Ті критерії, які містяться в триступеновому тесті, за своїм характером є *відкритими*, що більше відповідає англо-американським традиціям авторського права. Це дозволяє стверджувати, що для країн з романо-германською системою права тест породжує деяке протиріччя щодо *закритої* системи обмежень, оскільки розглядуваний тест за суттю дозволяє національним судам держав із континентальною системою права виходити за межі названих у національному законі вилучень, що самою системою обмежень від початку не передбачалося. Це свідчить про те, що, з одного боку, триступеневий тест своїми абстрактними критеріями підриває юридичну визначеність, а з іншого – указує на нездатність закритих систем обмежень адекватно реагувати на сучасні реалії, викликані безупинним розвитком технологій (наприклад, просунуті інформаційні онлайн-послуги). Як доказ цього твердження тут можна навести чудовий огляд і аналіз судової практики на прикладі Нідерландів Франції та Німеччини, зроблений Мартіном Зенфтлебом (Martin Senftleben) [2].

Судова практика України на сьогоднішній день не містить прикладів використання триступенового тесту. Проте думається, що у світлі всіх політико-правових змін поява позиції національних судів із цього питання не змусить довго чекати на себе.

Список бібліографічних посилань

1. Глотов С. О. До питання про співвідношення приватного копіювання як обмеження авторського права і триступенового тесту // Актуальні проблеми приватного права : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 96-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф. В. П. Маслова (м. Харків, 14 лют. 2018 р.). Харків : Право, 2018. С. 319–321.
2. Senftleben M. The International Three-Step Test. A Model Provision for EC Fair Use Legislation. JIPITEC-2010. P. 67–82. URL: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2605/JIPITEC%202%20-%20Senftleben-Three%20Step%20Test.pdf> (дата звернення: 02.04.2018).
3. Colombet C. Major Principles of Copyright and Neighbouring Rights in the World – A Comparative Law Approach. UNESCO, 1987. P. 138.
4. Hugenholtz P. B. The Future of Copyright // A Digital Environment. 1-st Ed. Kluwer Law International, 1996. P. 258.

Одержано 11.04.2018

УДК 347.122

Оксана Михайлівна Гнатів,

асистент кафедри цивільного права та процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4161-8478>

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ

Держава, не зважаючи на принцип юридичної рівності усіх учасників цивільних правовідносин, є їх особливим суб'єктом. Особливість її цивільно-правового статусу слід пов'язувати із тією обставиною, що держава в особі уповноважених органів приймає загальнообов'язкові для усіх правила поведінки та сама повинна їх дотримуватись. Таким чином, поряд із обов'язками у нормативно-правових актах визначаються правові наслідки їх невиконання чи неналежного виконання. У сфері публічно-правових відносин держава

чітко регламентує підстави та міру відповідальності, а також підстави звільнення від нею суб'єктів публічно-правових відносин, що пояснюється імперативним підходом до врегулювання вказаних суспільних відносин. Поряд з цим, до цивільно-правових відносин застосовується принцип диспозитивності. Тому законодавець використовує два підходи щодо правового регулювання цивільної відповідальності. Учасники договірних цивільних правовідносин самостійно можуть визначати правові наслідки порушення зобов'язань, що між ними виникли. Проте, держава встановлює загальні підстави та міру договірної відповідальності, а також в окремих випадках – її максимальні межі. Наприклад, Закон України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22.11.1996 встановлює, що розмір пені за порушення грошового зобов'язання у сфері господарювання не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який вона сплачується. У поодиноких випадках держава встановлює чітко розмір відповідальності за порушення у сфері договірних цивільно-правових зобов'язань. Прикладом може бути ч. 2 ст. 274 Господарського кодексу України, яка встановлює відповідальність за неприйняття сільськогосподарської продукції безпосередньо у виробника. Як вбачається із логіки закріплення цієї правової норми, держава діє в інтересах сільськогосподарських підприємств, щоб запобігти ризикам підприємницької діяльності у цій сфері та недопущення банкрутства сільгоспвиробників. Таким чином, держава при прийнятті нормативно-правових актів у сфері договірної цивільної відповідальності намагається дотримуватися принципу диспозитивності, зокрема, свободи змісту договору, надаючи сторонам право самостійно визначати умови та міру цієї відповідальності.

Водночас, протилежний підхід застосовується при правовому регулюванні недоговірних цивільних зобов'язань із заподіяння шкоди. Держава в імперативному порядку визначає умови недоговірної цивільної відповідальності. При чому, ці умови диференціюються залежно від суб'єкта недоговірних цивільних відносин із заподіяння шкоди або обставин, при яких ця шкода була заподіяна.

Виступаючи водночас владним суб'єктом публічних правовідносин та учасником приватно-правових відносин на рівні з іншими суб'єктами, держава встановлює умови цивільної відповідальності щодо себе та створених нею суб'єктів. Цивільно-правова відповідальність створених державою суб'єктів за порушення договірних зобов'язань не відрізняється від відповідальності інших суб'єктів договірних цивільних відносин.

Однак, законодавець встановлює спеціальні умови недоговірної цивільно-правової відповідальності держави. Держава несе відповідальність за шкоду, заподіяну:

- 1) у разі прийняття закону, який припиняє право власності на певне майно;
- 2) незаконними рішеннями, діями, бездіяльністю органу державної влади, їх посадовою чи службовою особою;
- 3) органом державної влади у сфері нормотворення;
- 4) незаконними рішеннями, діями, бездіяльністю правоохоронних органів;
- 5) кримінальним правопорушенням.

Окрім цього, відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону України «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» від 13 грудня 2001 року держава відшкодовує ядерну шкоду у випадку повернення стягувачу виконавчого документа про відшкодування ядерної шкоди у зв'язку із відсутністю у боржника майна, на яке відповідно до закону може бути звернене стягнення.

Таким чином, особливості правового регулювання відповідальності держави у недоговірних зобов'язаннях із заподіяння шкоди зумовлені: 1) необхідністю захисту інтересів

потерпілого (наприклад, відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням; відшкодування ядерної шкоди у випадках, встановлених законом); 2) необхідністю компенсації державі відшкодованої нею шкоди у порядку регресу. У зв'язку із необхідністю захисту інтересів потерпілого законодавець встановлює обов'язок держави відшкодувати шкоду, заподіяну органом державної влади, їх посадовою або службовою особою незалежно від вини.

Одержано 13.03.2018

УДК 341.241

Анна Михайловна Гниздовская,

*адвокат, председатель Адвокатского объединения «Юрис Феррум»,
кандидат юридических наук*

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРА НА СПОРТИВНУЮ ПОДГОТОВКУ ИГРОКА (НА ПРИМЕРЕ ФУТБОЛА)

Защита прав и интересов несовершеннолетних игроков в футболе является приоритетной задачей Федерации Футбола Украины (далее – ФФУ) и всеукраинской детско-юношеской футбольной Лиги (далее – ДЮФЛ). С целью реализации стратегии защиты разрабатываются регламентные документы, принятые для урегулирования отношений, возникающих между футбольным клубом и несовершеннолетним игроком до получения им статуса профессионала.

Основными документами, регулирующими заключение и особенности договора на спортивную подготовку игрока, являются:

- Гражданский Кодекс Украины;
- Закон Украины «О физической культуре и спорте»;
- Дисциплинарные правила ФФУ;
- Дисциплинарный кодекс ДЮФЛ;
- Регламент ФФУ по статусу и трансферу футболистов;
- Регламентные и уставные документы ФФУ, ФИФА, УЕФА;
- Договор о сотрудничестве ФФУ и ДЮФЛ [1].

Закон Украины «О физической культуре и спорте» определяет принципы создания и функционирования системы учреждений детско-юношеского спорта. Основной задачей государства в этой сфере является обеспечение соответствующего уровня подготовки и развития молодых спортсменов, в том числе, в футболе [2].

С целью выполнения указанной задачи в футболе была введена конструкция договора на спортивную подготовку молодых игроков.

Футбольные клубы имеют право самостоятельно разрабатывать договоры на спортивную подготовку в соответствии с собственной организационно-правовой формой и требованиями законодательства Украины на основе регламентных документов ФФУ [1].

Существующая конструкция договора на спортивную подготовку периодически критикуется футбольными экспертами, поскольку выплаты, предусмотренные данным договором, не соответствуют нормам действующего законодательства. По сути, договор

подменяет собой первый профессиональный трудовой контракт футболиста, ограничивая его возможности перемещаться из одного футбольного клуба в другой [3]. В качестве альтернативы предлагается предоставить футбольным клубам возможность подписывать с игроком аматорский или профессиональный контракт сроком на три года.

Однако предлагаемые варианты не вписываются в концепцию контрактной стабильности, существующей в футболе и соблюдение которой обеспечивается мерами воздействия со стороны Международной федерации футбола (в русской транслитерации – ФИФА). Поэтому на данный момент используется конструкция договора на спортивную деятельность, закрепленная в регламентных документах ФФУ и ДЮФЛ.

Под договором на спортивную подготовку игрока в футболе понимается гражданско-правовое соглашение между футбольным клубом и футболистом, заключаемое для предоставления клубом услуг спортивной подготовки футболиста с целью подписания им в будущем первого трудового контракта с клубом и получения статуса профессионала [2].

Рассмотрим особенности такого договора.

Во-первых, договор на спортивную подготовку относится к непоименованным договорам, прямо не закреплённым в Гражданском Кодексе Украины.

Во-вторых, по сути, такой договор является консенсуальным, так как считается заключённым с момента достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям и подписания. При этом в самом договоре существуют определенные обязательства футбольного клуба, выполнение которых будет возможно только в будущем при наличии определённых условий. В частности, если спортивная подготовка футболиста пройдет успешно, то футбольный клуб в будущем заключит с ним трудовой договор, являющийся одним из оснований получения статуса профессионала.

В-третьих, предметом договора выступают услуги футбольного клуба по спортивной подготовке футболиста. Определение такого предмета позволяет отнести договор на спортивную подготовку футболиста к разновидности договора услуг.

Спортивная подготовка футболиста – целесообразное использование знаний, средств, методов и условий, позволяющее направленно воздействовать на развитие футболиста и обеспечивать необходимую степень его готовности к спортивным достижениям. Спортивная подготовка включает техническую, тактическую, психологическую и физическую подготовку футболиста [4, с. 114].

Спортивная подготовка относится к виду спортивных услуг, предоставляемых спортивными организациями.

Спортивные услуги – организация и проведение субъектами сферы спорта подготовки спортсменов к соревнованиям по видам спорта, признанных в Украине [2].

Футбольные клубы представляют собой спортивные организации, принимающие участие в спортивных соревнованиях по футболу.

Сторонами договора на спортивную подготовку футболиста выступают:

- футбольный клуб;
- футболист.

Футбольный клуб представляет собой юридическое лицо со статусом субъекта хозяйствования, созданное с целью участия в соревнованиях по футболу под эгидой ФФУ или санкционированных ФФУ [5].

Под футболистом понимают спортсмена, берущего участие в учебно-тренировочном процессе и соревнованиях по футболу в составе футбольной команды [5].

Договор на спортивную подготовку заключается исключительно с несовершеннолетним футболистом, достигшим четырнадцатилетнего возраста.

Для подписания договора с футболистами, находящими в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет, футбольный клуб обязан получить нотариальное согласие родителей такого футболиста. Это обязательное условие, без выполнения которого договор не будет являться основанием для регистрации футболиста как игрока конкретного футбольного клуба.

Договор на спортивную подготовку заключается в письменной форме и подписывается в четырех экземплярах. Один экземпляр хранится в футбольном клубе, другой – у футболиста или родителей, если их согласие было обязательным, третий – в ФФУ и вносится в Базу данных ФФУ, четвертый – остается в организации, осуществляющей заявку футболиста в соответствующих профессиональных соревнованиях [5].

Существенным условием договора на спортивную подготовку является срок.

С целью защиты прав несовершеннолетнего футболиста, ФФУ ограничила сроки действия договора, чтобы побуждать футбольные клубы заключать в будущем первые трудовые контракты с игроками.

Договор на спортивную подготовку заключается с футболистами:

- в возрасте от 14 до 15 лет не более чем на два года;
- в возрасте от 16 до 18 лет не более чем на три года [5].

Следующим существенным условием выступает безвозмездность такого договора. Футбольный клуб предоставляет услуги по спортивной подготовке футболисту и /или его родителям, однако никакой оплаты за это не получает.

Сама конструкция договора была придумана, чтобы снизить финансовую нагрузку на бюджет футбольного клуба. Получается, что футбольный клуб сотрудничает с футболистом на основании договора на спортивную подготовку, футболист остаётся в клубе, но подписывать полноценный трудовой контракт и платить зарплату, налоги и иные обязательные платежи футбольный клуб не обязан.

По задумке ФФУ, это позволяет большему числу молодых футболистов получить шанс пробиться в профессиональный футбол и подписать полноценный трудовой контракт [5].

В договоре предусматриваются права и обязанности сторон по организации спортивной подготовки и проведению учебно-тренировочного процесса, закрепляется порядок участия футболиста в различных соревнованиях и других спортивных мероприятиях.

В договоре обязательно должны быть отражены следующие положения:

- страхование здоровья и жизни футболиста;
- медицинское обеспечение футболиста;
- обеспечение футболиста всеми видами социального страхования, установленными законодательством Украины;
- обеспечение футболиста в его футбольной деятельности квалифицированными специалистами, предоставление для его подготовки соответствующих спортивных сооружений, снаряжения и оборудования;
- создание соответствующих жилищно-бытовых условий для футболиста;
- дополнительные, кроме установленных законодательством Украины, основания расторжения договора;
- ответственность сторон за ненадлежащее исполнение или невыполнение условий договора;
- последствия нарушений условий договора;
- условия и основания заключения футболистом первого профессионального контракта с клубом [5].

Рассмотренный договор о спортивной деятельности направлен на обеспечение футбольным клубам первоочередного права заключать первые профессиональные трудовые договора с собственными воспитанниками. В таком случае футбольные клубы заинтересованы в подготовке и воспитании собственных талантов, потому что существующая система защищает их от потери времени и ресурсов, вложенных в игрока, что, фактически, обеспечивает максимальную возвратность инвестиций клуба, вложенных в процесс подготовки.

Список бібліографічних посилань

1. Регламент всеукраїнських змагань з футболу серед команд дитячо-юнацьких спортивних закладів сезону 2017/2018 років футболістів // ДЮФЛУ: сайт. URL: <http://duflu.org.ua/index.php/novini-ligi/1713-vikonkom-gs-dyuflu> (дата звернення 14.04.2018).

3. Що і як потрібно змінити в українському футболі. Концепція Ігоря Дедишина // Tribuna.com: сайт. URL: <https://ua.tribuna.com/tribuna/blogs/trezvost/892134.html> (дата звернення 14.04.2018).

4. Муллер А. Б. Физическая культура студента : учеб. пособие. Красноярск : Сибир. федерал. ун-т, 2011. 172 с.

5. Регламент Всеукраїнських змагань з футболу серед команд клубів Української Прем'єр-Ліги сезону 2017/18 // Українська Прем'єр-Ліга : сайт / Об'єднання професіональних футбольних клубів України «Прем'єр-ліга». URL: https://www.upl.ua/uploads/1707/N6qGptcR6g_e3Ow-UliOHIThv2s4jbPo.pdf (дата звернення 14.04.2018).

Получено 13.04.2018

УДК 347.191.1

Валентина Григорівна Жорнокуй,

доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7706-8538>

ВИНА ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ: СУЧАСНИЙ ЕТАП ВИВЧЕННЯ

Нині вчені-правники не піддають сумніву той факт, що, будучи суб'єктом цивільного права юридична особа має здатність самостійно нести цивільно-правову відповідальність, що закріплено у ст. 96 ЦК України. Право надає юридичній особі відому сферу діяльності, визначає для неї мету і відкриває можливості для її досягнення, відповідно ця мета може досягатися як правомірними, так і протиправними способами та засобами. Наділення юридичної особи правами і обов'язками невідворотно тягне можливість зловживання правами і невиконання обов'язків, що перешкоджає здійсненню прав та досягненню інтересів інших учасників цивільних відносин.

Відомо, що цивільно-правова відповідальність суб'єкта, в т. ч. і юридичної особи, настає за умови існування сукупності обставин (підстав, умов), що отримали назву складу цивільного правопорушення. У складі останнього вина є одним із елементів¹, необхідних для покладення цивільно-правової відповідальності, якщо інше не передбачено законом.

¹ Існує думка, що основою у цивільному правопорушенні є вина [1, с. 211].

Питання вини, а точніше – теоретичного осмислення цієї категорії щодо юридичних осіб, викликало широку дискусію серед юристів. Всю чисельність висловлених поглядів загалом можна звести до двох концептуальних підходів.

Перший (*психологічний*) становлять погляди тих вчених, які розуміють вини як «психічне відношення особи до своєї протиправної поведінки». Таке розуміння вини може бути застосоване як до фізичних, так і до юридичних осіб (М. М. Агарков, О. С. Іоффе, І. С. Канзафарова, Г. К. Матвєєв, В. А. Ойгензіхт та ін.). Наведений підхід отримав низку критичних зауважень, оскільки говорити про «психічне ставлення» юридичної особи – щонайменше некоректно [2, с. 55; 3, с. 15]. Однак на думку прихильників психологічного підходу діяльності юридичної особи так чи інакше виражається через дії людей: рішення органів, правочини представників, дії учасників і працівників. Психічне ставлення цих людей і варто визнавати змістом вини юридичної особи.

В юридичній літературі зазначається, що головний недолік психологічної теорії вини полягає у тому, що, визначаючи вини як психічне ставлення, її представники фактично ототожнюють поняття вини правової з поняттям вини, як воно розуміється у психології, тобто імплементують взятє із психології поняття вини-емоції (ставлення) з притаманним йому суб'єктивізмом у категоріальний апарат правової науки. Інакше кажучи, формулою «вина – це психічне ставлення до скоєного» поставлено знак рівності між виною *juris* і виною *psychological*. Але психологічне поняття вини через імпліцитну суб'єктивність не придатне для права. Покладати на особу відповідальність за принципом вини, коли розуміти вини як психічне ставлення, – означало б ставити застосування відповідальності в залежність від того, чи вважає сам порушник свою поведінку такою, що заслуговує на докір [4, с. 30–31]. Крім того, на думку В. Д. Примака, визначати вини як психічне ставлення – суперечить функціям цивільно-правової відповідальності, яка не передбачає ані оцінки особистості правопорушника, ані покарання його як особи, а натомість спрямована винятково на відшкодування шкоди, завданої кредиторі за рахунок суб'єкта відповідальності [2, с. 55].

Другий підхід у розумінні вини юридичної особи становить «*поведінська теорія*» (М. І. Брагіньський, В. В. Вітряньський, Є. О. Суханов, Н. В. Козлова, М. М. Хоменко та ін.), за якою для визначення вини використовується абстрактна модель очікуваної поведінки у конкретній ситуації розумного і добросовісного учасника майнового обороту. Таке розуміння вини ґрунтується на формулюванні того, що особа визнається невинуватою, якщо за умови того ступеня турботливості та обачності, яка від неї вимагалась за характером зобов'язання та умовам обороту, вона здійснила всі заходи належного виконання зобов'язання. Такий підхід дає підстави вести мову про те, що категоріями, що визначають вини та її форми, є розумність та обачність. Причому до уваги береться певний їх ступінь, що має відповідати характеру конкретного зобов'язання, умовам обороту, за яких має місце виконання такого зобов'язання, а також врахування тієї обставини, які заходи були зроблені для належного виконання зобов'язання [5, с. 296–297].

Визначення вини вітчизняними прихильниками поведінкового підходу, у переважному ступені, дається через ст. 614 ЦК України, за якою особа є невинуватою, якщо доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Отже, робиться висновок, що вина – це *невжиття* особою всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання [6, с. 47; 7, с. 87]. При цьому Б. П. Карнаух дещо уточнює наведену позицію, зазначаючи, що правильне визначення, як воно логічно слідує зі ст. 614 ЦК України, є таким: вина – це невинність особою хоча б одного із залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання [4, с. 39].

Критерій встановлення вини явно змістився до оцінки використання боржником можливості попередження порушення і обмеження його об'єму [8, с. 382]. Для вчинення цивільно-правового делікту, що тягне відповідальність юридичної особи, також вимагається, щоб він був вчинений належним органом, який діє відповідно до належних повноважень і в належній формі. Інші дії слід кваліфікувати як вчинені індивідами, які беруть в них участь, але не як дії самої юридичної особи. Таким чином, оскільки через органи діє сама юридична особа, то будь-який делікт за її участю породжує для неї обов'язок відшкодування шкоди як відповідальність за власну вину [9, с. 16].

Проте останнім часом активно обговорюється питання розширення відповідальності учасників юридичних осіб (особливо це стосується підприємницьких товариств), за рахунок покладення на них додаткової (субсидіарної) відповідальності як наслідок завдання самій юридичній особі та її кредиторам збитків внаслідок прийняття наперед збиткових рішень (чи-то мажоритарним учасником під час проведення загальних зборів, чи-то посадовими особами виконавчого органу або наглядової ради, які у переважній чисельності призначається мажоритарним учасником) [10–12]. Прикладами наведених обставин є закріплення у законодавстві додаткової (субсидіарної) відповідальності учасників та членів органів управління юридичних осіб, а саме: у ч. 6 ст. 126 Господарського кодексу України (субсидіарна відповідальність холдингової компанії за зобов'язаннями корпоративного підприємства) та ст. 58 Закону України «Про банки та банківську діяльність» (цивільно-правова відповідальність пов'язаної з банком особи за порушення вимог законодавства про здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, або доведення банку до неплатоспроможності).

У тих випадках коли вина є обов'язковою умовою цивільно-правової відповідальності виникає питання: як можна притягти особу до такої відповідальності (навіть субсидіарної) без її вини, адже у такому випадку буде відсутнім склад правопорушення (де вина є обов'язковим елементом).

Специфіка юридичної особи як штучного суб'єкта полягає в тому, що від її імені у цивільних правовідносинах виступають конкретні фізичні особи. Тому значна частина правників вважає, що вина юридичної особи завжди є виною людей і не може бути нічим іншим, та намагається розкрити поняття вини юридичної особи з позицій встановлення її «людського субстрату», будь-то керівник, адміністрація, окремі посадові особи чи прості працівники, трудовий колектив у цілому. Зважимо, що вина юридичної особи як суб'єкта цивільної відповідальності може проявлятися у формі: 1) вини її органів (ч. 1 ст. 92 ЦК України); 2) вини її учасників (ч. 2 ст. 92 ЦК України); 3) вини її працівників чи посадових осіб, які не є органами юридичної особи і виконують свої трудові функції.

Перетворення юридичної особи водного із учасників майнового обороту також сприяло знеціненню критерію вини як необхідної умови цивільно-правової відповідальності. Вина є певним психічним станом особи, її відношення до своєї поведінки і її результатів. Як підстава відповідальності вина має сенс лише тоді, коли можна вплинути на мотиви поведінки людини. Тому вина юридичної особи має враховуватися при встановленні відповідальності, якщо є можливість встановити ту людину чи тих людей, які, діючи як органи, представники або робітники юридичної особи, порушили чи сприяли порушенню юридичною особою договірному зобов'язання, завдали майнову шкоду іншим учасникам цивільного обороту. Встановити ж конкретних осіб, дією чи бездіяльністю яких були порушені суб'єктивні права інших учасників обороту, часто буває досить складно або неможливо. Проте навіть якщо ці особи і визначені, вони, за загальним правилом, не несуть майнову відповідальність перед особою, якій завдано шкоду. Вони будуть відповідати

перед юридичною особою за порушення своїх посадових, трудових обов'язків. Має місце свого роду трансформація відповідальності юридичної особи у відповідальність посадових осіб і працівників цієї юридичної особи. При цьому виникає питання про винуватість відповідних фізичних осіб, але вже в іншій площині.

Наведені обставини залишають відкритим питання про можливість визнання наявності вини юридичної особи та зумовлюють потребу у перегляді окремих, здавалося б непорушних, догм цивілістики з цього питання.

Список бібліографічних посилань

1. Камышанский В. П., Карнушин В. Е. Гражданское правоотношение: социально-психологический аспект. М. : Статут, 2016. 222 с.
2. Примак В. Д. Вади і переваги основних теоретичних концепцій цивільної вини. *Юридична Україна*. 2006. № 5. С. 54–58.
3. Хоменко М. М. Відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. 20 с.
4. Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності : монографія. Харків : Право, 2014. 224 с.
5. Гражданское право : актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт-Издат, 2008. 993 с.
6. Отрадна О. Поняття та форми вини як умови деліктної відповідальності у цивільному праві. *Юридична Україна*. 2005. № 3. С. 46–50.
7. Сібільов М. Підстава та умови цивільно-правової відповідальності за порушення договірних зобов'язань за чинним Цивільним кодексом України. *Вісник Академії правових наук України*. 2004. № 2. С. 80–88.
8. Басин Ю. Г. Избранные труды по гражданскому праву / сост., вступ. ст. И. П. Грешникова. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. 591 с.
9. Ем В. С., Козлова Н. В., Селяков Н. Ю. Неугасимая лампада // Об юридических лицах по римскому праву / Н. С. Суворов. М. : Статут, 2009. С. 3–22.
10. Жорнокуй Ю. М. Доктрина «проникнення за корпоративну вуаль»: основи вчень. *Форум права*. 2016. № 3. С. 75–81. URL: http://nbuv.gov.ua/f-j-pdf/FP_index.htm_2016_3_15.pdf (дата звернення: 19.03.2018).
11. Махінчук В. М. Зняття корпоративної вуалі. Івано-Франківськ : Фоліант, 2017. 165 с.
12. Спасибо-Фатеева І. В. Про концептуальні зміни в підходах до відповідальності акціонерів та посадових осіб господарських товариств. *Право і суспільство*. 2016. Вип. 3. С. 124–132.

Одержано 25.03.2018

УДК 347.511

Богдан Петрович Карнаух,

асистент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1968-3051>

ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК: ДИЛЕМА ДВОХ МИСЛИВЦІВ

У рамках проблематики деліктної відповідальності чи не найбільшою загадкою до цього часу залишається поняття причинного зв'язку, або – коли точніше – не так, власне, саме поняття причинного зв'язку, як прикладні методики його установлення. Українське

законодавство не містить жодних дороговказів стосовно того, якими міркуваннями має керуватися суддя, вирішуючи питання про наявність або відсутність причинного зв'язку між поведінкою відповідача та шкодою, якої зазнав позивач.

Не маючи опертя в законодавстві, судова практика розв'язує це питання здебільшого інтуїтивно, не розкриваючи мотивів, які приводять до кінцевого висновку. Доволі показовою є формула, якою часто послуговувався у своїх постановках Вищий господарський суд: «важливим елементом доказування наявності збитків є встановлення причинного зв'язку між протиправною поведінкою заподіювача та збитками потерпілої сторони. Причинний зв'язок між протиправною поведінкою і збитками є обов'язковою умовою відповідальності. Слід довести, що протиправна дія чи бездіяльність заподіювача є причиною, а збитки, які завдані особі, – наслідком такої протиправної поведінки» [1]. Цілком очевидно, що така формула геть нічого не пояснює і не прояснює, адже вона, фактично, зводиться до тавтологічного твердження про те, що «причинний зв'язок – це, коли щось є причиною, а щось – наслідком». Таким чином, методологія дослідження судом причинного зв'язку (якщо вона взагалі є) залишається прихованою.

У багатьох випадках латентність судового дослідження причинного зв'язку не викликає зауважень. Так, наприклад, у справах про ДТП зазвичай цілком очевидно, що пошкодження транспортних засобів сталося саме внаслідок зіткнення, а не яких інших факторів, через що вимагати від суду розлогих мотивувань видається зайвим. Проте, на відміну від таких «простих» справ, існують справи кардинально іншого ґатунку, у яких проблематика причинного зв'язку постає із неабиякою гостротою і нагально вимагає не лише доладного розкриття і пояснення *звичайної* методики встановлення причинного зв'язку (яка використовується в «простих справах»), але й розробки виняткових правил для окремих «складних» випадків. Одним із таких «складних» випадків є хрестоматійна у світовому масштабі модель, яка отримала назву – «дилема двох мисливців».

Фабула цієї дилеми така: двоє мисливців з однаковими новими рушницями та однаковими набоями під час полювання здійснили постріли в одному й тому ж напрямку. Як пізніше з'ясувалося, одна із двох куль поцілила в пішого туриста, що проходив повз. Балістична експертиза не змогла встановити, із якої саме рушниці було вчинено фатальний постріл. За таких обставин деліктна відповідальність¹ мисливців цілковито залежить від того або іншого підходу до вирішення питання причинного зв'язку.

Стандартний тест на наявність причинного зв'язку – це так званий тест «якби не» (*"but for" test*), або критерій *conditio sine qua non*. Згідно з цим тестом, для того, аби встановити, чи є А причиною В, слід запитати, а чи виникло б В, якби не було А? Якщо відповідь на це запитання ствердна, то причинного зв'язку немає, і навпаки. Так, відповідно до ст. 3:101 Принципів європейського деліктного права (*Principles of European Tort Law*. Надалі – PETL) «Діяльність або поведінка (тут і надалі – діяльність) є причиною шкоди потерпілого, якщо за відсутності діяльності шкода б не виникла». Аналогічне положення передбачене і в § 26 американського Зводу (третього) деліктів 2010 року.

¹ Слід застерегтися, що у цій розвідці ми залишаємо поза увагою питання кримінальної відповідальності мисливців за необережне убивство. У фокусі нашої уваги – тільки цивільно-правовий аспект цього казусу: відшкодування шкоди, завданої смертю. При цьому ми допускаємо, що питання причинного зв'язку для потреб покладання кримінальної відповідальності може бути вирішено інакше, аніж, як його пропонується вирішувати для потреб відповідальності деліктної.

Застосувавши тест «якби не» до поведінки кожного із мисливців почергово отримаємо такі результати. Чи загинув би турист, якби перший мисливець не стріляв? – Відповідь, вочевидь, буде невизначеною, – «можливо» (адже фатальним міг бути постріл другого мисливця). Те ж саме стосується і другого мисливця. Таким чином, якщо послідовно додержуватися тесту «якби не», то отримаємо, що ані постріл першого мисливця, ані постріл другого мисливця не послугував юридичною причиною смерті туриста. Отже, жоден із мисливців не має відшкодовувати заподіяну шкоду. Міркування може бути подане й дещо по-іншому. Тест «якби не» фактично вимагає, щоб діяльність була не просто достатньою, але й необхідною причиною шкоди. У нашому випадку, постріл кожного із мисливців окремо був достатнім для того, аби заподіяти шкоду, але жоден із пострілів не був необхідним (позаяк паралельно було вчинено інший постріл такої ж шкідливості).

Отже, перший варіант вирішення дилеми полягає в тому, що жоден із мисливців не мусить відповідати за завдану шкоду, з огляду на те, що в діях жодного із них не встановлено повного складу умов деліктної відповідальності. Такого підходу додержується цивільне право Греції, Італії та Південної Африки [2, с. 264].

Однак, таке, здавалося б, логічно струнке міркування ніяк не вдовольняє інтуїтивно-го почуття справедливості, адже, з одного боку, ми маємо двох мисливців, котрі, провадячи вкрай небезпечну діяльність, поводитися недбало, а з іншого – безневинних потерпілих, яким відмовлено у відшкодуванні шкоди, завданої смертю близької людини.

У зв'язку з цим різні національні правопорядки почали пошук альтернативних варіантів вирішення цієї дилеми.

В оригінальній справі *Summers v. Tice* Верховний Суд Каліфорнії застосував прийом, який отримав назву – «реверсія тягаря доказування». На противагу загальному правилу, за яким наявність причинного зв'язку має доводити позивач, Суд вирішив, що за таких виняткових обставин (коли, з одного боку, відповідачі діяли недбало, а з іншого – потерпілий зазнав шкоди саме такої, ризик якої було створено недбалістю відповідачів) кожен із мисливців мусить доводити, що фатальна куля була випущена не із його рушниці. Позаяк балістична експертиза не дала результатів, завдання для мисливців виявилось нездійсненним: вони не змогли підважити покладений на них тягар доказування, внаслідок чого обидва були визнані відповідальними за завдану шкоду.

Такого ж висновку, але іншим шляхом доходить і французьке право. Так, у французькому праві для обґрунтування відповідальності обох мисливців використовують концепцію так званої «колективної вини» (*faute collective*). Згідно з цією концепцією причинний зв'язок слід установлювати не між діяльністю кожного мисливця, взятого окремо, та наслідком, а між діяльністю обох мисливців разом (як наче це їхня спільна справа) і наслідком. У доктрині також вказується на те, що кожен із мисливської групи має пильнувати не лише власну зброю, але й зброю інших учасників зарівно (*garde en commun*). За такої інтерпретації тест «якби не» набуває вигляду: «чи загинув би турист, якби мисливці не полювали недбало?». Очевидно, що відповідь буде заперечною, а, отже, обидва мисливці мають нести відповідальність.

Аналогічний підхід знайшов законодавче закріплення і в Цивільному кодексі Німеччини (надалі – BGB). Так, відповідно до ст. 830 BGB, «якщо декілька осіб завдали шкоди спільними протиправними діями, то кожна із них відповідальна за шкоду. Те ж саме стосується випадків, коли неможливо встановити, котра саме із декількох осіб заподіяла шкоду своєю поведінкою». Верховний Суд Німеччини пояснив, що положення другого речення застосовується лише за наявності таких умов: (1) кожен із відповідачів учинив

делікт. Позивач має довести усі елементи деліктної відповідальності стосовно кожного із відповідачів, включаючи протиправність поведінки, але виключивши причинний зв'язок; (2) достеменно відомо, що один із відповідачів заподіяв шкоду; та (3) після дослідження усіх доказів неможливо установити, котрий саме із декількох відповідачів заподіяв шкоду [3, с. 327]. Оскільки казус із мисливцями відповідає усім переліченим умовам, застосування статті 830 BGB дає у підсумкові висновок про відповідальність обох мисливців. При цьому варто наголосити, що відповідно до німецького законодавства така відповідальність є солідарною.

Напрочуд цікаве доктринальне пояснення того, чому обидва мисливці мають відповідати за завдану шкоду, пропонують Сенді Стіл (Sandy Steel) та Еммануель Воякіс (Emmanuel Voyiakis). Так, С. Стіл вказує, що на особу, котра порушує свої обов'язки стосовно інших, покладається не тільки обов'язок відшкодувати завдану таким робом шкоду, але й обов'язок не ускладнювати потерпілому отримання відшкодування [4]. Застосовувавши цей принцип до казусу із мисливцями ми отримуємо, що один із мисливців (котрий саме нам невідомо) винний у тому, що завдав шкоди, тоді як інший (котрий саме нам невідомо) своїми діями, хоча й не заподіював шкоди, однак суттєво ускладнив (або й узагалі унеможливив) отримання відшкодування, адже, здійснивши постріл із такої ж рушниці, такою ж кулею, і в такому ж напрямку він істотно утруднив для потерпілих доказування причинного зв'язку. У подібному ключі розмірковує і Е. Воякіс. Спрошуючи, його аргумент можна подати так: двоє мисливців свідомо прийняли рішення брати участь у діяльності, яка створює невизначеність стосовно причинного зв'язку, а, отже, саме вони мають нести за це відповідальність [5]. Іншими словами, мисливці мусили координувати свої дії таким чином, щоб уникнути подібної ситуації (використовуючи різну зброю та/або набої, визначаючи послідовність і напрямок стрільби тощо). Дещо гіперболізуючи, можна уявити, що невизначеність причинного зв'язку може бути створена навмисно. Такий-собі варіант «досконалого злочину»: дві однакові рушниці з однаковими набоями, два стрільці, два однакових постріли і лише один із них влучний.

Напевне, найбільш прогресивний варіант вирішення дилеми двох мисливців – той, що був запропонований теорією економічного аналізу права (*law and economics*) і знайшов відображення у ст. 3:103 PETL: «у випадку, коли є декілька діяльностей, і кожна із них окремо була б достатньою для спричинення шкоди, але при тому невідомо, котра із них дійсно послугувала причиною, кожна діяльність має вважатися причиною у відношенні, пропорційному до ймовірності того, що саме ця діяльність стала дійсною причиною шкоди потерпілого». Згідно з цим підходом, так само, як у Франції та Німеччині, обидва мисливці мають нести відповідальність. Однак, принципова відмінність полягає в тому, що за PETL відповідальність мисливців є не солідарною, а частковою і частка кожного мисливця відповідає коефіцієнту ймовірності того, що саме його куля була фатальною. У нашому випадку такий коефіцієнт для кожного із мисливців становить 50 % (або 0,5), а, отже, кожен із мисливців має відшкодувати по одній другій від загальної суми компенсації, на яку претендує позивач. Такий підхід не позбавлений певних недоліків, серед яких, зокрема, той факт, що у разі смерті одного із мисливців потерпілі отримають тільки половину відшкодування (тоді як за системи солідарної відповідальності вони отримали б повне відшкодування). Проте, видається, що наразі саме він забезпечує справедливий баланс інтересів сторін, економічно ефективний перерозподіл втрат і необхідну превенцію шкідливої поведінки.

Список бібліографічних посилань

1. Постанова Вищого господарського суду України від 20.04.2017 р. у справі № 910/13517/16 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66193790> (дата звернення: 09.04.2018).

2. Neethling J. The Case of the Three Hunters, or Delictual Liability for Alternative Causes. *The South African Law Journal*. Vol. 120, Iss. 2. 2003. P. 263–268.
3. Wagner G. Asbestos-Related Diseases in German Law. *European Review of Private Law*. 2013. Vol. 21, No. 1. P. 319–330.
4. Steel S. Justifying Exceptions to Proof of Causation in Tort Law. *The Modern Law Review*. 2015. Vol. 78, Iss. 5. P. 729–758. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12142>.
5. Voyiakis E. Causation and Opportunity in Tort. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2018. Vol. 38, No. 1. P. 26–47. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqx018>.

Одержано 15.04.2018

УДК 347.1

Володимир Євгенович Макода,

доцент кафедри цивільного права Київського
національного університету імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ. АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Сьогодні в Україні дуже багато людей похилого віку, які в більшості випадків є самотніми і потребують матеріальної допомоги та особистого догляду за ними. В той же час у них немає належного соціального захисту, який повинна була надати їм держава і вони змушені самотійно вирішувати свої питання, від яких залежить їх майбутнє. Слід зазначити, що в Україні є багато організацій, які займаються долею людей похилого віку і за відповідну винагороду готові надати, як матеріальну так і моральну допомогу таким особам. Як правило, такі організації пропонують самотнім особам укласти з ними договір довічного утримання (догляду).

Договір довічного утримання (догляду) є двостороннім договором. Їм «притаманна наявність взаємоузгодженого волевиявлення двох осіб, спрямованого на виникнення єдиного правового результату, покликаного забезпечити реалізацію обопільної чи самотійної мети кожного з цих осіб» [1].

За договором довічного утримання (догляду) одна сторона-відчужувач передає у власність другій стороні – набувачеві квартиру або кімнату, житловий будинок або один поверх цього будинку, інше нерухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується надати відчужувачеві довічне матеріальне забезпечення до якого може відноситись перелік послуг, які повинен надавати набувач, а також в разі необхідності сплачувати витрати, які пов'язані з наданням медичної допомоги відчужувачу.

Відчужувач має право вимагати від набувача надання обумовленого договором матеріального забезпечення, а набувач повинен належно виконувати зобов'язання, які зазначені у договорі. Саме договір довічного утримання (догляду) є основним документом, згідно з яким в подальшому, в разі виникнення спору між відчужувачем та набувачем, будуть встановлюватися права та обов'язки сторін та належне чи неналежне виконання їх сторонами.

«При укладанні двостороннього договору виникає питання, хто перший повинен виконати лежачу на ньому – за договором обов'язок. В ст. 171 ЦК (в редакції 1963 р.) це питання вирішується таким чином: взаємні зобов'язання за договором повинні виконуватися одночасно, якщо з закону, договору або змісту зобов'язання не випливає інше. Отже, в тих випадках, коли законом або угодою сторін не встановлена черговість виконання зобов'язань, і якщо це не впливає із суті відносин, виконання повинно бути вироблено одночасно обома сторонами. Частіше всього черговість виконання встановлюється заздалегідь (законом або договором) або впливає з істоти самого договору [2].

Слід зазначити, що до 2016 року в Україні «панувала» думка, що договір довічного утримання(догляду), в разі його нотаріального посвідчення є належно укладеним і тому визнати його недійсним в подальшому було практично неможливо, що доказывается судовою практикою. Підставами для визнання таких договорів недійсними, були виключно факти, які були встановлені у вироках по кримінальним справам або рішенням суду, згідно з якими, було встановлено, що особа була психічно хворою людиною на момент укладення договору довічного утримання (догляду) і мала психічне захворювання, яке позбавляло її можливості усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, що підтверджено висновком судово-психіатричної експертизи, і тому договір довічного утримання (догляду) слід визнати недійсним. Договір довічного утримання (догляду) відноситься до договорів, для яких передбачена обов'язкова письмова форма та нотаріальне посвідчення. Недотримання цієї вимоги передбачає визнання такого договору недійсним.

«За загальним правилом, викладеним у ч. 1 ст. 220 ЦК у разі недодержання сторонами вимог закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемний» [3]. Нотаріус, завіряючи договір, повинен перевірити документи, які необхідні для відчуження майна, але треба зазначити, що під час такої перевірки, нотаріус немає право вимагати від сторін документів, які можуть засвідчити, що ці особи не є психічно хворими і не перебувають на обліку у відповідних психоневрологічних диспансерах та відповідних медичних закладах, зокрема наркологічних, оскільки це не передбачено національним законодавством та Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України № 2015 від 03.03.2004 р. (зі змінами та доповненнями). Тому на нашу думку, коли будь-яка особа бажає укласти договір довічного утримання(догляду) вона повинна перевірити не тільки походження та документи, які підтверджують право власності на майно (наприклад квартиру), яке є предметом цього договору але вважаємо за необхідне, перевірити чи не стоїть особа, яка є відчужувачем на обліку у відповідних психоневрологічних диспансерах та відповідних медичних закладах, зокрема наркологічних. При цьому необхідно зауважити, що особа може не перебувати на такому обліку, але можливо раніше до таких закладів зверталися її рідні з заявою щодо психічної хвороби цієї особи і про це є запис у відповідних журналах. Слід зазначити, що в разі необхідності визнання такої особи у суді психічно хворою, у сторони, яка заявляє таку вимогу виникає необхідність надати суду належні докази, на підставі яких в подальшому буде призначена судово-психіатрична експертиза. Особливо це має значення, коли особа, яка була відчужувачем згідно з договором довічного утримання (догляду) померла і її тіло було піддано кремації. Після смерті цієї особи, з'являється її рідний брат і подає позовну заяву до суду згідно з якою просить суд визнати договір довічного утримання недійсним у зв'язку з тим, що відчужувач на момент укладення цього договору мала психічне захворювання, яке позбавляло її можливості усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними і просив призначити посмертну судово-психіатричну експертизу. Слід зазначити, що позивачем було надано такі документи: виписки з усіх медичних закладів (поліклініка за місцем проживання чи реєстрації,

лікарні, психолоневрологічні та наркологічні диспансери, будинки відпочинку, санаторії та інші) де в різний час перебувала ця особа. З цих документів вбачається, що особа-відчужувач мала відповідні психологічні відхилення, які були зазначені у цих документах. Також було з'ясовано, що рідні цієї особи зверталися з заявою до психолоневрологічного диспансеру за місцем проживання цієї особи у зв'язку з її психічним станом, який був виявлений у цієї особи та до клінічної психіатричної лікарні. Хочемо зазначити, що у більшості випадків, лікарі виявляють у осіб психічні захворювання, але на момент, коли вони проводять огляд таких осіб, вони зазначають, що ці особи не є небезпечними для суспільства, можуть проходити курс лікування у домашніх умовах і не потребують примусової ізоляції для їх подальшого лікування у відповідних психіатричних закладах.

Слід звернути увагу, що право оспорювати на цій підставі має особа, яка уклала правочин, а також за ст. 225 ЦК таке право у разі її смерті надано особам, чиї права та інтереси порушені. У разі визнання сторони правочину недієздатною це право надано опікунові. Ці правовідносини застосовуються, зокрема і до договорів дарування.

Зокрема, «у спорах щодо правочинів, вчинених фізичними особами за межами цивільної дієздатності, деякі суди неправильно розмежовують підстави для визнання правочинів недійсними, помилково застосовуючи положення ст. 226 ЦК до правовідносин, що підпадають під дію ст. 225 ЦК.

Так, рішенням суду першої інстанції визнано недійсним договір дарування кімнати у квартирі спільного заселення, укладений 7 грудня 2005 р. між С. та 3. При цьому суд правильно встановив обставини справи і дійшов вірного висновку про те, що на час укладення спірного договору С. мала психічне захворювання, яке позбавляло її можливості усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, що підтверджено висновком судово-психіатричної експертизи, і тому договір дарування слід визнати недійсним. Суд також посплався на те, що рішенням суду від 10 квітня 2006 р. С. визнано недієздатною і тому підставою для визнання договору дарування недійсним є ст. 226 ЦК. Апеляційний суд у своїй ухвалі правильно відзначив, що недієздатною С. була визнана 10 квітня 2006 р. і лише з цього часу може йти мова про укладення договору недієздатною фізичною особою, а оспорюваний договір вчинено 7 грудня 2005 р., тому спір слід було вирішити на підставі ст. 225 ЦК.

Правила ст. 225 ЦК поширюються на ті випадки, коли немає законних підстав для визнання громадянина недієздатним, однак є дані про те, що в момент укладення правочину він перебував у такому стані, коли не міг розуміти значення своїх дій або керувати ними (тимчасовий психічний розлад, нервово зворушення тощо). Для визначення наявності такого стану на момент укладення правочину суд призначає судово-психіатричну експертизу.

Розгляд вимог про визнання правочину недійсним з цих підстав здійснюється з урахуванням як висновку судово-психіатричної експертизи, так й інших доказів, що підтверджують чи спростовують доводи позивача про те, що в момент його укладення він не розумів значення своїх дій і не міг керувати ними» [4].

Слід зазначити, що якщо позов було подано за життя позивача і в подальшому відбулося процесуальне правонаступництво в зв'язку із смертю первісного позивача, відповідач не може оспорювати достовірність підпису позивача на позові, а суд не має право задовольняти клопотання відповідача про призначення судової почеркознавчої експертизи. Така позиція суду була викладена, зокрема в ухвалі ВССУ з розгляду цивільних та кримінальних справ по справі № 278162715-ц від 15.03.2017 р.

Якщо предметом договору довічного утримання (догляду) є нерухомість, то такий договір підлягає обов'язковій державній реєстрації. Право власності на відчужувану нерухомість переходить до набувача тільки з моменту реєстрації договору шляхом внесення

відповідної інформації до єдиного державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Слід зазначити, що згідно з Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» Державний реєстр речових прав на нерухоме майно, це єдина державна інформаційна система, яка забезпечує обробку, збереження та надання відомостей про зареєстровані речові права на нерухоме майно та їх обтяження, про об'єкти та суб'єктів таких прав.

Держателем Державного реєстру речових прав на нерухоме майно є Міністерство юстиції України.

«Державна реєстрація переслідує дві головних мети. По-перше, проводиться облік цивільних прав, які виникають з такого правочину. По-друге, має місце додатковий контроль законності змісту правочину, дотримання порядку його укладення тощо» [5].

При укладанні договору довічного утримання сторони повинні визначити всі види матеріального забезпечення. Особливо необхідно приділити увазі при визначенні видів і кількості харчування – скільки разів на добу, перелік страв та їх калорійність, визначити перелік робіт, які необхідно виконувати у помешканні на протязі доби чи тижня (прибирання, провітрювання, прання білизни тощо), також визначити за чий рахунок здійснюється оплата домофону, телефону, телебачення та інших необхідних послуг для відчужувача.

Оскільки даний договір передбачає можливість догляду, то сторони мають чітко визначити, в чому саме полягатиме догляд. А тому, в договорі довічного утримання, необхідно визначити умови та способи догляду, зазначити осіб, які будуть це робити та їх перелік обов'язків, які необхідно їм виконувати. Якщо у договорі визначено, що відчужувач потребує медичного обслуговування, то треба вказати, якого саме – загального чи спеціального, які ліки необхідні, зазначивши їх виробника чи аналогу, їх кількість і вартість.

Слід зазначити, що довічне утримання може надаватися у вигляді зазначення у договорі відповідної грошової суми, яка повинна перераховуватися відчужувачу у строки, які зазначені у договорі. Рахуємо за необхідне зазначити у договорі, що грошова сума повинна змінюватися кожний квартал, за згодою сторін, якщо є інфляція, яка перевищує відповідний відсоток. Можливо визначену грошову суму необхідно «прикріпити» до курсу євро чи долара, який встановлюється Національним банком України.

Відповідно до законодавства, набувач зобов'язаний у разі смерті відчужувача поховати його, навіть якщо це не було передбачено договором довічного утримання (догляду). В той же час у більшості таких договорів, як правило відчужувач зазначає, що набувач має його не тільки поховати але ще визначає і перелік обов'язків, які набувач повинен при цьому виконати (місце захоронання та його вид, перелік одягу, зазначення відповідних речей та інше).

«На майно, відчужуване за договором довічного утримання, у набувача виникає право власності. Але дане право власності обмежене, оскільки набувач не має права до смерті відчужувача продавати, дарувати, міняти, передавати в заставу або у власність іншій особі на підставі іншого правочину. Кредитори набувача не мають права звернути стягнення на майно набувача, передане за договором довічного утримання протягом життя відчужувача» [6].

Хочемо звернути увагу, що однією з підстав визнання договору довічного утримання (догляду) недійсним є те, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Крім цього, правочин відповідно до ч. 3 ст. 203 ЦК України, який вчинено особою під впливом тяжкої для неї обставини і на край невідповідних умовах, може бути доказом того, що волевиявлення особи не вважалося вільним і не відповідало її внутрішній волі, а тому може бути визнаний судом недійсним незалежно від того,

хто був ініціатором такого правочину. Зокрема така правова позиція Верховного суду України була викладена у справі № 6-551цс16 від 06.04.2016 р.

«Визнання правочину недійсним необхідно чітко відмежовувати від розірвання договору та визнання його неукладеним. Так, підставою для визнання правочину(угоди) недійсним слугує невідповідність вимогам закону, а підставою розірвання правочину-договору неналежне виконання або невиконання його умов чи умов, встановлених для такого договору законом» [7].

Підводячи підсумок вищезазначеному, можна зробити висновок, що правова природа правочинів під впливом розвитку економічних відносин та розбудови нашої держави під час різних негативних явищ, які відбуваються у нашій державі змінюється. Зокрема, якщо говорити про договори довічного утримання, то вони потребують більш чіткого визначення прав та обов'язків набувача та відчужувача, а з боку державних органів необхідний більш жорсткий контроль за організаціями, які працюють в сфері надання послуг людям похилого віку або особам, які потребують догляду.

Список бібліографічних посилань

1. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2013. С. 344.
2. Цивільне право України : підруч. для вузів системи МВС України : у 2 ч. Ч. I / О. А. Пушкін В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка та ін. ; під ред. А. А. Пушкіна, В. М. Самойленко. Харків : Ун-т внутр. справ ; Основа, 1996. 440 с.
3. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 746.
4. Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними // Верховний Суд України : офіц. веб-сайт. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/42F78B0BAAD38DCAC2257B7C0044DC05](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/42F78B0BAAD38DCAC2257B7C0044DC05) (дата звернення: 02.03.2018).
5. Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. Цивільні правовідносини : монографія. Одеса : Фенікс, 2011. С. 144.
6. Договір довічного утримання – роз'яснення // Протокол: юридичний інтернет-ресурс / Асоц. адвокатів України. URL: http://protokol.com.ua/ua/dogovir_dovichnogo_utrimannya/ (дата звернення: 02.03.2018).
7. Дзера О. В. Вибране : зб. наук. пр. Київ : Юрінком Інтер, 2016. С. 144.

Одержано 31.03.2018

УДК 342.7+347.08

Олена Анатоліївна Менська,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Одеського національного університету імені І. І. Мечникова,

кандидат юридичних наук, доцент

ЗАКЛАД КУЛЬТУРИ ЯК ЕЛЕМЕНТ КУЛЬТУРНО-ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Питання правового статусу закладів культури як суб'єктів правовідносин, особливо-сті їх функціонування та участі у забезпеченні гарантій населення на отримання культурних послуг й задоволення попиту цільової аудиторії останнім часом викликають інтерес у науковців.

Поза всяким сумнівом, заклади культури в Україні – це не лише осередки культурно-дозвільного призначення, які активно здійснюють культурну функцію, розвивають та поширюють знання, генерують і реалізують ідеї культурної самобутності, здійснюючи неабиякий вплив на якість життя населення, а й найголовніший елемент для закладання підґрунтя розвитку повноцінного громадянського суспільства для збереження й популяризації національних культурних традицій. Тому дії органів державної влади, які реалізують, підтримують та координують культурну політику, мають скеровуватися на забезпечення достатнього базового рівня державних гарантій на отримання якісних культурних послуг, всебічно сприяти розвитку для подальшої розбудови правової демократичної держави загалом, та отримання високоосвіченого населення зокрема.

Держава для ефективної діяльності цих закладів повинна створити не тільки сприятливі умови для управління культурною індустрією, актуалізації й популяризації вітчизняного культурного простору, його надбань, дійсного забезпечення громадянами культурних прав й наданні якісних культурних послуг, фахово підготовлених професіоналів для надання таких послуг, забезпечення ефективної роботи закладів культури шляхом формування розгалуженої бази цих закладів, модернізації змісту та умов надання культурних послуг, а й створити та результативно впровадити нормативно-правову базу, яка регулюватиме ці суспільні відносини.

Безсумнівно, розвиток сфери культури в Україні повинен розглядатися як одне з першочергових завдань державної політики, яка повинна скеровуватися на забезпечення якісним культурним продуктом усіх категорій громадян, незалежно від рівня їх достатку. Проте, практика діяльності закладів культури в умовах обмеженого ресурсного забезпечення, лімітованого фінансового забезпечення, відсутності постійних субвенцій з боку держави, вимагає нормативного визначення мінімальних культурних стандартів для надання послуг громадянам закладами культури з метою приведення їх у відповідність із сучасними потребами та з урахуванням платоспроможності громадян. Виходячи з такої необхідності виникає потреба для актуалізації нормативно-правової бази в сфері культури. Для якнайефективнішого вдосконалення законодавчої бази, шляхом внесення відповідних змін до нормативно-правових актів, які регулюють сферу суспільних відносин з надання культурних послуг, існування й продукування матеріальних ресурсів галузі культури, а також безперешкодного забезпечення їх доступності, ще у квітні 2017 року Кабінет Міністрів України зобов'язався розробити й затвердити документ, який отримав назву «Мінімальний культурний кошик» [1]. Цим документом визначаються мінімальні стандарти культурних послуг, які могли б забезпечити належний рівень соціальних гарантій населення на отримання культурних послуг та рівного доступу до таких послуг.

Розв'язанню цих завдань та виробленню конструктивних рішень щодо вдосконалення механізмів реалізації культурних прав різними осередками, ще раніше було прийнято низку нормативно-правових актів. Зокрема, основні правові, соціальні, гуманітарні та організаційні засади державної регіональної політики як складової частини внутрішньої політики України були визначені Законом України «Про засади державної регіональної політики» [2]. Зокрема, ч. 1 ст. 3 згаданого Закону закріплені принципи державної регіональної політики, де одним із ключових принципів став етнокультурний розвиток відродження етнічної самосвідомості та збереження духовної і матеріальної культури етносів, сприяння розвитку їхньої етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності.

Окрім того, у цьому ж напрямі була розроблена й схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.09.2015 р. № 995-р Концепція розвитку сільських територій [3].

Метою реалізації Концепції, окрім іншого, є створення необхідних організаційних, правових та фінансових передумов для сільського розвитку, зокрема створення умов для розширення можливостей територіальних громад села, селища для розв'язання існуючих в них проблем шляхом збереження сільського населення як носія української ідентичності, культури і духовності. Не можна не відмітити далекоглядність урядовців у цьому питанні, адже реалізація Концепції розрахована на період до 2025 року.

Виконання Концепції має здійснюватися шляхом впровадження міжсекторального підходу її реалізації, проведення реформи системи управління, удосконалення, зокрема й організаційно-економічного механізму, фінансового та інформаційного забезпечення і державної підтримки розвитку сільських територій. Для виконання Концепції необхідно розробити заходи за певними напрямками, зокрема підвищення якості життя сільського населення шляхом збереження та відновлення культурної та історичної спадщини територіальної громади села, селища; зміцнення матеріально-технічної бази закладів культури у сільській місцевості та впровадження сучасних інформаційних технологій в їх діяльність; надання підтримки з боку центральних та місцевих органів виконавчої влади у збереженні та популяризації культурних традицій регіонів у сільській місцевості.

Власне така державна ініціативність у нормуванні «базового пакету культурних послуг», які повинні надаватися як окремо взятій людині, так і для населення загалом, зокрема й того, яке проживає у віддаленні від великих міст, заслуговує схвалення й усілякої підтримки. Однак практика законотворчої діяльності органів державної влади окреслила і коло проблем. Зокрема, політико-правові аспекти створення й забезпечення діяльності різних типів закладів культури, виправдане прагнення до осучаснення й оптимізації наявної мережі локальних закладів культури та їх функціонування, через впровадження та проведення реформи Децентралізації в галузі культури, може спричинити хвилю закриття закладів культури базового та регіонального рівнів. Це пояснюється, зокрема, й тим, що через малу привабливість територій регіонального рівня та через практично повну відсутність конкурентоспроможного мистецького ринку віддалених регіонів, формування можливостей для розвитку даної галузі практично нівелюється. Поміж іншим, переважна більшість таких закладів не мають повноцінного юридичного статусу окремої юридичної особи, зокрема й через невизначеність правового статусу історичних будівель та пам'яток, юридичної форми власності нерухомості таких закладів культури та ін.

Втім, більш ґрунтовне дослідження окреслених проблемних питань дозволяє говорити про те, що у галузі культури віддалених міст окрему групу становлять питання щодо формування базової мережі закладів культури місцевого рівня. Зокрема, вона формується у відповідності до Порядку, затвердженого Кабінетом Міністрів України № 984 від 24.10.2012 р. (далі – Порядок № 984) [4]. Так, до базової мережі закладів культури включаються й заклади культури місцевого рівня, перелік яких затверджує орган місцевого самоврядування (п. 3 Порядку № 984). Виключення ж закладів культури з базової мережі здійснюється за погодженням з Мінкультури згідно з переліком закладів культури, поданим місцевою держадміністрацією та затвердженим органом місцевого самоврядування або поданим центральним органом виконавчої влади, із зазначенням причин та обґрунтуванням необхідності такого виключення (п. 13 Порядку № 984).

Проте не останню роль у діяльності органів місцевого самоврядування у галузі культури відіграють рішення місцевих рад, які наділяються достатньо розлогими повноваженнями. Так, до виключної компетенції сільських, селищних, міських рад, де виключно на пленарних засіданнях вирішуються питання, зокрема й щодо затвердження програм

культурного розвитку відповідних адміністративно-територіальних одиниць, прийняття рішень про внесення пропозицій до відповідних державних органів щодо оголошення об'єктів, що мають історичну, культурну або наукову цінність, пам'ятками природи, історії або культури, які охороняються законом (п. 22, 37 ст. 26 ЗУ «Про місцеве самоврядування») [5]. Окрім власних (самоврядних) повноважень, вони наділяються й делегованими, зокрема й щодо організації охорони, реставрації та використання пам'яток історії і культури, архітектури та містобудування, палацово-паркових, паркових і садибних комплексів, природних заповідників (п. 5 ч. 1 ст. 31 ЗУ «Про місцеве самоврядування»). При цьому не останню роль зіграв і той факт, що повноваження органів місцевого самоврядування в сфері культури більш конкретно визначаються у програмах і стратегіях культурної політики й розвитку відповідного регіону. Так, рішенням Одеської обласної ради від 21.12.2015 № 32-VII була затверджена Стратегія економічного та соціального розвитку Одеської області до 2022 року (актуалізована) [6], а рішенням обласної ради від 21.12.2017 № 575-VII була затверджена Програма соціально-економічного та культурного розвитку Одеської області на 2018 рік [7]. За цими напрямками визначений та затверджений План заходів із реалізації Стратегії, де одним із ключових позицій є засвідчення узгодженості цілей та пріоритетів державної регіональної політики з пріоритетами розвитку Одеської області. Стратегія позиціонується як плановий документ найвищого рівня в регіоні та є важливим інструментом налагодження партнерства між усіма органами влади, широким колом представників бізнесу та громадянського суспільства.

Слід зазначити, що регіональні заклади культури можуть і повинні бути достатньо привабливим ринком із надання послуг у сфері культури. Однак для цього необхідно провести аудит галузі культури загалом, а також індивідуальних культурних ресурсів відповідного регіону задля забезпечення розробки програми ефективного використання наявних місцевих матеріальних активів та подальшого формування збалансованого ринку надання культурних послуг. Вирішення цих питань має відкрити шлях для нормативного закріплення соціальних гарантій для різних верств населення на право отримання якісних культурних послуг за місцем їх проживання.

Список бібліографічних посилань

1. Про затвердження середньострокового плану пріоритетних дій Уряду до 2020 року та плану пріоритетних дій Уряду на 2017 рік: розпорядження Кабінету Міністрів України від 03.04.2017 № 275-р // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/275-2017-p> (дата звернення: 04.04.2018).

2. Про засади державної регіональної політики: закон України від 05.02.2015 № 156-VIII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156-19> (дата звернення: 04.04.2018).

3. Про схвалення Концепції розвитку сільських територій: розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.09.2015 № 995-р // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995-2015-p> (дата звернення: 04.04.2018).

4. Порядок формування базової мережі закладів культури: постанова Кабінету Міністрів України від 24.10.2012 № 984 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984-2012-p> (дата звернення: 04.04.2018).

5. Про місцеве самоврядування в Україні: закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/280/97-vr> (дата звернення: 04.04.2018).

6. Стратегія економічного та соціального розвитку Одеської області до 2022 року (актуалізована): рішення обласної ради від 21.12.2015 № 32-VII // Одеська обласна державна

адміністрація : офіц. веб-портал. URL: https://oda.odessa.gov.ua/odeska_oblast_ta_oda/sotsialno-ekonomichniyi_ta_kulturnyi_rozvytok/strategiia_ekonomichnoho_ta_sotsialnoho_rozvytku_oblasti_do_2020_roku.html (дата звернення: 04.04.2018).

7. Програма соціально-економічного та культурного розвитку Одеської області на 2018 рік : рішення обласної ради від 21.12.2017 № 575-VII // Одеська обласна державна адміністрація : офіц. веб-портал. URL: https://oda.odessa.gov.ua/odeska_oblast_ta_oda/sotsialno-ekonomichniyi_ta_kulturnyi_rozvytok/strategiia_ekonomichnoho_ta_sotsialnoho_rozvytku_oblasti_do_2020_roku.html (дата звернення: 04.04.2018).

Одержано 07.04.2018

УДК 347.45/47

Тетяна Олександрівна Музика,

асистент кафедри цивільного права № 2

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук*

ПИТАННЯ ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ), УКЛАДЕНОГО ЗІ СПІВВЛАСНИКАМИ ЩОДО МАЙНА, ЩО Є В ЇХ СПІЛЬНІЙ СУМІСНІЙ ВЛАСНОСТІ

За договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно (ст. 744 ЦК України). Такі договори укладаються, як правило, за обставин, коли відчужувач унаслідок похилого віку, стану здоров'я чи інших складних життєвих обставин фізично не здатний забезпечити себе утриманням та належними побутовими умовами, однак має цінне майно, взамін якого отримує відповідний догляд від набувача.

При цьому на стороні як набувача, так і відчужувача може існувати множинність осіб, зокрема відчужувачами за договором довічного утримання (догляду) може бути подружжя, що бажає укласти договір щодо майна, яке набуто ним за час шлюбу, а отже перебуває в спільній сумісній власності. І якщо стосовно множинності на стороні набувачів у ст. 746 ЦК України однозначно встановлено солідарний обов'язок набувачів, то множинність на стороні відчужувачів так чітко не врегульована.

Так, у ч. 1 ст. 747 ЦК України визначено особливості укладення договору довічного утримання (догляду) щодо майна, що є у спільній сумісній власності, зокрема, майна, що належить подружжю, яке може бути відчужене ними на підставі договору довічного утримання (догляду). Причому в разі смерті одного із співвласників майна, що було відчужене ними на підставі договору довічного утримання (догляду), обсяг зобов'язання набувача відповідно зменшується.

Слід погодитися з думкою, що в такому разі укладаються не два договори, а один, у якому на стороні відчужувача виступають дві особи, а обов'язковою умовою договору є зазначення приналежності майна, що відчужується, на праві спільної сумісної власності

чим відчужувачам та зазначення правової підстави набуття ними майна у спільну власність [2, с. 187]. Водночас спеціальних правил щодо припинення договору довічного утримання (догляду), укладеного співвласниками щодо майна, яке є в їх спільній сумісній власності, не встановлено. Йдеться тільки про відповідне зменшення обсягу обов'язків набувача в разі смерті одного зі співвласників відчуженого майна (далі – співвідчужувачів).

Проте на практиці виникають проблеми в тому разі, коли один зі співвідчужувачів помирає, а з часом набувач або інший співвідчужувач виявляє бажання припинити договір довічного утримання (догляду). При цьому навіть якщо інша сторона на це погоджується, нотаріуси зазначають, що оскільки один зі співвідчужувачів помер, то це унеможливує розірвання договору довічного утримання за згодою сторін у нотаріальній конторі, тому заінтересована сторона змушена звернутися з цього приводу до суду.

Однак виникає питання про те, чи доцільно в такому разі ставити питання про розірвання договору довічного утримання (догляду) в цілому, а отже і про необхідність звернення до суду з тих причин, що внаслідок смерті учасника відповідного правовідношення він не може висловити свою волю на двостороннє припинення цього договору, якщо набувач належним чином виконував свої обов'язки, однак із об'єктивних причин втратив таку можливість. Так, у ст. 755 ЦК України визначено, що договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду на вимогу відчужувача або третьої особи, на користь якої він був укладений, у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини, а також на вимогу набувача. Крім того, договір довічного утримання (догляду) припиняється зі смертю відчужувача.

За ст. 756 ЦК України в разі розірвання договору довічного утримання (догляду) у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням набувачем обов'язків за договором, відчужувач набуває право власності на майно, яке було ним передане, і має право вимагати його повернення. У цьому разі витрати, зроблені набувачем на утримання та (або) догляд відчужувача, не підлягають поверненню. У разі ж розірвання договору у зв'язку з неможливістю його подальшого виконання набувачем з підстав, що мають істотне значення, суд може залишити за набувачем право власності на частину майна, з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором.

Так, у справі № 274/2032/16-ц від 24.05.2016 набувач звернувся до суду з позовом про розірвання договору довічного утримання, у якому просить суд розірвати договір довічного утримання, укладений дванадцять років тому між співвідчужувачем, який на момент подання позову помер, та співвідчужувачем-відповідачкою та позивачкою-набувачем, посвідчений нотаріусом. Також заявлено позовну вимогу про те, щоб визначити частку у праві власності на квартиру, що становить предмет договору, а саме на її половину. Набувач належним чином виконувала та виконує умови укладеного між сторонами договору довічного утримання, як по відношенню до померлого відчужувача (її батька), якого доглядала та поховала за власні кошти, так і по відношенню до іншого відчужувача – своєї матері. Однак натеper у зв'язку з погіршенням стану здоров'я матері, її відмовою змінити своє місце проживання, набувач неспроможна й надалі належним чином виконувати свої договірні обов'язки, щодо її матері. Фактично відповідач не заперечував проти розірвання договору, однак коли вони звернулись до нотаріуса із заявою про розірвання договору довічного утримання, отримали відмову, адже окрім того, що договір є двостороннім, він ще й містить множинність сторін з боку відчужувачів, одна із яких померла, у зв'язку з чим розірвати договір довічного утримання в позасудовому порядку є неможливим.

Суд, на нашу думку, правильно зазначив, що в ч. 2 ст. 755 ЦК України встановлено, що договір довічного утримання (догляду) припиняється зі смертю відчужувача. Оскільки на момент подачі позову до суду один зі співвідчужувачів помер, то договір в частині, що стосується відносин між померлим та набувачем є припиненим та не може бути розірваний [1].

Підсумовуючи, суд зробив, на нашу думку, правильний висновок про те, що набувач має право на частку в праві власності на квартиру, що становить предмет договору довічного утримання (догляду), за правилами статей 368–372 ЦК України щодо спільної сумісної власності.

Водночас виникає питання, чи не можна до спірних правовідносин за аналогією застосувати правила щодо спадкового договору, укладеного подружжям (ст. 1303, 1306 ЦК України), які є досить неоднозначними, а отже й вважати договір повністю виконаним тільки тоді, коли померли обидва співвідчужувачі. Мова йде про те, що тут також йдеться про майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, до того ж укладення договору довічного утримання (догляду) як спосіб розпорядження майном, що перебуває в спільній сумісній власності, тут здійснюється так само за згодою усіх співвласників. Так, за ч. 2 ст. 1306 ЦК України спадковим договором може бути встановлено, що в разі смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого, а в разі смерті другого з подружжя його майно переходить до набувача за договором. А отже, чи можна твердити, що в разі смерті одного зі співвідчужувачів за договором довічного утримання (догляду), після якої виникнуть підстави для розірвання договору довічного утримання (догляду), його частка має переходити до другого співвідчужувача? Чи набувач однозначно має право на частку, яка б належала в разі поділу спільного майна подружжя, померлому співвідчужувачеві? А якщо набувач належним чином виконував свої обов'язки до смерті одного зі співвідчужувачів, а через деякий час після його смерті, хоча обсяг обов'язків набувача і зменшився, з об'єктивних або суб'єктивних причин не здійснює догляд за другим співвідчужувачем?

Однак тут слід заперечити, оскільки, по-перше, за договором довічного утримання (догляду) набувач отримує право власності на майно, що є предметом цього договору, у момент його укладення, а не після смерті обох співвідчужувачів, і, по-друге, у ч. 1 ст. 747 ЦК України прямо встановлено, що в разі смерті одного із співвласників майна, що було відчужене ними на підставі договору довічного утримання (догляду), обсяг зобов'язання набувача відповідно зменшується, на відміну від норм про спадковий договір, укладений з подружжям. Тому, вважаємо, що з цих тверджень випливає таке.

Так, у разі розірвання відповідного договору у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням набувачем обов'язків за договором, відчужувач набуває право власності на майно, яке було ним передане, і має право вимагати його повернення (ч. 1 ст. 756 ЦК України), і тільки як виняток у ч. 2 ст. 756 ЦК України у зв'язку з неможливістю його подальшого виконання набувачем з підстав, що мають істотне значення, суд може залишити за набувачем право власності на частину майна, з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором. Однак наголосимо, що такі судові рішення виносяться доволі нечасто, як правило, набувач за договором довічного утримання навіть не заявляє вимогу про визначення йому частки в праві власності на майно, яке становило предмет договору довічного утримання (догляду). Тому добросовісний набувач за цим договором часто опиняється в доволі невигідному становищі.

Зокрема в розглядуваній судовій справі належний догляд за співвідчужувачем, який на момент заяви про припинення договору помер, та другим співвідчужувачем, набувач здійснював протягом тривалого часу (приблизно дванадцять років), що підтверджує й

другий співвідчувач, не заперечуючи проти заявлених вимог. Отже, у розглядуваній справі очевидно, що в цій частині договір було виконано, тому, по-перше, думку померлого врахувати неможливо – і непотрібно, а по-друге, вважаємо, що безспірно є підстави для визнання за набувачем частки в праві власності на передане за договором майно в разі його розірвання. Однак при цьому доцільним є, на нашу думку, ураховуючи загальну законодавчу тенденцію до максимального захисту прав відчужувача, встановити правило про заборону відчуження цієї частки до смерті другого співвідчувача, аби зберегти звичні умови проживання особи, яка уклала договір довічного утримання (догляду).

Крім того, слід відзначити, що, незважаючи на ту обставину, що договір довічного утримання (догляду) укладається зі співвласниками майна, яке перебуває в спільній сумісній власності, це єдине правовідношення, слід враховувати те, що кожен із цих співвласників є окремим суб'єктом права, який може самостійно оцінювати якість і належність здійснюваного на його користь утримання (догляду), а отже й висновки щодо належного виконання договору повинні вчинятись щодо кожного зі співвідчувачів окремо.

Список бібліографічних посилань

1. Рішення Бердичівського міськрайонного суду Житомирської області від 24.05.2016, справа № 274/2032/16-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57960286> (дата звернення: 12.04.2018).
2. Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 1200 с.
3. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

Одержано 06.04.2018

УДК 347.65

Олег Петрович Печений,

доцент кафедри цивільного права № 1

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук, доцент*

ПРОБЛЕМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СПАДКОЄМЦІВ ЗА БОРГАМИ СПАДКОДАВЦЯ

Значний обсяг боргових зобов'язань у структурі економічного обігу, загальна фінансово-економічна нестабільність вимагають підвищення уваги до механізму забезпечення правонаступництва спадкоємців як щодо прав, так і обов'язків спадкодавця. До обов'язків відносяться перш за все борги спадкодавця, що зумовлює зацікавленість кредиторів у задоволенні їхніх вимог спадкоємцями. У багатьох випадках кредиторами виступають банки та інші фінансові установи. Цивільне законодавство України питання відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця регулює досить обмежено. З цього приводу Цивільний кодекс України містить лише дві статті, які стисло визначають порядок пред'явлення кредитором спадкодавця вимог до спадкоємців (ст. 1281 ЦК) і обов'язок спадкоємців задовольнити вимоги кредитора (ст. 1282 ЦК). Час, що минув з моменту застосування цих норм ЦК, досвід застосування аналогічних конструкцій в інших країнах

виявили певне коло проблем теоретичного і прикладного характеру, які вимагають аналізу і обговорення.

Правова природа обов'язків спадкодавця у спадкових правовідносинах визначається неоднозначно – як *елемент складу спадщини*, до якої відповідно до ст. 1218 ЦК входять усі права і обов'язки спадкодавця, або ж як її *обтяження*.

При цьому важливе значення має визначення складу спадщини і обмеження обсягу відповідальності спадкоємців. Останні не можуть відповідати за зобов'язаннями спадкодавця в обсязі, більшому ніж отримана ними спадщина.

У різних національних правопорядках ще з часів римського права склалося три основних підходи до цієї проблеми: необмежена відповідальність спадкоємців, сепарація (розмежування спадкового майна і особистого майна спадкоємців) і інвентарна пільга (відповідальність спадкоємців лише у межах вартості майна, включеного до опису). Зазначені підходи у різних модифікаціях і співвідношеннях застосовуються у цивільному праві європейських країн, у тому числі й тих, в яких останнім часом було прийнято нові цивільні кодекси. Наприклад, новий ЦК Чеської республіки, який діє з 01.01.2014, містить правила про обмеження відповідальності спадкоємців за допомогою інвентарної пільги. Борги спадкодавця передаються спадкоємцям, якщо інше не встановлено законом. Спадкоємець при прийнятті спадщини вправі обумовити її прийняття застереженням про складання переліку спадкового майна, у такому разі він відповідає за боргами спадкодавця у межах вартості спадкового майна. У випадку, коли спадкоємець не скористався правом на таке застереження, не зробивши його при прийнятті спадщини, він відповідає по боргам спадкодавця у повному обсязі. Якщо і буде складено опис спадкового майна, то для відповідальності спадкоємця це не матиме правового значення (§§ 1701–1708 ЦК Чеської республіки). Чеський законодавець встановлює правило про спільність відповідальності кожного із спадкоємців, але кредитуру надається право від кожного із спадкоємців, який скористався застереженням щодо опису майна, вимагати виконання тільки у розмірі, що відповідає його частці у спадщині. Як бачимо, обмеженням обсягу відповідальності спадкоємців за цивільним законодавством Чехії, є правило про інвентарну пільгу, скористатися якою спадкоємці можуть при прийнятті спадщини. Спадкове право Франції, яке зазнало реформування у 2001 і 2006 роках закріплює за спадкоємцями право на вибір між беззастережним прийняттям, що тягне необмежену відповідальність за боргами, і прийняттям в розмірі чистого активу (ст. 768 ФЦК) За загальним правилом, прийняття вважається беззастережним. Схожі правила містить ЦК Нідерландів, який також визнає за спадкоємцями вибір між беззастережним прийняттям і прийняттям в розмірі чистого активу. Якщо хоча б один із спадкоємців прийняв спадщину із застереженням, відбувається сепарація і ліквідація спадщини самими спадкоємцями або призначеним ліквідатором. Недобросовісні дії спадкоємців щодо приховування спадкового майна від опису мають наслідком втрату права на інвентарну пільгу і відповідно, необмежену відповідальність перед кредиторами. В Україні складання опису спадкового майна є елементом заходів з охорони спадщини, які вживаються нотаріусом за заявою спадкоємців, інших заінтересованих осіб для захисту їх прав та інтересів, а не виконання зобов'язань перед кредиторами. Відповідно, ні про яку інвентарну пільгу не йдеться. На практиці складання опису спадкового майна нотаріусами України майже не зустрічається, є досить рідкісною нотаріальною дією.

Натомість, ст. 1282 ЦК України визначає, що обсяг виконання обов'язку спадкоємців за боргами спадкодавця обмежується вартістю майна, одержаного ними у спадщину.

Варто звернути увагу, що йдеться саме про вартість як грошову оцінку спадкового майна. Інакше кажучи, обов'язок спадкоємців обмежується вартістю майна, одержаного у спадщину, а не розміром їхньої частки у спадщині. Зазначене положення є складним для застосування у багатьох аспектах прикладного характеру: вид вартості (ринкова, балансова або інша), її визначення, документальне підтвердження, момент, на який визначається вартість спадкового майна (час відкриття спадщини або оформлення спадкових прав) тощо.

Іноземні правопорядки також визначають відповідальність спадкоємців за збереження спадкового майна (відповідальність перед спадщиною), підстави та порядок банкрутства спадщини, черговість задоволення вимог спадкоємців у випадку банкрутства спадщини та в загальному порядку. Натомість національному спадковому праву зазначені інститути взагалі невідомі, що має бути враховано при проведенні модернізації законодавства України про спадкування.

Одержано 14.04.2018

УДК 347.61

Оксана Михайловна Пономаренко,

*доцент кафедри громадянсько-правових дисциплін,
хозяйственного и трудового права Харьковского национального
педагогического университета имени Г. С. Сковороды,
кандидат юридических наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/000-0001-6394-1834>*

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ДИСПОЗИТИВНОГО И ИМПЕРАТИВНОГО МЕТОДА В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ АЛИМЕНТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

1. В регулировании семейных отношений использование императивного метода всегда признавалось в качестве вынужденной необходимости, обусловленной особенностями этого вида частных отношений. До сих пор некоторые ученые характеризуют метод семейного права как императивно-диспозитивный, что позволяет им рассматривать семейное право как самостоятельную отрасль права. Необходимо признать, что императивные подходы при регулировании семейных отношений используются значительно чаще, чем при регулировании большинства иных частных отношений, что однако, не делает метод семейного права императивным. Правовое регулирование семейных отношений как ни одной другой сферы гражданского общества должно строиться на диспозитивных началах, основанных на принципах свободы договора и неприкосновенности частной жизни, в том числе и со стороны государства. Но с другой стороны, необходимо учитывать, что цель защиты интересов наиболее слабого, уязвимого субъекта семейных правоотношений требует применения императивного ограничения свободы выбора вариантов поведения со стороны других членов семьи. Именно это и обуславливает использование императивных предписаний в правовом регулировании семейных отношений. Однако, каждое императивное ограничение должно быть обусловленным и целесообразным.

2. Алиментные отношения по своей правовой природе относятся к обязательственным правоотношениям, которые как и остальные имущественные частные отношения,

должны строиться преимущественно на принципе свободы договора, что предполагает диспозитивность в их нормативном регулировании. В этой связи договорное регулирование алиментных отношений является естественным, отвечающим сущности этих отношений и должно основываться на идеи о том, что члены семьи и родственники имеют право урегулировать отношения по предоставлению содержания посредством заключения алиментного договора, независимо от того, урегулированы ли семейные отношения между этими лицами семейным законодательством или нет. Право на заключение алиментного договора априори должно быть у каждого члена семьи и родственника, независимо от того, возникает ли у него право на получение алиментов в силу закона или основано на принципе добровольной поддержке членов семьи, которые попали в тяжелое материальное положение. Это в полной мере сочетается с правилом, закрепленным в ст. 9 СК. При этом наивысший уровень диспозитивности (уровень свободы договора) наблюдается при регулировании алиментных обязательств между теми членами семьи и родственниками, право на получение содержания у которых не предусмотрено законодательством, а возникает исключительно из алиментного договора. Наименьший уровень диспозитивности и соответственно увеличение императивных предписаний имеет место при регулировании таких алиментных обязательств, которые урегулированы СК. В действующем семейном законодательстве договорная свобода при регулировании алиментных отношений значительно ограничивается, что делает актуальным исследование границ такого ограничения и его обусловленность.

3. Прежде всего посредством императивных предписаний закрепляется круг членов семьи и родственников, между которыми в силу закона возникают алиментные обязательства и условия (основания) возникновения таких правоотношений. Договорное регулирование этих правоотношений также возможно, однако, алиментный договор в таких случаях не направлен, как это обычно бывает в договорных правоотношениях, на возникновение алиментного обязательства, а нацелен на упорядочивание правоотношений, которые возникли из других юридических фактов. Императивными предписаниями устанавливается исчерпывающий перечень субъектов (членов семьи и родственников), правоотношения по материальной поддержке между которыми вытекают «из закона» и который обусловлен обычаями и моральными устоями, конкретного гражданского общества. Круг таких членов семьи и родственников между которыми возникают алиментные правоотношения формировался в течении многих поколений и в этом смысле является достаточно стабильным. Однако, несмотря на внешнюю стабильность, он все-таки реагирует на внешние вызовы, под воздействием которых происходит его трансформация, корректировка под новые отношения. Так, увеличение количества семей, основанных на совместном проживании без регистрации брака, явилось причиной расширения круга субъектов алиментных обязательств за счёт таких лиц. Безусловно, что императивно закреплённый минимальный перечень субъектов, между которыми возникают алиментные обязательства независимо от воли таких лиц в силу прямого указания закона обусловлено целями защиты нетрудоспособного нуждающегося в материальной поддержке субъекта от необоснованного отказа его ближайших членов семьи и родственников в предоставлении содержания. В этой связи предоставление права на получение содержания отдельным членам семьи и родственникам преследует превентивную цель – в случае отказа плательщика алиментов от добровольного выполнения обязанности по предоставлению содержания, получатель алиментов имеет возможность требовать ее исполнения в принудительном порядке. Таким образом, такое императивное закрепление является «страховкой» от недобросовестности.

4. В законе, предоставляющем право некоторым членам семьи требовать получения содержания в принудительном порядке, закономерным будет закрепление и права таких лиц на добровольное регулирование алиментных отношений. То есть лица, алиментные обязательства между которыми урегулированы семейным законодательством должны иметь право и на заключение алиментного договора. Таким образом, императивно закреплённый перечень сторон алиментного обязательства имеет значение и при договорном их регулировании, так как определяет минимально допустимый круг членов семьи и родственников, которые могут быть сторонами алиментного договора. Этот круг субъектов в договорном регулировании может быть изменён в пользу увеличения, но нельзя лишить права на заключение такого договора то лицо, у которого право на получение содержания вытекает из закона. К сожалению, в действующем семейном законодательстве такая зависимость не всегда прослеживается. Так, алиментный договор в соответствии с СК могут заключить супруги по поводу предоставления содержания одному из них (ст. 78 СК), родители ребёнка по поводу предоставления содержания ребёнку (ст. 109, 188 СК), родители и совершеннолетние нетрудоспособные дочь, сын по поводу предоставления содержания последним (ст. 201 СК). Такой необоснованно узкий перечень субъектов, легально обозначенных как стороны договора о выплате алиментов (предоставлении содержания), должен быть пересмотрен путём включения в него всех тех членов семьи и родственников, между которыми алиментные обязательства возникают «из закона». При этом необходимо учитывать алиментнообязанных и первой очереди (бывшие супруги, мужчина и женщина, которые проживают одной семьей без регистрации брака), и второй (баба, дед, внуки, братья и сестры и т. д.). Учитывая правила законодательной техники, достаточным будет нормативное закрепление общего правила о том, что лица, алиментные обязательства между которыми урегулированы законом имеют право на заключение алиментного договора (договора о предоставлении содержания).

5. Посредством императивных предписаний определяются также и требования к форме заключения алиментного договора, которые обусловлены повышенной социальной значимостью общественных отношений, которые регулируются ими и наличием в качестве стороны или выгодоприобретателя «слабого» субъекта – нетрудоспособного, нуждающегося члена семьи и родственника или ребёнка. Заключение такого договора, безусловно, требует особого внимания со стороны государства и общества. Функция такого контроля возложена на нотариат. Более того, законодатель предоставляет такому договору повышенные гарантии в случае его неисполнения. В случае неисполнения плательщиком алиментов своей обязанности, алименты могут взыскиваться на основании исполнительной надписи нотариуса, что безусловно необходимо признать позитивной тенденцией. В тоже время, такие повышенные гарантии предоставляются только по некоторым алиментным договорам – по договору супругов о предоставлении содержания, договору между родителями о выплате алиментов на ребёнка, договору между родителями и совершеннолетними дочерью, сыном по поводу предоставления содержания последним. Представляется однако, что такие императивные требования о необходимости нотариального удостоверения слишком заужены и должны быть распространены на все алиментные договоры, которые заключаются лицами, алиментные обязательства между которыми урегулированы законодательством.

6. В связи с тем, что алиментный договор, направлен на реализацию имущественного права ребёнка на получение содержания, он должен подчиняться общему правилу о том, что договоры, которые подлежат нотариальному удостоверению и (или) государственной

регистрации требуют разрешения органа опеки и попечительства. Однако, такое требование в действующем семейном законодательстве отсутствует, в связи с чем повышается риск нарушений прав и интересов ребёнка при заключении родителями договора о выплате алиментов. Именно на органы опеки и попечительства возложен контроль за соблюдением прав и интересов ребенка, а поэтому необходимость получения разрешения от них при заключении таких договоров является целесообразным и повышает гарантии прав ребёнка от нарушений. При этом, необходимость получения разрешения органа опеки и попечительства должно быть обязательно при заключении любого алиментного договора с участием ребёнка (между родителями, бабушкой, дедом, братом, сестрой и т. д.).

7. Императивные ограничения используются и при регулировании условий алиментного договора. В некоторых случаях такие ограничения обусловлены самой природой этого договора, и позволяют его идентифицировать среди похожих гражданско-правовых договоров. К ним относится, например, требование о безвозмездности алиментного договора. Оно прямо не закреплено в действующем семейном законодательстве, что свидетельствует о необходимости его совершенствования и прежде всего путём нормативного закрепления легального понятия алиментного договора, в котором безвозмездность будет присутствовать в качестве его юридической характеристики. В других случаях императивные ограничения содержания алиментного договора коренятся в необходимости создать для лица, которое требует материальной поддержки условий для достойного уровня жизни. К такого рода ограничениям, в частности относится требование о минимальном размере алиментов на ребёнка, которое должно быть соблюдено при заключении алиментного договора.

8. Все вышеизложенное позволяет прийти к выводам о том, что осуществляя нормативное регулирование алиментных отношений посредством диспозитивного метода, законодатель использует также императивные ограничения свободы договора. В некоторых случаях такое ограничение обосновано и целесообразно. Но в целом следует признать необходимость совершенствования законодательства в вопросе применения императивных ограничений свободы договора.

Получено 11.04.2018

УДК 347.763

Віктор Андрійович Попов,

асистент кафедри цивільного права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук

ВУЗЛОВА УГОДА ТА ДОГОВІР ПЕРЕВАЛКИ ЯК ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ПЕРЕВАЛКИ ВАНТАЖІВ

Сфера перевезення вантажів була, є і буде незамінною для сучасних економічних систем держав світу, адже потреба в переміщенні товарів з однієї місцевості на іншу є необхідною для функціонування зазначених систем держав. Доволі часто трапляються ситуації, за яких доставка окремого вантажу або виду вантажу стає неможливою або економічно не вигідною через географічні особливості місцевості тобто неможливості доставити вантаж конкретним видом транспорту. Відповіддю саме на це запитання і є вузлова угода та договір

перевалки вантажу, які покликані продовжувати та прискорювати транспортний процес шляхом переміщення вантажів з одного транспортного засобу або його виду на інший. Недосконалість чинних нормативних положень, які регулюють відносини з перевезення вантажів у прямому та прямому змішаному сполученні, не розкривають правову природу вузлової угоди. За своїм змістом така угода тривалий час розглядалася як організаційний договір. Але розвиток відносин власності призвів до того, що у відносинах між перевізниками з'явився новий суб'єкт – власник або володілець (орендар, користувач) перевалочного пункту. За таких умов вузлова угода почала використовуватись в практиці відповідних відносин як традиційний майновий договір про надання послуг перевалки вантажів й інших суміжних послуг в транспортних вузлах. Визнаючи можливість вузлової угоди слугувати підставою діяльності перевалочного пункту, відповідні положення не заперечують і проти можливості такого договору виступати в якості самостійної підстави надання відповідних послуг.

Норми цивільного законодавства, на жаль, не містять хоча б яких-небудь чітких положень, які б дозволяли комплексно визначити спрямованість вузлових угод і їх зміст. В ч. 3 ст. 312 ГК України встановлюється, що відносини перевізників під час перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні та умови роботи перевалочних пунктів регулюються вузловими угодами. Порядок укладення вузлових угод встановлюється транспортними кодексами та статутами. При цьому ст. 39 Закону України «Про транспорт» передбачається, що відносини підприємств різних видів транспорту під час перевезень пасажирів, вантажів, багажу, пошти визначаються кодексами (статутами) окремих видів транспорту, а також укладеними на їх основі договорами (вузловими угодами).

На практиці сформувався підхід, за яким вузловими угодами визначаються порядок спільного змінного та добового планування роботи пункту перевалки; місця передачі вантажів; строки навантаження та вивантаження окремих вагонів, груп вагонів, маршрутів, автомобілів, суден; фронти навантаження та вивантаження вагонів; порядок розрахунків між сторонами; порядок прийому, здавання та зважування вантажів, а також порядок обміну інформацією про підхід вантажів до пункту перевалки, про прибуття завантажених вагонів тощо. Іншими словами, умовно зобов'язання, що виникають на підставі вузлової угоди, можна поділити на зобов'язання щодо обсягу перевалки вантажів; щодо передачі вантажів з одного виду транспорту на інший; з розрахунків за виконані роботи по перевалці вантажів.

При визначенні спрямованості вузлової угоди і її організаційного змісту необхідно враховувати, що діяльність з перевалки вантажів має чітко виражену підприємницьку спрямованість. Для її здійснення необхідне спеціальне дороговартісне обладнання, що потребує технічного обслуговування. У зв'язку з цим надання відповідних послуг на безоплатній підставі є не лише економічно нерациональним, але і прямо суперечить підприємницькій спрямованості діяльності відповідного суб'єкта. Як показує практика, для здійснення перевалки у всіх випадках укладається відповідний договір, навіть незважаючи на те, що власником (орендарем) перевалочного пункту (вантажного терміналу) може бути основний перевізник за договором перевезення вантажу у прямому та прямому змішаному сполученні. Крім того, необхідно враховувати, що з перевалкою можуть пов'язуватись й інші супутні послуги, наприклад, чищення цистерн, тари, безпосередньо терміналу, подача та упорядкування вагонів під завантаження, розвантаження тощо.

На останок, утримання відповідної транспортної інфраструктури вимагає майнових і організаційних затрат на обслуговування, у зв'язку з чим надання відповідної послуги на безоплатній основі є малоймовірним.

Розвиток сучасного законодавства створює передумови розмежування вузлової угоди як організаційно-правового договору і договору про надання послуг перевалки як домовленості

сторін, що слугує підставою для надання відповідної послуги. Договір перевалки може поглиблювати відносини, які виникають між учасниками транспортного процесу на підставі вузлової угоди, або слугувати самостійною підставою виникнення правовідносин між перевізником і власником (орендарем, користувачем) перевалочного пункту. Але для цього необхідно реалізувати відповідні зміни в нормативно-правових актах. До їх реалізації вузлова угода може регулювати як організаційні відносини між перевізниками, так і майнові відносини між перевізниками і власниками (орендарями, користувачами) перевалочних пунктів.

З урахуванням наведеної пропозиції вузлової угоди можна розглядати як договір, згідно з яким перевізники різних видів транспорту зобов'язуються здійснювати у встановленому договором порядку по відношенню один до одного злагожені дії в інтересах вантажовідправника (вантажодержувача), спрямовані на своєчасну передачу вантажу в пунктах перевалки з одного виду транспорту на інший з метою забезпечення перевезення в прямому змішаному сполученні. Необхідно відмітити, що вузлова угода становить не один документ, а сукупність документів, що визначають відносини між транспортними організаціями або, іншими словами, учасниками транспортного процесу, які забезпечують його розвиток

А договором перевалки вантажу, в свою чергу, слід вважати домовленість двох сторін, суб'єктів транспортних відносин (транспортних організацій), за якою одна сторона зобов'язується у встановлений строк, за плату перемістити вантаж з одного транспорту або виду транспорту на інший, на підставі обов'язкових технологічних правил та з метою продовження процесу доставки вантажу, а друга сторона надати інформацію про тип, вид, правовий режим вантажу, та оплатити надану послугу. При цьому слід зауважити, що в таких відносинах наявний специфічний суб'єкт, а саме транспортні організації, тобто у відносинах з перевалки вантажу вантажовідправник та вантажодержувач не приймають участі.

Договір перевалки є двостороннім, адже сторони, що беруть участь у відносинах з перевалки, мають взаємні права та обов'язки. Змістом перевалки є здійснення за плату протягом певного строку переміщення вантажів з одного виду транспорту на інший, звідки випливають такі його риси, як відплатність та строковість. Також до властивостей договору перевалки можна віднести публічність, адже стороною договору може виступати будь-яка транспортна організація. Крім того, за моментом укладення цей договір слід відносити до консенсуальних договорів.

Одержано 02.04.2018

УДК 378.147

Олена Олександрівна Рубан,

асистент кафедри цивільного права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук

НОВІТНІ ОСВІТНІ ТЕХНОЛОГІЇ ВИКЛАДАННЯ ЮРИДИЧНИХ ДИСЦИПЛІН З ОРІЄНТАЦІЄЮ НА КОМПЕТЕНТІСНИЙ ПІДХІД

Стратегія модернізації вищої юридичної освіти однією з підстав відновлення та модернізації освіти називає «компетентісний підхід». Передбачається, що в його основу буде покладено формування у студентів так званих «ключових компетентностей». У світовій освітній практиці поняття компетентності, як цілі освіти, виступає в останні роки в

якості одного з центральних понять, а включення в освітні цілі вищої школи формування ключових компетенцій і пов'язаних з цим змін методів навчальної роботи – як основний напрямок реформування (або модернізації) вищої юридичної школи.

Відповідно до ідеології Болонського процесу наразі розробляються основні освітні програми вищої професійної освіти поряд з системою компетентнісно-орієнтованих навчально-методичних документів, які розвивають у студента спрямованість на отримання більшої самостійності у виборі шляхів освоєння навчального матеріалу, а освітні технології сприяють диференціації та індивідуалізації його навчальної діяльності, реалізації індивідуальної траєкторії навчання.

Складовою Болонського процесу є Європейська кредитно-трансферна система (англ. *European Credit Transfer System – ECTS*), створена для забезпечення єдиної міждержавної процедури виміру й порівняння між закладами освіти результатів навчання студентів, їхнього академічного визнання. Відповідно до «Довідника користувача ЕКТС», «компетентності (англ. *Competences*) – це динамічне поєднання пізнавальних і метакогнітивних навичок, знань і розуміння, міжособистісних, інтелектуальних та практичних навичок, етичних цінностей і ставлень, а «успішне оцінювання результатів навчання є передумовою присвоєння кредитів особі, що навчається. Отже, твердження про результати навчання компонентів програм завжди мають супроводжуватися зрозумілими та відповідними критеріями оцінювання для присвоєння кредитів, що надає можливість стверджувати, *чи отримала особа, що навчається, необхідні знання, розуміння і компетентності*».

У Національній стратегії розвитку освіти в Україні на період до 2021 року, вказується, що одним із ключових напрямків освітньої політики має стати модернізація структури, змісту та організації освіти на засадах компетентнісного підходу. Ключові компетентності, запропоновані Радою Європи й покладені в основу даного підходу, поділяються на три категорії: *автономна дія; інтерактивне використання засобів; уміння функціонувати в соціально гетерогенних групах*. Запропонований підхід має забезпечити високий професійний рівень майбутнього фахівця і, безперечно, повинен запроваджуватися в рамках існуючої системи вищої юридичної освіти.

Таким чином, компетентнісно-орієнтована освіта спрямована на те, щоб *центром навчального процесу стали студенти*.

Навчання на основі компетентнісного підходу формує у студентів компетентності для реалізації професійної діяльності, необхідні для ринку праці, а параметри оцінки результатів освіти виражаються у результатах, які можуть бути враховані у будь-якому освітньому закладі будь-якої країни.

Нажаль, маємо зазначити, що на практиці наявні і негативні сторони компетентнісного підходу, зокрема це: покладання значною мірою на стандарти вищої освіти; хибне уявлення про поєднання сфери освіти із ринком праці (реалізація даного підходу не виконує цю обіцянку); значне орієнтування на оцінювання; компетентнісний підхід суперечить принципам широкої освіти (адже передбачає в результаті навчання випуск вузькопрофільного спеціаліста) тощо.

Нові вимоги до результатів освоєння освітніх програм (результатами освіти) обумовлюють вдосконалення змісту, розробку нових методик і технологій освітньої діяльності та форм контролю за її здійсненням.

Зокрема цікаво під час викладання юридичних дисциплін використовувати новітні методики викладання. Розглянемо деякі з них.

Щодо лекційних занять існують, наприклад, такі види лекцій:

Лекція удвох. У лекції такої форми навчальний матеріал проблемного змісту дається студентам в живому діалогічному спілкуванні двох викладачів між собою. Моделюються реальні професійні ситуації обговорення теоретичних питань з різних позицій двома фахівцями (наприклад, теоретиком і практиком, прихильником або противником тієї чи іншої точки зору і т. п.).

Лекція – прес-конференція. На початку заняття викладач називає тему лекції і просить студентів письмово ставити йому запитання по даній темі. Кожен студент повинен протягом 2–3 хвилин сформулювати найбільш цікаві для це запитання по темі лекції. Виклад матеріалу подається у вигляді зв'язного розкриття теми, а не як відповідь на кожне поставлене питання, але в процесі лекції формуються відповідні відповіді.

Лекція-дискусія – це взаємодія викладача і студентів, вільний обмін думками, ідеями та поглядами з досліджуваного питання.

В даній технології при викладі лекційного матеріалу викладач використовує відповіді студентів на поставлені їм запитання, організовує вільний обмін думками по розділах, що викладається.

Лекція-консультація. Заняття у формі лекції-консультації проводяться, коли тема носить суто практичний характер. Існує кілька варіантів проведення лекцій-консультацій.

Варіант 1: Після короткого викладу основних питань теми студенти задають викладачеві питання.

Варіант 2: За кілька днів до заняття викладач збирає запитання слухачів в письмовому вигляді. Перша частина заняття проводиться у вигляді лекції, в якій викладач відповідає на ці питання, доповнюючи і розвиваючи їх на свій розсуд. Друга частина проходить у формі відповідей на додаткові запитання студентів, вільного обміну думками та завершується заключним словом лектора.

За для кращого засвоєння матеріалу, а також при дистанційному навчанні, корисним є застосування наступних методик:

Відеоролики. В цьому випадку лекція викладача записується на відеоплівку. Методом нелінійного монтажу вона може бути доповнена мультимедіа додатками, що ілюструють виклад лекції.

Мультимедійні лекції. Для самостійної роботи над лекційним матеріалом студенти використовують інтерактивні комп'ютерні навчальні програми. Це навчальні посібники, в яких теоретичний матеріал завдяки використанню мультимедіа засобів структурований так, що кожен навчається може вибрати для себе оптимальну траєкторію вивчення матеріалу, зручний темп роботи над курсом і спосіб вивчення, максимально відповідний психофізіологічних особливостей його сприйняття.

При викладанні на семінарських заняттях, корисним є використання наступних інтерактивних методів:

Дискусія на семінарі – метод активного включення учнів в колективний пошук істини, що підвищує інтенсивність і ефективність навчального процесу. Вона вимагає від студентів напруженої самостійної роботи, народжує у кожного з них потребу висловити власну точку зору, свою думку з обговорюваного питання.

Семінар – обговорення письмових рефератів. На занятті на обговорення виносяться, як правило, 1–2 письмових реферату. Бажано, щоб всі студенти навчальної групи або спеціально виділені опоненти познайомилися заздалегідь з рефератом, автор яких протягом 15–20 хв. викладає основний його зміст. Після відповіді на питання і виступи опонентів розгортається дискусія з проблем, порушених у роботі.

Прес-конференція – обговорення доповідей. З кожного питання плану семінару викладачем призначається група учнів (3–4 людини) в якості експертів. Вони всебічно вивчають проблему і виділяють доповідача для викладу тез по ній. Після першої доповіді учасники семінару ставлять запитання, на які відповідають доповідач і інші члени експертної групи. Питання і відповіді становлять центральну частину семінару.

Семінар «малих полемічних груп» або семінар-диспут. На такому занятті перевіряється здатність учнів до пошуку істини на основі отриманих знань і сформованих переконань, виробляються навички ведення дискусії щодо складних проблем.

На обговорення виносяться, як правило, 2–3 питання. Відповідно до них створюються «малі полемічні групи» – по дві на кожне питання. Одна з них розкриває суть проблеми і пропонує її рішення, а інша виступає в якості опонентів, висуває контраргументи і своє розуміння шляхів виходу з ситуації, що створилася.

Баскет-метод (розбір кореспонденції, ділових паперів). – метод навчання, який передбачає виконання студентами ролі співробітників, яким потрібно розібрати накопичилися запити, листи, службові записки, звіти, факси тощо. І по кожному прийняти рішення. Він заснований на роботі з документами і паперами, що належать до повсякденної діяльності будь-якої установи (фірми, офісу і т. д.).

Кейс-метод – це опис ситуації, дійсних подій, що мали місце в процесі професійної діяльності в словах, цифрах і образах, в яких треба запропонувати варіанти дій. (У нашому випадку кейс – це «випадок», «ситуація») У даній технології навчальний матеріал подається студентам у вигляді проблем (кейсів), а знання купуються в результаті активної і творчої роботи.

Також необхідно звернути увагу на методи групового рішення творчих завдань.

Метод щоденників – в академічній групі кожен студент протягом, скажімо, тижня виписує питання або ідеї, що виникають з обговорюваної проблеми, в свій блокнот, зошит (електронні носії і т. д.) з їх подальшим колективним обговоренням. Даний метод хороший тим, що, по-перше, ідеї або конкретні пропозиції набувають колективне групове забарвлення, а по-друге, всі непогодженості і різні точки зору можуть виявитися до початку занять групи, категоричні точки зору можуть бути згладжені. На семінарське (практичне) заняття виносяться зазвичай «усереднена» думка.

Метод 6-6. Не менш 6 членів групи протягом 6 хвилин формулюють конкретні ідеї, які повинні сприяти вирішенню що стоїть перед групою проблеми. Кожен учасник цієї групи на окремому аркуші записує свої міркування. Після цього в групі організується обговорення всіх підготовлених варіантів. В процесі обговорення відсіюються явно помилкові думки, уточнюються спірні, групуються за певними ознаками всі залишилися. Основне завдання, що стоїть перед іншими студентами групи – відібрати кілька найбільш важливих альтернатив (їх кількість повинна бути меншою за кількість учасників дискусії).

Вважаємо, що для впровадження в навчальний процес інтерактивних методів викладання, зокрема юридичних дисциплін, в Закладах вищої освіти рекомендується активно використовувати Інтернет інструменти для спільної роботи. Це дозволяє студентам і викладачам обмінюватися документами в Інтернеті, редагувати їх в режимі реального часу і виконувати різнопланові завдання. Також це дає студентам платформу для спільної роботи в режимі мозкового штурму ідей і спілкування із викладачем дистанційно.

Зокрема, використання програмного забезпечення (наприклад, PowerPoint) дозволить викладачам вставляти фотографії, діаграми, відео та звукові файли, для підвищення словесного змісту лекції.

Застосування спеціальних Навчальних електронних Інтернет ресурсів дозволяє викладачам створювати всі ресурси, необхідні учням для класної роботи (наприклад, навчальні програми, завдання, літературні джерела, он-лайн тестування).

Використання смартфонів для тестування студентів під час занять. Це відмінна можливість для миттєвого опитування, яка може швидко оцінити розуміння і необхідність допомоги викладачів, регулювати темп і зміст викладення матеріалу.

Застосування інструментів аудиторної фіксації дає змогу фіксувати лекційні записи в тому вигляді, як вони надаються в аудиторії, щоб потім завантажувати їх для студентів, для повторного перегляду.

Отже, на основі вищевикладеного, можемо зазначити, що основними завданнями якісної юридичної освіти в сучасному суспільстві є: диверсифікація спеціалізацій випускників юридичної професії, їх оновлення відповідно до потреб соціально-економічної діяльності суспільства; оптимізація системи підготовки фахівців для правоохоронних органів; установлення уніфікованих вимог щодо змісту вищої юридичної освіти; збільшення кількості навчальних практично зорієнтованих дисциплін, спрямованих на розвиток індивідуальних професійних якостей студента; широке залучення до навчального процесу вітчизняних та іноземних фахівців-практиків галузі права; активне застосування апробованих світових методик.

Одержано 14.03.2018

УДК 347.1

Ольга Володимирівна Сидоренко,

*старший викладач кафедри «Інформатика та інтелектуальна власність»
Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут»,
кандидат юридичних наук*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ АНТИСПАМУ

Відомо, що нові інформаційні технології призвели до появи нових видів деліктів. Серед інтернет-деліктів можна виділити: фішинг (спам в формі дезінформації), комп'ютерне піратство, дефейс (отримання несанкціонованого доступу до інтернет-сайту з подальшим видаленням або заміною, що відображається), хакерство (злом електронних ресурсів), кіберсквотинг (незаконне захоплення доменних імен), спам.

Щодо останнього з деліктів, то відповідно до п. 3. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг» «спам – електронні, текстові та/або мультимедійні повідомлення, які без попередньої згоди (замовлення) споживача умисно масово надсилаються на його адресу електронної пошти або кінцеве обладнання абонента, крім повідомлень оператора, провайдера щодо надання послуг» [1]. Згідно з п. 39 підпункту 23) цієї Постанови КМУ «оператори, провайдери зобов'язані ... не розповсюджувати спам».

В разі розповсюдження спаму особа нестиме відповідальність: матеріально-правову, адміністративну та кримінальну.

Наприклад, в США згідно з CAN-SPAM Act в США [2] реклама (спам) повинна бути відповідним чином позначена, наприклад, в темі листа і містити інформацію про компанію-

відправника. Покаранням за порушення CAN-SPAM Act може бути, як штраф, так і тюремне ув'язнення до 5 років (пар. 1037 Закону). Тільки в 2009 році в США було винесено кілька звинувачувальних вироків із застосуванням CAN-SPAM Act, зокрема, справа Алана М. Ральського і Скотта Бредлі (кримінальна відповідальність – 5 років позбавлення волі та штраф кожному в розмірі 250 тисяч доларів США) [3]. Австралійський Spam Act 2003 [4] передбачає накладення штрафів за розсилку спаму (близько 1,1 млн австралійських доларів за кожен небажаний лист, відправлений на безліч адрес). Так, у березні 2010 року австралійський телеоператор був засуджений до штрафу в розмірі 22 тис. австралійських доларів за розсилку комерційної реклами з порушенням національного антиспам-законодавства.

Щодо України, то виходячи зі змісту Закону України «Про телекомунікації» (статті 32, 33 та ін.), відносини між оператором (провайдером), який надає відповідні телекомунікаційні послуги, та абонентом (споживачем) носять договірний характер. Отже, невиконання умов договору однією із сторін тягне за собою **цивільно-правову відповідальність**. У справі № 25/72-10 від 11.05.2010 р. в Господарському суді Дніпропетровської області було укладено мирову угоду предметом якої є домовленість між Позивачем і Відповідачем щодо сплати штрафних санкцій в сумі 55000,00 грн. за Договором, відповідно до якого Позивачем Відповідачу надавалася транспортна мережа для відправлення коротких текстових повідомлень користувачам рухомого (мобільного) зв'язку, а Відповідачем в період з 08.01.2010р. по 10.01.2010р. (включно) було відправлено **Спам-повідомлення** із текстом «Сильний президент працює технічним кандіОудатом» у кількості 1 042 368 одиниць користувачам [5].

При цьому чинним законодавством України встановлена і **адміністративна відповідальність** за порушення порядку та умов надання послуг зв'язку в мережах загального користування (стаття 148-2 КУпАП).

Україна також є учасницею Конвенції про кіберзлочинність (ст. 6) [6], яка містить зобов'язання Сторін встановлювати **кримінальну відповідальність** за розповсюдження комп'ютерних програм, створених або адаптованих, в першу чергу, з метою серйозного перешкоджання функціонуванню комп'ютерної системи шляхом введення, передачі, поширення, знищення, погіршення, заміни або приховування комп'ютерних даних без права на це. А, отже, і за розсилання спаму, який може містити шкідливі комп'ютерні програми передбачена кримінальна відповідальність.

Відповідно до статті 363-1 Кримінального кодексу України передбачена відповідальність за умисне масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку, здійснене без попередньої згоди адресатів, що призвело до порушення або припинення роботи електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

Таким чином, спам є деліктом, який є частим явищем сьогодення. Проте, науковій спільноті ще доведеться дослідити порядок визначення збитки від спаму, значення вини при поширенні спаму, визначення суб'єкту відповідальності, практику притягнення до відповідальності за спам в Україні, та ін.

Список бібліографічних посилань

1. Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг: постанов Кабінету Міністрів України // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-%D0%BF> (дата звернення: 31.03.2018).

2. Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003 // Senate and House of Representatives of the United States of America. URL: <https://www.ftc.gov/>

enforcement/statutes/controlling-assault-non-solicited-pornography-marketing-act-2003-can-spam-act (дата звернення: 31.03.2018).

3. Detroit Spammer and Three Co-Conspirators Sentenced for Multi-Million Dollar E-Mail Stock Fraud Scheme // The United States Department of Justice. URL: <https://www.justice.gov/opa/pr/detroit-spammer-and-three-co-conspirators-sentenced-multi-million-dollar-e-mail-stock-fraud> (дата звернення: 31.03.2018).

4. Spam Act 2003 : No. 129 // Australian Communications and Media Authority. URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011C00080> (дата звернення: 31.03.2018).

5. Ухвала господарського суду Дніпропетровської області від 11.05.2010, справа № 25/72-10 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9514465> (дата звернення: 31.03.2018).

6. Конвенція про кіберзлочинність : від 23.11.2001 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575 (дата звернення: 31.03.2018).

Одержано 09.04.2018

УДК 347.121.1

Олена Валеріївна Сідей,

*доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент*

ВИДИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ПРАВОМ НА ЗДОРОВ'Я

З огляду на особливість об'єкту права на здоров'я та багатогалузевий характер регулювання відносин, що виникають з приводу здоров'я, слід визначити, що таке право є складним та являє собою встановлену державою систему юридичних норм, що покликані забезпечити нормальну життєдіяльність людини, охорону, захист та власне здійснення свого права. З розвитком медичної науки і техніки поступово формується ціла система відносин, які ще не в повному обсязі охоплені сферою цивільно-правового регулювання, але потребують такого впливу на них. Коло цих відносин не замкнене, воно буде поповнюватись все новими відносинами, які переходять у адекватній правовій формі [1, с. 62]. Аналіз Конституції України, Цивільного кодексу України, та Основ законодавства України про охорону здоров'я, дозволяє зробити висновок, що на сьогодні не існує чіткої класифікації прав, що виникають при здійсненні та захисті права на здоров'я, не має й єдиного нормативного-правового акту, який би регулював такі суспільні відносини, а тому необхідним є здійснення класифікації таких прав.

Дослідженням обраної теми займалися такі провідні вчені, як: М. М. Агарков, С. С. Алексєєв, М. О. Баймуратов, Н. С. Кузнецова, С. О. Сліпченко, О. В. Соболев, Р. О. Стефанчук, О. В. Синегубов, Ю. К. Толстой, К. А. Флейшиць, Є. О. Харитонova, С. А. Чернишова, Я. М. Шевченко, М. Я. Шимінова, Р. Б. Шишка та інші.

Так, особисті немайнові права у сфері здоров'я, умовно можна поділити на основні та похідні. Пропонована класифікація здійснюється на підставі простої більшості активних та пасивних повноважень фізичної особи, які реалізуються під час здійснення права на

здоров'я. Разом з тим, з огляду на цивільно-правовий характер дослідження, слід відмітити, що ЦК України вже закріпив основні права, у сфері права на здоров'я.

Так до основних слід відносити: право на охорону здоров'я; право на медичну допомогу, право на медичну інформацію. Кожне з цих елементів включають в себе окремі активні повноваження, щодо здійснення права на здоров'я, а тому потребують детально-го розгляду.

Право на охорону здоров'я. Загальна теорія права розглядає право на охорону здоров'я, як те, що гарантує фізичне існування людини і є умовою забезпечення реалізації всіх інших її прав. Разом з тим, його визнають одним із загальносоціальних, невідчужуваних, суб'єктивних юридичних прав людини та ототожнюють з поняттям «право на здоров'я» [2, с. 9]. Проте, дійсно природним та невідчужуваним є саме право людини на здоров'я, в той час, як «право на охорону здоров'я» має подвійну природу. По-перше, це можливість кожного самостійно вчиняти певні дії або вживати заходи, щодо свого блага (профілактика, огляди, щеплення та ін.) та по-друге, право фізичної особи, громадянина вимагати від держави в особі уповноважених органів виконання її обов'язку, щодо забезпечення для кожного реалізації права на охорону здоров'я через систему правових, соціально-економічних, медико-санітарних, оздоровчо-профілактичних заходів, спрямованих на збереження та розвиток фізіологічних, психологічних та психічних функцій, працездатності та соціальної активності людини впродовж всього життя.

Це означає, що право на охорону здоров'я визначається не простою сукупністю можливостей громадян і суспільства, а їх органічною єдністю, тобто поєднанням засобів, джерел, а також фінансових можливостей, якими володіють кожний громадянин і суспільство в цілому для використання їх з метою реалізації конкретних цілей і завдань щодо охорони здоров'я [3, с. 37].

Право на охорону здоров'я слід визначати, як особисте право особи на збереження, підтримання та розвиток своїх фізіологічних, психологічних та психічних функцій організму шляхом здійснення певних активних правомочностей самостійно або через уповноважені організації.

Право на медичну допомогу. Право на здоров'я тісно пов'язане з правом на медичну допомогу як сукупністю можливостей доступу до установ та організацій, що надають послуги медичної допомоги у випадку хвороби. Однак ці поняття не є тотожними, оскільки право на здоров'я не зводиться лише до одного аспекту – до правомочності на медичну допомогу. Крім даного аспекту, право на здоров'я (в суб'єктивному значенні) надає людині можливість займатися діяльністю, що сприяє зміцненню здоров'я людини, фізичною культурою і спортом, звертатися до компетентних органів за отриманням інформації про стан довкілля, санітарно-епідеміологічну обстановку, до представників роботодавця з питаннями забезпечення працівників здоровими умовами праці тощо [4, с. 12].

Право на медичну допомогу є структурним елементом комплексного змісту права на здоров'я, логічно впливає з нього і його підтверджує в рамках елементу «охорона здоров'я».

Головними ознаками медичної допомоги є: здійснення втручання у фізичну або психічну сферу існування людини (обумовленість втручання станом здоров'я); спрямованість дій на рятування життя, поліпшення стану, поновлення здоров'я і працездатності; здійснення втручання фахівцем в галузі медицини [5, с. 87].

Сукупність вказаних ознак дозволяє визначити медичну допомогу як здійснення медичних заходів фахівцем в галузі медицини, щодо фізичного, психічного або психологічного

стану здоров'я фізичної особи, які спрямовані на рятування життя, поліпшення стану, поновлення здоров'я.

Право на інформацію про стан свого здоров'я. Статтею 285 Цивільного кодексу України закріплено право фізичної особи на достовірну й повну інформацію про стан свого здоров'я [6]. Під медичною інформацією розуміють вид діяльності у сфері медицини, спрямований на представлення спеціалістам різних джерел інформації. Поняття «медична інформація» означає також усю сукупність багато численних джерел інформації. Інформація є однією з властивостей даних. Разом з тим, до розуміння медичної інформації можна відносити знання набуті людством за час багатовікової діяльності у цій сфері та відображені у наукових галузях медицини. Поняття «право на інформацію про стан свого здоров'я» слід визначати, як право фізичної особи на отримання повної, достовірної, своєчасної інформації, щодо стану свого здоров'я в доступній для неї формі, відомості про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, інформацію, яка міститься в історії хвороби та інших відповідних медичних документах.

Суміжним з правом на інформацію про стан здоров'я є закріплене у ст. 286 ЦК України право на таємницю про стан свого здоров'я, яке полягає у тому, що медичний працівник та інші особи, які, з огляду на свої службові обов'язки мають доступ до відомостей про хворобу пацієнта, результатів його медичного обстеження, або їм стало відомо про інтимні та сімейні сторони життя пацієнта, не мають права розголошувати ці відомості крім передбачених законом випадків.

Таким чином, на підставі здійсненого аналізу вищезазначених прав, можна свідчити, що вони є досить змістовними за своєю суттю, та при їх реалізації породжують, ще ряд прав, що забезпечує, як і їх здійснення, так і здійснення права на здоров'я взагалі. А тому, ми вважаємо, що, основними правами, що виникають у сфері права на здоров'я є права, що формують найбільші групи суспільних відносин, що виникають під час здійснення права на здоров'я (право на охорону здоров'я, право на медичну допомогу, право на медичну інформацію).

Решта прав, які виникають у фізичної особи під час реалізації вказаних елементів прав, можна характеризувати, як такі, що виникають у правовідносинах, щодо здійснення фізичною особою права на здоров'я, і тому можуть розглядатись, як похідні особисті немайнові права фізичної особи. Наприклад, звернення фізичної особи за медичною допомогою тягне за собою виникнення інших права: на вибір лікаря та медичного закладу, обрання методів лікування та інше. Разом з тим необхідно зазначити, що закріплення всіх цих спеціальних прав у сфері права на здоров'я у ЦК України, було б нелогічним, оскільки призвело б до складності регулювання у рамках цивільного права.

Список бібліографічних посилань

1. Чернооченко С. І. Право на здоров'я (цивільно-правовий аспект). *Вісник Запорізького юридичного інституту*. 1998. № 3 (5). С. 61–76.
2. Сенюта І. Я. Право людини на охорону здоров'я та його законодавче забезпечення в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Львів. нац. ун-т імені І. Франка. Львів, 2006. 16 с.
3. Солдатенко О. В. Правове регулювання видатків на реалізацію конституційного права громадян на охорону здоров'я в Україні та країнах Центральної Європи : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь, 2010. 411 с.
4. Власенкова В. В. Право на охорону здоров'я и медицинскую помощь в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. М., 2007. 21 с.
5. Прасов О. О. Право на медицинскую помощь та його здійснення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Запоріжжя, 2007. 196 с.

УДК 347.1

Катерина Олегівна Скриннікова,

*старший викладач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

З усіх благ наданих людству найважливішим благом є життя та здоров'я людини, ці блага повинні бути захищені всіма механізмами держави у сфері охорони здоров'я. В сучасних умовах реформування закладів охорони здоров'я не надається належної уваги правовому регулюванню відносин між пацієнтами та медичними закладами, що призводить до порушення прав як пацієнтів так і медичних працівників.

Дослідженням зазначеного питання неодноразово займалися науковці, зокрема такі як: С. Б. Булеца, І. В. Венедиктова, А. А. Герц, А. В. Савицька, О. І. Смотров, І. Я. Сенюта, С. Г. Стеценко, Р. Б. Майданик, М. М. Малєїна. Однак, на цей час, існують окремі питання, які не в повній мірі висвітлені в дослідженнях вчених, пов'язані з питаннями цивільно-правового регулювання відносин у сфері надання медичних послуг.

Серед всього різноманіття відносин які існують у сфері охорони здоров'я особливу групу складають ті, які виникають безпосередньо між особою, яка надає медичні послуги (лікар, медичний заклад) і особою яка її отримує (пацієнт). Майже у всіх випадках такі відносини виникають на основі певної домовленості між лікарем (лікувальним закладом) і пацієнтом. У зв'язку із цим зовнішньою правовою формою вираження цієї домовленості буде виступати цивільно-правовий договір. [1, с. 45–46].

Проаналізувавши норми чинного законодавства, можна зробити висновок про відсутність чіткого визначення поняття договору про надання медичних послуг. До такої категорії договорів застосовуються загальні положення договору про надання послуг, визначені ст. 901–907 Цивільного кодексу України. Також, до таких специфічних правовідносин застосовуються норми Закону України «Про захист прав споживачів», однак у судовій практиці дедалі частіше виникають спірні питання щодо застосування вищезазначеного закону для відносин пов'язаних з наданням медичних послуг.

В судових рішеннях зазначають, що Закон України «Про захист прав споживачів» регулює відносини, що виникають з приводу придбання, замовлення, використання товарів (робіт, послуг) для власних побутових потреб. А предметом медичних послуг є особисті немайнові блага – життя і здоров'я, які не можуть бути віднесені до правовідносин, направлених на задоволення побутових потреб. Тобто. є неприпустимим застосування норм зазначеного Закону до регулювання відносин по наданню медичних послуг.

Також зауважують, що такі правові відносини є специфічними, а тому вимагають спеціального, особливого окремого регулювання, але на сьогодні в Україні не визначений

правовий статус пацієнта спеціальним законом про права пацієнтів. В загальному вигляді цей статус регламентований Законом «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [2].

Тобто хоча й існують спроби на законодавчому рівні врегулювати відносини у сфері надання медичних послуг, однак стверджувати що ці спроби є ефективними в повному обсязі не видається можливим. Питання про деталізацію прав пацієнтів та відповідно їх захисту також залишається відкритим.

І до теперішнього часу також відкритим залишається питання правового регулювання правовідносин між лікарем (медичним закладом) і пацієнтом.

На відміну від інших галузевих правовідносин, цивільні правовідносини завжди повинні базуватися на засадах рівності, самостійності та вільного волевиявлення їхніх учасників, що є ознакою диспозитивності цивільного права. Пацієнт та лікар (медичний заклад) – два самостійні і юридично рівні суб'єкти. Це означає, що жодна сторона не набуває правових переваг у відносинах, які мають регулюватися нормами цивільного права. [3].

Проте і досі ми не можемо сказати про притаманну рівність у відносинах лікар – пацієнт, оскільки ще немає усталеної правової поведінки пацієнтів у випадках, коли медична послуга надана не якісно або не в повному обсязі.

В Європі до такого роду правовідносин застосовується партнерська модель, тобто пацієнт звертаючись до медичного закладу за отриманням медичної послуги має чітко визначений перелік як прав так і обов'язків, а лікар надаючи пацієнту медичну послугу, в свою чергу, так само має чітко визначений перелік прав та обов'язків.

Чи можемо ми сказати про те, що в Україні відносини пацієнта та лікаря мають партнерський характер? З впевненістю сказати про наявність засад партнерства ми не можемо, однак з проведенням медичної реформи в Україні деякі спроби все ж таки почали з'являтися, а саме у пацієнтів з'явилась можливість обрати для себе медичний заклад в якому вони бажать отримувати медичну послугу та самостійно визначаються з лікарем.

Тобто ми можемо констатувати, що дане дискусійне питання все ж таки має перспективу для подальшого вирішення, однак для більш точного та продуктивного вирішення проблеми цивільно-правового регулювання відносин у сфері надання медичних послуг було б прийняття окремого нормативно-правового акту, який би закріпив наявні права та обов'язки як пацієнтів так і лікарів.

Список бібліографічних посилань

1. Герц А. А. Договірні зобов'язання у сфері надання медичних послуг: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2016. 421 с.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я : закон України від 19.11.1992 № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
3. Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ : Юрінком Інтер, 2010. Кн. 1. 2010. 976 с.

Одержано 14.03.2018

Тетяна Володимирівна Степаненко,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2323-987X>

ЩОДО МАСОВИХ (ГРУПОВИХ) ПОЗОВІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ (В СВІТЛІ НОВОЇ РЕДАКЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ)

3 жовтня 2017 року Верховної Радою України прийнято Закон України № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким запроваджено нову редакцію ЦПК України. Розробниками даного нормативно-правового акту, – Радою з питань судової реформи, ще на етапі презентації законопроекту було проанонсовано вирішення питання групових (або «класових», «масових») позовів та інші питання, які дозволять зменшити навантаження на судову систему. Проте, якщо в адміністративному судочинстві запроваджено процедуру розгляду типових справ в спрощеному провадженні з урахуванням рішення у зразковій справі (§ 3 глави 11 КАС «Розгляд типових та зразкових справ»), що можна розглядати як варіант судового захисту численної групи осіб, то оновлене цивільне процесуальне законодавство не містить положень, що стосуються порядку розгляду масових (групових) позовів, що на нашу думку, є явним упущенням і, відповідно, впливає на ефективність судового захисту прав численних груп осіб. Діючий ЦПК України в п. 5 ч. 1 ст. 162 лише містить норми, аналогічні ст. 98 ЦПК України попередньої редакції (до 03.10.2017) щодо віднесення до переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ, вимоги 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. Виходячи з цього можна говорити, що в національному цивільному судочинстві знайшла часткове закріплення лише одна модель масового (групового) позову – організаційний масовий (груповий) позов, і лише в чітко визначеній сфері – захист прав споживачів.

Втім, на наше переконання, такий стан речей жодним чином не свідчить про відсутність потреби у врегулюванні на законодавчому рівні інституту масового позову в Україні та запровадженні означеного інституту в цивільному судочинстві з огляду на специфіку правовідносин у спорах, які вирішуються. При цьому до основних питань, які потребують вирішення в національному цивільному процесуальному законодавстві, з урахуванням позитивного досвіду інших країн, в яких успішно функціонує інститут масових позовів, можна віднести:

- визначення критеріїв визнання позову як групового (сертифікація);
- визначення складу групи та з'ясування згоди потенційних учасників провадження на участь у ньому з огляду на можливі допустимі механізми погодження або відмови учасника групи (opt-in/opt-out);
- визначення юрисдикції та процесуальної компетенції судів з розгляду і вирішення справ за груповими позовами; запровадження інстанційної підсудності групових позовів, зокрема, можливість розгляду справи апеляційними судами як судами першої інстанції;

– процесуальний механізм подання групового позову (через єдиного позивача – представника груп або особою, яка діє в чужих інтересах: громадські об'єднання, органи державної влади, органи прокуратури та Уповноваженого Верховної Ради з прав людини);

– перекаваліфікація справи за індивідуальним позовом у груповий позов за ініціативою суду та/або сторін у справі; наділення суду за наявності обґрунтованих підстав повноваженнями з поділу групи на підгрупи;

– інформування учасників (потенційних учасників) групи про відкриття провадження у справі за груповим позовом, час та місце судового розгляду, прийняте судове рішення;

– закриття провадження без ухвалення рішення суду: відмова від позову, можливість укладення мирової угоди в процесі розгляду групового позову;

– право особи, яка не була членом групи у провадженні за груповим позовом, але рішення у справі стосується її прав, звертатися до суду в індивідуальному, але процесуально спрощеному, порядку, доводячи лише те, що рішення стосується її прав;

– оскарження рішення як кожним із членів групи, так і особами, які не є членами групи, проте рішення стосується їх прав, та виконання рішення.

З огляду на вищезазначене актуальним та доцільним убачається продовження як теоретичних досліджень інституту масового (групового) позову, так і безпосереднє введення даного процесуального інституту до цивільного процесуального законодавства України та національного судочинства, що на нашу думку сприятиме ефективному захисту прав та інтересів численного кола осіб.

Одержано 27.03.2018

УДК 347.191:330.322

Олена Петрівна Суц,

доцент кафедри правового регулювання економіки Харківського національного економічного університету імені Семена Кузнеця, кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3888-9613>

СУБ'ЄКТИВНІ ПРАВА ІНВЕТОРІВ КОРПОРАТИВНИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ФОНДІВ

Права та обов'язки суб'єктів корпоративного інвестування можуть установлюватися двома шляхами: 1) на рівні чинного законодавства; 2) на рівні укладених договорів при здійсненні корпоративного інвестування.

Законодавство України з питань діяльності інститутів спільного інвестування, зокрема, Закон України «Про інститути спільного інвестування» [1], має істотні недоліки стосовно законодавчого закріплення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків суб'єктів правовідносин з корпоративного інвестування. Так, у вказаному законі не визначено права та обов'язків інвесторів корпоративного інвестиційного фонду, корпоративного інвестиційного фонду та компанії з управління активами, що призводить до неефективної діяльності інститутів спільного інвестування та порушення прав як інвесторів так і самого корпоративного інвестиційного фонду. Проте законодавцем чітко прописані обмеження в діяльності такої категорії суб'єктів без достатньої правової регламентації.

Виходячи з вищевикладеного, вважаємо за необхідне визначити суб'єктивні права та юридичні обов'язки інвесторів корпоративного інвестиційного фонду.

Права інвесторів корпоративного інвестиційного фонду виникають з моменту набуття акцій корпоративного фонду, кожна з яких надає акціонеру певний об'єм правомочностей.

Право власності на акцію корпоративного фонду може виникати шляхом купівлі-продажу акцій корпоративного фонду на вторинному ринку цінних паперів або ж викупу акцій шляхом приватного розміщення на етапі створення корпоративного фонду його засновниками.

Поняття акцій корпоративного інвестиційного фонду закріплено у ч. 1 ст. 1 Закону України «про інститути спільного інвестування» та у ч. 1 ст. 6-1 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» [2], відповідно до якого акція корпоративного інвестиційного фонду – цінний папір, емітентом якого є корпоративний інвестиційний фонд та який посвідчує майнові права його власника (учасника корпоративного інвестиційного фонду), включаючи право на отримання дивідендів (для закритого корпоративного інвестиційного фонду), частини майна корпоративного інвестиційного фонду у разі його ліквідації, право на управління корпоративним інвестиційним фондом, а також немайнові права, передбачені законодавством про інститути спільного інвестування. Таким чином, виходячи з аналізу норм Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» та Закону України «Про інститути спільного інвестування» можемо констатувати, що законодавець закріпив два види прав інвесторів корпоративного фонду з акцій такого фонду: 1) майнові права та 2) немайнові права.

Оскільки Законом України «Про інститути спільного інвестування» права інвесторів-акціонерів корпоративного інвестиційного фонду прямо не визначено, на підставі аналізу норм Закону України «Про інститути спільного інвестування» до основних суб'єктивних прав інвесторів корпоративного інвестиційного фонду, на нашу думку, необхідно віднести:

1) розміщення інвестицій у будь-які об'єкти корпоративного інвестування. Такими об'єктами є права, посвідчені цінними паперами – для інвестора, та майно (у тому числі статутний капітал) – для корпоративного фонду;

2) самостійно обирати мету, види та об'єми інвестицій;

3) самостійно обирати тип, вид та клас корпоративного інвестиційного фонду. Бути учасником венчурного фонду за умови придбання цінних паперів такого фонду в кількості, яка за номінальною вартістю цих цінних паперів складає суму не менше ніж 1500 мінімальних заробітних плат у місячному розмірі. Бути учасником кваліфікаційного інституту спільного інвестування за умови придбання цінних паперів такого інституту в кількості, яка за номінальною вартістю цих цінних паперів складає суму не менше ніж 100 мінімальних заробітних плат у місячному розмірі;

4) брати участь в управлінні корпоративним інвестиційним фондом. Реалізація права участі в управлінні корпоративним фондом здійснюється через участь у загальних зборах акціонерів, оскільки ст. 16 Закону України «Про інститути спільного інвестування» визначено, що вищим органом корпоративного фонду є загальні збори акціонерів.

5) приймати участь у загальних зборах корпоративного інвестиційного фонду акціонер може як самостійно, так і через свого представника (ст. 18, 22 Закону України «Про інститути спільного інвестування»). До закінчення строку, передбаченого для реєстрації учасників загальних зборів, учасник корпоративного фонду має право замінити свого представника, повідомивши про це наглядовій раді корпоративного фонду, або взяти участь у загальних зборах особисто (ст. 23 Закону України «Про інститути спільного інвестування»;

6) вимагати від корпоративного фонду або особи, яка веде облік права власності на акції такого фонду, надати інформацію про включення його до переліку учасників корпоративного фонду, які мають право на участь у загальних зборах;

7) бути персонально письмово повідомленим про проведення загальних зборів та їх порядок денний особою, яка скликає загальні збори, у спосіб, передбачений статутом корпоративного фонду, не пізніше ніж за 30 календарних днів до дня їх проведення;

8) до проведення зборів за запитом має право ознайомитися у порядку, передбаченому в повідомленні про проведення загальних зборів, з проектом (проектами) рішення з питань порядку денного;

9) кожний учасник корпоративного фонду має право внести пропозиції щодо питань, включених до порядку денного загальних зборів, а також щодо нових кандидатів до складу наглядової ради корпоративного фонду, кількість яких не може перевищувати кількісного складу наглядової ради. Пропозиції вносяться не пізніше ніж за 20 календарних днів до проведення загальних зборів (ст. 21 Закону України «Про інститути спільного інвестування»);

10) отримувати певну частину прибутку (дивідендів). Отримання дивідендів є основним інтересом інвестора корпоративного фонду, але цей інтерес має ризиковий характер. Щоб інвестор отримав дивіденди, необхідно, щоб, по-перше, корпоративний фонд отримав прибуток, по-друге, щоб загальні збори корпоративного фонду прийняли рішення про виплату акціонерам дивідендів. У контексті права інвестора корпоративного фонду на дивіденди зазначимо, що право на отримання дивідендів існує лише у акціонерів закритого корпоративного інвестиційного фонду. Учасникам відкритого та інтервального корпоративного фонду дивіденди не нараховуються та не сплачуються.

11) отримати частину майна у разі ліквідації корпоративного фонду. ЦК України у ч. 4 ст. 111 закріплює, що майно юридичної особи, що залишилося після задоволення вимог кредиторів, передається її учасникам, якщо інше не встановлено установчими документами юридичної особи або законом. Дане положення також підтверджується ст. 40 Закону України «Про інститути спільного інвестування». Так, кошти, отримані від реалізації активів корпоративного фонду, при ліквідації розподіляються, в першу чергу, між акціонерами пропорційно кількості акцій, що їм належать, у порядку, визначеному НКЦПФР;

12) за рішенням інвестора права володіння, користування та розпорядження інвестиціями можуть бути передані іншим юридичним особам;

13) отримувати інформацію про діяльність корпоративного фонду чи компанії з управління активами. Право отримувати інформацію про діяльність корпоративного фонду дозволяє інвестору якнайповніше реалізовувати та захищати свої права, що посвідчені акціями корпоративного фонду. У свою чергу корпоративному фонду як суб'єкту корпоративного інвестування, також важливо мати повну та достовірну інформацію про діяльність компанії з управління активами, яка на підставі договору про управління активами управляє активами такого корпоративного фонду, оскільки від ефективної діяльності компанії з управління активами та ефективного управління активами корпоративного фонду залежить прибуток акціонерів;

14) право на захист порушених суб'єктивних прав та законних інтересів.

На підставі викладеного вважаємо, що суттєвим недоліком Закону України «Про інститути спільного інвестування» є відсутність закріплення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків суб'єктів корпоративного інвестування з огляду на специфіку їх правового становища.

Список бібліографічних посилань

1. Про інститути спільного інвестування : закон України від 05.07.2012 № 5080-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 29. Ст. 337.
2. Про цінні папери та фондовий ринок : закон України від 23.02.2006 № 3480-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 31. Ст. 268.

Одержано 08.04.2018

УДК 347.51

Ірина Ігорівна Сядриста,

*доцент кафедри правового забезпечення
господарської діяльності факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4340-3593>*

**ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ –
ПІДПРИЄМЦЯ**

Згідно зі ст. 50 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] право на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною дієздатністю. Обмеження права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності встановлюються Конституцією України та законом. Фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом. До підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин. Фізична особа-підприємець (далі – ФОП) відповідає за зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, усім своїм майном, на яке згідно з законом може бути звернено стягнення.

Дещо інший підхід до правового регулювання підприємницької діяльності фізичних осіб закладено в Господарському кодексі України (далі – ГК України) [2]. Так, згідно зі ст. 128 ГК України громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність: 1) без посередньо як підприємець або через приватне підприємство, що ним створюється; 2) із залученням або без залучення найманої праці; 3) самостійно або спільно з іншими особами. Отже, законодавство не встановлює поняття ФОП, а лише наводить ряд ознак, якими вона може характеризуватись.

Найперше проблемне питання стосується правового статусу ФОП – юридичного статусу, який засвідчує право особи на заняття підприємницькою діяльністю. Юридичний статус «фізична особа – підприємець» сам по собі не впливає і ніяким чином не обмежує будь-які правомочності особи, які випливають з її цивільної правоздатності та дієздатності [3]. Таким чином, правові відносини, в які вступає ФОП можна умовно поділити на: цивільні відносини фізичної особи з іншими особами та відносини, пов'язані із здійсненням нею підприємницької діяльності, що ускладнює процес індивідуалізації фізичних осіб як підприємців. Зокрема, матеріали судових справ свідчать про те, що, звертаючись до господарського

суду із заявами про порушення справи про банкрутство ФОП додатково посилаються на той факт, що кредитні кошти, отримані в банківській установі для споживчих потреб, використовувалися ними на інші цілі, ніж передбачено договором, саме – для підприємницької діяльності [4].

Крім того, для ідентифікації ФОП слід вирішити питання про відокремлення майна фізичної особи, яке вона використовує у підприємницькій діяльності, від іншого її майна, а також питання про спадкування та поділ (при виокремленні частки у спільній сумісній власності) такого майна. В ч. 1 ст. 7 Сімейного кодексу України (далі – СК України) [5] закріплено, що сімейні відносини регулюються СК України та іншими нормативними актами. Також зазначено, що якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані зазначеним Кодексом, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК України). При вирішенні питання про можливість здійснення підприємницької діяльності ФОП, яка є одруженою, слід керуватися нормами СК України, оскільки подружжя є специфічним суб'єктом саме сімейного права. Отже, питання визнання чи невизнання майна ФОП спільною власністю, потребують чіткого законодавчого врегулювання, оскільки нормативні акти відповіді на нього не містять.

До зазначеного слід додати, що стосовно підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин (ст. 51 ЦК України). Неоднозначне тлумачення вказаної норми в науково-юридичній літературі і на практиці обумовлює появу суперечливих висновків, що безумовно впливає на її правозастосування, оскільки певним чином відбувається злиття правового статусу фізичної особи з правовим статусом юридичної особи, які за своєю природою є різними [6, с. 97–98]. У зв'язку з чим наявні випадки неоднозначного підходу до застосування зазначеної статті. Як приклад можна привести реєстрацію права власності ФОП на нерухоме майно.

Отже, беручи до уваги наведені матеріали, можна зазначити, що для індивідуалізації ФОП необхідно визначити її правовий статус, виокремити його від правового статусу юридичної особи, відокремити майно фізичної особи, яке вона використовує у підприємницькій діяльності, від іншого її майна.

Список бібліографічних посилань

1. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
2. Господарський кодекс України : закон України від 16.01.2003. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144.
3. Статус фізичної особи – підприємця: проблеми застосування законодавства : роз'яснення Міністерства юстиції України від 14.01.2011 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0012323-11> (дата звернення: 26.02.2018).
4. [Про банкрутство БАТ «Оснастка»] : ухвала Господарського суду Волинської області від 22.05.2006 № 1/69-Б. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/61159603> (дата звернення: 26.02.2018).
5. Сімейний кодекс : закон України від 10.01.2002 № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21–22. Ст. 135.
6. Демяненко О. Статус фізичної особи-підприємця: проблеми застосування законодавства. *Юридичний журнал*. 2010. № 11. С. 97–98.

Одержано 24.03.2018

Наталія Юліївна Філатова,

асистент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4243-3990>

ВІДМОВА ВІД ТРАДИЦІЙНИХ ФОРМ І РЕНЕСАНС ФОРМАЛІЗМУ В УМОВАХ РОЗПОВСЮДЖЕННЯ ПРАКТИКИ УКЛАДАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОГОВОРІВ

Поява нових засобів комунікації і фіксації інформації в сучасному світі обумовила стрімке розповсюдження практики укладення так званих «електронних договорів». Основною особливістю таких договорів є те, що їх зміст фіксується в електронній формі, яка, на відміну від традиційної «паперової» форми, фактично являє собою файли у бінарному вигляді, які самі по собі не є видимими для людини, а стають такими лише при відображенні їх на екрані певного приладу або при перенесенні їх на папір (роздрукуванні).

Ця технічна специфіка відобразилася на законодавчому регулюванні питань укладення і оформлення електронних договорів, у зв'язку з чим у розвитку сучасного законодавства намітилося дві тенденції: тенденція до зміни традиційних форм правочинів, або навіть відмови від них, і тенденція до впровадження додаткових формальних вимог при укладенні певних правочинів за допомогою електронних засобів комунікації. Остання тенденція ще у 90-ті роки XX століття була названа відомими німецькими вченими К. Цвайггертом і Х. Кетцем «ренесансом формалізму» в сучасній Європі [1].

Розглядаючи першу тенденцію, а саме тенденцію до зміни традиційних форм, варто в першу чергу відмітити те, що розповсюдження можливості укладення договорів за допомогою електронних засобів комунікації призвело до появи терміну «електронна форма правочину» майже в усіх сучасних законодавствах. При цьому місце цієї форми в системі форм правочинів визначається по-різному. Так, у Німеччині електронна форма визнана самостійним різновидом форм правочинів поряд з письмовою і усною формами. Зокрема, стаття 126а Цивільного кодексу Німеччини має назву «електронна форма», що свідчить про надання цій формі самостійного значення. В більшості ж країн електронна форма на сьогодні не розглядається як самостійний різновид форми правочину, хоча й згадується в законодавстві. Так, в Україні згідно з ч. 1 ст. 205 ЦК України правочин може бути вчинений усно або в письмовій (електронній) формі. З аналізу змісту і структури цієї норми випливає, що електронна форма не є самостійним видом форм правочинів і може розглядатися лише як різновид письмової форми, коли вона відповідає всім вимогам до письмової форми.

Крім цього, під впливом новітніх технологій відбувається зміна вимог до письмової форми правочинів. Відомо, що згідно з законодавством більшості країн світу укладення договору в письмовій формі передбачає не лише фіксацію умов договору на певному носіїві, а й підписання договору всіма сторонами або принаймні тією з них, на яку покладено обов'язок по виконанню договору. Це правило втілене і в законодавстві України: згідно з ч. 2 ст. 207 ЦК України правочин вважається вчиненим у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами).

Однак останнім часом спостерігається тенденція до розщеплення вимог щодо фіксації умов правочину (власне, вимоги письмової форми) і щодо наявності підпису сторін у

дві окремі і самостійні формальні вимоги. Так, у Франції згідно зі ст. 1365 ФЦК (у редакції, що діє після внесення змін у 2016 році) письмова форма розуміється як наявність набору букв, символів або цифр, які мають зрозуміле значення і містяться на певному носії, а вимога наявності підпису міститься в іншій статті (ст. 1367 ФЦК) і розглядається як самостійна формальна вимога. Аналогічний підхід нещодавно було втілено і в білоруському законодавстві, в якому підпис традиційно вважався обов'язковим реквізитом письмової форми (ч. 1 ст. 161 ЦК РБ). Так, згідно з революційним Декретом Президента Республіки Білорусь «Про розвиток цифрової економіки» від 21 грудня 2017 року проста письмова форма правочину, в тому числі і зовнішньоекономічного, вчиненого за участю резидента Парка високих технологій (*суб'єкт права з особливим правовим статусом згідно з білоруським законодавством*), вважається дотриманою незалежно від наявності в ньому підпису, якщо обставини укладення договору дозволяють визначити, що волевиявлення висловлено саме стороною договору [4]. Такий підхід фактично рекомендовано і на загальноєвропейському рівні. Так, в офіційних роз'ясненнях до Проекту загальної системи підходів Європейського Союзу (DCFR) вказано, що для того, аби вимога письмової форми вважалася дотриманою, підпис сторін не вимагається: він вважається самостійною формальною вимогою. При цьому розробники DCFR вказують, що той факт, що законодавство багатьох європейських країн часто вимагає наявності підпису в якості обов'язкового реквізиту письмової форми, обумовлено всього лише тим, що відповідне законодавство було прийнято в «доцифрову епоху», у такий спосіб натякаючи, що в «цифрову епоху» ці правила доцільно змінити [2].

Такий підхід до розуміння вимоги підпису має глибоке і послідовне обґрунтування. Справа в тому, що підпис сторін електронного договору очевидно відрізняється від підпису «паперового» договору: якщо звичайний підпис являє собою певний символ чи набір символів (букв, знаків тощо), які здатні ідентифікувати сторону, то електронний підпис – це будь-які дані (біометричні, цифрові, зашифровані тощо), які приєднуються до тексту, що підписується, з метою ідентифікації сторони. При цьому в електронному середовищі сторону правочину може ідентифікувати не лише електронний підпис, але й інші дані, які підтверджують, що волевиявлення походить саме від сторони правочину. Наприклад, суб'єкта підприємницької діяльності, який розмістив пропозицію придбати його товар на Інтернет-сайті, можна ідентифікувати, навіть якщо ім'я або найменування цього суб'єкта жодного разу на сторінці не згадується, але існують інші дані, здатні його ідентифікувати (зокрема, факт реєстрації доменного імені відповідного сайту за ним).

Ось чому на рівні законодавства і судової практики зарубіжних країн вимога наявності підпису як елементу письмової форми фактично замінюється вимогою достатності доказів, що підтверджують походження волевиявлення. Так, згідно ст. 1366 Французького цивільного кодексу (в редакції після змін 2016 року) електронний запис може мати таку ж доказову силу, як і запис на папері, якщо є можливість чітко ідентифікувати особу, від якої цей запис отримано і умови зберігання і створення цього запису гарантують його цілісність. Подібне правило міститься і у вже згаданому нами Декреті Президента Республіки Білорусь від 21 грудня 2017 року, згідно з яким підпис сторони не вимагається, якщо існують обставини, що дозволяють визначити, що електронне повідомлення походить від сторони договору.

Однак, крім поступового відходу від формальних вимог у їх традиційному розумінні, у законодавстві європейських країн останнім часом спостерігається і протилежна тенденція – тенденція до посилення формальних вимог, обумовлена специфікою укладення договорів за допомогою електронних засобів зв'язку. Прикладом такого посилення є

запровадження на рівні європейського законодавства поняття «довговічного носія інформації» як нової формальної вимоги щодо правочинів. Цей термін вживається як на рівні національного законодавства окремих держав-членів ЄС, так і на рівні загальноєвропейського законодавства, зокрема у Директиві 2008/48/ЄС про договори споживчого кредиту, Директиві 2002/92/ЄС від 09 грудня 2002 року про посередництво в страхуванні, Директиві 2011/83/ЄС від 25 жовтня 2011 року про права споживачів. У цих документах поняття «довговічний носій інформації» визначається як будь-який матеріальний носій, на якому зберігається інформація і який забезпечує її доступність для звернення до цієї інформації протягом такого періоду часу, який адекватний цілям зберігання. При цьому в деяких директивах міститься і більш детальне визначення цього терміну. Наприклад, у ст. 2 Директиви 2002/92/ЄС від 09 грудня 2002 року про посередництво у страхуванні вказується, що довговічним носієм може вважатися, зокрема, дискета, CD-ROM, DVD, жорсткий диск. При цьому Інтернет-сайти за загальним правилом не вважаються довговічними носіями інформації, за винятком тих випадків, коли їх функціональні характеристики відповідають критеріям довговічності.

Примітним є той факт, що якщо спочатку поняття довговічного носія являло собою елемент вимоги щодо письмової форми правочину, сьогодні цей термін фактично є самостійним правовим поняттям і самостійною формальною вимогою. Так, у вищенаведених директивах ЄС уже взагалі не вживається поняття «письмової форми» чи «письмового документа». Замість нього в розділі «формальні вимоги» вживається термін «паперовий носій» або «інший довговічний носій інформації». Наприклад, згідно зі ст. 10 Директиви 2008/48/ЄС про договори споживчого кредиту кредитні договори повинні бути складені на папері або на інших довговічних носіях. У ст. 11 цієї ж Директиви вказано, що про всі зміни ставки кредиту споживач повинен бути повідомлений за допомогою паперового або іншого довговічного носія.

Крім того, що вимога довговічності носія інформації сьогодні в багатьох правових актах сформульована як окрема формальна вимога, примітним є і той факт, що вона стосується окремої категорії угод, до якої раніше формальні вимоги типу письмової форми або наявності підпису не висувалося взагалі. Йдеться про так звані «договори типу В2С», тобто договори між підприємцями і споживачами: це можуть бути договори купівлі-продажу, які укладаються поза торговельними приміщеннями або дистанційно, дистанційні договори про надання фінансових послуг та інші різновиди договорів.

У цьому контексті цікавою є практика Європейського суду справедливості. Так, у справі *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer* перед Судом було поставлено питання: чи відповідає поняттю «довговічний носій» в контексті ст. 5 (1) Директиви 97/7 про захист прав споживачів в дистанційних контрактах поширена в практиці ситуація, коли інформація про договір надається споживачеві у вигляді гіперпосилання на сайт, на якому розміщені його умови. Відповідаючи на це питання, Європейський суд справедливості зазначив, що довготривалий носій в контексті цієї Директиви гарантує, що споживач, також як і у випадку з паперовим носієм, має бути забезпечений можливістю володіти інформацією про його права згідно з укладеним договором. Ця гарантія може вважатися дотриманою, тільки якщо той чи інший носій дозволяє споживачеві зберігати інформацію, адресовану йому, забезпечує неможливість свавільної зміни цієї інформації і доступність інформації протягом адекватного періоду. У зв'язку з цим в рішенні у цій справі Суд дійшов висновку, що розповсюджена практика розміщення умов договору на веб-сайті, посилаючись на який споживач отримує в електронному листі, не відповідає вимозі про розміщення умов договору на довговічному носії.

Вбачається, що зазначений підхід європейського законодавця є достатньо обґрунтованим і послідовним. Дійсно, не всі електронні засоби фіксації інформації надають можливість зберігати інформацію однаково довго і надійно. Більше того, тривалість і надійність зберігання інформації часто залежить безпосередньо від суб'єктивних чинників: наприклад, якщо інформація зберігається на інтернет-сторінці, адміністратор відповідного сайту має можливість в будь-який момент змінити її або видалити. Саме тому доцільним є впровадження вимоги довговічного носія інформації, особливо стосовно тих договорів, в яких одна зі сторін є *a priori* слабшою (наприклад, споживач).

Незважаючи на те, що у вітчизняному законодавстві ця вимога поки що відсутня, вона фактично була сформульована у вітчизняній судовій практиці. Так, відомою є практика Верховного Суду, пов'язана з встановленням більш тривалого строку позовної давності в договорах споживчого кредиту, які укладалися шляхом підписання клієнтами (позичальниками) заяви про приєднання до умов договору, розміщених на сайті банку. У цих справах Верховний Суд дійшов висновку, що умови, що містяться на Інтернет-сторінці банку, не можна вважати включеними в кредитний договір, навіть не дивлячись на наявність письмової заяви клієнта про приєднання до них, оскільки немає підтверджень того, що вони не були змінені банком після укладення договору з позичальником [3]. Отже, вимогу щодо письмової форми договору про встановлення більш тривалого строку позовної давності, в даному випадку не можна вважати дотриманою.

Список бібліографічних посилань

1. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М. : Международные отношения, 2000. 512 с.
2. Bar C., Clive E. M. Study Group on a European Civil Code & Research Group on the Existing EC Private Law // Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference (DCFR). München : Sellier ; European Law Publishers, 2009.
3. Постанова Верховного Суду України у справі № 212/10084/13-ц від 25.01.2015 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71897222> (дата звернення: 25.03.2018).

Одержано 03.04.2018

УДК 347.122

Наталія Вадимівна Ходєєва,

старший викладач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6154-6854>

ПРО ПРАВО НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СТАН ЗДОРОВ'Я ДИТИНИ АБО ПІДОПІЧНОГО

Загальновідомо, щоб стати учасником цивільних правовідносин, людина має бути наділена цивільною правоздатністю і цивільною дієздатністю (ст. 25 ЦК України). Останню мають тільки фізичні особи, які усвідомлюють значення своїх дій та можуть ними керувати. Саме з цим пов'язано і право на інформацію, зокрема про стан здоров'я малолітніх, які не здатні її сприйняти, оцінити і здійснити права, що випливають з неї. Тому стосовно

них і недієздатних осіб право на отримання інформації про стан їх здоров'я здійснюють їхні батьки (усиновлювачі) опікуни, піклувальники. Вони здійснюють право на отримання такої інформації поза їх волею, вона набувається при кожному зверненні до лікаря дитини або підопічного; набувається зі слів опікунів та піклувальників; є умовою здійснення інших прав (навчання, зайняття спортом, праці, конкурсів тощо).

Відповідно до ч. 2 ст. 285 ЦК України – до досягнення фізичною особою повноліття батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на отримання інформації про стан здоров'я дитини або підопічного [1].

Згідно з п. 4.3 правил опіки та піклування за № 34/166/88 [2] від 26.05.1999 р. передбачено, що опікуни (піклувальники) над неповнолітніми зобов'язані: піклуватися про стан їх здоров'я, духовний і фізичний розвиток; повинні раз на рік здійснювати повне медичне обстеження підопічних; повинні сповістити районний (міський) відділ внутрішніх справ і вжити заходів щодо направлення підопічного в психіатричну лікарню для лікування стосовно підопічних психічно хворих, які є небезпечними для себе або для оточення. Очевидно, що нічого з цього вони не можуть вчинити без здійснення свого права на ознайомлення зі станом здоров'я підопічного. Однак інколи в житті особа опікуна або піклувальника може збігатися з особою медичного закладу або працівника, який надає медичну допомогу. Так, у п. 3. 6 Правил опіки та піклування зазначено, що якщо над дітьми, які виховуються у навчально-виховних закладах для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, особами, які потребують опіки (піклування) та влаштовані у відповідні лікувальні установи чи установи соціального захисту населення, опікуни (піклувальники) не призначені, то виконання обов'язків опікунів і піклувальників від імені держави здійснюють ці установи в особі керівників цих установ [2].

Однак бувають випадки, коли батьками (усиновлювачами, опікунами, піклувальниками) піклування про здоров'я дитини не здійснюється або ж здійснюється неналежним чином, та у них відсутня інформація про стан здоров'я дитини взагалі, або ж вона відстежується неналежним чином (наприклад, батьки пиячать, діти проживають без належного догляду батьків – безпритульні); інформацію про стан здоров'я дитини (а особливо такої, яка, залишена без належної уваги, може тягнути незворотні наслідки для здоров'я дитини) необхідно б надавати медичним закладам, соціальним службам, працівникам поліції та освіти, у полі зору яких перебувають діти та підопічні, з подальшим повідомленням до органів опіки та піклування. Такі неблагонадійні родини, а саме діти, які в них проживають та опинилися у складних життєвих обставинах, беруться на облік службами у справах дітей [3]. Вони, для належного здійснення прав таких дітей, також мають право на інформацію про стан здоров'я опікуваного.

Статтею 66 ЦК України передбачено, що якщо над фізичною особою, яка перебуває в навчальному закладі, закладі охорони здоров'я або закладі соціального захисту населення, не встановлено опіку або піклування або не призначено опікуна чи піклувальника, опіку або піклування над нею здійснює цей заклад. Тобто вся інформація про стан здоров'я даної фізичної особи має акумулюватись і підлягати контролю (з метою недопущення незворотних наслідків, до яких може призвести неналежна увага до неї) в навчальному закладі, в якому дана фізична особа перебуває, закладі охорони здоров'я або ж у закладі соціального захисту населення.

Отже вкрай важливо у разі невстановлення опіки або піклування (не призначено опікуна чи піклувальника) право на інформацію про стан здоров'я цієї особи повинен мати заклад, в якому вона перебуває. А у випадку нездійснення, або ж здійснення неналежним чином батьками (усиновлювачами, опікунами, піклувальниками) піклування про здоров'я

дитини, право на інформацію про стан здоров'я цієї особи повинні мати медичні заклади, соціальні служби, працівники поліції та освіти, у полі зору яких перебувають діти та підопічні, з подальшим повідомленням до органів опіки та піклування.

Список бібліографічних посилань

1. Цивільний кодекс України : коментар / за заг. ред. В. І. Бобрика. Київ : Центр учб. літ., 2016. 784 с.
2. Правила опіки та піклування : затв. наказом Держ. ком. України у справах сім'ї та молоді, М-ва освіти України, М-ва охорони здоров'я України, М-ва праці та соц. політики України від 26.05.1999 № 34/166/131/88. *Офіційний вісник України*. 1999. № 26. Ст. 1252.
3. Про Порядок ведення службами у справах дітей обліку дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах : наказ М-ва юстиції України від 20.01.2014 № 27 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0216-14> (дата звернення: 04.03.2018).

Одержано 01.04.2018

УДК 347.1

Михаил Михайлович Хоменко,

ассистент кафедры гражданского права

Киевского национального университета имени Тараса Шевченко,

кандидат юридических наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8031-850X>

КАТЕГОРИЯ «НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ» И ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ: КОНЦЕПЦИЯ ХОЗЯЙСТВЕННОГО КОДЕКСА

Категории «недействительность» уделяется много внимания в юридической литературе начиная с римского права. Соответствующая тематика широко освещалась в литературе континентального права, прежде всего, в трудах немецких и французских ученых, а также в дореволюционной литературе.

Украинское законодательство широко использует категорию недействительности. Прежде всего речь идет о ГК и ХК.

В ГК термин «недействительность» употребляется в контексте признания недействительными прав интеллектуальной собственности (ст. 469, 479, 499); недействительности запрета уступки права денежного требования (ст. 1080); недействительности права требования (ст. 197, 519); недействительности чека (ст. 1102) и т. д.

В ХК речь идет о недействительности актов субъектов властных полномочий (абз. 2 ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 249); недействительности хозяйственных соглашений (абз. 2 ч. 2 ст. 20); недействительности актов предприятий, иных субъектов хозяйствования (ч. 5 ст. 23); недействительности регистрационных документов (ч. 1 ст. 55-1); недействительности хозяйственного обязательства (ч. 11 ст. 73-1, ч. 5 ст. 73-2, ч. 11 ст. 78-1, ч. 2 ст. 202, ч. 1 ст. 207, ст. 208); недействительности решений субъектов властных полномочий (ч. 6 ст. 74); недействительности условий обязательства (ч. 3 ст. 178, ч. 2 ст. 207); недействительности государственного заказа (ч. 5 ст. 183); недействительности договора (ч. 3 ст. 345, ч. 1 ст. 367, ч. 2 ст. 368, ч. 3 ст. 382); недействительности условий договора (ч. 2 ст. 372).

Категорию «недействительность» следует рассмотреть сквозь призму защиты гражданских прав. В частности, «классическим» способом защиты является признание сделки недействительной.

Отметим, что ст. 20 ХК, в отличие от ст. 16 ГК, так и не была приведена в соответствие с новыми редакциями процессуальных кодексов¹ в части реализации права на эффективное средство правовой защиты.

Так, в связи с принятием новой редакции ГПК абз. 12 ч. 2 ст. 16 ГК был изменен – к возможности определения способа защиты договором или законом добавилась возможность определения способа защиты судом в определенных законом случаях. В этой связи необходимо обратить внимание на ст. 20 ХК, не предусматривающую возможности определения способа защиты в договоре.

Соответственно, непонятной является логика законодателя: Закон Украины «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и иные законодательные акты» от 3 октября 2017 г. не предусматривает внесение изменений в ХК. Таким образом, изменения коснулись ст. 16 ГК и никоим образом не была изменена ст. 20 ХК.

Ч. 2 ст. 5 ГПК и ч. 2 ст. 5 ХПК предусмотрели, что в случае отсутствия в законе или договоре эффективного способа защиты нарушенного, непризнанного или оспоренного права, свободы или интереса лица, обратившегося в суд, суд в соответствии с изложенным в иске требованием такого лица может определить в своем решении такой способ защиты, не противоречащий закону.

Следует обратить внимание и на несоответствие ст. 20 ХК норме ст. 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Таким образом, ХК не предусматривает возможности применения эффективного средства юридической защиты и ограничивается лишь способами защиты, предусмотренными исключительно законом.

Следовательно, имеет место конкуренция нормы материального и процессуально-го права – ст. 20 ХК не соответствует ст. 5 ХПК.

Одной из непримечательных новелл ХК является такой способ защиты как признание недействительными актов субъектов властных полномочий (абз. 3 ч. 2 ст. 20).

Отметим, что в административном праве речь идет о незаконности либо о противоправности акта власти. Подобная линия выдержана и в КАС Украины: признание акта противоправным и, как следствие, утратившим юридическую силу и незаконным (например, п. 1 ч. 1 ст. 5, п. 9 ч. 6 ст. 12, ч. 2, 4 ст. 77, п. 6 ч. 1 ст. 238, п. 1 ч. 2, ч. 5 ст. 245, ч. 9 ст. 264, ст. 265, п. 1 ч. 4 ст. 266).

ГК содержит положения о признании актов власти незаконными – п. 10 ч. 2 ст. 16, ст. 2, ст. 393, ст. 1173–1176, ч. 4 ст. 1191.

Подобное несоответствие терминологии ХК истинным кодификациям – ГК и КАС, не имеет должного теоретического обоснования, не поддерживается ни наукой гражданского, ни наукой административного права.

¹ Речь идет о Гражданском процессуальном (далее – ГПК) и о Хозяйственном процессуальном (далее – ХПК) кодексах Украины в редакции Закона Украины № 2147-VIII от 3 октября 2017 г.

Использование в специальном законодательстве словосочетания «недействительность актов власти» необоснованно расширяет категорию недействительности, основания ее применения и правовые последствия. В частности, в случае с актами власти речь может идти об утрате последними юридической силы либо об их неправомерности (незаконности, противоправности).

Отметим, что основанием возникновения хозяйственного обязательства в соответствии со ст. 174 ХК является в т. ч. и нормативно-правовой акт, регулирующий хозяйственную деятельность. Таким образом, ст. 20 ХК предусматривает признание недействительным основания возникновения хозяйственного обязательства, а ст. 207 ХК говорит о признании недействительным непосредственно хозяйственного обязательства.

Обратим внимание и на ч. 6 ст. 74 ХК в которой упоминается о решениях субъектов властных полномочий, признанных судом неконституционными либо недействительными.

Можем констатировать, что ХК действительно качественно отошел от общепринятых постулатов юридической науки (в частности, науки конституционного права, науки административного права и цивилистики).

Во-первых, довольно проблематичным представляется признание неконституционным, например, решения органа местного самоуправления: хотя бы потому, что ст. 7 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины», определяющая полномочия Суда, не предоставляет Конституционному Суду Украины возможности решать вопрос о конституционности (неконституционности) решений органов местного самоуправления.

Во-вторых, неконституционность и недействительность однопорядковыми категориями ранее не определялись.

В отличие от ГК, в ХК, в частности в ст. 207 и 208, закреплены основания и последствия признания недействительным хозяйственного обязательства. При этом разработчики ХК были не достаточно последовательны, ведь в ст. 20 среди способов защиты прав и законных интересов субъектов хозяйствования речь идет о признании недействительными хозяйственных соглашений¹.

Обращает на себя внимания и норма ст. 55-1 ХК, в которой речь идет о признании недействительными регистрационных документов юридического лица или физического лица – предпринимателя.

По нашему мнению, применение категории «недействительность» к документам, которыми оформляется либо подтверждается право, является необоснованным, поскольку право не может быть недействительным – оно либо есть, либо нет. Соответственно, по правилам недействительности сделок нельзя признавать документы, не являющиеся по содержанию сделками.

Получено 04.04.2018

¹ Для целей настоящего исследования украиноязычные термины «правочин» и «угода» мы переводим на русский язык «сделка» и «соглашение» соответственно.

Татьяна Васильевна Журавлёва,

*заведующая подготовительным отделением учреждения
образования «Белорусский государственный университет
физической культуры», соискатель кафедры теории
и истории государства и права юридического факультета
Белорусского государственного университета*

О ПРАВОВОМ РЕЖИМЕ ПАРАЛИМПИЙСКОЙ, ДЕФЛИМПИЙСКОЙ И СПЕЦИАЛЬНОЙ ОЛИМПИЙСКОЙ СИМВОЛИКИ

В настоящее время в национальных законодательствах постсоветских государств наметилась тенденция определения правового режима символики спортивных движений (олимпийская, паралимпийская, дефлимпийская, специальная олимпийская). Однако, как правило, детально регламентируется только олимпийская символика, и в некоторых государствах также паралимпийская. В частности, в Республике Беларусь действует Указ Президента Республики Беларусь от 05.12.2016 № 440 «Об использовании олимпийской, паралимпийской символики». Дефлимпийская и специальная олимпийская символика в большинстве названных государств не является объектом нормотворчества. Причина видится в том, что проведение Паралимпийских игр параллельно Олимпийским способствует их более широкому освещению в СМИ, чем Дефлимпийских и Специальных олимпийских игр, благодаря чему правовые вопросы паралимпийского движения чаще попадают в поле зрения нормотворческих органов. Встречается вариант, когда символика всех адаптивных спортивных движений регламентируется в совокупности, например в Российской Федерации. Научные исследования также затрагивают в основном правовые вопросы олимпийской символики и лишь иногда попутно паралимпийской (С. А. Агамомедова, А. А. Богустов, О. А. Городов, П. А. Дубовик, В. О. Нюняев и др.), что указывает на новизну предпринимаемого исследования и его актуальность.

Цель данной работы – сформулировать предложения по установлению правового режима символики всех адаптивных спортивных движений.

Символика спортивных движений подразделяется на международную и национальную и представляет собой систему атрибутов международных и национальных спортивных движений соответственно. Объекты, порядок использования и защиты международной символики спортивных движений определяются документами организаций, их возглавляющих (Международный паралимпийский комитет (IPC), Международный комитет спорта глухих (ICSD), Special Olympics Incorporation (SOInc)).

Так, согласно правилу 1. 2 Регламента IPC по правам на интеллектуальную собственность к объектам международной паралимпийской символики относятся: паралимпийский символ, паралимпийский флаг, паралимпийский девиз, паралимпийский гимн, паралимпийские обозначения и знаки (любое письменное, визуальное или звуковое воспроизведение Паралимпийских игр или паралимпийского движения, а также какой-либо ассоциации с Паралимпийскими играми или паралимпийским движением), паралимпийские эмблемы, паралимпийский огонь, паралимпийские факелы, паралимпийская терминология (слово «Paralympic» и все производные от него, такие как «Paralympian», «Paralympism», «Paralympiad», которые признаны для национального применения и находятся в общем

употреблении на дату принятия Регламента IPC по правам на интеллектуальную собственность; приставка «Para» при использовании в связи со спортом).

Исходя из положений Регламента Дефлимпиады ICSD, объектами международной дефлимпийской символики выступает официальный флаг ICSD, логотип (дефлимпийский символ), девиз, гимн, название «Deaflympics» и любой включающий его товарный знак ICSD.

Согласно Официальным генеральным правилам Special Olympics, Руководству по идентификации бренда SOInc объектами международной специальной олимпийской символики являются: специальный олимпийский символ, логотип Special Olympics, торговая марка Special Olympics, торговая марка «Аккредитованная программа Special Olympics», словосочетание «Special Olympics» (в том числе на используемых в стране языках), клятва, любые другие знаки, названия, логотипы, эмблемы, слоганы, девизы, изображения или другие выражения, утвержденные SOInc для использования в связи со Специальными олимпийскими играми.

Ни один из элементов символики адаптивных спортивных движений не обеспечивается международной правовой охраной в отличие от олимпийской символики, общеизвестный основной символ которой (пять переплетенных колец) охраняется согласно международному правовому акту – Найробскому договору об охране олимпийского символа от 26.09.1981 на территории государств-участников договора. Международное правовое регулирование в данном случае направлено на установление особого порядка реализации исключительных прав на олимпийский символ, а не на запрет его использования в гражданском обороте [1, с. 194].

Так же как и олимпийская символика [1, с. 191], символика адаптивных спортивных движений не может быть отнесена ни к объектам интеллектуальной собственности, ни к объектам права собственности. Основные символы международных спортивных движений имеют значительное сходство с иными средствами индивидуализации, и охрана их в качестве товарного знака может быть недостаточной. Также сложно определить правовую природу таких объектов, как огонь и факелы. В связи с вышеизложенным символика спортивных движений выделяется в самостоятельный объект использования и охраны.

Предпосылками установления правового режима международной символики адаптивных спортивных движений выступают:

- положения документов IPC, ICSD, SOInc об охране международной символики на национальном уровне;
- необходимость придания обязательной юридической силы нормам документов IPC, ICSD, SOInc об охране международной символики;
- требование международных спортивных организаций о наличии охраны международной символики для проведения на территории страны международных спортивных соревнований;
- защита интересов участников маркетинговых программ;
- факты неправомерного использования символики.

Наиболее распространенными нарушениями в отношении международной символики являются:

- употребление в законодательстве, СМИ, сети Интернет, различных материалах слов (словосочетаний) «параолимпийский», «дефолимпийский», «сурдоолимпийский», «специальный спорт», «специальное движение»;
- использование паралимпийского, дефлимпийского и специального олимпийского символов в качестве активных ссылок на официальные сайты соответствующих спортивных движений;

– использование в сети Интернет символики Special Olympics в утратившей актуальность цветовой палитре.

Перечни объектов национальной паралимпийской и дефлимпийской символики содержатся в уставах национальной паралимпийской и дефлимпийской организаций и могут быть открытыми; некоторые указанные организации на данном этапе своего развития не имеют символики, в частности общественное объединение «Белорусская спортивная федерация глухих». Особенность национальной специальной олимпийской символики состоит в том, что ее объекты и правовой режим определяются SOInc.

Правовой режим спортивной символики имеет две составляющие:

- условия использования символики;
- защита прав на использование символики на территории государства.

Исключительные права на использование международной символики принадлежат специальным субъектам – IPC, ICSD и SOInc, которые могут предоставлять их другим лицам только на основании лицензионного соглашения. Отдельные функции правообладателей международной символики на территории государства могут выполнять только определенные субъекты – организации, возглавляющие адаптивные спортивные движения на национальном уровне (далее – национальные организации). На принятие мер по охране специальной олимпийской символики национальная организация, возглавляющая специальное олимпийское движение, должна получить разрешение от SOInc. Результаты научных исследований о защите олимпийской символики [2] распространяются и на защиту символики адаптивных спортивных движений, которая осуществляется посредством гражданско-правовых, административно-правовых и уголовно-правовых средств на внутреннем рынке и при трансграничном перемещении товаров.

Международная и национальная символика может использоваться в коммерческих и некоммерческих целях в соответствии с документами IPC, ICSD и SOInc.

Заметим, что ряд вышеперечисленных положений являются составляющими правового статуса национальных организаций.

Представляется, что с учетом вышеизложенного правовой режим международной символики адаптивных спортивных движений должен включать:

- перечень элементов международной символики каждого из рассматриваемых движений согласно документам соответствующих международных организаций;
- обязанность национальных организаций принимать меры по охране принадлежащих международным организациям прав на использование символики на территории государства;
- основания, условия и порядок использования символики в коммерческих и некоммерческих целях.

Считаем, что правовой режим национальной символики адаптивных спортивных движений должен содержать:

- дефиниции понятий национальной паралимпийской, дефлимпийской и специальной олимпийской символики и перечень ее элементов (при наличии);
- положения, закрепляющие исключительные права национальных организаций на национальную символику в целом;
- основания, условия и порядок использования национальной символики в коммерческих и некоммерческих целях.

При этом правовой режим символики (как международной так и национальной) каждого из движений должен быть оформлен в виде отдельных положений, а не в совокупности.

Целесообразно разработать международные договоры об охране паралимпийского, дефлимпийского и специального олимпийского символов, аналогичные Найробскому договору об охране олимпийского символа.

Представляется, что реализация предложенной модели правового режима символики адаптивных спортивных движений будет способствовать:

- ликвидации пробелов в правовом регулировании отношений в сфере адаптивного спорта и спорта в целом;
- совершенствованию правового статуса национальных организаций;
- формированию института права на спортивную символику как структурного элемента спортивного права;
- совершенствованию институтов права интеллектуальной собственности;
- развитию и популяризации адаптивного спорта в стране;
- повышению осведомленности о брендах адаптивных спортивных движений в период между их главными спортивными событиями и привлекательности страны как площадки для проведения международных спортивных соревнований и др.

Список библиографических ссылок

1. Богустов А. А. Олимпийский символ как объект гражданско-правовых отношений // Спортивное право в Республике Беларусь : сб. ст. / сост.: ред. журн. «Промышленно-торговое право». Минск, 2015. С. 189–203.

2. Агамагомедова С. А. Административно-правовая защита олимпийской и паралимпийской символики: трансграничный аспект. *NB: Административное право и практика администрирования*. 2012. № 1. С. 84–111. DOI: <https://doi.org/10.7256/2306-9945.2012.1.446>.

Получено 11.04.2018

УДК 347.44

Римма Михайловна Замуравкина,

ассистент кафедры гражданского права № 1

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3939-8779>

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ДОГОВОРА АРЕНДЫ ЖИЛИЩА С ВЫКУПОМ

В настоящее время для основной части граждан Украины решение жилищной проблемы является частным вопросом каждого из них. Однако кризисное состояние экономики значительно снизило платежеспособность населения, в связи с чем, у многих граждан отсутствует реальная возможность приобрести жилье за счет собственных средств. После принятия Закона Украины от 25 декабря 2008 года «О предупреждении влияния мирового финансового кризиса на развитие строительной отрасли и жилищного строительства» [1], который предусматривает целый ряд организационно-правовых мер, направленных на преодоление кризисных явлений в жилищной сфере, одним из оснований приобретения жилища в собственность становится договор аренды жилища с выкупом. Этот договор предусматривает одновременную плату арендных платежей и платежей на выкуп жилого помещения. Законодатель специально смоделировал его как долгосрочный

(до 30 лет) договор, чтобы для большинства граждан выплата полной стоимости жилища стала посильным делом.

Правовое регулирование арендных отношений осуществляется, прежде всего, Гражданским кодексом Украины (далее – ГК) [2], а также ранее обозначенным Законом и Порядком аренды жилища с выкупом, утвержденным постановлением Кабинета Министров Украины от 25 марта 2009 года № 274 [3]. Как показывает анализ вышеперечисленных нормативных актов, их отдельные положения нуждаются в пересмотре и существенной доработке.

Так, согласно ч. 2 ст. 810¹ ГК по договору аренды жилища с выкупом одна сторона – предприятие-арендодатель передает второй стороне – физическому лицу (лицу-арендатору) жилище за плату на продолжительный (до 30 лет) срок, по истечении которого или досрочно, при условии полной оплаты арендных платежей, жилище переходит в собственность арендатора. В самом определении договора он сконструирован как договор реальный, поскольку четко указано, что одна сторона передает жилье другой стороне, а не обязуется передать. В литературе неоднократно было отмечено, что такая конструкция договора может иметь место только в том случае, если на момент заключения договора жилище уже является собственностью предприятия-арендодателя и может быть передано лицу-арендатору [4, с. 97; 5, с. 535]. Например, если был досрочно расторгнут договор с первоначальным арендатором и жилище вновь реализуется арендодателем на рынке жилья.

В то же время ч. 3 ст. 810¹ ГК, по сути, закрепляет иную конструкцию этого договора, в соответствии с которой предприятие-арендодатель приобретает право собственности на предварительно выбранное лицом-арендатором жилище с целью дальнейшей передачи этого жилища в долгосрочную аренду с выкупом этому лицу. В этом случае передача жилья на момент заключения договора не возможна, потому что оно еще не приобретено предприятием-арендодателем. Именно поэтому при такой конструкции договора он является консенсуальным. Эта модель договора может получить наибольшее распространение поскольку, как правило, арендодатель только будет приобретать в собственность выбранное арендатором жилище. Таким образом, анализ части 2 и 3 ст. 810¹ ГК позволяет сделать вывод, что договор аренды жилища с выкупом может быть как реальным, так и консенсуальным, однако очевидно, что обе конструкции договора должны быть закреплены в его легальном определении.

Необходимо подчеркнуть, что это не единственное замечание, касающееся дефиниции договора аренды жилья с выкупом. Как уже было отмечено, на момент его заключения возможны два варианта обстоятельств: (а) когда арендодатель уже является собственником выбранного арендатором жилья и (б) если арендодатель только будет приобретать жилище, выбранное арендатором. Во втором случае арендные отношения опосредуются двумя договорами – договором аренды с выкупом, который заключается арендодателем с арендатором, и договором купли-продажи, который заключается на основании и во исполнение договора аренды между арендодателем и продавцом жилья на рынке. Исходя из этого, можно прийти к выводу, что такая конструкция договора аренды жилья с выкупом должна найти отображение и в его определении. Таким образом, в ч. 2 ст. 810¹ ГК необходимо закрепить следующее определение договора: по договору аренды жилья с выкупом одна сторона – предприятие-арендодатель передает или обязуется передать другой стороне – физическому лицу-арендатору для проживания жилище, которое принадлежит арендодателю на праве собственности, или жилище, предварительно выбранное арендатором и специально приобретенное арендодателем у продавца, на

продолжительный (до 30 лет) срок, по истечении которого или досрочно, при условии полной оплаты арендных платежей, жилище переходит в собственность арендатора.

Список библиографических ссылок

1. Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва : закон України від 25.12.2008 № 800-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 19. Ст. 257.
2. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV // *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
3. Про затвердження Порядку оренди житла з викупом : постанова Кабінету Міністрів України от 25.03.2009 № 274. *Офіційний вісник України*. 2009. № 23. Ст. 754.
4. Замуравкіна Р. М. Актуальні питання реалізації житлових прав в умовах світової фінансової кризи. *Проблеми законності*. 2010. Вип. 109. С. 94–100.
5. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. Т. 8 : Договори про передачу майна у власність та користування / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ФО-П Лисяк Л. С., 2013. 672 с.

Получено 03.04.2018

УДК 347.19

Карина Валеріївна Кацюба,

асистент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9034-8777>

ЦИВІЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ

Досліджуючи питання щодо непідприємницьких товариств як суб'єктів цивільного права, насамперед необхідно достатньо детально розглянути, що є передумовою їх участі у цивільному обороті. Безсумнівно, йдеться про категорію «правосуб'єктність» як можливість бути суб'єктом права. Правосуб'єктність юридичної особи є досить спірною проблемою в теорії цивільного права, а у зв'язку із цим досить актуальною, а також такою, що заслуговує особливої уваги.

Дослідженню питань правового статусу НТ було приділено увагу в працях В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, І. М. Кучеренко, В. І. Жукова, І. П. Жигалкіна, В. Ф. Піддубної, О. О. Біляєва, О. І. Зозуляк, В. В. Кочина, Н. Ю. Філатової та багатьох інших вчених, що підкреслює актуальність теми дослідження.

Питання про поняття непідприємницького товариства неминуче пов'язано з питанням про межі його правоздатності. Саме правоздатність окреслює правові можливості товариства як суб'єкта цивільного права.

Деякі вчені отожднюють поняття правосуб'єктність та правоздатність [1, с. 5]. Слід зауважити, що в науковій літературі знак тотожності між правосуб'єктністю та правоздатністю був підданий критиці. Термін «правоздатність» має різний зміст в залежності від того, з точки зору якої галузі права воно досліджується. Для запобігання оперування різними поняттями у тих чи інших галузях суспільних відносин, для загального поняття, що визначає можливість участі у правовідносинах, за думкою вчених, доцільно застосовувати поняття правосуб'єктності як передумови участі у правовідносинах [2, с. 117].

Правосуб'єктність юридичної особи за своїм змістом не може співпадати з його право дієздатністю у цивільних правовідносинах. Будучи суб'єктом широкого кола правовідносин, юридична особа набуває правовий статус, диференційований в залежності від змісту та характеру конкретних правовідносин [3, с. 59].

Правосуб'єктність це – насамперед юридична здатність бути суб'єктом правових відносин і, так би мовити, загальна передумова до володіння правом. Кожний учасник цивільного обороту наділяється правосуб'єктністю, в силу того, що держава наділяє його юридичним здібностями для реалізації притаманних даній особі прав та виникнення обов'язків.

Правосуб'єктність є необхідною передумовою наділення суб'єктивними правами, для виникнення яких необхідний, окрім того, юридичний факт, що тягне на підставі правосуб'єктності виникнення конкретного суб'єктивного права. В ст. 36 Конституції України закріплюється право громадян на свободу об'єднань у політичні партії і громадські організації, але ж про правосуб'єктність створюваного ними об'єднання можна буде говорити після державної реєстрації. Отже цивільну правосуб'єктність можна визначити як здатність особи бути суб'єктом особистих немайнових та майнових відносин.

На відміну від фізичних осіб, правоздатність яких в ст. 26 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) закріплюється як однакова, юридичні особи не рівні у своїй правоздатності. Ця нерівність має декілька аспектів. Фізичні особи згідно ст. 25, 30 ЦК можуть мати, набувати та здійснювати всі, не заборонені законом, цивільні права та створювати, виконувати і нести цивільні обов'язки. Юридична особа може мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ст. 91 ЦК).

В науці цивільного права прийнято розрізнявати загальну (універсальну) і спеціальну правоздатність. Хоча деякі науковці вже висловлюють думки щодо інших видів правоздатності для непідприємницьких товариств, як виключна [4, с. 49]. Можна також застосувати й термін «статутна» правоздатність, але всі ці поняття «спеціальна», «виключна», «статутна» будуть тотожними.

Загальна правоздатність означає можливість для суб'єкта права мати будь-які цивільні права та обов'язки, необхідні для здійснення будь-яких видів діяльності. Саме якою правоздатністю наділяються фізичні особи. Юридична природа інституту загальної правоздатності полягає в тому, що всі правовідносини, пов'язані з його функціонуванням, базуються на загальному дозволі, який визначає зміст та сутність даного інституту [5, с. 48]. Спеціальна правоздатність передбачає наявність у юридичної особи таких прав та обов'язків, які відповідають меті його діяльності та прямо зафіксовані в його установчих документах, а також несення пов'язаних з цією діяльністю обов'язків [6, с. 12].

До недавнього часу юридичні особи наділялися лише спеціальною правоздатністю. Законодавство, що існувало раніше давало вченим певні підстави для класифікації правоздатності на правоздатність громадян, Радянської держави та юридичних осіб. Відповідно, вона назвалася загальною, універсальною та спеціальною [7, с. 107]. Юридична особа створювалася для виконання особливо визначених цілей та завдань, з визначенням компетенції її органів, порядку їх діяльності [1, с. 92]. Спеціальна (обмежена) правоздатність юридичних осіб не піддавалася сумніву.

Новий ЦК України зберіг загальновизнану та неспростовну в науці цивільного права концепцію щодо загальної, так би мовити, універсальної правоздатності громадян. Тим часом питання про зміст правосуб'єктності юридичних осіб становиться предметом для наукових спорів. Існує безліч думок стосовно правоздатності юридичної особи: загальна (універсальна), спеціальна, додаткова.

Стаття 91 ЦК закріплює здатність юридичної особи мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа. Одночасно встановлюючи, що юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії). Отже ЦК закріпив принцип надання юридичним особам загального (універсального) характеру їх правоздатності.

З цим, безумовно, погодитися неможливо, з огляду на те, що можуть існувати деякі види юридичних осіб приватного права, які повинні наділятися спеціальною (цільовою) правоздатністю. Щодо підприємницьких, то це, наприклад, банківські установи, страхові організації, туристичні оператори, які не можуть займатися іншими видами діяльності, крім основної, а також, безперечно, непідприємницькі товариства [8, с. 159–160]. Відповідно до ст. 85 ЦК останні не мають на меті отримання прибутку для наступного його розподілу, а таким чином їх правоздатність звужується зрівняно з загальною.

Наділення непідприємницьких товариств (громадських, релігійних, благодійних, установ тощо) статусом юридичної особи пояснюється тим, що хоча вони відносяться в літературі до «непрофесійних учасників цивільних відносин», досягнення мети їх створення, а також реалізація права на здійснення підприємницької діяльності, неможливо без їх участі у цивільних відносинах.

Непідприємницькі товариства містять в собі всі ознаки юридичних осіб такі, як організаційна єдність, майнова відокремленість, здатність виступати в цивільному обороті від свого імені, здатність бути позивачем та відповідачем у суді, та вважаються юридично оформленими з моменту державної реєстрації. Саме з цього моменту можна казати про виникнення правосуб'єктності непідприємницької організації, оскільки факт державної реєстрації завершує процедуру виникнення юридичної особи – непідприємницького товариства. Саме правовий статус непідприємницького товариства визначають його установчі документи. Зареєстроване товариство повинно бути індивідуалізоване, тобто мати назву, яка відрізняє його від інших організацій, з визначенням організаційно-правової форми та характеру діяльності товариства.

Говорячи про організаційну єдність як одну з ознак непідприємницького товариства, слід зауважити, що дана ознака визначає, що непідприємницька організація створена як постійне об'єднання у якості єдиного цілого для сумісної діяльності та володіє внутрішньою структурою, що очолюється відповідними органами, чия компетенція, а також цілі та завдання, які стоять перед об'єднанням в цілому закріплені в установчих документах непідприємницького товариства.

Розглядаючи непідприємницьке товариство як суб'єкта права, слід відмітити законодавче обмеження правосуб'єктності непідприємницької організації певною метою, заради якої вона створювалася, а тому позбавлена права використовувати свою самостійну правоздатність всупереч цієї мети. В цьому випадку йдеться про спеціальну правоздатність юридичної особи. Вимоги щодо спеціальної правоздатності розповсюджуються на непідприємницькі товариства та установи. Саме тому необхідно згадати, що здійснення юридичною особою дій, що суперечать встановленим для нього меті, тобто вихід за межі (*ultra vires*) правоздатності, що надавалася, довгий час вважався неправомірним адже у самій ліберальній американській правовій доктрині. Концепція *ultra vires* розглядалася в якості одного з засобів контролю засновників (учасників) за діяльністю створюваної ними організації [9, с. 75–78].

Аналіз чинного законодавства України, дозволяє дійти висновку, що для непідприємницьких товариств характерними є дві ознаки, по-перше, це заборона одержання прибутку

як головної мети діяльності; по-друге, заборона розподілення прибутку між учасниками. Тобто непідприємницькі товариства наділяються спеціальною (цільовою, виключною, статутною) правоздатністю. Головне, що непідприємницькі товариства не можуть наділятися загальною правоздатністю як всі юридичні особи.

Список бібліографічних посилань

1. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М. : Юрид. лит., 1950. 363 с.
2. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. 352 с.
3. Стамкулов У. М. Теоретические проблемы межотраслевой правосубъектности юридического лица. *Юрист*. 2000. № 4. С. 59.
4. Зозуляк О. Виключна правоздатність юридичних осіб як вид цивільної правоздатності. *Юридична Україна*. 2009. № 2 (74). С. 49–51.
5. Кудашкин В. В. Специальная правоспособность субъектов гражданского права в сфере действия общего запрета. *Государство и право*. 1999. № 5. С. 48.
6. Ярошенко К., Брагинский М. Граждане (физические лица). Юридические лица. *Хозяйство и право*. 1998. № 3. С. 12.
7. Советское гражданское право. Ч. 1 / под ред. В. Т. Смирнова, Ю. К. Толстого, А. К. Юрченко. М. : Юрид. лит., 1969. 494 с.
8. Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова, та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. 656 с.
9. Мозолин В. П. Корпорации, монополии и право США. М. : Изд-во Моск. ун-та, 1966. 398 с.

Одержано 11.04.2018

УДК 347.626

Ніна Георгіївна Пугачова,

завідувач відділення «Правознавство»

Харківського державного автомобільно-дорожнього коледжу

УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ ОДНИМ ІЗ ПОДРУЖЖА ЩОДО СПІЛЬНОГО МАЙНА

Укладення договорів одним із подружжя щодо майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, у практичній діяльності зустрічається достатньо часто, причому стан сімейно-правового регулювання цих відносин викликає багато проблемних питань. Зокрема постає питання, чи потрібна згода другого з подружжя на укладення договорів, за якими майно переходить у власність подружжя, чи така згода потрібна тільки на укладення договорів, за якими відбувається відчуження спільного майна подружжя.

Частини 1–3 ст. 65 Сімейного кодексу України від 10.01.2002 року (далі за текстом – СК України) передбачають, що дружина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, за взаємною згодою. При укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її, його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового. Для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода

другого з подружжя має бути подана письмово. Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена.

За чинним до 1 січня 2004 року сімейним законодавством України норми про надання згоди подружжя для укладення договорів щодо спільного майна подружжя були більш визначеними, не містили оціночних понять. Так, згідно зі ст. 23 Кодексу про шлюб та сім'ю УРСР від 20.06.1969 року майном, нажитим за час шлюбу, подружжя розпоряджається за спільною згодою. При укладенні угод одним з подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Для укладення угод по відчуженню спільного майна подружжя, що потребують обов'язкового нотаріального засвідчення, згода другого з подружжя повинна бути висловлена у письмовій формі. Набрання чинності з 1 січня 2004 року Сімейного кодексу України призвело до виникнення багатьох спірних ситуацій щодо застосування положень ст. 65 СК України. Зокрема, тлумачення назви статті «Право подружжя на розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя» й тлумачення її змісту, де в ч. 2, 3 ст. 65 СК України вже йдеться про «укладення договорів одним із подружжя» і не вживається «розпорядження майном», викликало найбільш гостру критику в правників, зважаючи, що поняття «укладення договорів одним із подружжя» тлумачиться значно ширше, ніж «укладення договорів з розпорядження майном».

Варто погодитися з І. В. Жилінковою, що новий СК України закріпив вкрай складну систему виявлення згоди другого з подружжя на укладення правочину. Вираження такої згоди може набувати різних форм – письмової з нотаріальним засвідченням, простої письмової або усної. Форма такого волевиявлення залежить від особливостей об'єкта права власності й передусім – його цінності. Для найбільш цінного майна передбачається нотаріально засвідчена згода другого з подружжя. Якщо укладається правочин, який потребує письмової форми та нотаріального посвідчення та (або) державної реєстрації, то засвідчення згоди другого з подружжя також потребує нотаріальної форми. Якщо йдеться про інші правочини, то вимоги закону до форми згоди другого з подружжя «м'якшають». Так, правочини з цінним майном потребують письмової згоди другого з подружжя, а інші правочини не потребують підтвердження згоди другого з подружжя, хоча й можуть бути оскаржені другим з подружжя в суді на підставі відсутності такої згоди. Відносно майна, що складає предмет дрібних побутових правочинів, достатньо усної згоди, яка передбачається [1, с. 99].

Аналіз ч. 2 ст. 65 СК України дає підстави для висновку, що при укладенні договорів одним із подружжя, за загальним правилом, діє презумпція згоди другого з подружжя. Необхідність одержання згоди другого з подружжя для укладення договору щодо спільного майна подружжя одним із подружжя стосується випадків, коли йдеться саме про розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, а не про укладення будь-якого договору одним із подружжя взагалі. Так, розглядаючи спір між подружжям про визнання недійсними ряду правочинів, укладених одним із подружжя щодо спільного майна подружжя без згоди другого з подружжя, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у рішенні від 18.03.2015 року у справі 6-260св15 зазначив, що суд апеляційної інстанції, встановивши, що на момент укладення договору купівлі-продажу автомобіля сторони перебували у шлюбі, спірний автомобіль є спільним майном подружжя, письмової згоди ОСОБА_4 на його продаж позивач не надавав, автомобіль є цінним майном, і, у відповідності до наведених вище норм матеріального права дійшов обґрунтованого висновку про визнання договору купівлі-продажу автомобіля, укладеного у формі довідки-рахунка, недійсним... Згідно зі ст. 1011 ЦК України за договором комісії одна сторона (комісіонер) зобов'язується за дорученням

другої сторони (комітента) за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента. Отже, предметом оспорюваного договору комісії є оформлення довідки-рахунку для продажу транспортного засобу, а тому висновок суду першої інстанції, з яким погодився апеляційний суд в частині визнання недійсним договору комісії є помилковим, оскільки зазначений договір не є договором про відчуження майна і не потребує згоди чоловіка відповідно до ст. 65 СК України [2].

Виходячи з наявності презумпції згоди другого з подружжя для укладення договору одним із подружжя, постає питання щодо правових наслідків вчинення договору одним із подружжя без згоди другого з подружжя. Т. О. Ариванюк, О. В. Дзера справедливо зазначають, що для визначення правових наслідків угод щодо відчуження спільного майна необхідно встановлювати «факт незгоди» одного з подружжя на укладення угоди другим з них, а не «факт наявності чи відсутності» такої згоди. Тобто якщо не буде встановлено факту незгоди того з подружжя, хто не брав участі в угоді, на її укладення, то не буде й підстав для визнання її недійсною чи застосування інших правових наслідків [3, с. 138]. У цьому контексті застосовує підтримки їх позиція, що немає потреби визнавати недійсним договір відчуження спільного майна одним із подружжя без згоди другого, якщо останній просить визнати його недійсним лише в частині належної йому частки. Хоча варто зазначити, що це можливо лише у разі, коли відчужений об'єкт є подільним, оскільки якщо такий об'єкт буде неділимим, суд змушений приймати рішення про визнання угоди недійсною в цілому [3, с. 139–140].

Варто зазначити, що в судовій практиці при розгляді справ про визнання недійсними договорів поруки, укладених одним із подружжя без згоди другого з подружжя, склався підхід, відображений в п. 25 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 5 від 30.03.2012 року «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин»: при оспорюванні кредитного договору чи договору поруки, застави/іпотеки іншим із подружжя суди мають виходити з такого. Положення статті 65 Сімейного кодексу України щодо порядку розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, регулюють відносини, які стосуються розпорядження майном, що є у спільній сумісній власності подружжя, і не стосуються права одного із подружжя на отримання кредиту, оскільки кредитний договір є правочином щодо отримання у власність грошових коштів. Порука є способом забезпечення виконання зобов'язання (стаття 553 ЦК), договір поруки не створює обов'язків для будь-яких інших осіб, крім сторін за договором. При оспоренні договору застави (іпотеки) суд має враховувати положення статті 578 ЦК, згідно з якими майно, що є у спільній власності, може бути передане у заставу лише за згодою іншого з подружжя, який у разі пред'явлення позову про звернення стягнення на таке майно має бути залучений до участі у справі [4].

Таким чином, за чинним сімейним законодавством України при укладенні договорів одним із подружжя, за загальним правилом, діє презумпція згоди другого з подружжя. Для визначення правових наслідків договорів з розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, укладених без згоди другого з подружжя, доцільно встановлювати «факт незгоди» другого з подружжя на укладення договору одним з них, а не «факт наявності чи відсутності» такої згоди.

Список бібліографічних посилань

1. Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб : монографія / В. Л. Яроцький, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатеева, І. В. Жилінкова та ін. ; за наук. ред. проф. В. Л. Яроцького. Харків : Юрайт, 2013. 272 с.

2. Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 березня 2015 р. у справі 6-260св15 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43226298> (дата звернення: 15.04.2018).

3. Сімейне право України : підручник / за ред. В. С. Гопанчука. Київ : Істина, 2002. 304 с.

4. Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин : постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 № 5 // Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ : офіц. сайт. URL: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_zh_2012_rik.html (дата звернення: 15.04.2018).

Одержано 08.04.2018

УДК 347.1

Олексій Вікторович Артикуленко,

*здобувач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВОЗДАТНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Юридична особа повинна мати правосуб'єктність, яка означає здатність конкретної особи виступати як суб'єкт цивільного права та учасник цивільних правовідносин. Наявність у особи правосуб'єктності допускає існування у неї правоздатності, дієздатності й деліктоздатності¹. Загальновизнано, що правоздатність та дієздатність є складовими частинами цивільної правосуб'єктності особи. Варто врахувати підхід, за яким пропонується до дієздатності, в якості її складової відносити й деліктоздатність суб'єкта, тобто здатність самостійно нести відповідальність за вчинені цивільні правопорушення.

Беручи до уваги теорії юридичної особи, які отримали найбільшу наукову підтримку у правовій доктрині, їх змістовну наповненість та критичні зауваження², слід констатувати, що ні теорія фікції, ні теорія реального суб'єкта-юридичної особи не дають повного та детального розуміння природи її правосуб'єктності. Жодне об'єднання людей, трудовий колектив або майно самі по собі не є суб'єктами цивільного права. Учасником цивільних правовідносин може бути лише людина або організація людей, яких об'єктивне право наділяє властивістю правосуб'єктності.

Зауважимо, що законодавець України відмовився від конструкції спеціальної правоздатності юридичної особи і виходить із розуміння належності такому суб'єкту загальної (універсальної) правоздатності, вказуючи у ч. 1 ст. 91 ЦК України на те, що юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Аналогічні положення, наприклад, закріплені у ст. 51 ЦК Швейцарії, за якою юридичні особи можуть набувати всі права і приймати будь-які зобов'язання, за виключенням тих, для виникнення яких необхідно передумовою є такі природні якості людини, як стать, вік чи родинність.

¹ Більш детально з цього питання див.: [1, с. 138].

² Більш детально з цього питання див.: [2, с. 227–245].

Варто зазначити, що при цьому характер і зміст правоздатності юридичної особи як штучного суб'єкта права мають відрізнятися від правоздатності фізичної особи (громадянина). З однієї сторони, правоздатність юридичної особи вужча, ніж правоздатність індивіда, оскільки не враховуються всі права, пов'язані з людською індивідуальністю (наприклад, особисті немайнові, сімейні тощо). З іншої – правоздатність юридичної особи є ширшою порівняно з правоздатністю індивіда, оскільки вона має права, що можуть належати виключно суспільному цілому над його частинами (наприклад, право корпоративної влади [3, с. 98]).

Зазначимо, що ст. 91 ЦК України не передбачаються винятки або відсилання до норм, якими можуть встановлюватися інші умови правоздатності юридичної особи. У зв'язку з цим актуальним є питання про визнання за окремими юридичними особами спеціальної правоздатності. Наприклад, законодавство України містить численні випадки звуження обсягу правоздатності окремих видів юридичних осіб, зводячи її до спеціальної правоздатності (наприклад, діяльність комерційних банків, бірж, кредитних спілок тощо).

Відсутність в цивілістиці єдиної ідеї про правоздатність юридичної особи зумовлена низкою акторів. Так, в юридичній літературі не підтримується точка зору про наявність у будь-якої юридичної особи загальної (універсальної) правоздатності, з необхідністю визнання за юридичною особою спеціальної правоздатності [4, с. 152; 5, с. 205; 6, с. 129–130]. Такий підхід пояснюється необхідністю набуття такою особою спеціального статусу, що пов'язано з процедурою її державної реєстрації. Спеціальна правоздатність дає можливість здійснювати лише такі види діяльності і набувати таких прав, які відповідають предмету діяльності цього суб'єкта, що яскраво продемонстровано на прикладі публічних утворень як учасників цивільних відносин, які мають спеціальну цивільну правоздатність, що відповідає меті їх створення. Наприклад, спеціальною (або виключною) правоздатністю наділені державні (публічні) корпорації у США та Великій Британії (які відносять до так званих квазіпублічних юридичних осіб). Так, укладені ними угоди, що виходять за межі спеціальної правоздатності, вважаються нікчемними [7, с. 206].

В юридичній літературі зазначено, що якщо назвати загальною (універсальною) ту правоздатність, якою наділяються фізичні особи, то правоздатність юридичних осіб логічно назвати спеціальною у тому розумінні, що останні можуть бути суб'єктами далеко не всіх тих правовідносин, здатністю участі в яких наділені громадяни (наприклад, сімейні відносини тощо). З іншої сторони, існує коло правовідносин, до участі в яких здатні, навпаки, лише юридичні, але не фізичні особи (наприклад, здійснення банківської, страхової діяльності тощо); в цьому сенсі правоздатність юридичних осіб відрізняється від правоздатності фізичних осіб лише об'ємом, але не змістом і, як наслідок, також може бути названа загальною. Крім того, спеціальними (цільовими) називаються правоздатність юридичних осіб окремих організаційно-правових форм (непідприємницьких юридичних осіб), а також здатність до участі у правовідносинах у рамках діяльності, що підлягає ліцензуванню. Тобто справа полягає не у назві правоздатності юридичної особи загальної чи спеціальної, а у її об'ємі, з одного боку, і у підставах динаміки – з іншого [4, с. 152–153, 159].

В ринкових умовах застосування принципу спеціальної правоздатності не відповідає умовам підприємницької діяльності [6, с. 159]. Як же тоді визначати правоздатність непідприємницьких юридичних осіб приватного права? Тобто, чи свідчить це про те, що всі без винятку юридичні особи приватного права повинні мати загальну (універсальну) правоздатність? Фахівці на це питання дають негативну відповідь. Така позиція ґрунтується на тому, що, по-перше, існують підприємницькі товариства, які займаються винятковими видами підприємницької діяльності (наприклад, страховою тощо) і не можуть займатися ніякими

іншими видами діяльності, тобто правоздатність у них залишається спеціальною. Пропонується іменувати правоздатність, яку можуть мати підприємницькі організації відповідно до спеціального закону виключним видом діяльності, «виключною правоздатністю» [8, с. 18].

По-друге, невідприємницькі юридичні особи, в т. ч. невідприємницькі товариства і установи, створюються для досягнення певної мети, значить надання їм загальної (універсальної) правоздатності не узгоджується з цільовим характером їх діяльності. Зокрема, релігійні організації мають спеціальну правоздатність, що пов'язана з метою їх діяльності, тобто із задоволенням релігійних та інших, пов'язаних із ними, потреб. Виходячи з цього, вказані юридичні особи повинні мати спеціальну (цільову) правоздатність. Отже, питання визнання за юридичною особою загальної (універсальної) або спеціальної правоздатності в рамках цивільно-правової доктрини залишається відкритим.

Список бібліографічних посилань

1. Сучасні проблеми цивільного права та процесу : навч. посіб. / С. О. Сліпченко, О. В. Синегубов, В. А. Кройтор та ін. ; за ред. Ю. М. Жорнокуя та Л. В. Красицької. Харків : Право, 2017. 808 с.
2. Жорнокуй Ю. М. Методология исследования в развитии учения о юридических лицах // Методология исследования проблем цивилистики : сб. ст., посвящ. памяти проф. А. А. Пушкина / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченко. Харьков : Право, 2017. С. 224–250.
3. Суворов Н. С. Об юридических лицах по римскому праву. М. : Статут, 2000. 299 с.
4. Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты : учебник. М. : Юрайт, 2011. 1093 с.
5. Суб'єкти цивільного права / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Харків : Харків юрид., 2009. 632 с.
6. Цивільне право: підручник : у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. 656 с.
7. Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица: Очерки истории и теории : учеб. пособие / науч. ред. В. С. Ем. М. : Статут, 2003. 318 с.
8. Слугин А. А. Гражданская правосубъектность юридических лиц : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Рязань, 2003. 176 с.

Одержано 18.03.2018

УДК 347.1

Юлія Дмитрівна Белова,

аспірант Хмельницького університету управління та права

СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ

Персональні дані можуть класифікуватися й за різноманітними критеріями: за предметом (біографічні, фінансові, біометричні тощо), ступенем потенційної шкідливості неконтрольованого обігу (звичайні, вразливі), здатністю до ідентифікації (прямо та опосередковано ідентифікуючі), формою фіксації (символи, образи, сигнали), співвідносності з метою використання (повні, неповні, надмірні), адекватністю відображення дійсності (достовірні, недостовірні), способом сприйняття людиною (безпосередньо або за допомогою технічних засобів) тощо [1, с. 9]. Кожна із таких класифікацій може мати наукове та (або) практичне значення. У контексті нашого дослідження доцільно персональні дані ділити на види таким чином, щоб відображати відмінності в їх правовому режимі.

Насамперед, слід розрізнати загальні та особливі (так звані чутливі чи вразливі) персональні дані. До останніх відносять дані про расове або етнічне походження, політичні, релігійні або світоглядні переконання, членство в політичних партіях та професійних спілках, засудження до кримінального покарання, а також даних, що стосуються здоров'я, статевого життя, біометричних або генетичних даних. Цей перелік встановлюється в законі (ч. 1 ст. 7 Закону України «Про персональні дані»), є вичерпним та не підлягає розширеному тлумаченню. Значення виокремлення чутливих персональних даних полягає в тому, що законодавство встановлює особливі вимоги до обробки таких даних. Однак, особливі персональні дані, які були явно оприлюднені суб'єктом таких даних, обробляються на загальних підставах.

Персональні дані також можуть бути поділені на ті, що належать, та ті, що не належать до інформації з обмеженим доступом. Режим конфіденційної інформації може бути поширений на персональні дані законом або відповідною особою. За загальним правилом, конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною. При цьому окремі науковці обґрунтовують необхідність віднесення усіх персональних даних до інформації з обмеженим доступом і спростовують можливість надання персональним даним режиму загальнодоступної (відкритої) інформації за певних умов [1, с. 10]. Однак на сьогодні така позиція не узгоджується із чинним законодавством, яке передбачає низку випадків, коли забороняється відносити персональні дані до інформації з обмеженим доступом: персональні дані, що стосуються здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень; персональні дані, зазначені у декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, крім відомостей, визначених законом; персональні дані фізичної особи, яка отримала у будь-якій формі бюджетних коштів, державного чи комунального майна, щодо факту такого отримання; інші випадки, передбачені законом.

За правовим режимом також слід окремо виділяти персональні дані, які містяться в публічній інформації. Такі персональні дані можуть надаватися у формі відкритих даних за умови: 1) знеособлення персональних даних; 2) згоди суб'єкта персональних даних; 2) заборони віднесення таких персональних даних до інформації з обмеженим доступом; 4) в інших випадках, передбачених законом (ч. 3 ст. 10¹ Закону України «Про доступ до публічної інформації» [2]). Таким чином, правовий режим персональних відрізняється залежно від того, чи відносяться вони до чутливих даних, даних з обмеженим доступом чи даних, які містяться в публічній інформації. В усіх цих випадках за суб'єктом персональних даних зберігається можливість з власної волі оприлюднити чи іншим чином надати доступ до своїх персональних даних.

Характеристика поняття «персональні дані» як об'єкта цивільних відносин буде неповною без дослідження похідного від нього поняття – «база персональних даних». Під останньою розуміють іменовану сукупність упорядкованих персональних даних в електронній формі та/або у формі картотек персональних даних (ст. 2 Закону України «Про захист персональних даних» [3]). З цієї дефініції можемо констатувати, що база персональних даних є нічим іншим як систематизованою сукупністю відомостей, тобто по суті є самостійним збірним інформаційним об'єктом з усіма наслідками, що з цього випливають. Термін «іменована сукупність», доктринально тлумачиться як вказівка на таку сукупність персональних даних, яку можна виокремити і її можна конкретно назвати (іменувати) [4, с. 30]. Виникнення об'єктивної форми бази персональних даних здійснюється при її фіксації на

певному матеріальному носії і тому вважається закріпленою [5, с. 55]. Залежно від такого носія може бути база персональних даних в електронній формі або база персональних даних у формі картотек. При цьому, одна і та сама база персональних даних може мати одночасно обидві форми (наприклад, дублювання електронної форми на паперовому носію).

Базу персональних даних як об'єкт захисту персональних даних необхідно відмежовувати від бази даних як об'єкта авторського права. Під базою даних (компіляцією даних) розуміють сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі – електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [6]). Аналіз двох понять, «база персональних даних» і «база даних», дозволяє прийти до висновку, що законодавець не виключає випадки, коли база персональних даних буде одночасно відповідати умовам охороноздатності бази даних як об'єкта авторського права.

Цей тезис знаходить своє додаткове підтвердження в Директиві 96/9/ЄС Європейського Парламенту та Ради «Про правовий захист баз даних» від 11.03.1996 року [7]. Мета цієї Директиви, якою є надання належного і рівномірного рівня захисту баз даних як способу забезпечення винагороди розробнику бази даних, є відмінною від мети Директиви 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 24 жовтня 1995 року про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних, яка має гарантувати вільний обіг персональних даних відповідно до гармонізованих правил, призначених захистити ключові права і, насамперед, право на повагу до приватного життя, враховуючи, що положення цієї Директиви не завдають шкоди законодавству про захист даних. Тобто, одна і та сама база персональних даних може підпадати під захист персональних даних та захист права авторства.

Враховуючи з'ясовану нами правову природу та ознаки персональних даних можемо визначити види цивільних відносин, які можуть виникати з приводу персональних даних.

1. абсолютні відносини між суб'єктом персональних даних (управомочена особа) та усіма іншими особами (зобов'язані не порушувати права суб'єкта персональних даних) з приводу охорони персональних даних;

2. абсолютні відносини між володільцем, розпорядником персональних даних та третіми особами в розумінні Закону України «Про захист персональних даних» (управомочені особи) та усіма іншими, крім суб'єкта персональних даних (зобов'язані особи) щодо забезпечення захисту персональних даних;

3. відносні відносини між суб'єктом персональних даних, з одного боку, і володільцем, розпорядником персональних даних та третіми особами, з іншого боку, які виникають з приводу обробки персональних даних. Такі відносини щодо обробки персональних даних можуть мати як самостійний характер, так і бути додатковими по відношенню до основних.

4. відносні відносини володільця, розпорядника персональних даних та третіх осіб між собою, які виникають з приводу обробки персональних даних. Такі відносини так само як попередні можуть мати як самостійний характер, так і бути додатковими по відношенню до основних.

Список бібліографічних посилань

1. Дмитренко О. А. Право фізичної особи на власні персональні дані в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. 19 с.

2. Про доступ до публічної інформації : закон України від 13.01.2011 № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

3. Про захист персональних даних : закон України від 01.06.2010 № 2297-VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 49. Ст. 1604.

4. Кохановська О. В. До питання про захист персональних даних в Україні. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 6. С. 28–33.

5. Серебряник, О. О. Інформація про особу як об'єкт цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2016. 209 с.

6. Про авторське право і суміжні права : закон України : в ред. закону № 2627-III від 11.07.2001. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 43. Ст. 214.

7. Про правовий захист баз даних : директива 96/9/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11.03.1996 № 96/9/ЄС // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_241 (дата звернення: 27.03.2018).

Одержано 01.04.2018

УДК 347.77:007(477)

Анастасія Олегівна Борисова,

*аспірант кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ІНФОРМАЦІЙНИХ КОМУНІКАЦІЙ: ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ

Інформаційні комунікації стали одним з провідних чинників прогресу цивілізації, а їх повсякденне використання сформувало нову сферу суспільних відносин. Інформаційні комунікації впливають на самі різні сторони соціального і економічного розвитку, державного управління, повсякденного життя людей. Вони, поряд з телекомунікаційними технологіями, складають основу процесів інформатизації, руху до інформаційного суспільства.

В сучасній державі розвиток й ефективне використання інформаційних комунікацій є одним з пріоритетних напрямків державної політики. З виникненням нових суспільних відносин, пов'язаних з використанням інформаційних комунікацій, особливого значення набуває правове регулювання, що забезпечує стабіль і динамічний розвиток цієї сфери. Значна кількість правових актів та активний нормотворчий процес, зростаючий суспільний інтерес до даної проблематики обумовлюють необхідність системного аналізу чинного законодавства з метою виявлення прогалин і суперечностей, а також визначення пріоритетів у державному регулюванні.

Актуальність проблеми розвитку законодавства в сфері інформаційних комунікацій визначається також суттєвим впливом відповідних правових норм на ефективність правового регулювання у всіх сферах життя суспільства. Будь-яка діяльність людини, як правило, супроводжується обробкою, передачею та використанням інформації. У той же час будь-який нормативний акт, який регулює правовідносини в будь-якої сфері суспільного життя, обов'язково зачіпає інформаційні зв'язки учасників цих відносин. Витрати держави і бізнесу на інформаційне забезпечення своєї діяльності, на створення і експлуатацію дорогих інформаційних систем, підвищуються з кожним роком. При цьому виникають

правові відносини, пов'язані з необхідністю більш точно визначити специфіку створюваних об'єктів комплексного характеру (інформаційні бази; реєстри, кадастри, реєстри і класифікатори; Інтернет-ресурси і мережеві інтерактивних послуг) і організувати їх належний облік.

У цивільному обороті в даний час знаходяться великі обсяги різноманітних інформаційних продуктів, їх виробники та користувачі зацікавлені в законодавчому захисту своїх прав на ці продукти. Теоретичні та методологічні основи державного регулювання в сфері інформаційних комунікацій доцільно зосередити в єдиному документі концептуального характеру, який визначає вектор розвитку законодавства і державної політики в цій галузі.

Фундаментом для розвитку законодавства в сфері інформаційних комунікацій є Конституція України [1], яка, в тому числі встановлює основні права і обов'язки учасників правовідносин у сфері інформаційних комунікацій. Так, закріплюються конституційні права та таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо (ст. 31), на недоторканність особистого та сімейного життя; обов'язок органів влади забезпечити кожному можливість ознайомлення з документами і матеріалами, що безпосередньо зачіпають його права і свободи (ст. 32); гарантії свободи творчості і охорони інтелектуальної власності (ст. 41). Правові механізми і процедури, що забезпечують реалізацію конституційних норм у сфері інформаційних відносин, повинні бути деталізовані в нормах законодавства, включаючи нормативні правові акти органів державної влади. Діючі закони «Про інформацію» [3], «Про засоби масової інформації» [4] та деякі інші створювалися понад 20 років тому. За цей час виникла необхідність їх суттєвого коригування, погодження правових норм, що в них містяться з положенням цивільного законодавства України, обліку появи нових інформаційних комунікацій, а також необхідності боротьби зі злочинними явищами при використанні таких технологій.

Вимагає змістовного розкриття і положення Цивільного кодексу України [2] про інформацію як окремого об'єкту цивільних прав, а також правового регулювання інформаційних прав (таких, як право на доступ до інформації та на обмеження такого доступу, на вільне поширення інформації, на захист від недостовірної інформації і т. ін.) як окремої галузі регулятивного впливу.

Необхідно систематизувати і уніфікувати термінологію, вживану в діючих і розроблюваних нормативних правових актах (особливої уваги потребують поняття «інформаційні комунікації», «інформаційні технології», «інформаційна система», «інформаційне суспільство», «інформаційна послуга», «електронний документообіг», «електронна торгівля»). Слід зазначити, що в законодавстві зарубіжних країн поняття, аналогічні «інформатизації», «інформаційного ресурсу», «інформаційним процесам» і тому подібні, не використовуються.

Доцільно було б уточнити межі взаємодії правових інститутів «інформації» та «права власності», а також охорони результатів творчої діяльності («інтелектуальної власності»). Новими для правового регулювання стали питання, пов'язані з розвитком і повсякденним використанням мережі «Інтернет», частина з яких потребує вирішення з урахуванням сформованої системи громадського саморегулювання на національному та міжнародному рівнях. Так, підлягають уточненню правові питання використання інформаційно-комунікаційних технологій для дистанційного надання соціальнозначущих послуг (включаючи освітні, медичні, юридичні, консультаційні та інші).

Таким чином, існуючі норми правового регулювання відносин в сфері інформаційних комунікацій в Україні, з точки зору їх найбільшої універсальності та термінологічного. Саме ці аспекти висвітлюють загальну тенденцію щодо розуміння і застосування в тому числі міжнародних приватних норм.

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 19.03.2018).
2. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV : станом на 06.02.2018 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 19.03.2018).
3. Про інформацію : закон України 02.10.1992 № 2657-XII : станом на 01.01.2017 // БД «Законодавство України» / ВР України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (дата звернення: 19.03.2018).
4. Про друковані засоби масової інформації : закон України від 16.11.1992 № 2782-XII : станом на 15.07.2017 // БД «Законодавство України» / ВР України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2782-12> (дата звернення: 19.03.2018).
5. Про доступ до публічної інформації : закон України від 13.01.2011 № 2939-VI : станом на 01.05.2015 // БД «Законодавство України» / ВР України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17> (дата звернення: 19.03.2018).

Одержано 15.04.2018

УДК 347.1

Маріанна Петрівна Бринчак,

*аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

СУТНІСТЬ ПРАВА СВОБОДИ СВІТОГЛЯДУ ТА ВІРОСПОВІДАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

На сьогодні у цивілістиці правова природа особистих немайнових прав фактично не підлягає оспоруванню. Важливим при характеристиці особистих немайнових прав є не тільки визначення їх правової природи, але й питання галузевої належності. Особливо це питання загострюється останнім часом, коли в Україні відбувається черговий перерозподіл «сфер впливу» між галузями права [6, с. 103]. Так з огляду на це в літературі зустрічається точка зору, відповідно до якої стверджується, що особисті немайнові права носять виключно конституційно – правову природу.

На даний час право на свободу світогляду та віросповідання має своє закріплення лише в ст. 35 Конституції України [1], де зазначено, що кожен має право на свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність. А також у міжнародних нормативно-правових актах, зокрема у ст. 18 Загальної декларації прав людини [2], ст. 18 Міжнародного пакту про громадські та політичні права [3], та у ст. 9 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року [4].

Отже, ми не можемо погодитись з тим, що право на свободу світогляду та віросповідання потрібно відносити тільки до категорії конституційних прав, тому що неможливо визначити галузеву природу правового явища лише з того, що воно має своє закріплення в Конституції України.

Призначення Конституції полягає в закріпленні загальних засад національного правопорядку. І саме основоположні права та свободи громадян, про які йдеться в Конституції – це не стільки визначення виключного їх конституційного характеру, скільки віднесення самого феномену «непорушність прав людини» до загальних та фундаментальних засад національного правопорядку. І тому некоректним буде твердження, відповідно до якого будь-які права можуть вважатись такими, що мають виключно конституційно-правову галузеву належність, оскільки вони мають позитивне закріплення в Конституції певної держави [6, с. 104].

Опираючись на вищевикладене, для особистих немайнових прав, окремі із яких мають закріплення у положеннях Конституції України, притаманна цивільно-правова природа. Адже саме дух юридичної рівності, самостійності, майнової належності є тими началами, які найбільш повно відповідають сутності даних прав, а притаманний цивільному праву відновлювально-компенсаційний метод як найкраще здатний забезпечити розвиток та захист даної категорії суб'єктивних цивільних прав. Тому особисті немайнові права фізичних осіб носять правову природу суб'єктивних прав із відповідною цивільно-правовою галузеву приналежністю [6, с. 104].

Щоб розглянути право свободи світогляду та віросповідання з боку цивілістики необхідно визначити нематеріальне благо, його характерні ознаки, тому що специфіка здійснення цих прав виявляється на самперед у праві на це нематеріальне благо.

Будучи об'єктами відповідних суб'єктивних цивільних прав, нематеріальні блага покликані задовольнити потребу та інтерес особи. Отже об'єкт права на свободу світогляду та віросповідання складається з нематеріальних благ, а саме світогляду, що є філософським поняттям та віросповідання, яке можна розглянути не лише з точки зору філософії, але й з боку права.

Тлумачний словник Д. Н. Ушакова роз'яснює віросповідання, як різновид якогось віровчення з властивими йому обрядами (православне віросповідання, лютеранське віросповідання, тощо) іншими словами сповідання якоїсь релігії, офіційна приналежність до якого-небудь культу [7]. Якщо в релігії важливий зв'язок особистості з Богом і особиста відповідальність перед Ним, то в віросповіданні переважає конформізм (морально-політичний термін, що означає пасивне, пристосовницьке прийняття готових стандартів у поведінці, безапеляційне визнання існуючого стану речей, законів, норм, правил, безумовне схилення перед авторитетами, ігнорування унікальності поглядів, інтересів, уподобань естетичних та інших смаків окремих людей і т. д.) по відношенню до нього як до суспільного інституту або державної установи (релігійно-філософський словник Л. І. Василенко) [8]. Ще одне визначення зазначено в енциклопедичному словнику, де вказано, що віросповідання це офіційне прийняття будь-якого релігійного віровчення в якості світоглядної основи своєї життєдіяльності. Віросповідання – справа вільного самовизначення людини, належить до найважливіших людських свобод – свободи совісті (Енциклопедичний словник педагога, В. С. Безруков) [9].

Отже, розглянувши загальні поняття віросповідання ми можемо зазначити, що кожне з цих понять має свої особливості та опираючись на це, ми можемо виділити нематеріальне благо. Отже, віросповідання – це особисте нематеріальне благо, яке полягає у

офіційному, вільному прийняття будь-якого релігійного віровчення в якості світоглядної основи своєї життєдіяльності.

Це особисте немайнове право є різновидом суб'єктивних цивільних прав. Отже необхідно виділити характерні ознаки саме цієї категорії прав.

Відповідно, право на свободу світогляду та віросповідання має абсолютний характер, це означає, що воно не може бути відчужене (як примусово, так і добровільно, як постійно, так і тимчасово) від особи – носія. Належить кожній особі, тобто воно належить усім без винятку особам за умови, що наявність цього права в особи не суперечить її сутності. Належить особі довічно та немає економічного змісту, бо фактично неможливо визначити вартість цього права, а відповідно і блага, що є його об'єктом, у грошовому еквіваленті. Об'єктом особистого немайнового права свободи світогляду та віросповідання є «особисте немайнове благо» (це ідеальні та матеріальні складові існування людини, які виступають продуктом інтелектуальної праці, і ті, які продуктом не виступають, тобто нерозривно пов'язані з людиною) оскільки воно найбільш чітко та повно розкриває притаманні ознаки. Необхідно зазначити, що здійснення особистого немайнового права завжди тісно пов'язано з його носієм, суб'єктом цивільних правовідносин. Як уповноважена сторона, такий суб'єкт діє виключно у своїх або чужих інтересах і самостійно визначає місце, спосіб, характер задоволення такого інтересу, якщо законом не встановлено імператив [5, с. 80–81].

Враховуючи вищевикладене особисте немайнове право на свободу світогляду та віросповідання – це суб'єктивне цивільне право громадянина. Воно виражає не потенційну, а реальну можливість особи бути його носієм. Незважаючи на те, що право на свободу світогляду та віросповідання закріплено в положеннях Конституції України, воно має цивільно-правову природу, яка виявляється через нематеріальне благо, та його характерні ознаки. Вищезазначене спонукає нас до висновку, що особисті немайнові права фізичних осіб носять правову природу суб'єктивних прав із відповідною цивільно-правовою галузеву приналежністю.

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Загальна декларація прав людини : від 10.12.1948. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. Ст. 3103.
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : від 16.12.1966 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 04.04.2018).
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ від 04.11.1950 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_004 (дата звернення: 04.04.2018).
5. Синегубов О. В. Здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб : монографія. Харків : Золота миля, 2015. 528 с.
6. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія. Київ : КНТ, 2008. 626 с.
7. Толковый словарь русского языка / под ред. Д. Н. Ушакова. М. : Терра, 1996. 824 с.
8. Василенко Л. И. Религиозно-философский словарь. М. : Истина и жизнь, 2000. 255 с.
9. Безрукова В. С. Основы духовной культуры (энциклопедический словарь педагога). Екатеринбург, 2000. 937 с.

Одержано 13.04.2018

УДК 347.195.2

Ирина Александровна Голоденко,*старший преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин
Одесского национального университета имени И. И. Мечникова*

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

Образовательные учреждения выступают, в настоящее время, достаточно активными субъектами различных по характеру общественных отношений. Причем, весьма значительная их часть составляет организационно-экономическую основу деятельности образовательных учреждений, предмет которых вызывает известные трудности в их регулировании, предполагающем применение норм различных отраслей права.

Следует отметить, что государственные образовательные учреждения, в особенности в сфере высшего образования, успешно занимаются не только образовательной деятельностью в пределах выделенных бюджетом средств, но и сами активно зарабатывают денежные средства путем внедрения коммерческого образования, оказания всевозможных образовательных платных услуг, предложения продуктов инновационной деятельности хозяйствующим субъектам, подготовки высококвалифицированных кадров.

Основным элементом высшего образования является высшее учебное заведение (ВУЗ). Среди нормативно-правовых актов, регулирующих порядок создания, реорганизацию и ликвидацию высших учебных заведений в Украине, следует выделить Конституцию Украины, Гражданский кодекс Украины, Хозяйственный кодекс Украины, Закон Украины «О высшем образовании» от 01.07.2014 г., Закон Украины «О государственной регистрации юридических лиц, физических лиц-предпринимателей общественных объединений» от 15.05.2003 г., Закон Украины «О лицензировании видов хозяйственной деятельности» от 22.03.2015 г., Постановление Кабинета Министров Украины «Об утверждении Лицензионных условий осуществления образовательной деятельности учебных заведений» от 30.12.2015 г., Постановление Кабинета Министров Украины «О создании Единой государственной электронной базы по вопросам образования» от 13.07.2011 г.

В соответствии с Законом Украины «О высшем образовании» высшее учебное заведение – это отдельный вид учреждения, которое является юридическим лицом частного или публичного права, действует согласно выданной лицензии на осуществление образовательной деятельности на определенных уровнях высшего образования, проводит научную, научно-техническую, инновационную и/или методическую деятельность, обеспечивает организацию образовательного процесса и получения лицами высшего образования, последипломного образования с учетом их призваний, интересов и способностей [1].

Из данного определения можно выделить основные признаки ВУЗа: 1) организационно-правовая форма вуза – учреждение; 2) учреждается и действует на основании законодательства об образовании; 3) является юридическим лицом; 4) осуществляет образовательную деятельность на основании лицензии.

Действующее гражданское законодательство определяет, что юридические лица могут создаваться в форме обществ, учреждений и в иных формах, установленных законом, и в зависимости от характера их деятельности разделяются на коммерческие и некоммерческие организации. Из выделенных признаков следует отметить, что в качестве организационно-правовой формы ВУЗа законодатель употребляет учреждение как

организацию, созданную одним или несколькими лицами (учредителями), которые не принимают участие в управлении, путем объединения (выделения) имущества для достижения цели, определенной учредителями, за счет этого имущества (ч. 3 ст. 83 ГК Украины).

Однако, в доктрине гражданского права существует несколько точек зрения относительно организационно-правовой формы юридического лица.

В учебной литературе организационно-правовая форма определяется как совокупность признаков, но авторы по-разному их формулируют. Так, по мнению С. Э. Жилинского, организационно-правовая форма концентрированно воплощает сущностные организационные и правовые признаки, являющиеся общими для юридических лиц, принимаемых организаций различных видов [2, с. 95]. Приведенное определение содержит много понятий, содержание которых не раскрывается. В частности, не совсем ясно, что означает словосочетание «сущностные признаки» и в чем различие между организационными и правовыми признаками. Поскольку речь идет о правовом понятии, то и признаки могут быть исключительно правовыми.

О. М. Олейник считает, что организационно-правовая форма – это совокупность имущественных и организационных признаков, способов формирования имущественной базы, особенностей взаимодействия собственников, учредителей, участников, их ответственности друг перед другом и контрагентами [3, с. 165–166]. В приведенном определении признаки организационно-правовой формы сформулированы более четко, однако не проводится различий между родом и видом, а также видом и подвидом юридического лица.

Так, А. А. Пушкин отмечал, что организационно-правовая форма – это определенный тип организации, в качестве которой создается и действует то или иное юридическое лицо [4, с. 137]. К. П. Беляев рассматривает организационно-правовую форму юридического лица как совокупность определенных признаков, которые выделены в систему общих признаков юридического лица, и которые существенно отличают некоторую группу юридических лиц от других [5, с. 396–397]. По определению И. В. Елисеева, организационно-правовая форма – это совокупность признаков, объективно выделяющихся в системе общих признаков юридического лица и существенно отличающих данную группу юридических лиц от всех остальных [6, с. 166]. Из содержания данного определения следует, что достаточно найти хотя бы один отличительный признак в системе общих признаков юридических лиц. Таким образом, приведенное определение позволяет выработать критерии разграничения юридических лиц на виды, но не раскрывает содержание исследуемого понятия.

В свою очередь, И. М. Кучеренко отмечает, что организационно-правовая форма юридического лица – это определенная нормами права совокупность связанных между собой элементов (признаков), на основании которых выделяют юридическое лицо как особый вид юридического лица. При этом к существенным признакам организационно-правовой формы И. М. Кучеренко относит: особенности передачи имущества учредителем учреждения, отсутствие у последнего права на управление учреждением и запрет на получение им имущества, оставшегося после прекращения деятельности учреждения, ответственность учредителя по обязательствам учреждения [7, с. 19].

Данную точку зрения поддерживает П. П. Жигалкин, однако, указывая, что такой признак как ответственность учредителя по обязательствам учреждения не выделяет самостоятельную организационно-правовую форму юридического лица, поскольку основатель передает частному учреждению имущество, которым как самостоятельный участник гражданских отношений владеет на праве собственности, а закон, как правило,

разграничивает ответственность юридического лица и его учредителей, кроме случаев, установленных законом и учредительными документами [8, с. 32].

Таким образом, организационно-правовая форма юридического лица – это определенная нормами права совокупность связанных между собой элементов (признаков), которая дает основание во внешнем проявлении выделять юридическое лицо как особый вид юридического лица.

Для учреждения как организационно-правовой формы юридического лица характерны следующие признаки: является непредпринимательским юридическим лицом; специфическая цель создания; учредительным документом является устав; относится к организации, не основанных на членстве; полностью или частично финансируется собственником (учредителем); особый порядок формирования имущества; особый порядок изменения целей деятельности учреждения, а также структуры его органов [9, с. 134].

На сегодняшний день учреждение как форма осуществления непредпринимательской деятельности существует во многих странах Западной Европы. Например, в Федеративной Республике Германии (ФРГ) объединяющей правовой основой деятельности высшей школы является общегерманский Рамочный Закон о высшем образовании, принятый в 1976 году (в последней редакции от 2000 г.) [10]. Он является первым законом в этой сфере, установившим единые принципы функционирования высшей школы во всех землях и создает условия для реализации права на высшее образование. Все государственные вузы Германии, за исключением ведомственных ВУЗов, имеют юридический статус корпораций публичного права, в то же время являются государственными учреждениями соответствующей Федеральной земли.

Так, по законодательству ФРГ учреждение создается по воле физического лица, которое предоставляет учреждению денежные средства и имущество для достижения поставленной цели. Лица, которые пользуются услугами учреждения, не связаны с ней отношениями членства, а поэтому учреждение рассматривается как целевое имущество. Существуют учреждения частного права, которые создаются по волеизъявлению частных лиц, и учреждения публичного права, которые создаются государством. В отдельных случаях на учреждения частного права может быть возложено исполнение функций учреждений публичного права.

Следует отметить, что в ФРГ стали вводиться новые организационно-правовые формы функционирования университетов. Например, в земле Нижняя Саксония получили распространение фондовые университеты, учредителями которых являются общественные или частные фонды, либо которые сами имеют организационно-правовую форму фонда. Преимуществом фондовых университетов является возможность многоканального финансирования (из государственных источников и средств фонда, налоговые льготы, привлечение частного капитала и др.) [11, с. 34].

С учетом вышеизложенного, можно прийти к выводу, что высшее учебное заведение в соответствии с действующим законодательством может выступать только в организационно-правовой форме учреждения, что дает основание выделять их, с учетом указанных признаков, как особый вид юридического лица.

Список библиографических ссылок

1. Про вищу освіту : закон України від 01.07.2014 № 15156-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 37–38. Ст. 2004.
2. Жилинский С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности) : учеб. для вузов. 3-е изд., изм. и доп. М. : Норма, 2001. 672 с.

3. Предпринимательское (хозяйственное) право : учебник. Т. 1 / отв. ред. О. М. Олейник. М. : Юристъ, 1999. 727 с.
4. Гражданское право Украины : учеб. для вузов системы МВД Украины : в 2 ч. // под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко ; Ун-т внутр. дел. Харьков : Основа, 1996. Ч. 1. 440 с.
5. Беляев К. П. Некоммерческие организации в системе юридических лиц // Цивилистические записки. М. ; Екатеринбург, 2004. Вып. 3. 462 с.
6. Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М. : Проспект, 1998. 784 с.
7. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія / Ін-т держави в права імені В. М. Корецького НАН України. Київ : Аста, 2004. 328 с.
8. Жигалкін І. П. Установи як юридичні особи : монографія. Харків : Право, 2010. 168 с.
9. Давидова Н. О. Установа як організаційно-правова форма вищого навчального закладу // Юридична наука і практика: виклики часу : матеріали V Міжнар. наук.-практ. конф. Т. II. Київ : Нац. авіа. ун-т, 2015. С. 134–137.
10. Hochschulrahmengesetz. Vom 26 // Bundesgesetzblatt I. I Januar 1976 S. 185. URL: https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/A4/Hochschulrahmengesetz__HRK_.pdf (дата обращения: 02.04.2018).
11. Певзнер М. Н., Ширин А. Г. Отечественные и зарубежные университеты: на пути к автономии. *Вестник Новгородского государственного университета*. 2012. № 70. С. 33–36.

Получено 07.04.2018

УДК 347.34

Ольга Миколаївна Гордевська,

аспірантка кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ЧАСТКОВОЇ ВЛАСНОСТІ У РИМСЬКОМУ ПРАВІ

Належність однієї і тієї ж речі кільком особам називалося римськими юристами *communio* (спільність). У римському праві класичного періоду спільна часткова власність була єдиною формою спільної власності. Співвласникам належало право на спільне володіння і користування річчю. При спільному праві власності на неподільну річ (*communio pro indiviso*) кожна особа має право власності на всю річ. А так, як і інші особи мають таке ж рівне право власності, то різні права власності, які мають співвласники, як рівноправні особи, змагаються між собою як взаємно обмежені. У результаті цього виникає поділ права власності на ідеальні частки у співвідношенні до вартості об'єкту, що дає можливість виразити право єдиного, спільного власника в цілому за допомогою дробі відповідно до числа співвласників на окрему річ. Таку ідею власності багатьох осіб на одну річ в ідеальних частках – *pars pro indiviso* – висловив давньоримський класик Кв. Муцій Сцевола, який зазначав: «... не може бути власності або володіння двох осіб у повному обсязі: і ніхто не є власником частки речі, а має власність на частку всієї неподільної речі». Інакше кажучи, одне право власності на одну і ту саму річ може належати кільком особам у ідеальній частці речі, а не фізично поділений [1]. Ця ідея мала подальший розвиток.

Так, в основу організації права спільної власності, був покладений принцип відповідно до якого, володіння всією річчю розглядалося як володіння сукупністю всіх часток. Усі співвласники на одну й ту саму річ «*totius corporis pro indiviso pro parte dominium habet*» мають часткове право на річ в цілому, тобто кожному співвласникові належала частка права на річ, а не частка самої речі. Таке розуміння, а саме розуміння відношення права спільної власності як права частки на всю річ, призводило до того, що, коли право власності одного із співвласників відпадало з будь-яких підстав, то право інших співвласників розширювалося [2].

Римський юрист Цельс стверджував, що «не може існувати власності або володіння здійснюватися двома особами в повному обсязі». Ця позиція римського юриста відповідала уявленню про винятковість права власності та забезпечувала спільній частковій власності погане підґрунтя. Заборонити або виключити випадки утворення відносин спільної часткової власності було неможливо, тому що для певних відносин вона була необхідною. Але такі випадки зводилися до мінімуму [5, с. 31].

Були створені правила, які регулювали спільну часткову власність. Спільність власників часток виступала як одноосібний власник. Для здійснення правочинів по відношенню до спільної речі в цілому необхідна згода усіх співвласників, а для розпорядження своєю часткою достатньо волі одного співвласника. Кожен співвласник мав право незалежно від інших співвласників відчужувати свою частку: продавати, обмінювати, передавати у спадщину, подарувати та вчиняти інші дії, які дозволені законом. Такий порядок здійснення правомочностей прирівнював спільну власність до одноособової власності.

При користуванні річчю, співвласникам заборонялося змінювати реальне економічне призначення речі. У римському праві встановилось, що спільна власність – це не зовсім нормальні випадки (лат. *Communio est mater rixarum* – спільність власності породжує спори). З огляду на це, римські юристи визначали тільки дві правомочності спільних власників: право заперечення, яке надається кожному із них відносно розпорядження річчю іншими співвласниками; право кожного із співвласників вимагати поділу майна, що є у спільній частковій власності.

Поділ майна, що є у спільній частковій власності можливий був у добровільному та судовому порядку. Поділ за згодою сторін здійснювався шляхом уступки права (*in iure cessio*) на частку одному із співвласників, або ж за допомогою відчуження речі третім особам. Поділ спільної власності проводився шляхом пред'явлення до суду спеціального позову про поділ (*actio communi dividundo*). До позову приєднувалися позов щодо проведення межі – *finium regundorum* та позов щодо поділу спільної власності – *actio familiae herciscundae* [4, с. 107]. Судове рішення за позовом щодо поділу спільного майна слугувало способом установлення нових прав.

При поділі спільного майна суддя керувався власним розсудом, але оцінювати подільну річ повинен був за справедливою ціною – *iusto pretio aestimare*.

Індивідуалістичний підхід римських юристів до побудови відносин спільності співвласників та незначне розповсюдження випадків права спільної часткової власності заважав розвитку інституту права спільної часткової власності.

Список бібліографічних посилань

1. Борисова В. І. Спільна власність // Основи римського приватного права : підручник. Харків : Право, 2008. URL: <https://knigi.link/rimskoe-pravo/spilna-vlasnist-26760.html> (дата звернення: 09.04.2018).

2. Новицький І. Римское право // Библиотека Гумер. URL: http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/nov/05.php (дата звернення: 09.04.2018).

3. Новицкий И. Б., Перетерский И. С. Римское право : учебник. URL: <http://lib.lunn.ru/KP/Classiki/novizkiy.pdf> (дата звернення: 09.04.2018).

4. Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 327–328.

5. Филатова У. Б. Институт права общей собственности в странах романо-германской правовой семьи (Германии, Австрии, Швейцарии, Франции и России: сравнительно-правовое исследование) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 29–34. URL: https://rgup.ru/rimg/files/_Диссертация_Филатовой_Ульяны_Борисовны.pdf. (дата звернення: 09.04.2018).

Одержано 15.04.2018

УДК 347.1

Віталій Гордейчук,

здобувач кафедри цивільного права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4365-2132>

ПРОБЛЕМАТИКА ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ВВЕДЕННЯ В ЦИВІЛЬНИЙ ОБІГ» ТОВАРІВ, ЩО МІСТЯТЬ ОХОРОНЮВАНУ ТОРГОВЕЛЬНУ МАРКУ, ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Сутність правової охорони торговельної марки полягає в тому, щоб надати правоволодільцю юридично забезпечену можливість використовувати торговельну марку за своїм розсудом при дотриманні вимог законодавства. Майнові права правоволодільця торговельної марки детально прописані в ст. 495 Цивільного кодексу України «Майнові права інтелектуальної власності на торговельну марку», а також в ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», яка має назву «Права, що випливають із свідоцтва».

Однак, слід зазначити, що законодавство України не визначає поняття «введення в цивільний оборот» товарів, що містять охоронювану торговельну марку, попри той факт, що це поняття часто вживається як родове поняття, що охоплює багато дій, що становлять об'єкт виключних прав правоволодільця.

Так, це поняття вживається в ч. 6 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» «Виключне право власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстрований знак не поширюється на... .. використання знака для товару, введенного під цим знаком в цивільний оборот власником свідоцтва чи за його згодою, за умови, що власник свідоцтва не має вагомих підстав забороняти таке використання у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема у разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний оборот».

Також це поняття вживається, зокрема, у ст. 432 Цивільного кодексу України. Проте це поняття вживається без розкриття його значення.

Щоб з'ясувати зміст поняття «введення в обіг» товарів, що містять охоронюваний об'єкт інтелектуальної власності, можна звернутися також до аналізу подібних норм законів, що регулюють відносини у сфері охорони промислової власності.

Згідно ч. 2 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» використання винаходу (корисної моделі) визнається, зокрема «... виготовлення, пропонування

для продажу, в тому числі через Інтернет, застосування або ввезення, зберігання, інше введення в господарський обіг в зазначених цілях продукту, виготовленого із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі)».

Як бачимо, поняття «введення в обіг» вживається як родове й охоплює декілька видів дій з охоронюваними об'єктами.

Проте законодавець далі дещо суперечить вищенаведеному і визначає там же, що використання винаходу (корисної моделі) визнається також «...пропонування для продажу, введення в господарський обіг, застосування або ввезення чи зберігання в зазначених цілях продукту, виготовленого безпосередньо способом, що охороняється патентом» (ч. 2 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»). Тобто наведене поняття вживається у дещо вужчому значенні.

В ч. 2 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» встановлюється, що «використанням промислового зразка визнається виготовлення виробу із застосуванням запатентованого промислового зразка, застосування такого виробу, пропонування для продажу, в тому числі через Інтернет, продаж, імпорт (ввезення) та інше введення його в цивільний оборот або зберігання такого виробу в зазначених цілях».

В цивілістичній доктрині також є певні розбіжності щодо визначення поняття «введення в оборот» товарів, що містять охоронюваний об'єкт інтелектуальної власності. Так, Г. А. Андрощук і Л. І. Работягова при аналізі цього питання стосовно об'єктів патентних прав відзначають, що: «введення в оборот – це комплекс дій, спрямований на зміну права розпоряджатися продуктом: продаж, здача в оренду, під заставу, надання в борг, пропозиція до здачі в оренду і т. п. Будь-яка пропозиція власника продукту укласти щодо цього продукту цивільно-правовий договір (пропозиція орендодавця укласти договір оренди, пропозиція підрядника укласти договір підряду і т. п.) є порушенням прав патентоволодільця, причому як в тому випадку, якщо воно являє собою пропозицію укласти конкретний договір з конкретною особою (особами), так і якщо воно адресоване невизначеному колу осіб».

Однак А. П. Сергєєв, описуючи цю проблему стосовно прав на винаходи, ототожнює «введення в оборот» і «використання»: «... Під використанням розуміється введення в господарський оборот продукту, створеного із застосуванням винаходу, корисної моделі чи промислового зразка, а також застосування способу, що охороняється патентом на винахід. Введення в господарський оборот, в свою чергу, охоплює такі дії, як виготовлення, застосування, ввезення, зберігання, пропозиція до продажу, продаж і т. д. продукту, створеного з використанням охоронюваного рішення, а також застосування способу, що охороняється патентом на винахід».

Виходячи з вищенаведеного аналізу норм законодавства України, а також цивілістичної літератури, можна зробити висновок про те, що під введенням в цивільний оборот об'єктів, маркованих торговельною маркою в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» мається на увазі продаж маркованих товарів, пропозиція їх до продажу, зберігання з метою продажу, ввезення (імпорт) на територію України товарів, маркованих товарним знаком, а також їх експорт (вивезення).

Крім того, можна вважати за необхідне внесення змін до законодавства України з метою дати визначення поняття «введення в обіг товарів, маркованих торговельною маркою», оскільки багато норм законодавства використовують даний термін і, отже, відсутність його легального визначення негативно позначається на формуванні однакової стійкої правозастосовчої практики у цій сфері.

Одержано 13.04.2018

Лариса Вікторівна Єніна,

*аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ДО ПИТАННЯ ПРО НОТАРІАЛЬНЕ ПОСВІДЧЕННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ

Сім'я – одна із найбільших цінностей, створених людством за всю історію свого існування, виступає посередником між особистістю і суспільством, здатна суттєво впливати на процеси суспільного розвитку, формування громадянських правовідносин, відтворення робочої сили; здатна сприяти нівелюванню соціальних суперечностей та напруження в суспільстві. Саме тому врегулювання сімейних відносин є важливим чинником суспільного розвитку. Все більшої уваги серед науковців та юристів-практиків набуває питання врегулювання сімейних відносин за допомогою шлюбного договору. Не дивлячись на те, що відсоток укладання таких договорів не великий в нашій країні, та з огляду на досвід європейських країн, він є своєрідною гарантією захисту майнових прав подружжя. У цьому контексті, заслуговує уваги питання нотаріального посвідчення такого виду договору та удосконалення цієї процедури.

Питання регулювання відносин подружжя за допомогою шлюбного договору в цілому, та його нотаріального посвідчення, зокрема, висвітлено у працях наступних вчених: Г. А. Гаро, І. В. Жилінкова, В. І. Труба, О. А. Ульяненко, Ю. В. Ускова, Р. Б. Хобор, О. А. Явор та інші.

Відповідно до статті 94 Сімейного кодексу України шлюбний договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню [1].

При нотаріальному посвідченні шлюбного договору (та й взагалі будь-якого договору) роль нотаріуса є принципово важливою, адже відповідно до ст. 5 Закону України «Про нотаріат» нотаріус зобов'язаний сприяти громадянам у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду [2]. При чиненні будь-яких нотаріальних дій, нотаріус повинен керуватися «Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» [3].

Як зазначає Є. О. Харитонов, нотаріальне посвідчення правочину означає, що його зміст, час і місце здійснення, наміри суб'єктів правочину, його відповідність закону та інші обставини перевірені та офіційно зафіксовані нотаріусом, а тому розглядаються як встановлені та офіційні [4, с. 209].

При посвідченні шлюбного договору нотаріус перевіряє, щоб його зміст відповідав загальним вимогам, передбаченим ст. 203 Цивільного кодексу України до правочинів: 1) зміст правочину не може суперечити вимогам законодавства, а також моральним засадам суспільства; 2) особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; 3) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; 4) правочин має вчинятися у формі, встановленій законом; 5) правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним [5].

Проводячи порівняльно правовий аналіз вітчизняного та зарубіжного права, щодо регулювання шлюбного договору, необхідно зазначити, що у країнах континентального права шлюбний договір має також письмову форму та потребує нотаріального посвідчення. Так, відповідно до статті 1394 Французького цивільного кодексу всі шлюбні договори оформлюються нотаріальною угодою у присутності та з одночасної згоди усіх осіб, які є їх

сторонами або повноважними представниками останніх. В момент підписання шлюбного договору нотаріус видає сторонам довідку, яку вони повинні представити реєстратору актів цивільного стану перед реєстрацією шлюбу. Відомості про укладення шлюбного контракту містяться в акті про реєстрацію шлюбу [6, с. 436]. В Італії шлюбний договір обов'язково повинен бути зареєстрований в місцевому органі влади і, крім того, якщо стосується нерухомого майна, ще й в органі, який реєструє угоди з нерухомістю [7, с. 62].

Примітно, що у всіх країнах в тій чи іншій формі передбачений спеціальний механізм реєстрації шлюбних договорів, що дозволяє зацікавленим особам отримати певну інформацію про договір, хоча б, про факт його наявності [8, с. 55].

Так, законодавство Федеративної республіки Німеччини передбачає існування так званого «реєстру майнових прав подружжя», в якому може бути зареєстровано шлюбний договір. Відповідно до параграфу 1412 Цивільного уложення Німеччини подружжя може заявити свої заперечення проти правочину, укладеного одним із подружжя з третьою особою тільки у тому разі, коли шлюбний договір було зареєстровано в реєстрі майнових прав в подружжя або третя особа знала про наявність договору до здійснення правочину. Такий реєстр ведеється дільничними судами, і подружжя, за клопотанням одного або обох з подружжя, може зареєструвати шлюбний договір в будь-якому дільничному суді за місцем звичайного перебування хоча б одного з подружжя. При цьому у разі зміни місця звичайного перебування в інший округ, слід повторно проводити таку реєстрацію. Реєстраційний запис щодо режиму майнових відносин подружжя публікується дільничним судом в спеціальному бюлетені, при чому у разі відступлення від вимог, встановлених законом, повідомлення має містити загальні відомості про таке відступлення. Ознайомлення з реєстром, а також отримання копій записів дозволено будь-якій особі [9, с. 63].

Звісно ж, що відповідні норми було б вельми доцільно включити і до вітчизняного законодавства, що сприяло б стійкості цивільного обороту, стало б істотною гарантією захисту інтересів партнерів подружжя за договорами, перш за все в сфері підприємницької діяльності, а також у зв'язку з тим, що одні й ті ж особи можуть укласти різні за змістом шлюбні договори одночасно у кількох нотаріусів, що аж ніяк не сприяє стійкості сімейних майнових відносин та цивільного обороту в цілому.

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 [10, с. 124].

Саме тому науковцями неодноразово висловлюється думка, щодо запровадження єдиного реєстру шлюбних договорів, аналізуючи які слід прийти до висновку про необхідність 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 надіславши 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 думку Хобор Р. Б., 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.

Список бібліографічних посилань

1. Сімейний кодекс України : закон України від 10.01.2002 № 2947-III : зі змін. та допов. станом на 06.02.2018 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14?info=1> (дата звернення: 02.03.2018).
2. Про нотаріат : закон України від 02.09.1993 № 3425-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383.
3. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ М-ва юстиції України від 22.02.2012 № 296/5 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12> (дата звернення: 02.03.2018).
3. Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України : підручник. Київ : Істина, 2003. 761 с.
4. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. Зі змінами.
5. Code civil of France. March 21, 1804. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080121> (дата звернення: 02.03.2018).
6. Толстикова О. М., Дятченко Л. В. Форма брачного договору и порядок его заключения. *Сибирский юридический вестник*. 2001. № 4. С. 61–63.
7. Ускова Ю. В., Гарькуша Ю. В. К вопросу о брачном договоре в Российской Федерации. *Science Time*. 2017. № 6 (42). С. 53–56.
8. Труба В. І. До питання про необхідність законодавчого регулювання державної реєстрації шлюбних договорів. *Університетські наукові записки*. Хмельницький, 2008. № 3. С. 61–64. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2008_3_14 (дата звернення: 02.03.2018).
9. Хобор Р. Б. Шлюбний договір як регулятор майнових відносин подружжя : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 20 с.

Одержано 30.03.2018

УДК 347.1

Івєтта Сергіївна Єпішко,

ад'юнкт Харківського національного університету внутрішніх справ

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ЧЕСТІ ТА ГІДНОСТІ ПОЛІЦЕЙСЬКОГО ЯК ГРОМАДЯНИНА

Головним обов'язком держави є захист життя людини, забезпечення її прав і свобод. Захист честі та гідності в правовому порядку ускладнюється тим, що в нормативно-правових актах зміст і сутність поняття «честь» і «гідність» законодавцем не визначено,

не встановлено відмінності між цими поняттями. Належної уваги потребує питання захисту честі і гідності саме поліцейського, як особи, яка наділена владними повноваженнями. Необхідність удосконалення правоохоронної діяльності тісно пов'язана з удосконаленням кримінально-правового захисту поліцейського як громадянина взагалі.

Окремі кримінально-правові аспекти охорони честі і гідності в юридичній науці розглядали Р. О. Стефанчук, І. Р. Стремякова, Ю. В. Баулін, А. В. Гришук, А. О. Церковна, О. М. Литвинов, О. М. Бандурка, А. А. Житній, В. І. Осадчий та інші, проте в сучасних умовах охорони прав людини необхідно додаткове дослідження цього питання.

Нові політичні та економічні умови життя громадянського суспільства породили як позитивні демократичні перетворення, так і потягнули за собою низку так званого «законодавчого тягара» з необхідністю повноцінного захисту прав та законних інтересів кожного громадянина.

Стаття 1 Конституції України проголошує, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава [1]. Стаття 3 Конституції України зазначає, що: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [1].

Національна поліція України (поліція) – це центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку. Поліцейським є громадянин України, який склав присягу поліцейського, проходить службу на відповідних посадах у поліції і якому присвоєно спеціальне звання поліції [2].

Органам поліції на всій території України в процесі службової діяльності доводиться застосовувати запобіжні та примусові заходи, обмежувати права громадян. Така діяльність не завжди задовольняє інтереси окремих громадян. Через недостатність своєї вихованості та взагалі правової обізнаності, останні тим чи іншим чином принижують честь та гідність працівників поліції, висловлюючи в їхню адресу своє незадоволення у вигляді нецензурної лексики.

Так як більшість працівників поліції нормативно захищені формально та взагалі не знають, як це робити, припускають на свою адресу подібні висловлення, породжуючи непоодинокі випадки подібного.

Гідність – це самооцінка людини своїх якостей як невід'ємної цінності від народження. Честь – це вже оцінка якостей людини, яка надається суспільством, тобто не наданий від народження, а є отримана за її життя.

На сьогоднішній день питання охорони і захисту зазначеного невід'ємного права людини цілком і повністю знаходяться під юрисдикцією цивільного законодавства України.

В Кримінальному кодексі України, чинному до 2002 року, в статті 125 була передбачена відповідальність за наклеп, а за образу в статті 126. При відсутності кваліфікуючих ознак наклеп вважався злочином, що не представляв великої суспільної небезпеки, а справи за звинуваченням в його здійсненні ставилися до справ приватного обвинувачення. Однак, при розробці чинного нині КК України було прийнято рішення не включати до його складу статтю про наклеп з огляду на те, що наклеп є різновидом поширення неправдивих відомостей, що принижують честь і гідність людини, що має тягти за собою цивільну відповідальність за порушення честі та гідності, та відноситись до предмету регулювання цивільного права. У статтях 28 і 32 Конституції України, статтях 297 і 299 Цивільного кодексу України закріплюється право кожного на повагу до його честі і гідності.

Підсумовуючи вищевикладене слід зазначити, що дане питання в нашій державі регулюється нормами цивільного законодавства недостатньо, що не забезпечує повністю конституційне право громадянина на захист честі і гідності. Автор вважає, що необхідно розглядати наклеп і образ, як злочини проти честі і гідності особистості, вивести цю категорію з тіні цивільного законодавства, а також надати чітке законодавче розмежування понять «честь» і «гідність».

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про Національну поліцію : закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40–41. Ст. 379.

Одержано 02.04.2018

УДК 347.124 : 332.025.28

Олександр Вікторович Задорожний,

адвокат, аспірант Запорізького національного університету

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ФОРМУВАННЯ СТАРТОВОЇ ЦІНИ ОБ'ЄКТІВ ПРИВАТИЗАЦІЇ

7 березня 2018 року набув чинності Закон України «Про приватизацію державного і комунального майна» від 18.01.2018 № 2269-VIII [1] (далі – Закон), яким запроваджено принципово нові юридичні підходи до формування такої істотної умови договору купівлі-продажу об'єктів приватизації як стартова ціна. Такі підходи докорінно змінюють юридичну модель, яка існувала на протязі всіх років незалежності України. Відтак, така нова цивілістична модель потребує ґрунтового цивілістичного аналізу.

Окремими питаннями правового регулювання приватизаційних відносин займалися в Україні та за кордоном такі науковці, як Алданов Ю. В., Бандурка І. В., Дзера О. В., Демченко Н. С., Луць В. В., Нагорняк В. А., Скворцов О. Ю., Шишка Р. Б., Шутов М. І., Щербина В. С. та інші. Проте, окремі проблемні аспекти правового регулювання відповідних відносин потребують додаткового дослідження.

У пояснювальній записки до проекту Закону зазначається про те, що соціально-економічна ситуація в Україні вимагає кардинального прискорення проведення реформування економіки. Відзначається, що прискорення приватизації є край важливим, позаяк її затримка призводить до руйнування об'єктів приватизації та зниження їх інвестиційної привабливості. Наголошується на тому, що проект Закону спрямований передусім на прискорення процесів приватизації, спрощення і скорочення процедур приватизації, на досягнення високих темпів приватизації [2]. Отже, однією з провідних ідей цього Закону, беззаперечно, є здійснення якомога швидкої приватизації державного та комунального майна.

Саме через цю призму вибудована формула визначення стартової ціни об'єктів приватизації. В її основу покладено поділ (класифікацію) всіх об'єктів приватизації на дві великі групи: об'єкти малої та великої приватизації. При цьому, на законодавчому рівні, кожній групі закріплено відповідний цивілістичний механізм визначення стартової ціни.

Так, статтю 22 Закону унормовано те, що стартова ціна об'єкта *великої* приватизації *визначається радником* (у разі залучення).

В свою чергу стартова ціна об'єкта *малої* приватизації визначається аукціонною комісією *на рівні балансової вартості об'єкта (активів об'єкта) малої приватизації*. У разі відсутності балансової вартості об'єкта (активів об'єкта) малої приватизації така вартість встановлюється аукціонною комісією на підставі вартості, визначеної відповідно до Методики оцінки, що затверджується Кабінетом Міністрів України.

Між тим, така юридична модель формування стартової ціни об'єктів приватизації, на думку автора, видається не в повній мірі вдалою з огляду на таке.

1. Закріплений в законі юридичний механізм визначення стартової ціни об'єктів приватизації без проведення оцінки суперечить статті 7 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» (далі – Закон № 2658-III) відповідно до якої *проведення оцінки майна є обов'язковим у випадку приватизації* та іншого відчуження у випадках, встановлених законом, оренди, обміну, страхування державного майна, майна, що є у комунальній власності, а також повернення цього майна на підставі рішення суду [3].

Відтак, *маємо правову колізію*, що серед іншого, *порушує принцип верховенства права* та *не відповідає європейським стандартам* щодо чіткості, ясності, зрозумілості закону. Відповідно до статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. При цьому одним з основних фундаментальних елементів цього принципу є *юридична визначеність*, згідно з якою *юридичні норми мають бути чіткими, ясними і недовозначними*, оскільки інше не може забезпечити їх однакове застосування та не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці. На це звертав увагу і Конституційний Суд України у відповідних рішеннях від 22.09.2005 № 5-рп [4], 29.06.2010 № 17-рп, 11.10.2011 № 10-рп [5]. Європейський суд з прав людини також неодноразово підкреслював, що закони мають відповідати встановленому Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод стандарту, який вимагає достатньо чіткого формулювання правових норм у тексті нормативно-правових актів. Зокрема, «...закон має бути доступним для зацікавлених осіб та сформованим з *достатньою точністю* для того, щоб надати їм можливість регулювати свою поведінку аби бути здатними – за потреби, за відповідної консультації – *передбачати* тією мірою, що є розумною за відповідних обставин, *наслідки*, які може потягнути за собою його дія» (рішення у справі «Веренцов проти України», 11 квітня 2013 року [6]) [7].

2. В пояснювальній записки до проекту Закону зверталась увага на те, що «понад 90 % всіх державних активів введено в експлуатацію 50–150 років тому...» [2]. Водночас за загальним правилом стартова ціна об'єкта малої приватизації визначається аукціонною комісією *на рівні балансової вартості об'єкта (активів об'єкта) малої приватизації*.

Звідси цілком очевидним є те, що стартова ціна об'єктів малої приватизації *буде екстра низька*.

З цього приводу варто звернути увагу і на те, що згідно статті 5 Закону *до об'єктів малої приватизації відносяться надзвичайно широкий масив об'єктів приватизації*. За великим рахунком до об'єктів малої приватизації відносяться всі об'єкти, що не належить до об'єктів великої приватизації. До об'єктів великої приватизації належать об'єкти державної або комунальної власності (єдині майнові комплекси державних підприємств та пакети акцій (часток) суб'єктів господарювання, у *статутному капіталі* яких *більше 50 відсотків акцій (часток)* належать державі), *вартість активів яких згідно з даними фінансової звітності за останній звітний рік перевищує 250 мільйонів гривень*.

Видається, що при надзвичайно високих темпах приватизації, закладених в Законі, держава зіткнеться з ситуацією коли державне майно буде розпродаватися фактично за безцінь. Що без сумніву не відповідає засадам внутрішньої та зовнішньої державної політики держави та меті приватизації, закладеній законодавцем Законі.

Таким чином, на практиці складеться ситуація при якій рентабельні та фактично вартісні об'єкти приватизації з *формальних міркувань будуть відчужені державою за необґрунтовано низькою ціною*.

3. Стосовно закріплення базового правила визначення стартової ціни об'єкта великої приватизації визначається радником (у разі залучення) слід зазначити таке.

На думку автора цей підхід теж не в повній мірі є вдалим оскільки на рівні закону взагалі не встановлю жодних конкретних критеріїв визначення стартової ціни об'єкту великої приватизації. В свою чергу «відання на відкуп» питання формування стартової ціни об'єктів великої приватизації приватним структурам, видається невинуватим. В цьому питанні без сумніву необхідний дієвий державний контроль

Тим більше як свідчить практика сьогодення, не можна виключати того, що такі приватні структури можуть виявитися несумлінними або навіть зловживатимуть своїми правами. З подальшим виїздом за кордон (попередньо істотно збагатившись на таких оборудках). Держава ж замість економічного зростання буде мати змогу лише розслідувати кримінальні провадження. На погляд автора, така формула визначення стартової ціни стосовно великих об'єктів приватизації є такою, що провокує до зловживань, а отже є високо корупційною.

Окрім цього, як зазначалося вище такий законодавчий підхід до формування стартової ціни суперечить верховенству права.

Підсумовуючи все в сукупності та системному взаємозв'язку можна дійти до цілком певного висновку про те, що існуючий підхід до формування стартової ціни об'єктів приватизації не відповідає загальним засадам цивільного законодавства та потребує вдосконалення.

Зі свого боку автор пропонує наступну формулу визначення стартової ціни об'єктів приватизації (в якості загального правила):

– Якщо інше не визначено Законом, стартова ціна об'єкта малої приватизації визначається *за ринковою вартістю* відповідно до Методики оцінки, що затверджується Кабінетом Міністрів України. При цьому, така стартова ціна *не може бути меншою балансової вартості об'єкта (активів об'єкта)* малої приватизації (за її наявності);

– Якщо інше не визначено Законом, стартова ціна об'єкта великої приватизації визначається радником (у разі залучення). При цьому, така стартова ціна *не може бути меншою ринкової вартості*, визначеної відповідно до Методики оцінки, що затверджується Кабінетом Міністрів України.

На глибоке переконання автора, досягнення високих темпів приватизації в жодному разі не може йти на шкоду її меті (прискорення економічного зростання країни). Прискорення приватизації не повинно перетворити її з прогресивного соціального феномену в банальний «фінальний розпродаж» надбавь попередніх поколінь «за ціною металобрухту».

Видається необхідним зберегти справедливий баланс між швидкістю та доцільністю. Тим більше, що збереження такого балансу імпліцитно впливає з загальних засад цивільного законодавства, (справедливість, добросовісність та розумність).

Список бібліографічних посилань

1. Про приватизацію державного і комунального майна : закон України від 18.01.2018 № 2269-VIII // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19> (дата звернення: 30.03.2018).

2. Пояснювальна записка до проект Закону України «Про приватизацію державного майна» : від 19.09.2017 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://w1.c.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62455 (дата звернення: 30.03.2018).

3. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні : закон України від 12.07.2001 № 2658-III // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2658-14> (дата звернення: 30.03.2018).

4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) : від 22.09.2005 № 17-рп/2005 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05> (дата звернення: 30.03.2018).

5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» : від 26.09.2010 № 17-рп/2010 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10> (дата звернення: 30.03.2018).

6. Справа «Веренцов проти України» (Заява № 20372/11) : рішення ЄСПЛ від 11.04.2013 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_945 (дата звернення: 30.03.2018).

7. Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України від 15.01.2018 р. до проекту Закону України «Про приватизацію державного майна» (реєстр. № 7066) // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://w1.c.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62455 (дата звернення: 30.03.2018).

Одержано 09.04.2018

УДК 347.1

Жанна Николаевна Калмыкова,

аспирант кафедры гражданского права и процесса

Харьковского национального университета внутренних дел

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЭЛЕКТРОННОЙ ТОРГОВЛИ В УКРАИНЕ

Развитие интернет коммуникаций породило возникновение большого количества общественных отношений требующих законодательного регулирования. Одним из таких отношений являются отношения купли-продажи с использованием интернет коммуникаций и иных электронных информационно-коммуникационных средств. Заключение договоров на расстоянии, без полноценного заключения гражданско-правового договора, в связи с растущим количеством интернет магазинов, является достаточно актуальным, так как оказывает достаточное влияние на экономическую и социальную политику любого современного государства. Правовые нормы Закона Украины «Про електронну комерцію» направлены на урегулирование отношений, возникающих при дистанционном заключении и исполнении сделок по купле-продаже товаров или поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг, а также связанных с ними юридических действий с применением электронных информационно-коммуникационных средств и технологий. Несмотря на

принятие данного Закона, стоит отметить, что законодательство Украины в данной области недостаточно развито в связи с чем, обеспечивает недостаточную степень защиты потребителей, чем система законодательства развитых европейских стран. В этой связи, развитие и совершенствование существующего законодательства в данной сфере, имеет большое значение для Украины, особенно сейчас при вступлении Украины в ВТО и ЕС. А развитие и совершенствование информационно-коммуникационной сети «Интернет», порождает все больше и больше общественных отношений нуждающихся в специальном регулировании. Кроме того, учитывая то, что большинство интернет магазинов (продавцов) относятся к субъектам малого и среднего бизнеса, совершенствование законодательства в данной сфере позволит обеспечить развитие конкуренции и значительно повысит уровень жизни населения Украины. Однако развитие дистанционной торговли в Украине, находится под угрозой, не только по причине низкого качества действующего законодательства, но и вследствие низкого уровня доверия потребителей, особенно при осуществлении купли-продажи у зарубежных продавцов, так как государство принимая законопроекты зачастую сама их не соблюдает (особенно в сфере имущественных и не имущественных прав). Так, в последнее время участились случаи вскрытия посылки фискальными органами (таможенными и налоговыми службами) пересылаемых иностранными продавцами особенно при покупке электронных товаров. Следует отметить, что увеличение в Украине количества интернет магазинов и доступ к интернет магазинам зарегистрированных и находящихся в развитых странах, позволяют потребителю приобрести товар при помощи заключения дистанционных договоров, заключение и реализация которых, требуют более чёткого регулирования и научного исследования.

Особенности регулирования отношений при помощи дистанционного договора до момента принятия Закона Украины «Про електронну комерцію» (далее Закон) сводились к тому, что формирование такого договора осуществлялось по аналогии закона. Так, в силу отсутствия специального Закона, продавец формировал условия договора, применяя отдельные положения положения закреплённых в ГК Украины договоров, что не всегда соответствовало принципу взаимности интересов. С принятием Закона, регулирование отношений с применением дистанционного договора были частично урегулированы, хотя в целом имеется достаточное количество моментов требующих более конкретного регулирования. Ответственность сторон по дистанционному договору требует более чёткого регулирования с учётом специфики доставки товара и затрат на его транспортировку.

Закон Украины «Про електронну комерцію» в целях защиты прав потребителя закрепил в нормах право потребителя отказаться от исполнения дистанционного договора в любое время до его исполнения, но порядок возвращения денежных средств (заказчику) покупателю практически не регламентирован. Так, в случае отказа покупателя от товара, продавец возвращает денежные средства за вычетом затрат по транспортировке возврата товара и стоимости транзакции возврата денежных средств. В тоже время, следует констатировать, что с момента образования интернет магазинов в Украине не была сформирована достаточная правоприменительная практика, прежде всего, судебная по вопросу возврата денежных средств. Отсутствие правоприменительной практики объясняется не только тем, что фактические затраты средств, времени и здоровья как правило, превышают потери, которые понёс покупатель (потребитель) в результате нарушения его прав, но и отсутствием надлежащего регулирования и контроля со стороны государства. Отсутствие должного государственного регулирования и контроля вызвано тем, что законодательное регулирование дистанционной торговли с использованием интернет коммуникаций отстаёт от темпов развития отношений в обществе, и как следствие

низкий уровень правовой защиты потребителей, а недобросовестные действия со стороны предпринимателей собственников интернет магазинов.

Закон Украины «Про електронну комерцію» закріплює визначення таких понять як «електронна угода», «електронне повідомлення», «інтернет-магазин», «електронний товар», «електронна підпис», «електронна торгівля» і інші.

Не слід зазначити, що прийнятий Закон, направлений на правове регулювання участі споживачів, в дистанційних угодах з використанням інтернет комунікацій породив достаточне кількість проблем. Так, закріплене в Законі поняття електронної угоди, де факто носить лише познавальний характер, оскільки не містить ідентифікуючих ознак даної угоди. З змісту норм Закону незрозуміло, за якими класифікуючими ознаками він відрізняється від інших, передбачених законодавством угод. Це поняття може бути застосовано до будь-якої угоди, укладеної якою здійснювалося з використанням не тільки інтернет комунікацій, але і інших інформаційно-телекомунікаційних систем.

Виходячи з вище викладеного, можна констатувати, що, незважаючи на наявність спеціального закону проблеми регулювання відносин в сфері інтернет торгівлі і укладення дистанційних угод в мережі інтернет залишилися практично такими ж. На нашу думку, для нормального регулювання відносин в сфері інтернет торгівлі, необхідно внести зміни в ряд нормативних актів, громадянський, податковий і трудовий кодекси, Закон України «Про захист прав споживачів». З метою гармонізації законодавства України з законодавством Євросоюзу.

Список бібліографічних посилань

1. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР : *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. Станом на 01.01.2016.
2. Цивільний кодекс України : закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
3. Про електронну комерцію : закон України *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 45. Ст. 410. із змін., внес. згідно із законом № 1977-VIII від 23.03.2017.
4. Про захист прав споживачів : закон України від 12.05.1991 № 1023-XII : // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12> (дата звернення: 04.03.2018). Ред. станом на 10.06.2017.

Получено 16.03.2018

УДК 346.548

Наталія Сергіївна Кирєєва,

*помічник адвоката Адвокатського об'єднання «Юріс Феррум»,
аспірант кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»*

РИЗИКИ СПОЖИВАЧІВ І БАНКІВСЬКИХ УСТАНОВ У СФЕРІ ЕЛЕКТРОННОГО БАНКІНГУ

В умовах інформаційного суспільства ринок фінансових послуг постійно розвивається та розширюється. Одним з основних нововведень останніх десятиліть або впровадження електронних фінансових послуг, включаючи електронний банкінг. Стрімкий розвиток даного

сектору економіки призводить до ситуації, коли споживачі не володіють необхідною інформацією та знаннями про сутність і особливості електронних фінансових послуг, не здатні об'єктивно оцінити ризики, з якими можуть зіткнутися, тому їх права порушуються. При цьому банківські установи внаслідок недобросовісності деяких споживачів також можуть понести збитки. Тому зростання пропозицій ринку електронних фінансових послуг за обставин недосконалого законодавчого регулювання, та, як наслідок, неналежного рівня забезпечення захисту прав споживачів та гарантій прав банківських установ, спричиняє втрату довіри і зменшення попиту на електронні фінансові послуги, що, в свою чергу, має негативний вплив на економічну ситуацію в державі в цілому.

Розробити дієві та ефективні механізми захисту прав споживачів та гарантій прав банківських установ в сфері електронного банкіngu можливо лише в тому разі, коли загрози та ризики у цій сфері чітко визначені, що робить тему даного дослідження актуальною.

Поява електронного банкіngu зумовлена широким використанням нових технологій, інформаційних та телекомунікаційних систем. Разом з тим, використання цих технологій можливе як з конструктивними, так і з деструктивними цілями. Внаслідок цього хоч електронний банкінг і має ряд переваг як для споживачів, так і для самих банківських установ, надання послуг у цій сфері супроводжується певними ризиками.

Ризик при цьому слід розуміти як усвідомлення можливих негативних наслідків обраного ходу дій та оцінку імовірності настання таких негативних наслідків. Таким чином, ризик включає два обов'язкові елементи:

- негативні наслідки використання електронного банкіngu;
- оцінка імовірності того, що негативні наслідки настануть [1, с. 27].

Споживачі та банківські установи мають оцінити позитивні та негативні аспекти інноваційної системи електронного банкіngu та співвідношення цих аспектів, тобто проаналізувати ризики.

Ставши користувачами електронного банкіngu, споживачі можуть зіштовхнутися з наступними ризиками:

1. Ризики невдалого виконання, що пов'язані з потенційними або дійсними збитками, які були завдані внаслідок недоліків або неналежної роботи електронних систем та програмного забезпечення.

2. Соціальні ризики, пов'язані з втратою певного соціального статусу користувача електронного банкіngu серед референтних груп саме внаслідок використання електронного банкіngu.

3. Ризики, пов'язані з потенційною або дійсною втратою часу внаслідок проблем та затримок в проведенні електронних банківських операцій, а також внаслідок часу, необхідного для ознайомлення з механізмом роботи системи електронного банкіngu, яка може різнитися залежно від конкретної банківської установи, в якій споживач отримує послуги.

4. Фінансові ризики, що виникають у результаті помилок при здійсненні операцій електронного банкіngu або зловживання рахунками споживачів.

5. Ризики безпеки, пов'язані зі збитками, спричиненими шахрайством, зломом рахунку або неправомірним використанням конфіденційної інформації споживача, тобто вчиненням комп'ютерних або кіберзлочинів.

6. Правові або юридичні ризики, які є потенційною або дійсною загрозою, яка виникла внаслідок неефективного правового регулювання відносин в сфері електронного банкіngu, необізнаністю споживачів про їх права та недостатньою фінансовою грамотністю, а також умисними або необережними порушеннями прав споживачів банківськими установами.

7. Ризики, пов'язані з неналежною роботою обладнання, необхідного для надання послуг електронного банкінгу, та недоступність такого обладнання для деяких споживачів [1, с. 27–28].

В рамках даного дослідження найбільший інтерес становлять, безумовно, ризики безпеки та правові ризики, оскільки їх може бути мінімізовано або повністю усунено шляхом вдосконалення чинного законодавства, яке стане фундаментом для формування ефективної правозахисної практики та правозастосовної практики.

Так, наприклад, на подолання згаданої вище проблеми необхідності споживачів про їх права направлені окремі положення Директиви Європейського Парламенту щодо споживчого кредиту. Її положення щодо надання роз'яснень та переддоговірної інформації споживачам, оцінки їх кредитоспроможності мають важливе значення для усвідомлення потенційним споживачем ризиків, пов'язаних з наданням кредиту в іноземній валюті [2]. Безумовно, дані положення актуальні і для сфери електронного банкінгу, оскільки отримання кредиту можливе і за допомогою електронних систем.

Органи державної влади мають перекоонатися, що маркетинг та реклама банківських установ контролюються та моніторяться з метою уникнення випадків, коли реклама вводить в оману чи надає неправдиву інформацію стосовно фінансових послуг, які пропонуються споживачам. Проте навіть суворий контроль за якістю інформації, що надається споживачам, не може бути гарантією їх фінансової грамотності, оскільки споживачі можуть бути збиті з пантелику надмірною кількістю інформації.

Крім того, в сфері електронного банкінгу споживачі мають бути додатково повідомлені, як мінімум, про:

- технічні дії, які необхідно вчинити, щоб укласти договір;
- чи буде укладений договір прийнятий банківською установою та чи буде він доступний;
- технічні засоби для виявлення та виправлення помилок перед розміщенням запиту;
- мови, якими можна укласти договір [3].

Щодо ризиків безпеки, найбільшу загрозу несуть так звані комп'ютерні злочини та кіберзлочини. Різниця між ними полягає в тому, що кіберзлочини вчиняються у віртуальному просторі через мережу Інтернет, а комп'ютерні злочини – з використанням електронно-обчислювальної техніки. Останні включають три широкі категорії: злочини, пов'язані з інформацією та персональними даними; злочини, пов'язані з програмним забезпеченням; фізичні злочини [4, с. 5–6]. Дані злочини є предметом дослідження вчених, що займаються проблемами наук кримінально-правового циклу.

Всі вказані вище ризики несуть загрози не лише для споживачів, але й для банківських установ. При цьому одним з важливих ризиків є недобросовісність самих споживачів, які, наприклад, беруть грошові кошти у кредит за допомогою електронного банкінгу і не повертають їх, аргументуючи це тим, що не укладали кредитний договір в паперовій формі.

Так, Дворічанський районний суд Харківської області розглядав справу № 618/433/17 за позовом Особа_1 до публічного акціонерного товариства «Акцент-Банк» про захист прав споживача, визнання недійсним кредитного договору. В ході даної справи позивач посилалася на те, що не укладала договір, оскільки його не було укладено в формі паперового документу.

В ході судового розгляду суд встановив, що між сторонами було укладено кредитний договір, мотивуючи це тим, що позивач акцентувала ofertу, здійснивши наступні дії, спрямовані на укладення договору: заповнила заявку на сайті ПАТ «Акцент-Банк» (<https://a-bank.com.ua/>); зазначила свій номер телефону; ввела OTP-пароль, який їй прийшов

на номер телефону; ввела номер банківської картки та розмір і строк кредиту. Після вчинених позивачем дій Банком було перераховано грошові кошти в сумі 8 000 грн. Сукупність наведених фактів свідчить про укладання договору у формі електронного документу [5].

Схожої позиції суди дотримуються і в тому разі, коли договір щодо надання фінансових послуг укладається в паперовій формі, але містить при цьому посилання на правила і умови, що розміщені на електронних ресурсах, наприклад, офіційному сайті банку.

Так, постановою Вищого господарського суду України від 10.07.2017 року у справі № 905/2432/15 за позовом Публічного акціонерного товариства Комерційний банк «Приватбанк» до фізичної особи-підприємця Особа_4 про стягнення заборгованості було встановлено, що ФОП Особа_4 звернулася до ПуАТ КБ «Приватбанк» із заявою, де було зазначено, що у разі недостатності коштів на рахунку клієнта банк може встановити кредитний ліміт. Порядок встановлення, зміни ліміту, погашення заборгованості та розмір відсоткової ставки регламентуються Умовами та правилами надання банківських послуг і Тарифами банку, що розміщені на сайті www.privatbank.ua, які разом з даною анкетом (заявою) складають договір банківського обслуговування.

Підписавши зазначену заяву, ФОП Особа_4 підтвердила погодження з вищевказаними Умовами та Тарифами, що розміщені на сайті банку. Було встановлено, що відносини між банком та клієнтом можуть вирішуватись як шляхом підписання окремих договорів або додаткових угод до цього договору, так і шляхом обміну інформацією з питань банківського обслуговування з клієнтом через веб-сайт банку або інший інтернет/sms-ресурс, вказаний банком.

Посилання ФОП Особа_4 на те, що вказані Умови та Тарифи не містять її підпису і вона не надавала на них згоди, визнані судом непереконливими [6].

Таким чином, за наявності належних доказів укладення кредитного договору з використанням систем електронного банкінгу, суди захищають права осіб, що виникають на підставі таких договорів.

Підводячи підсумки, відзначимо, що в сфері електронного банкінгу існують ризики як для споживачів, так і для банківських установ. Проте наукове дослідження таких ризиків дозволить в подальшому виробити ефективні правові механізми їх попередження.

Список бібліографічних посилань

1. Mousavian S. J., Ghasbeh M. J. Investigation of Relationship between E-Banking Industry Risks and Electronic Customer Relationship Management (E-CRM). *MAYFEB Journal of Business and Management*. 2017. Vol. 2. P. 26–34. URL: <http://www.mayfeb.com/OJS/index.php/BUS/article/view/367> (дата звернення: 07.04.2018).
2. Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC // EUR-Lex. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:EN:PDF> (дата звернення: 07.04.2018).
3. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market («Directive on electronic commerce») // EUR-Lex. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32000L0031> (дата звернення 12.04.2018).
4. Kaur G. Threats to the Rights of Consumers in E-Banking in India: an Overview. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2983199>.
5. Рішення Дворічанського районного суду Харківської області від 12.03.2018 : справа № 618/433/17, провадження № 2/618/2/18 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72870883#> (дата звернення: 12.04.2018).

6. Постанова Вищого господарського суду України від 10.07.2017 : справа № 905/2432/15 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67709197> (дата звернення: 14.04.2018).

Одержано 07.04.2018

УДК 347.1

Андрій Анатолійович Кірик,

*спеціаліст I категорії сектору інформаційної підтримки
та розвитку молодіжних ініціатив відділу у справах молоді
Управління у справах сім'ї та молоді Департаменту у справах сім'ї,
молоді та спорту Харківської міської ради*

СТРОК ПРИДАТНОСТІ ХАРЧОВИХ ПРОДУКТІВ ЯК ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

У минулому році у результаті нераціонального використання харчових продуктів та низької споживчої культури українці викинули на смітник харчів на 5,5 мільярдів гривень, що є вражаючою сумою. Але перед тим як обурюватися такому марнотратству слід звернути увагу на певні особливості нормативного регулювання сфери споживання, а саме – строку придатності харчових продуктів.

Стаття 677 Цивільного кодексу України зазначає, що строк придатності товару визначається періодом часу, який обчислюється з дня його виготовлення і протягом якого товар є придатним для використання, або терміном (датою), до настання якого товар є придатним для використання.

У свою чергу пункт 24 статті 1 Закону України «Про захист прав споживачів» більш ґрунтовно визначає поняття «строку придатності» вказуючи, що це строк (термін), визначений нормативно-правовими актами, нормативними документами, умовами договору, протягом якого у разі додержання відповідних умов зберігання та/або експлуатації чи споживання продукції її якісні показники і показники безпеки повинні відповідати вимогам нормативно-правових актів, нормативних документів та умовам договору.

Зазначена дефініція оперує трьома критеріями строку придатності яким слід приділити більше уваги.

По-перше, строк придатності повинен мати зовнішнє (нормативне) закріплення. У рамках асоціації між Україною та Європейським Союзом дане питання повністю віддано на регулювання Регламенту ЄС № 1169/2011 про надання споживачам інформації про харчову продукцію.

У свою чергу Регламент навіть не оперує поняттям «строк придатності» відаючи перевагу «терміну завершення мінімального строку зберігання харчового продукту», що означає дату, до настання якої харчовий продукт зберігає свої властивості за умови належного зберігання. Поряд з тим для продуктів, які з мікробіологічної точки зору є такими, що швидко псуються, і тому після завершення короткого періоду часу представляють небезпеку здоров'ю людини, замість дати завершення мінімального строку зберігання вказується дата «вжити до», після якої такі харчові продукти вважаються небезпечними. Натомість Регламент не вимагає жодного визначення терміну споживання для низки

товарів, а саме: свіжі фрукти й овочі, вина, напої з вмістом чистого спирту понад 10 %, випічка та печиво швидкого споживання, оцет, харчова сіль, цукор у твердому стані, кондитерські вироби з цукру та жувальні гумки.

Окрім товарів, що віднесені до категорії «вжити до», Регламент не використовує наказного визначення дати споживання та використовує фрази: «Найкраще вжити до ...», якщо дата вказує на конкретний день, або «Найкраще вжити до завершення ...» в усіх інших випадках.

У свою чергу законодавство США на федеральному рівні взагалі не регулює визначення строку придатності, окрім дитячого харчування та армійських пайків. Навіть наявне федеральне регулювання придатності дитячого харчування більше акцентує увагу на безпечності, а Бюро закупівель Міністерства оборони США має право продовжувати строк придатності армійських пайків в умовах бойових дій та перебоїв їх постачанні.

Загалом дане питання знаходиться у віданні законодавців штатів, як наслідок 9 штатів взагалі ніяк не регулюють визначення та маркування будь-якого строку придатності на товарах та видають цей процес на відкуп виробнику або неурядовим організаціям таким як: Асоціація виробників бакалійних продуктів, Інститут маркетингу продуктів харчування, тощо.

В Україні сам факт виникнення цифрового вираження строку давності закріплюється у Державних стандартах України (ДСТУ) та окремих технічних умовах (ТУ), які інколи не відповідають дійсним показникам продукту, що підводить нас до наступної характеристики – показник якості.

Якість продукту є край спекулятивною характеристикою, оскільки значна кількість продуктів харчування втрачаючи свої якісні показники (колір, запах, смак, тощо) не втрачають харчової придатності, наприклад: пастеризоване молоко та продукти з нього, як правило, ніколи не втрачають своєї продовольчої цінності, яйця є споживними протягом 14 днів з моменту спливу строку придатності звісно за умови їх належного зберігання.

Так відповідно до доповіді Ради охорони природних ресурсів 2013 року, значна кількість виробників намагається визначати строк придатності своєї продукції виходячи із її органолептичних якостей не звертаючи увагу на безпечність, що різко зменшує формальний строк вживання та збільшує загальний обсяг споживання. За підрахунками Ради щороку 83 % жителі США викидають на смітник 72 млрд кг (40 % продовольчих запасів) придатних харчів орієнтуючись на занижений строк придатності.

Зважаючи на мінливість інших показників придатності харчових продуктів найбільш вагомим є їх безпечність.

Відповідно Директиви ЄС 2001/95/ЄС (про загальну безпеку продукції) під «безпечним продуктом» розуміється будь-яка продукція, яка в нормальних або обґрунтовано передбачуваних умовах використання (включаючи термін служби й, коли доречно, введення в дію, встановлення або потреби в обслуговуванні) не становить ніякого ризику або становить тільки мінімальні ризики, адекватні з використанням продукції, і такі, що вважаються припустимими при дотриманні високого рівня захисту здоров'я й безпеки людей, з урахуванням, зокрема:

1) властивостей продукції, у тому числі її складу, пакуванню, умов зборки й, коли доречно, встановленню і вмісту;

2) наслідків продукції по відношенню до інших видів продукції у випадку, якщо можна обґрунтовано передбачати використання першої спільно із другими;

3) зовнішнього оформлення продукції, етикеток, що містяться на ній, можливих попереджень та інструкцій відносно її використанню і знищенню, а також будь-яких інших вказівок або інформації щодо продукції;

4) категорій споживачів, які піддають себе ризику при використанні продукції, зокрема діти і люди похилого віку.

Додатково зазначається, що можливість досягнення більш високого рівня безпеки або придбання іншої продукції, що становить менший ризик, не являється достатньою підставою для визнання продукції небезпечною;

Додатково безпечність продуктів варто розглядати у наступних аспектах.

По-перше, це зберігання продуктом належного рівня мікробіологічного навантаження протягом усього часу зберігання продукту. Ключовими елементами тут є його запах, зовнішній вигляд та текстура. При неналежному зберіганні (неправильній температурі холодильного обладнання, незахищеності від прямих сонячних променів або підвищеній вологості) продукт може стати небезпечним і до спливу строку придатності.

По-друге, дотримання технології виробництва. При порушенні технологічної процедури навіть продукти із свіжих та безпечних складових перетворюються на потенційне джерело біологічної небезпеки. Не кажучи вже про виробництво продукції із небезпечних інгредієнтів.

Натомість споживач як і законодавець стикається із складною задачею належного рівня поєднання нормативного строку, якості та безпечності. Нажаль ці показники не знаходяться у балансі. Європейська практика відштовхується від принципу «безпечної їжі при нормальній оцінці ризиків» відповідно до якого строк не відіграє ключову роль у споживанні та доносить до споживача лише рекомендацію. У той же час американська модель стоїть на боці виробника, що передбачає визначення строку найкращого часу для вживання, а не придатності. Дана модель є більше показником для магазинів щодо заміни продукції ніж настановою з раціонального використання харчових продуктів. В Україні реалізовано комплексний підхід, але він не містить чіткого розмежування чи закріплення, а процес імплементації законодавства Європейського Союзу лише ускладнить правову конструкцію.

Як варіант, можна запропонувати остаточно перейти на європейську модель «безпечності продукту», що власне і відбувається останнім часом, та внести відповідні зміни до Цивільного кодексу та профільних законів.

Одержано 07.03.2018

УДК 347.191.2

Катерина Андріївна Кочина,

*аспірантка кафедри цивільного права навчально-наукового
юридичного інституту Прикарпатського національного
університету імені Василя Стефаника*

РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «ВОЛЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ» ТА «ВОЛЯ УЧАСНИКА(ІВ) ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ»

Однією з ознак цивільних правовідносин є вільне волевиявлення їх учасників (ст. 1 ЦК України), зокрема щодо регулювання правочинів застосовується поняття «справжня воля особи», хоча у жодній нормі поняття не розкривається. В теорії цивільного права та на практиці ця обставина поставила низку питань, пов'язаних із застосуванням поняття «воля» відносно юридичної особи, адже проблематика пов'язана зі співвідношення її власної волі з волею її учасників.

Воля належить до предмету вивчення, перш за все, науки психології та зводиться до психічного процесу *свідомої та цілеспрямованої регуляції* (курсив наш. – К. К.) людиною своєї діяльності та поведінки з метою досягнення поставлених цілей [1, с. 371]. У філософії поняття «воля» розуміється як феномен саморегуляції *суб'єктом* (курсив наш. – К. К.) власної поведінки та діяльності, який забезпечує векторну орієнтацію іманентних станів *свідомості* (курсив наш. – К. К.) на об'єктивовану екстеріорну (зовнішню) мету та концентрацію зусиль на її досягнення, та є сполучною ланкою діяльнісного акту, що забезпечує єдність суб'єктивної його складової та складової об'єктно-предметної, транслюючи імпульс потреби в імпульс до дії [2, с. 130]. Названі підходи дозволяють зрозуміти, що воля є властивістю саме людини – фізичної особи – живої істоти, наділеної свідомістю. Воля виступає рушійною силою до реалізації істинних (дійсних) бажань фізичної особи. У свою чергу, волевиявлення є проявом волі, втіленням її у життя.

Поняття волі та волевиявлення розглядаються цивілістикою щодо всіх учасників цивільних правовідносин. Так, у ЦК України законодавець наводить поняття волевиявлення серед умов виникнення цивільних правовідносин. Законодавче закріплення реальної теорії юридичної особи визначає її як організований суб'єкт цивільних правовідносин, який співіснує поряд із особами, що її створили, тобто як засновники, так і організація мають власну волю.

Пізнання сутності понять волі та волевиявлення нині в Україні переважно розглядається у контексті досліджень правочинів. Так, воля являє собою внутрішній намір особи, спрямований на реалізацію певної правової мети, психічне регулювання поведінки особи, що полягає в детермінованому та мотивованому бажанні досягнення поставленої мети, у виборі рішення, розробці шляхів, засобів та докладанні зусиль для їх здійснення [3, с. 241]. Вважаємо, що правового характеру набуває мета, досягнення якої призводить до відповідних правових наслідків. Воля особи фактично є внутрішнім процесом усвідомлення особою власних істинних (дійсних, справжніх) бажань та прагнень, який у разі його виявлення, має втілитись у форму, зрозумілу і прийнятну для інших учасників відповідних правовідносин. Скиданов К. В. називає волю психодієвим процесом, а волевиявлення є другою фазою цього процесу [3, с. 240].

Бахаєва А. С. виділяє такі групи розуміння проблематики: 1) через призму правочину, який є дією, а отже наслідки його випливають з волевиявлення; тобто передбачається розуміння волі виключно у психологічній площині (Красавчиков О. О., Спасибо І. А., Політова І. П.); 2) волевиявлення є неможливим без внутрішньої волі особи, тож воля породжує волевиявлення та є головною у правочині (Агарков М. М. та Грімм Д. Д.); 3) розгляд волі та волевиявлення в їх єдності (Бахаєва А. С. Ойгензіхт В. А., Длугош О. І.) [4, с. 185–186]. Вважаємо, що саме в єдності та тісному взаємозв'язку доречно розглядати ці поняття, адже воля, як внутрішній складний процес, спонукає учасника цивільних правовідносин до втілення її у життя – волевиявлення, шляхом вчинення дії (дій) або утримання від неї (них).

Разом із цим, у випадку юридичної особи цей процес є значно складнішим, аніж як для фізичної особи, оскільки має правовий характер. У ньому можуть брати участь кілька фізичних осіб у складі органу, уповноваженого на прийняття рішень та вчинення дій від імені юридичної особи. Саме через свої органи юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх, тобто реалізує цивільну дієздатність (ч. 1 ст. 92 ЦК України). Крім того, у випадках, встановлених законом, юридична особа може набувати цивільних прав та обов'язків і здійснювати їх через своїх учасників (ч. 2 ст. 92 ЦК України). У цьому випадку в процесі формування волі юридичної особи братиме участь воля кожного з її учасників.

Управління товариством здійснюється його органами, а саме – загальними зборами його учасників і виконавчим органом, якщо інше не встановлено законом. Загальні збори учасників товариства, відповідно до ч. 1 ст. 98 ЦК України, мають право приймати рішення з усіх питань діяльності товариства, у тому числі і з тих, що передані загальними зборами до компетенції виконавчого органу. Рішення загальних зборів (окрім рішень про внесення змін до статуту товариства, відчуження майна товариства на суму, що становить п'ятдесят і більше відсотків майна товариства, та про ліквідацію товариства) приймаються простою більшістю від числа присутніх учасників, якщо інше не встановлено установчими документами або законом. Отже, за загальним правилом воля товариства формується волею простої більшості учасників товариства – виявленою у ході загальних зборів волею кожного з учасників товариства, які склали таку більшість. У винятках, окреслених вище, волю товариства формує більшість не менш як у 3/4 голосів (і вже не присутніх на загальних зборах, а всіх учасників загальних зборів), якщо інше не встановлено законом. Таким чином, воля товариства є відображенням волі необхідної більшості його учасників, що стається коли воля відповідної більшості учасників товариства співпадає тією мірою, що внаслідок волевиявлення кожного з такої більшості й формується, власне, ця більшість.

Виконавчий орган товариства, згідно зі ст. 99 ЦК України, створюється рішенням загальних зборів товариства, які встановлюють його компетенцію і склад (одна або кілька осіб, якими можуть бути учасники товариства). Відповідно, з питань, віднесених до компетенції виконавчого органу, воля товариства або стає виявом волі однієї особи, або формується через виявлення волі простої більшості від числа присутніх осіб, які складають цей орган (якщо інше не встановлено установчими документами або законом). За таких умов, вплив волі учасника (учасників) товариства на волю товариства у питаннях в межах компетенції виконавчого органу здійснюється, зокрема, опосередковано – головним чином, шляхом визначення складу виконавчого органу на загальних зборах або прямо – через волевиявлення учасника (окремих учасників) товариства, обраного (-их) до складу виконавчого органу, під час реалізації повноважень такого органу з прийняття відповідних рішень. У випадку, коли учасником товариства є інша юридична особа, її участь, знову таки, обмежується волею та волевиявленням її учасників.

Установа створюється на підставі індивідуального або спільного установчого акта, що складається засновником (засновниками) і в ньому, виявляючи власну волю, засновником (засновниками) вказується мета створення (діяльності) установи, визначається майно, яке передається установі, необхідне для досягнення цієї мети, та структура управління установою.

Порядок управління установою визначено ст. 101 ЦК України, відповідно до якої в установі обов'язково створюється правління, до якого застосовуються положення статті 99 ЦК України. Установчий акт може передбачати створення також інших органів, визначати порядок формування цих органів та їх склад. Проте, на відміну від товариства, в управлінні установою засновник (засновники) участі не бере (-уть). Тобто воля засновника (засновників) установи обмежена виключно метою створення цієї юридичної особи – одноразово.

Не можна лишати поза увагою й представництво інтересів юридичної особи у порядку, визначеному главою 17 розділу IV Книги I ЦК України. Однак, чи йтиметься в даному випадку про те, що такою особою, яка діє від імені та в інтересах юридичної особи, формується воля останньої? Ймовірно, що це залежить від обсягу й характеру дій, на вчинення яких уповноважено представника. Крім того, згідно з частиною першою ст. 237 ЦК України, у правовідношенні представництва представник може бути *зобов'язаний* або

мати право вчинити правочин (курсив наш. – К. К.). Вбачається, що представника може бути уповноважено на вчинення дій, волю щодо яких вичерпно сформовано юридичною особою та доведено до відома представника для подальшої реалізації, або ж на вчинення дій, щодо яких воля формуватиметься таким представником від імені та в інтересах юридичної особи в процесі виконання наданих повноважень. У будь-якому разі, орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язані діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень (ч. 3 ст. 92 ЦК України).

Вважаємо, що розмежування волі юридичної особи та волі учасника (учасників) юридичної особи, перш за все, надає можливість належним чином врегулювати відносини щодо формування та реалізації дій юридичної особи, порядку визначення компетенції органів управління та формування загальної мети діяльності такої організації. Різноманітність підходів до розуміння волі та волевиявлення обумовлена різними цілями відповідних досліджень. Тому для правочинів притаманно визначення волі на вчинення дій, а безпосередньо для юридичної особи властива єдність волі та волевиявлення – тобто реалізація інтересів учасників у реальних відносинах. Крім того, детального дослідження потребує співвідношення цих понять у контексті реалізації інтересів засновків (учасників) та, власне, юридичної особи.

Список бібліографічних посилань

1. Дуткевич Т. В. Загальна психологія. Теоретичний курс : навч. посіб. Київ : Центр учб. літ., 2016. 388 с.
2. Грицанов О. О. Новейший философский словарь. Минск : Изд. В. М. Скакун, 1998. 896 с.
3. Скиданов К. В. Поняття волі та волевиявлення і їх правове значення для вчинення правочинів. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 4. С. 240–247.
4. Бахаєва А. С. Воля та волевиявлення як умови дійсності правочину. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2017. № 2 (77). С. 183–189.

Одержано 02.04.2018

УДК 347.61

Катерина Сергіївна Красник,

аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «СІМ'Я» У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ

Одним із завдань Сімейного кодексу України, визначених у статті першій, є регулювання сімейних відносин з метою зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб. Частина 1 ст. 3 СК України проголошує, що сім'я є первинним та основним осередком суспільства. Стаття 51 Конституції України проголошує, що сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Згідно з ч. 1 ст. 5 СК України держава охороняє сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї. Отже, сім'я, як соціальний інститут і союз конкретних осіб, перш за все, є об'єктом правової охорони, а не суб'єктом сімейних правовідносин. Сім'я є предметом дослідження багатьох суспільних наук: соціології, психології, філософії, юриспруденції. Для сфери правової охорони сім'ї важливе значення має визначення поняття «сім'я».

Справедливо зазначає О. М. Нечаєва, що без всякої визначеності щодо поняття «сім'я» правова охорона сім'ї неможлива [1, с. 91]. Далі вона зауважує, що правова охорона сім'ї належить до містких загальних понять, що включають багато видів державної допомоги сім'ї, наділеній в правову форму. І якщо у конкретне поняття сім'ї не входять одні з її ознак, то це не означає, що об'єктом правової охорони не є сім'я. Не одна ознака, так інша змушує працювати механізм охорони, який закладений не в одній, так в іншій галузі права. «Білих плям» тут бути не може, а якщо вони є, їх необхідно усунути. Тільки тоді може йти мова про всебічну охорону сім'ї як одного із найважливіших для суспільства [1, с. 97–98].

Г. Ф. Шершеневич надавав таке визначення сім'ї: «Сім'я являє собою союз осіб, пов'язаних шлюбом, і осіб, які від них походять. Сучасна сім'я складається не тільки з батька, матері та дітей, причому останні, з досягненням змужніння, у більшості випадків той же час відокремлюються в окремі союзи, мало пов'язані з первісним. Бокові родичі, що не встигли створити власну сім'ю, залишаючись у союзі, не входять до нього органічно» [2, с. 406].

Саме ставлення до сім'ї як союзу осіб було сприйнято й радянською правовою доктриною. Так, В. І. Бошко сім'ю визначав як союз осіб, заснований на вільному та рівноправному шлюбі чи близькому спорідненні (нерідко на усиновленні), ідейно пов'язаних, а також об'єднаних взаємною матеріальною та моральною підтримкою, піклуванням про виховання потомства, що здійснюється за широкої та все більшої допомоги держави, та таких, що володіють відповідними правами та обов'язками [3, с. 89]. В. О. Рясенцев сім'єю визнавав коло осіб, пов'язаних правами та обов'язками, що виникають із шлюбу, споріднення, усиновлення або іншої форми прийняття дітей на виховання, призначених сприяти зміцненню сімейних відносин на принципах моралі [4, с. 45].

Варто зазначити, що у радянській правовій доктрині домінуючою була точка зору, що єдиного для всіх галузей науки та законодавства формулювання поняття сім'ї не існує, спірною є й необхідність цього – занадто багаточисельними є критерії, які характеризують сімейний союз, занадто різними є практичні умови відмежування даної сім'ї у конкретних випадках [5, с. 10].

Сучасні дослідники відстоюють позицію, що з точки зору права сім'ю варто розглядати, перш за все, як спільність осіб, пов'язаних між собою правами та обов'язками. О. М. Нечаєва вказує, що сім'я є спільністю осіб, що сумісно проживають, об'єднані правами та обов'язками, що передбачені сімейним законодавством. І тільки у виключних випадках, передбачених законом, мова може йти про осіб, які чомусь разом не живуть, наприклад, аліментнозобов'язані близькі родичі дитини [1, с. 91].

І. В. Жилінкова розглядає сім'ю як об'єднання осіб, пов'язаних між собою спільністю життя та взаємними правами і обов'язками, що виникають за підстав, передбачених у законі [6, с. 126]. Розгляд сім'ї в юридичному сенсі як об'єднання осіб дуже близький до соціологічного визначення поняття «сім'я». Так, В. О. Рясенцев зазначав, що в соціологічному розумінні сім'я є союзом осіб, що заснований на шлюбі, спорідненні (чи лише спорідненні), прийнятті дітей на виховання, що характеризується спільністю життя, інтересів, взаємною турботою [4, с. 43].

Я. М. Шевченко наголошувала, що для сімейного законодавства і для сімейних правовідносин важливим є юридично структуроване поняття сім'ї. Тільки ті сімейні відносини, що породжують юридичні наслідки, можуть викликати правовідносини, отже, правовий зв'язок (а це власне і становить основу правовідношення) і є базою для визначення юридичного поняття сім'ї [7, с. 9]. В. А. Ватрас, будучи прихильником позиції науковців, згідно з якою юридичне визначення сім'ї є необхідністю, оскільки переважна більшість галузей

права України трактує сім'ю як правову категорію, піддаючи її правовій регламентації, у зв'язку з чим сім'я не може не мати юридичного визначення [8, с. 18], надає наступне визначення сім'ї: «Сім'я – це юридичний зв'язок між фізичними особами, заснований на шлюбі, відносинах родинності, усиновленні та інших підставах, передбачених у законі, який проявляється у наділенні їх на засадах рівності взаємними особистими немайновими та майновими сімейними правами та обов'язками, спільному житті, спільності інтересів та взаємній юридичній відповідальності» [8, с. 24].

Отже, визначаючи сім'ю як правову категорію, В. А. Ватрас робить наголос саме на юридичному зв'язку між фізичними особами, виокремлюючи окремі ознаки сім'ї та відходячи від усталеного поняття «союз осіб». Вочевидь, ця позиція заслуговує підтримки, враховуючи, що саме правові зв'язки між особами, які є членами сім'ї, складають стрижень сім'ї, її основу.

Я. М. Шевченко зазначала, що правовий зв'язок між якими особами становить і становитиме ту цілісну єдність, яка дозволить сказати, що саме таке соціальне утворення є сім'єю і відображає юридичний аспект поняття сім'ї. В цьому плані визначальне значення, по-перше, має ст. 2 Сімейного кодексу, де вказані учасники сімейних відносин, що їх регулює Сімейний кодекс України, і завдяки чому визначається те правове поле, в якому виникають і народжуються сімейні правовідносини, бо саме правове регулювання сімейних відносин і служить підставою для їх виникнення [7, с. 9].

Згідно з ч. 2 ст. 3 СК України сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає. Отже, законодавець на рівні кодифікованого акту визначив коло осіб, які складають сім'ю. З цього приводу І. В. Жилінкова зазначала, що каменем спотикання, через який виникають основні спори при визначенні сім'ї, є питання про суб'єктний склад сім'ї [6, с. 119].

Відповідно до ч. 4 ст. 3 СК України сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства. Стаття 4 СК України проголошує, що особа, яка досягла шлюбного віку, має право на створення сім'ї. У випадках, передбачених ч. 2 ст. 23 СК України, сім'ю може створити особа, яка не досягла шлюбного віку. Сім'ю може створити особа, яка народила дитину, незалежно від віку. Кожна особа має право на проживання в сім'ї. Особа може бути примусово ізольована від сім'ї лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Кожна особа має право на повагу до свого сімейного життя. І. В. Жилінкова зазначала: «Зрозуміло, що основний інтерес зосереджений на вказівці закону відносно того, що сім'я може створюватися за інших підстав, які прямо законом не визначені» [6, с. 124].

Варто зазначити, що СК України значно розширив коло підстав створення сім'ї, визнавши, зокрема сім'єю жінку та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі.

Таким чином, у правовій доктрині поняття «сім'я» розглядається, як «союз осіб», як «коло осіб», як «об'єднання осіб», як «спільність осіб», як «юридичний зв'язок між фізичними особами», проте у будь-якому разі сім'ї притаманні такі ознаки: 1) вона засновується на шлюбі, спорідненні, усиновленні та інших підставах, передбачених законом; 2) члени сім'ї мають взаємні права та обов'язки; 3) спільність життя членів сім'ї; 4) спільність побуту; 5) взаємна моральна та юридична відповідальність.

Список бібліографічних посилань

1. Нечаева А. М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. М. : Юрайт-Издат, 2007. 280 с.
2. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М. : Спарк, 1995. 764 с.
3. Бошко В. И. Очерки советского семейного права. Киев : Гос. изд-во полит. литературы УССР, 1952. 366 с.
4. Рясенцев В. А. Семейное право. М. : Юрид. лит., 1971. 294 с.
5. Право и защита семьи государством / Е. Г. Азарова, Ю. А. Королев, Е. В. Кулагина и др. М. : Наука, 1987. 184 с.
6. Жилінкова І. В. Проблема визначення поняття «сім'я» за Сімейним кодексом України. *Університетські наукові записки. Хмельницький*, 2007. № 2. С. 119–126.
7. Шевченко Я. М. Сім'я і сімейні правовідносини в Сімейному кодексі України // *Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України : матеріали круглого столу* (м. Київ, 25.05.2006 р.). Харків : Ксилон, 2007. С. 7–11.

Одержано 17.03.2018

УДК 347.633-054.6-058.855(477+4-6СС)

Анастасія Ігорівна Мосейчук,*аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ***СУБ'ЄКТИ УСИНОВЛЕННЯ ІНОЗЕМЦЕМ ДИТИНИ
ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ
ТА КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

Суб'єктами у відносинах з усиновлення іноземцем дитини за законодавством України виступають з одного боку усиновлювачі та усиновлюваний – з іншого. Відповідно до ч. 2 ст. 283 СК України 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. Усиновлення іноземцем дитини може бути здійснено до закінчення зазначеного строку, а також до досягнення дитиною п'яти років, якщо усиновлювач є родичем дитини; дитина страждає на хворобу, що внесена до Переліку захворювань, які дають право на усиновлення хворих дітей без дотримання строків перебування на обліку в центральному органі виконавчої влади, до повноважень якого належать питання усиновлення та захисту прав дітей, а також до досягнення дитиною п'яти років, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 27.12.2011 р. № 973; здійснюється усиновлення усіх рідних братів і сестер в одну сім'ю, якщо один з них досяг п'яти років і перебуває на обліку в центральному органі виконавчої влади, до повноважень якого належать питання усиновлення та захисту прав дітей, не менш як один рік; іноземці виявили бажання усиновити дитину, яка є братом або сестрою раніше усиновленої ними дитини.

Що стосується вимог законодавства до усиновлювача, то в СК України протягом всього часу його дії такі вимоги певним чином змінювалися. Так, Законом України від 10.04.2008 р. № 257-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо усиновлення» було внесено зміни до ст. 211 СК України, за якими право бути усиновлювачем

було надано особі, якій виповнилося 21 рік, за винятком, коли усиновлювачем є родич дитини, хоча СК України від 10.01.2002 р. у первісній редакції визначав, що усиновлювачем може бути повнолітня особа. Крім того, одночасно було встановлено норму щодо різниці у віці між усиновлювачем та дитиною, яка не може бути більшою сорока п'яти років.

У 2009 році британському 62-річному співаку Елтону Джону разом з Девідом Фернішем, з яким він офіційно уклав одностатевий шлюб, не вдалося усиновити 14-місячного хлопчика з притулку для ВІЛ-інфікованих дітей на Донеччині [1], через те, що відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 211 усиновлювачами не можуть бути особи однієї статі та у зв'язку з тим, що різниця у віці між усиновлювачем та дитиною не може бути більшою сорока п'яти років.

Законом України від 09.09.2011 № 3738-VI «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо усиновлення» норму щодо різниці у віці між усиновлювачем та дитиною не більше сорока п'яти років було вилучено. Варто погодитись з думкою Юрія Павленка – колишнього Уповноваженого Президента України з прав дитини, що скасування максимальної різниці у віці між усиновлювачем і усиновленим порушує права дитини, надає перевагу потребам дорослої людини, і не враховує інтереси дитини [2]. Частина 2 ст. 211 СК України встановлює вікову різницю між усиновлювачем та дитиною не менш як 15 років, а у разі усиновлення повнолітньої особи різниця у віці не може бути меншою ніж 18 років. Крім того, статтю 212 СК України з метою посилення гарантій дотримання законних прав та інтересів усиновлюваних визначено перелік осіб, які не можуть бути усиновлювачами.

Звернемося до досвіду правового регулювання відносин щодо суб'єктів усиновлення у країнах Європейського Союзу. Згідно з п. 2 ст. 4:119 ЦК Угорщини 2013 р. [3] усиновити можна лише дитину. Відповідно до ст. 4:121 ЦК Угорщини усиновлювачам має бути як мінімум двадцять п'ять років, вони повинні мати повну дієздатність, має бути різниця у віці між усиновлювачем та усиновлюваним не менш шістнадцяти років і не більше сорока п'яти років. У разі усиновлення родичами або одним з подружжя, вимоги щодо різниці у віці не застосовуються. Якщо усиновлюють братів і сестер, вік старшої дитини має бути прийнятним до уваги.

Відповідно до ст. 134 Закону Республіки Словенії 1977 р. «Про шлюб та сімейні відносини» [4] усиновлювати можна лише осіб до досягнення ними повноліття. Стаття 136 Закону Республіки Словенії «Про шлюб та сімейні відносини» передбачає неможливість усиновлення близького родича, брата чи сестри. Опікун не може усиновити дитину протягом строку, на який було встановлено опікунство. Усиновлювачем згідно ч. 1 ст. 137 Закону Республіки Словенії «Про шлюб та сімейні відносини» може бути особа не менше як на вісімнадцять років старша за усиновлюваного. В окремих випадках центр соціального захисту, вивчивши всі обставини справи і переконавшись, що дане усиновлення буде проводитися в інтересах дитини, може дозволити усиновлювати з меншою різницею у віці. Подружжя може усиновити дитину лише разом, крім випадку, коли один з подружжя є батьком (матір'ю) усиновлюваного (ст. 138 Закону Республіки Словенії «Про шлюб та сімейні відносини»). Усиновлювачем не може бути особа: яка позбавлена батьківських прав; щодо якої існує підозра у жорсткому поводженні з усиновлюваним; яка не дає гарантії, що буде виховувати дитину як члена громадського самоуправління; яка позбавлена бізнес-компетенції чи страждає психічними захворюванням, чи є настільки хворою, що може створити небезпеку для життя чи здоров'я усиновлюваного (ст. 139 Закону Республіки Словенії «Про шлюб та сімейні відносини»).

Усиновлюваною згідно ст. 77 СК Республіки Болгарії від 01.10.2009 р. [5] може бути тільки особа, яка на момент подачі заяви про усиновлення не досягла 18-річного віку.

Близнюки повинні бути усиновленими разом, за винятком випадків, коли протягом 6 місяців після внесення їх до реєстру вони не могли бути усиновлені разом і якщо їх інтереси щодо усиновлення цього не потребують. Брати і сестри мають усиновлюватися разом, якщо у них є емоційні відносини між собою. Відповідно до ст. 78 СК Республіки Болгарії усиновлювачем може бути особа, яка має цивільну дієздатність і не була позбавлена батьківських прав. Стаття 79 СК Республіки Болгарії визначає різницю у віці між усиновлювачем та усиновлюваною дитиною не менш ніж 15 років, якщо один з подружжя усиновлює дитину іншого, то дана різниця у віці не є необхідною.

Статтею 80 СК Республіки Болгарії встановлено заборону на усиновлення родичів. Так не допускається усиновлення між прямими родичами і між братами і сестрами. Дід та баба або один з них можуть усиновити свого внука у разі, якщо він народився поза шлюбом або батьки чи один з батьків померли. Усиновлення іноземцем дитини громадянина Республіки Болгарії можливе лише у повній формі. Відповідно до п. 1–2 ст. 82 СК Республіки Болгарії повне усиновлення допускається у випадках, коли: усиновлюваного та усиновлювачів було внесено до реєстру. Внесення до реєстру не є необхідним у разі, коли один з подружжя усиновлює дитину другого з подружжя, а також у разі усиновлення внука чи внучки їх дідом чи бабою або одним з них, так само як і у разі усиновлення особами з третім ступенем споріднення.

У статті 114 Кодексу Республіки Польщі про сім'ю та опіку 1964 р. [6] передбачено, що усиновлювати можна лише особу до досягнення нею повноліття; між усиновлювачем та усиновлюваним має бути відповідна різниця у віці, але вона не уточнюється.

Відповідно до Закону Фінляндії від 20.01.2012 р. «Про усиновлення» № 22/2012 [7] усиновлювати можна як дитину, так і повнолітню особу, якщо було встановлено, що до досягнення повноліття дитина була під наглядом та виховувалася майбутнім усиновлювачем або відносини такі як між усиновленим та усиновлювачем існували до досягнення дитиною повноліття. Усиновлювачем може бути особа, яка досягла 25 років. Якщо усиновлюється неповнолітня особа усиновлювач має бути не старше 50 років. Право на усиновлення дитини має особа, яка досягла 18 років у разі якщо: 1) усиновлюваний є дитиною одного з подружжя або усиновлювач має дитину, яка раніше була усиновлена кимось іншим; 2) усталені відносини як між дитиною і батьком склалися між усиновленим та усиновлювачем; 3) є інші підстави, які базуються на забезпеченні найкращих інтересів дитини, яка усиновлюється. Крім того, усиновлення дитини може здійснюватися у випадку, якщо усиновлювач старший 50 років, якщо дитині було дозволено проживання з ним з метою подальшого усиновлення (ст. 6 Закону Фінляндії «Про усиновлення»). Різниця у віці між усиновлювачем та усиновленим має бути не менш як 18 років та не більш як 45 років (ст. 7 Закону Фінляндії «Про усиновлення»).

Таким чином, суб'єктами усиновлення іноземцем дитини є усиновлювач та усиновлюваний, але в різних країнах існують певні спільні та відмінні риси щодо вимог, які висуваються до цих суб'єктів. Спільними рисами щодо суб'єктів усиновлення іноземцем дитини є вимога щодо: дієздатності усиновлювачів; різниці у віці між усиновлювачем та усиновлюваним не менш ніж 15 років (Україна, Республіка Болгарія); усиновлюваною може бути дитина або повнолітня особа (Фінляндія, Україна). Відмінними рисами щодо суб'єктів усиновлення іноземцем дитини є: вимога щодо віку усиновлювачів: не менш ніж 21 рік (Україна), не менш ніж 25 років (Угорщина), не менш ніж 25 років, у виняткових випадках – 18 років (Фінляндія); різниці у віці між усиновлювачем та усиновлюваним: не менш ніж 18 років і не більше 45 років (Угорщина), не менш ніж 18 років або центр соціального захисту може

дозволити усиновлювати з меншою різницею у віці (Республіка Словенія), не менш як 18 років та не більш як 45 років (Фінляндія). У законодавстві Республіки Польща зазначається про необхідність відповідної різниці у віці між усиновлювачем та усиновлюваним, але вона не уточнюється. Не дозволяється усиновлення повнолітньої особи за законодавством Угорщини, Республік Словенії, Болгарії, Польщі. У Республіці Болгарія усиновлення іноземцем дитини можливе лише в повній формі.

Проаналізувавши спільні та відмінні риси щодо вимог, які висуваються до суб'єктів усиновлення можна зазначити про доцільність встановлення верхньої межі різниці у віці між усиновлювачем та усиновлюваним, яка має бути не більш ніж 45 років, як це встановлено в Угорщині, Фінляндії, або визначення максимального віку для усиновлювача – не старше 50 років (Республіка Литва), щоб іноземці глибокого пенсійного віку не мали змоги усиновити дитину – громадянина України.

Список бібліографічних посилань

1. Елтон Джон вирішив усиновити хлопчика з Макіївки // ТСН : сайт. 13 верес. 2009 р. URL: <https://tsn.ua/glamur/svitska-hronika/elton-dzhon-virishiv-usinoviti-hlopchika-z-makiyivki.html> (дата звернення: 15.03.2018).
2. Підвищення віку усиновлювача порушує права дитини, – Павленко // zaxid.net : сайт. 15 верес. 2011 р. URL: https://zaxid.net/pidvishhennya_viku_usinovlyuvacha_porushuye_prava_ditini_pavlenko_n1236178 (дата звернення: 26.03.2018).
3. Civil Code of Hungary. 2013. URL: https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf (дата звернення: 25.03.2018).
4. Law Marriage and Family Relations Act of the Republic Slovenia, 1977. *Official Gazette of the Republic Slovenia*. 2004. № 69. URL: http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti_pdf/zakonodaja/law_on_marriage_and_family_relations.pdf (дата звернення: 19.03.2018).
5. Family code of the Republic of Bulgaria. *State Gazette*. 2009. № 47. URL: <https://kenarova.com/law/Family%20Code.pdf> (дата звернення: 29.02.2018).
6. Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25 lutego 1964 r. URL: <https://www.global-regulation.com/translation/poland/3353737/the-act-of-25-february-1964-family-code-and-caring.html> (дата звернення: 06.03.2018).
7. Adoption Act № 22/2012, adopted on 20 January 2012 (Finland). URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2012/en20120022.pdf> (дата звернення: 04.03.2018).

Одержано 01.04.2018

УДК 347.232

Наталія Миколаївна Навальнєва,

*аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ВИЗНАННЯ НЕОБҐРУНТОВАНИМИ АКТИВІВ ТА ЇХ ВИТРЕБУВАННЯ

Законом України від 12.02.2015 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» [1] Цивільний процесуальний

кодекс України [2] (далі – ЦПК України) було доповнено главою 9 з назвою «Особливості позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування». До прийняття зазначеного закону в ЦПК України не існувало окремої глави, яка б визначала особливості розгляду окремої категорії справ в порядку позовного провадження.

У зв'язку з прийняттям Закону України від 03.10.2017 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [3] було внесено зміни до ЦПК України та викладено його в новій редакції. Нова редакція ЦПК України зберегла положення щодо особливостей позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування, які закріплені у статтях 290–292 ЦПК України. Зокрема, частиною 1 ст. 290 ЦПК України прокурору надається право пред'явити позов про визнання необґрунтованими активів та їх витребування в інтересах держави. Такий позов може бути пред'явлено прокурором до особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування упродовж строку загальної позовної давності з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду за вчинення такою особою корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. При цьому, особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування є особи, зазначені у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції».

Таким чином, правовою підставою для звернення прокурора до суду із зазначеним позовом є наявність обвинувального вироку суду, що набрав законної сили стосовно особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та достатність підстав вважати, що активи, належні особі, набуті нею неправомірно.

При цьому, ст. 292 ЦПК України визначає правові наслідки визнання активів необґрунтованими. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 292 ЦПК України активи, визнані судом необґрунтованими, стягуються в дохід держави. Отже, законодавцем запроваджено інститут стягнення в дохід держави необґрунтованих активів як окремий інструмент примусового припинення права власності (цивільна конфіскація) поряд із конфіскацією та спеціальною конфіскацією у кримінальному праві, при цьому таке стягнення не є альтернативою їм та не може застосовуватися паралельно.

Цивільно-правова конфіскація, як підстава припинення права власності, відповідно до ч. 1 ст. 354 ЦК України [4] може бути застосована до особи за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення у випадках, встановлених законом.

Що стосується спеціальної конфіскації, то її об'єктом є майно, яке має безпосередній зв'язок зі злочином, під час розслідування якого воно було виявлене, а об'єктом стягнення в дохід держави необґрунтованих активів відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 290 ЦПК України є грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, при цьому вони безпосередньо не пов'язані зі злочином та можуть бути стягненні лише якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в судовому порядку не доведе, що набула їх правомірно.

Критикуючи запровадження цивільної конфіскації, М. Хавронюк зауважує, що вона дублює більш широку процедуру кримінально-правової спеціальної конфіскації, визначену КПК України, що стосується багатьох видів злочинів (а не лише корупційних і легалізації майна), як засуджених осіб, так і звільнених від кримінальної відповідальності, як необґрунтованих активів, так і інших видів майна, тому потреби в главі 9 ЦПК України взагалі

немає; законодавство вже передбачає понад 10 легальних способів відбирання чужої власності [5].

О. Г. Братель вважає, що запроваджена в ЦПК України ст. 290 в переважній більшості дублює положення ч. 3 ст. 228 ЦК України. Головна відмінність між вказаними нормами полягає у підставах застосування цивільно-правової конфіскації. У ч. 3 ст. 228 ЦК України йдеться про правочини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави. Саме передбачення ст. 290 ЦПК України вчинення особою корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, на думку законодавця, обумовило неможливість віднесення вказаної процедури «конфіскації» до сфери ст. 228 ЦК України [6].

Разом з тим, О. І. Антонюк вважає, що цивільна конфіскація відповідає міжнародним правовим стандартам. Проте, під час врегулювання підстав і порядку її застосування держава зобов'язана дотримуватися умов правомірного втручання у право власності на майно, а також гарантій конвенційного права на справедливий суд [7].

Очевидно, що впровадження цивільної конфіскації, на думку законодавця, має забезпечити ефективну реалізацію державної правової політики протидії корупції, однак поспіх у впровадженні даних новел призвів до наявності низки суттєвих законодавчих порушень, відсутності чіткої процесуальної процедури стягнення необґрунтованих активів, зокрема, визначення підсудності та строків розгляду, порядку порушення провадження у даних справах, вимог щодо змісту позовної заяви тощо. Аналіз статті 290 ЦПК України дозволяє зробити висновок про наявність у вказаній статті елементів норм матеріального права. В даній статті використовується термін «необґрунтовані активи», при цьому законодавче визначення такого поняття відсутнє. Також, надається визначення терміну «активи», під яким необхідно розуміти грошові кошти або інше майно, а також доходи від них. Статтею 292 ЦПК України визначено правові наслідки визнання активів необґрунтованими. Все це свідчить про включення до ЦПК України елементів норм матеріального права, що руйнує класичні способи побудови та призначення його як процесуального нормативного акту.

Разом з тим, ЦК України взагалі не містить правової норми, яка б визначала стягнення необґрунтованих активів в дохід держави за рішенням суду як підставу припинення права власності.

Проектом Закону України № 5577 від 22.12.2016 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо механізму стягнення необґрунтованих активів на користь держави у порядку цивільного судочинства» [8], внесеним Кабінетом Міністрів України, пропонувалося доповнити частину першу статті 346 ЦК України пунктом 12, яким визначити таку підставу припинення права власності як стягнення необґрунтованих активів у дохід держави. Також зазначеним законопроектом пропонувалося ввести процедуру стягнення необґрунтованих активів у дохід держави до закінчення кримінального провадження. До Верховної Ради України подавалися й інші схожі за змістом законопроекти, однак жоден із них не був прийнятий.

Ініціатори запровадження цивільної конфіскації незалежно від наявності обвинувального вироку апелюють до визнання Європейською комісією з прав людини у 1986 році і Європейським судом з прав людини конфіскації активів поза кримінальним провадженням такою, що не суперечить презумпції невинуватості, не порушує майнові права та заборони покарання без закону [7].

На думку Б. Слободян, запропоновані процедури розширеної цивільної конфіскації повністю не забезпечують гарантії захисту від необґрунтованого позбавлення права власності.

Для національного права є нетиповим поєднання кримінальних і цивільних процедур з покладенням на відповідача обов'язку доведення законності придбання майна, дані процедури можуть призвести до прецеденту довільного позбавлення права власності осіб, які не мають безпосереднього відношення до скоєних злочинів [9].

Підсумовуючи вище викладене, вбачається, що для ефективного використання цивільної конфіскації як правового механізму у протидії корупції необхідно вдосконалити законодавство, зокрема виключити з ЦПК України норми матеріального права та визначити чіткий процесуальний порядок розгляду справ даної категорії, ЦК України доповнити нормами, що визначатимуть стягнення необґрунтованих активів в дохід держави як підставу припинення права власності. Також держава має забезпечити гарантії захисту від необґрунтованого позбавлення права власності.

Список бібліографічних посилань

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції : закон України від 12.02.2015 № 198-VIII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/198-19> (дата звернення: 10.04.2018).
2. Цивільний процесуальний кодекс України : закон України від 18.03.2004. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492. Із змін. та допов.
3. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. Із змін. та допов.
5. Хавронюк М. Спецконфіскація – покарання без вироку суду або покарання без злочину. *Ракурс*. 2016, 26 грудня. URL: <http://racurs.ua/ua/1385-sproba-zaprovadzhennya-speckonfiskaciyi> (дата звернення: 10.04.2018).
6. Братель О. Г. Провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування: правова недосконалість чи потреба часу? // GOAL : сайт. 2015. URL: <http://goal-int.org/provazhennya-u-spravah-pro-viznannya-neobgruntovanimi-aktiviv-ta-ix-vitrebuyannya-pravova-nedoskonalist-chi-potreba-chasu/> (дата звернення: 10.04.2018).
7. Антонюк О. І. Захист права власності у контексті запровадження процедур щодо вилучення майна, визнаного необґрунтованими активами. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2017. Вип. 3, т. 1. С. 72–77.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо механізму стягнення необґрунтованих активів на користь держави у порядку цивільного судочинства : проект закону України від 22.12.2016 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України URL: http://w1.c.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60784 (дата звернення: 10.04.2018).
9. Слободян Б. Спеціальна конфіскація: прогресивні зміни чи вимушений крок? *Юридична газета*. 2016. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/specialna-konfiskaciya-progresivni-zmini-chi-vimusheniy-krok.html> (дата звернення: 10.04.2018).

Одержано 07.04.2018

Олена Анатоліївна Негода,

*аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ЗАХИСТ ПРАВ ДИТИНИ ЯК «СЛАБКОЇ СТОРОНИ» ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Кожна особа незалежно від віку та майнового стану володіє певним майном, і дитина не є винятком. Як зазначається в юридичній літературі, «з точки зору правоволодіння, широти, обсягу та кількісного складу, здатність неповнолітніх мати майно на праві приватної власності нічим не відрізняється від такої ж здатності повнолітніх осіб. Тобто, неповнолітні є такими ж повноважними власниками, як і дорослі» [1, с. 9]. Отже, дитина виступає у цивільному обороті як рівноправний суб'єкт. Юридична рівність учасників цивільно-правових відносин є ознакою методу цивільно-правового регулювання.

Держава, визнаючи дитину рівноправним учасником цивільних правовідносин, зокрема й договірних, повинна передбачити й додаткові гарантії захисту її прав як «слабкої сторони» правовідношення. Реалізація захисту дитини як «слабкої сторони» договору вимагає відступлення від засади рівності учасників цивільних правовідносин та надання дитині додаткових гарантій захисту її прав й забезпечення тим самим її юридичної рівності з іншими учасниками договірних відносин.

В юридичній літературі проблема захисту «слабкої сторони» у договірному правовідношенні розуміється як можливість окремих учасників майнового обороту впливати на формування зобов'язання, забезпечення його виконання тощо в силу різного професійного статусу, матеріального становища, а також інших обставин. Прикладом виступає договір банківського вкладу, за умовами якого банк має всі реальні можливості диктувати свою волю за договором банківського вкладу. Задача цивільного права полягає у «вирівнюванні» учасників майнового обороту шляхом встановлення для «слабкої сторони» зобов'язання особливих умов участі у договірних відносинах: пільгового порядку укладення, зміни чи розірвання договору, надання слабкій стороні у зобов'язанні додаткових прав та покладення на її контрагента додаткових обов'язків, посилення відповідальності іншої сторони зобов'язання за невиконання, обмеження відповідальності «слабкої сторони» [2, с. 793].

У цьому дослідженні захист дитини як «слабкої сторони» договірного зобов'язання розглядатиметься ще в іншому аспекті цієї проблеми, а саме як здійснення малолітньої та неповнолітньої особою захисту свого майнового права. Стаття 55 Конституції України передбачає юридичні гарантії правоздатності. Це, насамперед, право на звернення до суду, а після використання всіх національних засобів правового захисту – можливість звертатися за захистом своїх прав та свобод у відповідні міжнародні організації, членом або учасником яких є Україна, а також право на самозахист.

Проблема здійснення захисту прав малолітніх та неповнолітніх дітей має ряд аспектів. Насамперед слід відмітити, що процесуальна правосуб'єктність малолітніх та неповнолітніх осіб має пасивний характер, захист прав та законних інтересів цих осіб мають здійснювати батьки та інші законні представники. Згідно зі ст. 47 ЦПК України здатність особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки у суді мають фізичні особи, які досягли повноліття. Неповнолітні особи віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої

обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. В той же час чинне законодавство встановлює правила диспозитивності при здійсненні права на захист. Відповідно до ст. 20 ЦК України право на захист особа здійснює на свій розсуд. Нездійснення особою права на захист не є підставою для припинення цивільного права, що порушене, крім випадків, встановлених законом. Отже, якщо уповноважені законом особи не звернуться до суду за захистом порушеного права дитини у передбачені законом строки позовної давності, це може бути перешкодою для реалізації права дитини отримати судовий захист.

Другий аспект цієї проблеми полягає у тому, що з аналізу судової практики вбачається, що права дітей порушуються саме діями батьків при укладенні правочинів щодо належного дитині майна, бездіяльністю органів опіки та піклування, тобто органів, на яких покладений обов'язок захисту прав дітей. Можна навести безліч прикладів ситуацій, коли між інтересами батьків та дитини є протиріччя. Найчастіше такі ситуації виникають при продажі нерухомого майна, права на яке має дитина. Батьки здійснюють продаж зазначеного майна, при цьому не повідомляють нотаріуса та набувача майна про те, що діти мають право проживання, непоодинокими є випадки приватизації нерухомого майна без врахування права дитини на приватизацію тощо. Фактично дитина лише після досягнення повноліття може захистити свої права, звернувшись з відповідним позовом до власних батьків.

Таким чином, можна стверджувати, що малолітні та неповнолітні особи фактично наділені меншими можливостями для реалізації захисту своїх порушених прав у судовому порядку, що ставить їх у «слабше» правове становище порівняно з іншими учасниками даних правовідносин.

Однієї з гарантій здійснення дитиною захисту порушених прав після досягнення нею повноліття є встановлення початку перебігу строку позовної давності для вимог щодо порушення цивільного права або інтересу неповнолітньої особи з дати повноліття. Відповідно до ч. 4 ст. 261 ЦК України у разі порушення цивільного права або інтересу неповнолітньої особи позовна давність починається від дня досягнення нею повноліття. З аналізу змісту ч. 4 ст. 261 ЦК України вбачається, що правило про початок перебігу строків позовної давності з настанням повноліття особи поширюється лише на неповнолітніх осіб, отже згадані положення до правовідносин за участі малолітніх осіб не можуть бути застосовані.

Такий підхід сприйнято й судовою практикою. Так, колегія суддів судової палати з розгляду цивільних справ Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ розглянула касаційну скаргу у справі про визнання недійсним та скасування наказу про приватизацію квартири й свідоцтва про право власності на квартиру, визнання договору міни та договору дарування недійсними, скасування реєстрації права власності. Частково задовольняючи позов, суд першої інстанції, з яким погодився й апеляційний суд, виходив з того, що при здійсненні приватизації спірної квартири були порушені вимоги законодавства України та права дітей на участь в приватизації спірної квартири, що позбавило їх права на частку у праві власності на квартиру. У зв'язку з цим квартира не могла бути відчужена, а договір міни не відповідає ст. 203 ЦК України. Строк позовної давності не пропущено, оскільки спір стосується інтересів неповнолітньої особи (ч. 4 ст. 261 ЦК України). Колегія суддів не погодилась із зазначеними висновками судів, оскільки на момент виникнення спірних правовідносин, тобто на час приватизації квартири, дітям виповнилось 9 та 13 років відповідно. Згідно з ч. 2 ст. 6 СК України малолітньою

вважається дитина до досягнення нею 14 років, отже положення ч. 4 ст. 261 ЦК України не може бути застосоване до спірних правовідносин [3].

За загальним правилом у разі порушення прав малолітніх дітей, в інтересах малолітніх дітей за захистом їх порушених прав мають право звернутись їх батьки протягом трьохрічного строку позовної давності. Однак у реальному житті норма ч. 4 ст. 261 ЦК України погіршує становище малолітніх осіб порівняно з неповнолітніми особами, порушується право на захист, як суб'єктивне право особи, що гарантується державою та здійснення якого відбувається за розсудом батьків (усиновлювачів) малолітньої дитини.

У цілому можна стверджувати, що положення чинного цивільного законодавства про застосування позовної давності у справах, стороною яких є дитина, потребують вдосконалення, зокрема в частині обчислення початку її перебігу. У зв'язку з чим пропонується внести зміни до ЦК України та частину четверту статті 261 Цивільного кодексу України викласти у такій редакції: «4. У разі порушення цивільного права або інтересу малолітньої чи неповнолітньої особи позовна давність починається від дня досягнення нею повноліття».

Список бібліографічних посилань

1. Кузнецова Л. Г., Шевченко Я. Н. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. М. : Юрид. лит., 1968. 136 с.
2. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М. : Статут, 2005. 842 с.
3. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 липня 2015 року, судова справа № 6-12055св15 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46045440> (дата звернення: 10.04.2018).

Одержано 07.04.2018

УДК 347.122(477)

Ксенія Романівна Петрофанова,

аспірант кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0463-6033>

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ДОГОВОРУ ПРО ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ГРОШЕЙ

У зв'язку з поширенням розрахунків із використанням електронних грошей логічно постає питання про з'ясування правової природи зобов'язання, що випливає із використання електронних грошей. Підставою виникнення зобов'язання з випуску, переказу та погашення електронних грошей є договір, укладений між користувачами або торговцями, з однієї сторони, та емітентом з іншої про використання електронних грошей. Як юридичний факт договір є підставою виникнення договірного зобов'язання.

Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (далі – ЦК України), як і інші нормативно-правові акти, не виділяє договірного інституту, який регулює випуск, переказ та погашення електронних грошей, що в свою чергу ускладнює цивільно-правову характеристику зазначеного договору з точки зору родової і видової класифікації. Договір, який регулює випуск, переказ та погашення електронних грошей непомієнований. Необхідно

зазначити, що на практиці та серед науковців відсутній єдиний підхід до назви такого договору. Для уніфікації термінології, вбачається за логічне йменувати його як договір про використання електронних грошей, адже основу зазначеного договору складають однойменні правила використання електронних грошей, які емітент узгоджує із Національним банком в порядку передбаченому Положенням.

Традиційно у науці цивільного права до непомітованих договорів, спочатку застосовуються норми схожого типу договору, а при їх відсутності загальні положення про договори. На перший погляд, договір про використання електронних грошей має спільні ознаки з договором міни. Адже, з легального визначення випливає, що випуск електронних грошей – це операція з надання електронних грошей користувачам або агентам в обмін на готівкові або безготівкові кошти. Однак, детальний аналіз природи договору про використання електронних грошей, вказує на помилковість такого підходу. Договори міни, перш за все, відносяться до типу договорів, які опосередковують передачу майна у власність, тобто після обміну товарами правовідносини припиняють своє існування. Договір про використання електронних грошей має складну природу, обмін готівкових або безготівкових грошей (записи на банківських рахунках) на електронні гроші є лише початком виконання договору, після чого електронні гроші зберігаються на спеціальних електронних пристроях та використовуються як засіб платежу, а потім пред'являються для погашення емітентом.

Вбачається також схожість договору про використання електронних грошей з договорами, направлений на надання послуг, а саме з фінансовими послугами. Такий підхід прямо випливає із 1. 4. Положення про електронні гроші в Україні, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 04.11.2010 № 481 (далі за текстом – Положення), де йдеться про те, що банк має право надавати своїм клієнтам, у тому числі шляхом укладення з юридичними особами агентських договорів, такі фінансові послуги у сфері використання електронних грошей: розповсюдження електронних грошей; здійснення обмінних операцій з електронними грошима; надання засобів поповнення електронними грошима електронних пристроїв; приймання електронних грошей в обмін на готівкові/безготівкові кошти. Необхідно зазначити, що згідно статті 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 № 2664-III перелік фінансових послуг є вичерпним. Надання фінансових послуг, не включених до зазначеного переліку, забороняється. Проте ні цим Законом, ні Законом України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000 № 2121-III не закріплено фінансові послуги у сфері використання електронних грошей. Враховуючи, те, що Положення є підзаконним нормативно-правовим актом, відсутність закріплення фінансових послуг на рівні закону, може вказувати на прогалину в законодавстві, яку можливо усунути шляхом доповнення положень Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та Закону України «Про банки та банківську діяльність» новими видами фінансових послуг або на те, що законодавець розглядає електронні гроші як форму грошей і охоплює поняття електронні гроші терміном кошти. Більш обґрунтованим вбачається другий варіант і якщо в законодавство, а саме в статтю 2 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001 № 2346-III будуть внесені зміни, якими електронні гроші закріплять як форму коштів, то прогалину буде усунуто.

У доктрині цивільного права до договорів у сфері фінансових послуг прийнято відносити позику, кредит, договір банківського рахунку, банківського вкладу, страхування тощо. Договір про використання електронних грошей подібний до договору банківського

рахунку. Схожість полягає в тому, що в обох договорах однією із сторін є банк, який приймає грошові кошти, надані йому іншою стороною, зараховує їх на рахунки чи пристрій, який спеціально оформлений для контрагента та зобов'язується виконувати розпорядження іншої сторони про перерахування і видачу відповідних сум та проведення інших операцій. Однак, договір про використання електронних грошей має свою специфіку. На відміну від договору банківського рахунку, де можливий лише перехід із однієї форми грошей в іншу, при виконанні договору про використання електронних грошей, відбувається мультиплікація грошей, тобто з'являється новий об'єкт цивільних прав – електронні гроші. Тому банк стає власником переданих готівкових або безготівкових грошей, а користувач – власником – електронних грошей. Проте, право власності банку на передані грошові кошти не є абсолютним, банк має право розпоряджатися переданими грошовими коштами, лише гарантуючи право користувача безперешкодно розпоряджатися електронними грошима та за умови здійснення платежу чи погашення електронних грошей, банк зобов'язаний зменшити суму переданих коштів, шляхом переказу їх отримувачу чи видачі користувачу або торговцю. Також, за правилами пункту 1.5 Положення на емітента покладається обов'язок вести облік коштів, які надходять від користувачів та/або агентів як оплата електронних грошей на окремому рахунку емітента за кожною платіжною системою та за кожним видом електронного пристрою.

Ще один момент, який вказує на своєрідність договору про використання електронних грошей є те, що електронні гроші зберігаються не на банківському рахунках, а на електронних пристроях. Банківський рахунок і електронний пристрій юридично відрізняються один від одного. Під банківським рахунком, відповідно до статті 2 Закону України «Про банки та банківську діяльність» потрібно розуміти рахунки, на яких обліковуються власні кошти, вимоги, зобов'язання банку стосовно його клієнтів і контрагентів та які дають можливість здійснювати переказ коштів за допомогою банківських платіжних інструментів. У свою чергу, відповідно до Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» та Положення під електронним пристроєм слід розуміти чип, що міститься на пластиковій картці або на іншому носії, пам'ять комп'ютера. Зазначений чип містить облікову інформацію про кількість електронних грошей, які випущені емітентом та перебувають у розпорядженні користувача. Порівнюючи електронний пристрій з банківським рахунком, можна сказати, що, по-перше, на банківському рахунку введеться облік безготівкових грошей, які належать клієнту, а на електронному пристрої – електронних грошей, які належать користувачу. По-друге, електронний пристрій може відкривати лише банк, який узгодив правила використання електронних грошей з Національним банком України, банківські рахунки ж відкриваються у будь-яких банківських установах. По-третє, банківський рахунок є частиною предмету договору банківського рахунку або банківського вкладу, електронний пристрій є частиною непойменованого договору про використання електронних грошей. По-четверте, банківський рахунок посвідчує зобов'язання банку перед клієнтом, а електронний пристрій емітента перед користувачем або торговцем. Узагальнюючи вищевикладене, можна сказати, що електронний пристрій хоча і схожий із банківським рахунком, однак має своєрідну природу.

Таким чином, договір про використання електронних грошей, необхідність якого обумовлена розвитком електронної комерції, має самостійний характер і повинен знайти своє закріплення поміж інших поєменованих договорів у ЦК України. Ми пропонуємо під договором про використання електронних грошей розуміти домовленість двох сторін, за якою одна сторона (емітент) зобов'язується надавати електронні гроші іншій стороні

(користувачу) в обмін на готівкові або безготівкові гроші, зараховувати їх на електронний пристрій, відкритий спеціально для користувача, а також виконувати розпорядження користувача про перерахування та погашення електронних грошей, з урахуванням вимог встановлених чинним законодавством.

Одержано 11.04.2018

УДК 347.9

Юлія Олексіївна Пилипенко,

старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін

Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ АДВОКАТСЬКОЇ «МОНОПОЛІЇ» В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

30 вересня 2016 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 № 1401-VIII [1], що безсумнісно стало знаменною віхою у становленні України як європейської держави. Однією з провідних ідей судової реформи, яка була передбачена зазначеними конституційними змінами, було впровадження, так званої, адвокатської «монополії». Так, новою редакцією Конституції України, а саме статтею 131⁻² встановлено, що виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді. Відповідно до підп. 11 п. 16-1 розд. XV «Перехідні положення» Конституції України встановлено, що представництво згідно з п. 3 ч. 1 ст. 131⁻¹ та ст. 131⁻² Конституції у Верховному Суді та судах касаційної інстанції з 1 січня 2017 року; у судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 року; у судах першої інстанції – з 1 січня 2019 року здійснюється виключно прокурорами або адвокатами. Представництво органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах виключно прокурорами або адвокатами здійснюється з 1 січня 2020 року [2]. Як зазначено у правовому висновку Пленуму Вищого адміністративного суду України (постанова від 13.03.2017 № 5) «монополія» закріплена в Конституції за адвокатурою (ч. 4 ст. 131² Конституції) шляхом вжиття терміна «виключно» [3]. Проте, аналіз чинного законодавства дає підстави сумніватися у тому, що представництво інтересів осіб в суді в найближчі роки зможе здійснюватися виключно адвокатом, що обумовлює актуальність даного дослідження.

Так, Конституція України є Основним Законом України і відповідно до ст. 8 має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії [2, ст. 8]. 28 листопада 2017 року Верховною Радою було ухвалено Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII [4], в якому, на перший погляд, законодавцем відображено одну з ідей судової реформи – адвокатську «монополію», що передбачена новою редакцією Конституції України, а з іншого боку – встановлено винятки з зазначеного правила, які за частотою застосування не поступаються основному правилу.

Так, відповідно до положень ст. 58, 60 ЦПК України сторона, третя особа, а також особа, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи, може брати

участь у судовому процесі особисто (самопредставництво) та (або) через представника. Представником у суді може бути адвокат або законний представник. Під час розгляду спорів, що виникають з трудових відносин, а також справ у малозначних спорах (малозначні справи) представником може бути особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність, за винятком осіб, визначених у статті 61 цього Кодексу.

На перший погляд подібна редакція суперечить ідеї про створення адвокатської «монополії», проте вона цілком відповідає положенням ч. 5 ст. 132-2 Конституції України, згідно з положеннями якої Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена. Таким чином, лише через рік після внесення змін до Конституції України з прийняттям нової редакції Цивільного процесуального кодексу України, яким законодавчо закріплено поняття малозначних справ, став в повній мірі зрозумілим обсяг майбутніх винятків з адвокатської «монополії». Так, відповідно до ч. 6. ст. 19 ЦПК України, до малозначних справ належать справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (включаючи немайнові спори), а також справи незначної складності, визнані судом малозначними, крім справ, які підлягають розгляду лише за правилами загального позовного провадження, та справ, ціна позову в яких перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб [5, ст. 19].

З наведеного вбачається, що у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних справах та справах незначної складності, визнаних судом малозначними, представником фізичної чи юридичної особи в суді може бути особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність без статусу адвоката.

Крім того, про можливість участі у справі представника без статусу адвоката можна говорити, виходячи з аналізу ст. 62 ЦПК України, яка встановлює різні вимоги до документів, що підтверджують повноваження представника: без статусу адвоката – посвідчуються довіреністю фізичної або юридичної особи, тоді як повноваження адвоката як представника – посвідчуються довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» [6].

Ще одним винятком з адвокатської монополії є представництва інтересів громадян в судах та інших органах прокурором, що само по собі є досить суперечливим питанням.

Так, відповідно до ст. 131-1 Конституції України, прокуратура здійснює наступні функції: 1) підтримання публічного обвинувачення в суді; 2) організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку; 3) представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Організація та порядок діяльності прокуратури визначаються законом [2]. Відповідно до положень ч. 3 ст. 2 ЗУ «Про прокуратуру», на прокуратуру не можуть покладатися функції, не передбачені Конституцією України [7].

Всупереч зазначеному, п. 2 ч. 1 ст. 2 ЗУ «Про прокуратуру» містить дещо суперечливі положення, якими покладає на прокуратуру функцію представництва інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом. Вбачається, що перелік функцій прокуратури, зазначений у даній статті, суперечить положенням ст. 131-1 Конституції України. Так, цілком та повністю відповідає ст. 58 Конституції України, згідно з

якими закон не має зворотної дії у часі, положення п. 9 розд. XV «Перехідні положення» Конституції України, відповідно до яких представництво відповідно до закону прокуратурою громадян в судах у справах, провадження в яких було розпочато до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», здійснюється за правилами, які діяли до набрання ним чинності, – до ухвалення у відповідних справах остаточних судових рішень, які не підлягають оскарженню. Вбачається, що починаючи з 30.09.2016 представництво інтересів осіб прокуратурою в суді у справах, провадження в яких було розпочато після зазначеної дати, є недопустимим.

Проте, як редакція п. 2 ч. 1 ст. 2 ЗУ «Про прокуратуру» від 14.10.2014, так і редакція ч. ч. 3, 5 ст. 56 діючого ЦПК України, надалі передбачають участь прокурора в цивільних справах в якості особи, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб, а саме: звертатися до суду з позовною заявою, брати участь у розгляді справи за його позовом, вступити за своєю ініціативою у справу, провадження у якій відкрито за позовом іншої особи, подавати апеляційну, касаційну скаргу, заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами тощо.

Частково відповідь на дане питання надає у своєму правовому висновку Пленум Вищого адміністративного суду України (постанова від 13.03.2017 № 5), який зазначає, що «положення абзацу першого підп. 11 п. 16¹ не містить вказівки на коло суб'єктів права, які представлятимуться виключно прокурором або адвокатом. Із цього випливає, що наведене положення стосується всіх суб'єктів права – довірительів». При цьому Пленум наголошує на необхідності прийняття до уваги правової позиції Конституційного Суду (рішення від 08.04.1999 № 3-рп/99) щодо представництва прокурором інтересів держави у суді, відповідно до якої зазначив, що «інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин... Інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, але й в діяльності приватних підприємств, товариств» (абз. 2 п. 3, абз. 3 п. 4 мотивувальної частини рішення) [8]. Дана правова позиція Конституційного Суду, на думку Пленуму, може бути застосована і до правового регулювання, запровадженого законом № 1401-VIII. Оскільки висновки зазначеної постанови Пленуму ВАС України стосувалась безпосередньо порядку та правових підстав здійснення представництва прокуратурою органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах, прямої відповіді щодо того, чи допускається за аналогією представництво прокуратурою фізичних а юридичних осіб (до 1 січня 2020 року) Пленум ВАСУ не дав.

Приймаючи до уваги викладене, можна прийти до висновку, що чинне цивільне процесуальне законодавство передбачає чотири різні не пов'язані між собою правові підстави цивільного процесуального представництва: 1. Законне представництво – відповідно до ч. 5 ст. 131-² Конституції України та ст. 59 ЦПК України; 2. Представництво адвокатом – відповідно до ч. 1, 4 ст. 131-² Конституції України; 3. Представництво, яке може бути здійснене будь-якою особою, що досягла повноліття і має цивільну процесуальну дієздатність у визначених законом категоріях справ – відповідно до ч. 5 ст. 131-² Конституції України, ч. 6. ст. 19, 60, 62 ЦПК України; 4. Представництво прокурором – з урахуванням ст. 131-¹, п. 9, пп. 11 п. 16-1 розд. XV «Перехідні положення» Конституції України.

З огляду на зазначене вбачається, що запровадження, так званої, «монополії» адвокатури є досить умовним. Даний стан речей обумовлено не стільки виконанням функції

представництва осіб прокуратурою, скільки кількістю трудових спорів, спорів щодо захисту соціальних прав, малозначних спорів, що перебуватимуть у провадженнях судів України, в яких представництво допускається особою, що не має статусу адвоката. З аналізу ст. 131-² та підп. 11 п. 16-1 розд. XV «Перехідні положення» Конституції України не видається можливим встановити, чи втратить з настанням відповідної календарної дати в суді відповідної інстанції дія ч. 5 ст. 131-² Конституції України. Якщо ні, то вбачається, що окрім законного представництва, яке відповідно до Конституції України та ЦПК України може здійснюватися законними представниками, що не мають статусу адвоката, представництво у судах здебільшого й надалі буде здійснюватися не адвокатами, а отже про «монополію» адвокатури в цивільному процесу мова не йде.

Список бібліографічних посилань

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : закон України від 02.06.2016 № 1401-VIII // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19> (дата звернення: 02.04.2018).
2. Конституція України : закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/paran5259#n5259> (дата звернення: 02.04.2018).
3. Про правовий висновок щодо порядку здійснення представництва органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах, запровадженого Законом України від 2.06.2016 року № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» : постанова пленуму Вищого адміністративного суду України від 13.03.2017 № 5 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005760-17> (дата звернення: 02.04.2018).
4. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : закон України від 03.10.2017. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.
5. Цивільний процесуальний кодекс України : закон України від 18.03.2004 № 1618-IV // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 02.04.2018).
6. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : закон України від 05.07.2012 № 5076-VI // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 02.04.2018).
7. Про прокуратуру : закон України від 14.10.2014 № 1697-VII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18/paran8#n8> (дата звернення: 02.04.2018).
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) : від 08.04.1999 № 3-рп/99 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99> (дата звернення: 02.04.2018).

Одержано 15.04.2018

УДК 347.121.2

Софія Олегівна Попова,*аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИНИКНЕННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

З давніх-давен діяльність юридичних осіб була необхідною для функціонування окремих ланок життя суспільства. Можливість здійснення учасниками цивільного обороту своїх законних прав та обов'язків доволі часто нерозривно пов'язана з функціонуванням юридичних осіб публічного та приватного права. Відтак, дослідження питання реалізації юридичними особами своїх прав і обов'язків, зокрема, особистих немайнових прав є необхідним для безперешкодної реалізації суб'єктами суспільних відносин своїх законних прав та інтересів.

На порозі виникнення нової цивільно-правової матерії – цивільно-правового немайнового права, унормування цієї сфери суспільних відносин є необхідністю, яка хоча б частково заповнить прогалини у правовому регулюванні суспільних відносин за участю юридичних осіб.

Вітчизняні науковці неодноразово звертали увагу на недосконалість не лише законодавчої бази, а й теоретичних досліджень особистих немайнових прав юридичних осіб – самостійних суб'єктів цивільно-правових відносин, на відміну від наявності вивчених питань щодо осіб фізичних.

У наших наукових дослідженнях ми визначили, що особисті немайнові права юридичних осіб – це абсолютні суб'єктивні невіддільні права, які мають специфічні підстави виникнення і припинення, які спрямовані на задоволення як немайнового, так і майнового інтересу, не обмежуються виключним переліком та можуть набувати економічного змісту, і які індивідуалізують суб'єкта цивільно-правових відносин як організацію. Відповідно, продовжуючи вивчення інституту особистих немайнових прав юридичних осіб, необхідно звернути увагу на підстави їх виникнення, зокрема, дослідити їх специфічність.

За загальним правилом цивільні права і обов'язки виникають на підставі юридичних фактів. Саме з юридичного факту починається перетворення права зі сфери належного у сферу суцього. Тому їх законодавче визначення створює можливість не лише встановити момент, з якого починається динаміка особистих немайнових правовідносин, а й види таких динамічних процесів [1, с. 195].

За аналогією з особистими немайновими правами фізичних осіб, які виникають з моменту народження, особисті немайнові права юридичних осіб виникають з моменту створення юридичної особи. Проте, варто зазначити, що моментом виникнення юридичної особи як самостійного суб'єкта є її державна реєстрація. Тому марно законодавець визначив юридичну особу як організацію, створену і зареєстровану в установленому законом порядку. Але не потрібно забувати, що юридична особа також може виникнути і під час реорганізації вже існуючої юридичної особи. Коли при злитті, приєднанні, поділі або перетворенні первинної юридичної особи, яка припиняється, її права переходять до правонаступника. Таким чином, окремі особисті немайнові права у нової юридичної особи фактично не виникають, а існують ще з моменту державної реєстрації первинної юридичної особи. Ця особливість впливає на подальший розвиток юридичної особи, яку щойно

створено, зокрема, на її конкурентоспроможність та адаптації на ринку, якщо мова йде про підприємницькі юридичні особи.

Також, свою увагу необхідно зосередити на деяких особистих немайнових правах юридичних осіб, які виникають з договірних підстав. Зокрема, зі зростанням вартості гудвілу, тобто економічного відображення ділової репутації підприємства, органи управління юридичної особи укладають договори комерційної концесії (франчайзингу) для отримання додаткового доходу за рахунок своєї ділової репутації.

Щодо такого особистого немайнового права юридичної особи як права на найменування, то воно є багатостороннім аспектом, який необхідно розглядати одразу в декількох площинах. Найменування юридичної особи містить у собі вказівку на організаційно-правову форму, яка визначає статус юридичної особи і форми діяльності, та назву (власне найменування) – оригінальне найменування, яке не може бути тотожним найменуванню іншої юридичної особи. Право на найменування юридичної особи виникає з моменту її державної реєстрації і є її обов'язковою умовою, тобто нерозривно пов'язано із виникненням її правосуб'єктності. Отже, немає найменування – немає правосуб'єктності. Крім того, право на найменування є багаторівневим, адже з нього можуть впливати інші особисті немайнові права, які тісно з ним пов'язані і не можуть без нього існувати, наприклад, право на ділову репутацію, авторське право, право на діяльність (зокрема, це стосується юридичних осіб публічного права).

На нашу думку, варто зазначити, що у зв'язку із законодавчим поділом юридичних осіб на юридичних осіб публічного та приватного права, можна розглядати окремі юридичні факти у якості особливих підстав виникнення їх особистих немайнових прав. Варто звернути увагу, що після реалізації свого права на об'єднання шляхом вільного волевиявлення певна група осіб або навіть одна особа стає незалежним до них утворенням – юридичною особою, яка згідно закону наділяється такими ж правами як особи поодиноці, але здійснює їх як рівноправний суб'єкт. Визначені права відтепер формують її правовий статус – це сукупність формально визначених та юридично гарантованих можливостей користуватися соціальними благами і реалізовувати суб'єктивні інтереси. Проте, на відміну від юридичних осіб приватного права, юридичні особи публічного права дещо обмежені у реалізації свого правового статусу. Відповідно до абз. 3 ч. 2 ст. 81 Цивільного кодексу України юридичні особи публічного права створюються розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування і можуть мати лише такі особисті немайнові права, які відповідають повноваженням цієї юридичної особи. Відтак, ми можемо говорити про те, що і особисті немайнові права таких суб'єктів не лише виникають із рішенням відповідного органу публічної влади, а й безпосередньо нерозривно пов'язані із таким рішенням, адже воно, як правило, має в собі мету, завдання та основи цілі створення юридичної особи. Статус цієї юридичної особи в першу чергу визначається нормами конституційного і муніципального права. Цивільне законодавство ґрунтується на цих нормах і визнає автономію юридичних осіб публічного права у процесі їх участі у цивільних правовідносинах [2, с. 27].

Щодо виникнення права на захист, то його первинна форма виникає з моменту створення юридичної особи. Проте, якщо виходити із двочленної структури суб'єктивного права, то право на захист і кореспондуючий йому обов'язок, які складають зміст охоронних правовідносин, виникають з моменту вчинення учасником особистих немайнових відносин правопорушення [1, с. 198]. Безпосередньо під час реалізації цього права, наприклад, поновлення порушеного особистого немайнового права, спростування недостовірної інформації

(у разі її поширення), припинення протиправної поведінки тощо з'являються супровідні особисті немайнові права юридичної особи і в такому разі підставами їх виникнення буде саме недотримання законодавчих норм цією юридичною особою або іншою особою щодо першої.

Отже, специфічністю підстав виникнення юридичних осіб є визначення моменту їх виникнення, дотримання умов при здійсненні державної реєстрації юридичної особи, зокрема, її найменування, розмежування статусу юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права.

Список бібліографічних посилань

1. Сліпченко С. О. Правопороджуючі юридичні факти у механізмі правового регулювання особистих немайнових відносин. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 3 (74). С. 195–203.

2. Толстой В. С. Личные неимущественные правоотношения. М. : Изд-во АПП ППРО, М.. 2009. 216 с.

Одержано 09.04.2018

УДК 347.1

Анатолій Святославович Сліпченко,

аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

СПІВВІДНОШЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ОБІГУ ПОНЬЯТЬ «ВІДЧУЖЕННЯ» ТА «ПЕРЕХІД»

Дослідження змісту ст. 178 ЦК України дає підстави стверджувати, що така частина цивільного обороту, як динаміка об'єкта складається з двох елементів. Це відчуження і перехід благ від однієї особи до іншої. Разом з тим, як зазначено в юридичній літературі, серед науковців немає єдиного підходу до співвідношення цих понять. Відзначається, що частина дослідників ці поняття ототожнюють, інші вказують на те, що вони абсолютно різні, треті – розглядають їх, як одне різновид іншого.

Критичний погляд на існуючі підходи дозволяє погодитися з тим, що дійсно, відчуження об'єкта, а також прав на нього і їх перехід – дуже близькі поняття за змістом. Тому дуже часто одне поняття розкривається через інше. Наприклад, можна зустріти такі визначення, як: «відчуження майна – це перехід ...»; «відчуження виключного права – це перехід усього права ...»; «факт переходу права володіння власністю квартири ... вважається фактом відчуження, а сам процес переходу квартири у власність іншої особи називається відчуженням»; «відчуження – це процес переходу певного предмета ...»; «відчуження, перш за все, пов'язано з переходом, це перехід ...». Причому, ототожнення понять «відчуження» і «перехід» можна зустріти не тільки в словниках, консультаціях, але і в юридичній літературі. Так, З. В. Ромовська вказує, що в цивільному праві «відчуження» – це передача (перехід) права власності.

Звісно ж, що ототожнення понять «відчуження» і «перехід» пов'язане з тим, що часом відчуження об'єкта цивільного права тягне за собою і його перехід від однієї особи до іншої. В той же час, відчуження об'єкта породжує і перехід прав на нього. Такий перехід прав також іноді називають відчуженням.

Разом з тим, також висловлено думку і про те, що відчуження і перехід – це різні поняття. При цьому не можна не погодитися з твердженням, що сам законодавець іноді розглядає їх як два самостійних, які виключають одне одного способу цивільного обороту. Такий висновок ґрунтується на тому, що в ст. 178 ЦК України вони перераховані як однорідні члени речення, проте, через розділовий сполучник «або». А відомо, що, з точки зору логіки, «або» використовується для вираження альтернативних категорій (понять, явищ). Таким чином, законодавець, у зазначеній нормі, вказує, що об'єкти цивільного права можуть або відчужуватися, або переходити від однієї особи до іншої, тобто, що ці поняття не збігаються за змістом. По суті, вони являють собою дихотомічну пару. Принаймні, таке спеціальне значення надає їм ЦК України. А слова і вирази необхідно розуміти тільки в тому значенні, яким їх наділив закон, що містить норму, яка зазнає інтерпретації. Ніякі інші правила мовного тлумачення, в даному випадку не застосовні.

З огляду на те, що відчуження і перехід є дихотомічною парою, в межах ст. 178 ЦК України, саме поняття відчуження не може розкриватися, як перехід об'єктів цивільного права від однієї особи до іншої. У свою чергу, і перехід об'єктів від однієї особи до іншої не може розглядатися як відчуження. Іншими словами, відчуження – це не перехід, а перехід – це не відчуження. Одне виключає інше.

На підтвердження сказаного наведу очевидні приклади. Так, не викликає сумніву, що за договорами купівлі-продажу, міни, довічного утримання, дарування тощо, має місце відчуження речі. Разом з тим, за договорами оренди, позики, емфітевзису, суперфіцію та ін. відбувається перехід блага. Але останнє не відчужується. Менш очевидним прикладом, хоча і не єдиним, буде спадкування. При спадкуванні відбувається перехід майна спадкодавця до спадкоємців, які прийняли спадщину. Однак відсутнє відчуження, оскільки відсутній сам суб'єкт відчуження.

Противники подібного розмежування відчуження і переходу можуть заперечити, що при відчуженні також має місце перехід об'єкта від однієї особи до іншої. А перехід може бути пов'язаним із відчуженням. І з таким твердженням важко не погодитися, якщо надавати цим словам те значення, яке вони мають в нашій літературній або навіть побутовій мові. Але надаючи зазначеним дефініціям, спеціальне значення, законодавець виключив їх підміну. Відмінною особливістю відчуження є те, що для нього є юридично байдужим перехід об'єкта від однієї особи до іншої. Наприклад, продаж майна, переданого в оренду, емфітевзис, суперфіції припускає його відчуження на користь покупця, але воно до не переходить до останнього. У свою чергу, благо перейшло до орендаря, емфітевти, суперфіціарія, але без відчуження. Відсутній є перехід майна і в тому випадку, коли воно відчужується на користь орендаря, емфітевти або суперфіціарія. Подібна ситуація виникає і в разі, коли, наприклад, право власності, за договором купівлі-продажу, перейшло раніше ніж передана сама річ.

Визначаючи межі застосування кожного з наведених термінів очевидно, що слово «відчуження» є похідним від слова «чужий». Під ним розуміється такий об'єкт, що належить кому-небудь іншому, не свій, не власний; не мій, сторонній, власність іншого. При цьому, вирази «не свій», «не мій» акцентують увагу на тому, що певні цінності (об'єкти) не належать собі, не мають відношення до мене. Це дає можливість виділити два значення слова «чужий». В одному випадку воно вказує на те, що певне благо не моє, але належить кому-небудь іншому, власність іншого. І в такому значенні відчуження є антонімом присвоєння. В іншому випадку, воно використовується для того, щоб позначити лише ті об'єкти, які не власні, не свої, не мої, не належать мені, не мають відношення до мене.

В останню групу потрапляють і блага, які нікому не належать, ніким не присвоєні, наприклад, безхазяйні речі, які не мають власника. Отже, чужим для особи є те майно, на яке вона не має ні права власності, ні права володіння.

Таким чином, відчуження – це перетворення майна, яке було для особи своїм в чуже для неї. При цьому, для характеристики відчуження не має значення став такий об'єкт для когось своїм чи ні, передано його фактично комусь чи ні.

Перехід об'єктів від однієї особи до іншої охоплює всі випадки динаміки об'єктів, які не охоплюються відчуженням. В результаті переходу не виникає чужого блага для суб'єкта, який його утримував. Цей спосіб цивільного обороту застосовується у випадках, коли відсутня потреба відчуження. Задоволення інтересу, при переході об'єкта, може бути досягнуто шляхом конститутивного правонаступництва. Наприклад, при передачі майна в оренду, в управління, в безоплатне користування тощо. Цей спосіб цивільного обороту може також мати місце у зв'язку зі зникненням особи, яка зазнавала б відчуження. Наприклад, при спадкуванні, реорганізації юридичної особи майно переходить до набувача шляхом правонаступництва (універсального або сингулярного) Перехід, а не відчуження буде мати місце при утриманні знахідки, до моменту її повернення чи виникненні права власності у володільця. Подібна ситуація матиме місце при затриманні бездоглядної домашньої тварини. Вбачається, що саме перехід об'єкта цивільного права буде мати місце при виявленні скарбу, власник якого невідомий, привласненні загальнодоступних дарів природи, добросовісне заволодіння чужим майном, під час позовної давності тощо.

На відміну від відчуження перехід завжди носить адресний характер, тобто блага рухається до певного суб'єкта.

Наведене дозволяє виділити ще одну відмінну особливість. Відчуження визначає стан присвоєності об'єкта особі, яка зазнає відчуження, вказує на те, що він для неї стає чужим. При цьому, присвоюється одночасно це майно кимось чи ні значення не має. Перехід блага від однієї особи до іншої вказує на його стан присвоєності стосовно набувача. При цьому останній може набувати права на об'єкт, як шляхом транслятивного, так і конститутивного правонаступництва, як універсального, так і сингулярного, а також іншим чином, відмінним від правонаступництва.

Разом з тим, аналіз динаміки об'єктів цивільного обороту був би не повним без відділення такого поняття, як «передача» блага. Це пов'язано з тим, що в юридичній літературі, а іноді і в законодавстві, поряд із відчуженням і переходом, нерідко використовується і такий термін, як передача. Причому їх значення також іноді ототожнюються, розділяється або розкривається одне через інше.

Вважаємо, що відчуження, перехід є різнопорядковими поняттями по відношенню до передачі. Відчуження може бути пов'язано з передачею майна, а може від нього і не залежати. Наприклад, в реальному договорі купівлі-продажу відчуження пов'язане з передачею. Але якщо у купівлі-продажу право власності переходить до покупця раніше передачі товару, то очевидно, що відчуження та передача не пов'язані. Також і перехід об'єктів від однієї особи до іншої може, як залежати від їх передачі, так і не залежати. Наприклад, у реальному договорі оренди – залежить, а у консенсуальному договорі оренди та при спадкуванні – ні.

Таким чином, відчуження та перехід об'єктів від однієї особи до іншої є різними способами цивільного обороту. Відчуження – це перетворення майна, яке було для особи своїм в чуже для неї. При цьому, для характеристики відчуження не має значення став

такий об'єкт для когось своїм чи ні, передано його фактично комусь чи ні. В результаті переходу благо не стає чужим для суб'єкта, який його утримував. На відміну від відчуження перехід завжди носить адресний характер, тобто благо рухається до певного суб'єкта і застосовується у випадках, коли відсутня потреба відчуження. Наприклад: при передачі майна в оренду, в управління, в безоплатне користування; при спадкуванні, реорганізації юридичної особи майно переходить до набувача шляхом правонаступництва; при утриманні знахідки, до моменту її повернення чи виникненні права власності у володільця; при затриманні бездоглядної домашньої тварини; при виявленні скарбу, власник якого невідомий; при добросовісному заволодінні чужим майном, під час позовної давності тощо.

Відчуження, перехід є різнопорядковими поняттями по відношенню до передачі. Вони можуть бути як пов'язані, так і не пов'язані з передачею майна.

Наведе вказує на необхідність проведення більш глибоких подальших досліджень елементів цивільного обороту.

Одержано 16.03.2018

УДК 347.214.12

В. С. Ткаченко,

здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «БУДІВНИЦТВО» В КОНТЕКСТІ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

В умовах сьогоденішніх кризових явищ в економіці, складної економічної ситуації в будівельній сфері, дорожнечі на ринку будівельних матеріалів та сировини, складності дозвільних процедур у будівництві ринок житла перебуває у складній ситуації. Закріпивши у ст. 47 Конституції України право кожного громадянина на житло, держава зобов'язується створити умови для будівництва громадянами житла, придбання його у власність та вже не бере на себе обов'язок забезпечити всіх бажаючих житлом з державного або громадського фонду, крім громадян, що мають потребу в соціальному захисті. Відсутність системної соціально орієнтованої житлової політики в нашій державі призвела до загострення житлової проблеми, яка щодалі набуває ознак серйозної системної кризи, вкрай негативно позначається на соціально-економічній ситуації країни.

Самочинне будівництво є досить поширеним об'єктом як правової, так і будівельної сфери, як наслідок, регулюється низкою нормативно-правових актів, які містять превентивні норми щодо його вчинення (створення) та направлені на максимальну регламентацію та усунення його наслідків. Так, у національному законодавстві, зокрема, нормативно-правових актах різних галузей права, що містять правові приписи щодо самочинного будівництва таких, як Цивільний кодекс України, Земельний кодекс України, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Кримінальний кодекс України, Законами України «Про основи містобудування», «Про планування та забудову територій» та іншими актами (державними стандартами, нормами та правилами, регіональними та місцевими правилами забудови, містобудівною і проектною документацією).

На законодавчому рівні будівництво – це спорудження нового об'єкта, реконструкція, розширення, добудова, реставрація і ремонт об'єктів, виконання монтажних робіт [1].

У чинному законодавстві також вживається термін капітальне будівництво, під яким відповідно до п. 2 Порядку державного фінансування капітального будівництва, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва» від 27.12.2001 р. № 1764, розуміється – процес створення нових, а також розширення, реконструкція, технічне переоснащення діючих підприємств, об'єктів виробничого і невиробничого призначення, пускових комплексів (з урахуванням проектних робіт, проведення торгів (тендерів) у будівництві, консервації, розконсервації об'єктів, утримання дирекцій підприємств, що будуються, а також придбання технологічного обладнання, що не входить до кошторису об'єктів [2].

В деяких нормативно-правових актах вживаються також терміни «капітальне будівництво» і «будівництво» в однаковому значенні. Так, наприклад, Цивільний кодекс України та Кодекс України про адміністративні правопорушення застосовує поняття «будівництво», а Господарський кодекс України – «капітальне будівництво». Це, на нашу думку пов'язано з тим, що поняття капітального будівництва набуло такого поширення на практиці, що не лише замінило поняття будівництва, а навіть стало тлумачитись ширше, ніж останнє.

Так, А. Є. Чорноморець зазначає, що «під будівництвом розуміється процес будівельно-монтажних робіт, будівельне виробництво у власному, вузькому, смислі слова. Воно є складовою частиною, стрижнем більш широкої сфери діяльності, що визначається поняттям «капітальне будівництво», яке охоплює і проектно-пошукові роботи, і багатоманітні функції замовника, в тому числі забезпечення будівництва капітальними вкладеннями, і будівельну індустрію, що становить виробничу основу і матеріально-технічну базу будівельного виробництва» [3, с. 76]. У працях О. М. Абрамовича категорія «капітальне будівництво» також має ширший зміст, ніж категорія «будівництво» [4, с. 187].

Більшість науковців визначає капітальне будівництво перш за все як діяльність. Так, М. І. Брагінський до капітального будівництва відносить діяльність, спрямовану на зведення, реконструкцію і капітальний ремонт підприємств, будівель і споруд [5, с. 37]. В той же час варто звернути увагу на дослідження відомого радянського правознавця І. Л. Брауде, який зазначав, що капітальне будівництво є категорією техніко-економічною, тому правового поняття «капітальне будівництво» немає і бути не може [6, с. 13].

Р. А. Майданик зауважив, що відмова законодавця від застосування терміна «капітальне будівництво» зумовила поширення положень про будівельний підряд на будь-які «капітальні» і «некапітальні» (наприклад, спорудження торгового павільйону, інших тимчасових споруд) види будівельних робіт, які проводяться відповідно до проектно-кошторисної документації, незалежно від юридичної характеристики об'єктів будівництва, яка, зокрема, ґрунтується на його природних властивостях і відображена у технічній інформації про такий об'єкт. З наведеного випливає, що предметом договору будівельного підряду може виступати будь-який об'єкт незалежно від технічних особливостей об'єкта будівництва, пов'язаних зі складом використаних у їх спорудженні матеріалів, наявністю чи відсутністю інженерних комунікацій та «заглибленого фундаменту» як основного елемента, що пов'язує його тісно із землею [7, с. 416]. О. М. Вінник підтримує таку позицію, відмічаючи, що договір підряду на капітальне будівництво є універсальним договором, що укладається на нове будівництво, на всі види реновації (реконструкцію, розширення, технічне переозброєння, перепрофілювання об'єктів, капітальний ремонт), на консервацію об'єктів, на виконання окремих комплексів будівельних, монтажних, спеціальних та інших робіт, пов'язаних із будівництвом об'єкта (оздоблювальні, опоряджувальні, земляні

роботи тощо), а також може передбачати покладення на підрядника обов'язку виконання (у повному обсязі чи частково) проектно-дослідних (вишукувальних) робіт, поставки обладнання, пусконаладжувальних та інших робіт [8, с. 526].

Капітальне будівництво, на думку Н. Кучаковської, відіграє важливу роль в економіці країни, оскільки охоплює будівництво нових, а також розширення, реконструкцію, пере-профілювання наявних об'єктів та виконання інших робіт, пов'язаних із будівництвом об'єктів [9, с. 58]. Відповідно, капітальне будівництво розмежовується залежно від форм виробництва і відтворення основних фондів. Відповідно до цього розрізняють такі види капітального будівництва:

1. нове будівництво – це будівництво основних або допоміжних будівель і споруд або їх комплексів із заданими техніко-економічними показниками та призначенням, які споруджуються за єдиним проектом в першу та наступні черги, на визначених для цього об'єктах, нових майданчиках або майданчиках, звільнених від існуючих будівель;

2. реновація – відтворення основних фондів діючих підприємств, будівель, споруд. В свою чергу реновація поділяється на такі підвиди:

– розширення – будівництво додатково до існуючих приміщень, будівель, споруд, що будуються в межах єдиного комплексу за окремими проектами, яке веде до збільшення будівельних габаритів об'єкта та поліпшення його техніко-економічних показників;

– реконструкція – комплекс будівельних робіт, пов'язаних зі зміною техніко-економічних показників, або використання об'єкта за новим призначенням у межах існуючих будівельних габаритів. Складовою частиною реконструкції об'єкта може бути його капітальний ремонт;

– капітальний ремонт – це комплекс будівельних робіт, пов'язаних з відновленням або поліпшенням експлуатаційних показників, зі зміною або відновленням несучих або огорожувальних конструкцій та інженерного обладнання без зміни будівельних габаритів об'єкта та його техніко-економічних показників;

– реставрація – повне або часткове відновлення пошкоджених або втрачених будівель та художніх характеристик об'єкта у первісному або відновленому вигляді на пам'ятниках архітектури. Складовою частиною реставрації може бути консервація або капітальний ремонт.

3. консервація (як ще один вид капітального будівництва) – це комплекс будівельних робіт, призначених для зберігання об'єкта, на якому припинено або не ведеться будівництво на визначений час, і які включають тимчасові або постійно діючі захисні або конструктивні заходи, що запобігають руйнуванню об'єкта [8].

Тому поняття капітального будівництва доцільно застосовувати лише у вузькому значенні – для відмежування капітальних споруд від тимчасових і визначення класів капітальності будівель. Але термін «капітальне будівництво» дуже глибоко вкоренився в будівельній сфері. Його вживають як на практиці, так і в нормативних актах і науковій літературі. Вилучення його з понятійного апарату та заміна на поняття «будівництво», є доцільними кроками, але можливими лише при прийнятті нових законодавчих актів та при кодифікації [10, с. 100].

Цінність даної конструкції в контексті самочинного будівництва полягає в тому, що капітальний характер дозволяє деталізувати, що будова (будівля, споруда) – це будь-який збудований на земельній ділянці або під нею об'єкт, призначений для довготривалої експлуатації, невід'ємно пов'язаний із земельною ділянкою; місцезнаходження та розміри якого містяться в документах Єдиного державного реєстру нерухомого майна, прав на нього та правочинів з ним.

Список бібліографічних посилань

1. Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 18 Будівельні контр-акти : наказ М-ва фінансів України від 28.04.2001 № 205. *Офіційний вісник України*. 2001. № 21. Ст. 965.
2. Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва : по-станова Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 № 1764. *Офіційний вісник України*. 2001. № 52. Ст. 134.
3. Черноморец А. Е. Хозрасчёт в капитальном строительстве на основе межхозяйствен-ной кооперации (правовой аспект). Красноярск : Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. 204 с.
4. Абрамович А. М. Государственное управление строительством в СССР. М. : Наука и техника, 1992. 271 с.
5. Брагинский М. И. Совершенствование законодательства о капитальном строительст-ве. М. : Стройиздат, 1982. 144 с.
6. Брауде И. Л. Правовое регулирование капитального строительства в СССР : авто-реф. дис. ... д-ра юрид. наук. М. : Госюриздат, 1954. 28 с.
7. Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 1200 с.
8. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за ред. Г. Л. Знамен-ського, В. С. Щербини ; О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 720 с.
9. Кучаковська Н. Правове регулювання договору підряду на капітальне будівництво: окремі аспекти. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 58–62.
10. Шевченко Я. Обсуждаем противоречия между Гражданским и Хозяйственным кодек-сами Украины. *Юридичний радник*. 2006. № 4. С. 97–101.

Одержано 02.03.2018

УДК 342.72

Дмитро Олександрович Приходько,

*слухач магістратури денної форми навчання
факультету публічного управління та адміністрування
Харківського регіонального інституту державного управління
Національної академії державного управління при Президентові України*

ВПЛИВ ЗАКОНОДАВСТВА ЄС НА НАЦІОНАЛЬНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Україна, вступивши до Ради Європи, ратифікувала в липні 1997 року Європейську конвенцію про захист прав людини і основних свобод, поставила на меті привести зако-нодавство України у відповідність зі стандартами Ради Європи. Згідно з європейськими стандартами мають бути закріплені та гарантовані основні права та свободи людини. В правовій літературі всі міжнародні норми в галузі прав і свобод людини прийнято назива-ти міжнародними стандартами [1, с. 66].

Стандарт (англ. standard) – це ознаки певного явища, що встановлені компетентним органом, звичаєм або за загальною згодою як модель чи приклад. Стандарт – це певний зразок (еталон, модель), що приймається за вихідний для порівняння з ним інших подібних об'єктів чи явищ. Тому Європейський правовий простір можна розуміти ще й як середовище,

в якому держави – члени ЄС можуть ефективно взаємодіяти і співпрацювати, маючи у своєму арсеналі сукупність певних стандартів. Слід зауважити, що утворення і подальша інституалізація Європейського Союзу стала вагомим фактором впливу на розвиток держав – членів. Політичні, економічні та соціальні зміни, які виникають на національному рівні в результаті європейської інтеграції, вже протягом більше двадцяти років характеризуються дослідниками як процеси «європеїзації». Європеїзація в широкому значенні – це зміни, що відбуваються в усіх сферах суспільного життя під впливом процесу європейської інтеграції.

Європеїзацію можливо визначити як цілеспрямовану, програмовану адаптацію внутрішнього національного законодавства, процедур, норм, стандартів до норм і правил ЄС. Європеїзація охоплює різні сфери: право, економіку, політичні системи, охорону навколишнього середовища, а також сферу публічного адміністрування, процеси вироблення політики, механізми її ефективного впровадження тощо.

Слід розрізняти терміни «європеїзація» та «європейський правовий простір», оскільки європеїзація пов'язана з процесом зростаючого впливу, а виникнення європейського правового простору означає процес сходження або конвергенції. Крім того, необхідно розрізняти процеси впливу законодавства ЄС на національні правові системи та національне законодавство.

Європеїзація національних правових систем відбувається:

- через зобов'язання запроваджувати і забезпечити дотримання нормативно-правових актів ЄС;

- під впливом прецедентного права, тобто рішень Суду Європейських Співтовариств;

- завдяки тісній співпраці національних урядовців та державних службовців в інституціях ЄС та на міжнаціональному рівні під час проведення переговорів, нарад з підготовки та прийняття рішень, реалізації спільних програм і політик і т. п.;

- через створення мереж і мережне співробітництво, для якого залучаються представники ЄС, національні політики і урядовці, державні службовці всіх рівнів, представники приватного сектора, профспілок, громадянського суспільства, науковці та інші.

У результаті відмінні колись національні правові системи держав – членів ЄС набувають усе більше спільних рис. Процес відбувається поступово і природно, не зачіпає національно-історичних традицій і, що важливо, не викликає в держав або їх громадян застережень і побоювань. Це зумовлено тим, що європеїзація відбувається паралельно з процесами модернізації та інтернаціоналізації не лише в державах – членах ЄС, але й країнах – сусідах Євросоюзу, які запозичують кращий досвід державного будівництва та законотворення тощо.

Незважаючи на особливості підходів до організації і функціонування правових систем в різних країнах Європейського Союзу, що, як правило, мають історичне національне коріння, існують загальновизнані стандарти та принципи, на яких ґрунтується функціонування правових систем усіх країн ЄС.

Список бібліографічних посилань

1. Кройтор В. А., Степаненко Т. В. Стандарти Європейського Союзу в сфері цивільного судочинства і проблема доступу до правосуддя. *Наукові записки Харківського економіко-правового університету*. 2005. № 1 (2). С. 64–77.

Одержано 10.04.2018

УДК 347.78.025

Вікторія Юріївна Цебинога,*курсант Харківського національного університету внутрішніх справ;**ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7500-3378>*

ОБОРОТОЗДАТНІСТЬ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Пануюча концепція цивільного права, як в Україні, так і за її межами, базується на тому, що об'єкти авторського права не є оборотоздатними. Оборотоздатними є лише майнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності. Така наукова позиція знайшла своє пряме відображення у цивільних кодексах деяких країн пострадянського простору (див. напр. ч. 4 ст. 129 Цивільного кодексу (далі – ЦК) Російської Федерації). А ЦК Республіки Білорусь взагалі не розглядає результати інтелектуальної діяльності у якості об'єктів цивільного права. Такими, відповідно до ст. 128 ЦК Республіки Білорусь є виключні права на результати інтелектуальної діяльності. Саме вони (права) і є оборотоздатними (ст. 129 ЦК Республіки Білорусь). Щодо вітчизняного законодавства, то ЦК України прямо не закріплює вказану концепцію, але вона традиційно визнається як в теорії права, так і в правозастосуванні.

Разом з тим, застосувавши до наведеної вище традиційної позиції метод альтернатив, ми вважаємо, що саме об'єкти авторського права є оборотоздатними.

Така точка зору може бути обґрунтована наступним чином.

1. Відповідно до ч. 1 ст. 433 ЦК України, об'єктами авторського права є твори. А як зазначав В. І. Серебровський, твір – це сукупність ідей, думок і образів, які отримали в результаті творчої діяльності автора своє вираження в доступній для сприйняття людськими почуттями конкретній формі, що допускає можливість відтворення [1, с. 32]. Таким чином, об'єкт авторського права – це ті ідеї, думки, образи, які виникли у свідомості автора та були ним виражені у формі, доступній для сприйняття людськими почуттями, тобто на матеріальному носії, що дозволяє відтворити ці ідеї, думки, образи свідомістю осіб, які їх сприймають.

2. Загально відомо, що оборотоздатність – це здатність об'єктів цивільного права знаходитися у цивільному обороті (залучатися до обороту). Залежно від ступеня оборотоздатності поділяється на три види: вільна оборотоздатність (здатність вільно знаходитися в обороті), обмежена оборотоздатність (здатність знаходитися в обороті лише між певними суб'єктами або в певному порядку), не оборотоздатність (не здатність знаходитися в обороті або завдяки своїм природнім властивостям, або завдяки приписам законодавства).

Оборотоздатність визнається лише за об'єктами цивільного права. Причому, це одна з їх обов'язкових властивостей. Тобто кожен об'єкт має одну із трьох ступенів оборотоздатності. І, як справедливо зазначає В. А. Белов, цивілісту важливо знати не тільки те, що той або інший матеріальний чи нематеріальний субстрат є об'єктом цивільних прав (правовідносин), а й те, чи є він об'єктом цивільного обороту. Перше необхідно для того, щоб визначити зміст правовідносин, які могли б скластися з приводу відповідного об'єкта. Друге – для того, щоб визначити коло фактичних обставин, які є або не є підставами для динаміки (руху) таких правовідносин [2].

Таким чином, якщо кожен з об'єктів цивільного права має один з трьох ступенів оборотоздатності, а об'єкти авторських прав є об'єктами цивільних прав, то і об'єкти авторських прав мають один із ступенів оборотоздатності, а отже, оборотоздатні.

3. Із багатьох, наведених у юридичній літературі визначень, на нашу думку найбільш вдалим є те, в якому пропонується під цивільним оборотом розуміти правомірне відчуження або перехід об'єктів цивільного права від однієї особи до іншої [3, с. 330–331]. Воно поєднує у собі і динаміку благ (відчуження та перехід), і динаміку прав (правомірність, яка відбувається у вигляді правонаступництва, спадкування, іншому порядку).

Динаміка об'єкта дозволяє одній особі задовольнити свої потреби за рахунок того, що належить або належало іншій особі. правонаступництво, спадкування, інший порядок (динаміка прав) оформляють правомірність доступу до об'єкта, за допомогою якого буде задоволена потреба.

4. Виходячи із вищевизначеного розуміння цивільного обороту можна з упевненістю стверджувати, що об'єкти авторського права є невідчужуваними благами [4, с. 31]. Відчуження для даного об'єкта означало б зміну монополії, що було б помилковим. Адже в результаті відчуження відбувається не просто зміна стану присвоєності того чи іншого блага, а останнє стає чужим для відчужувача і своїм для набувача. Авторство ж, як визнаний на основі закону факт приналежності твору, завжди вказує на те, що він (твір) належить особі, яка його створила. Відчужуваним є лише носій твору як предмет матеріального світу.

На відміну від відчуження, в результаті переходу об'єкт не стає чужим для особи, якій він належить. Саме у такий спосіб відбувається оборот об'єктів авторського права. Наприклад, змодельюємо таку ситуацію. Автор написав (створив) казку (твір). Видавець прочитав її, сприйняв. Оцінивши позитивну корисність, останній надрукував певну кількість примірників і поширив твір. Покупець матеріального носія, в якому втілено твір (покупець книги, наприклад), теж прочитав її та переказав на ніч своїй дитині.

У змодельованій ситуації можна спостерігати не тільки за динамікою (рухом) нематеріального блага (об'єкта авторського права), а й за особливостями такої динаміки. Так, в результаті творчої діяльності у свідомості автора виникли певні ідеї, думки, образи, які у сукупності представляють казку. Він виразив їх на матеріальному носії (у рукописі). Саме з цього моменту вважається, що об'єкт авторського права створено. Видавець, отримавши рукопис, ознайомився з ним. Його свідомість відтворила ідеї, образи, думки автора, оцінила їх. Видавець втілює сприйняту ним казку (твір) на матеріальному носії (у книзі). Свідомість особи, яка купила книгу (отримала правомірний доступ) та прочитала її, також відтворила ту сукупність ідей, думок та образів, яка колись виникла у свідомості автора. В результаті переказу казки дитині, її свідомість також сприйняла цю сукупність. Таким чином, спостерігається рух нематеріального блага від творця до дитини. При цьому, на відміну від речей, твір, як нематеріальне благо, здатен множитися. Переходячи від однієї особи до іншої, він не зникає у тієї особи, яка його передає. Ця особливість нематеріальних благ, та їх відмінність від матеріальних, в юридичній літературі дуже вдало ілюструється на прикладі з яблуками. Так, якщо в Андрія та Миколи є по одному яблуку і вони обмінюються ними, то у кожного з них залишиться по одному яблуку. Але якщо в Андрія та Миколи є по одній ідеї і вони обмінюються ними, то у кожного з них стане по дві ідеї. Причому, самих ідей не стане чотири.

Таким чином, твори, як об'єкти авторського права, здатні переходити від однієї особи до іншої. Але, на відміну від предметів матеріального світу, вони здатні множитися, а тому, в результаті переходу, не зникають у особи, яка їх передає (надає доступ до них).

5. Оскільки цивільний оборот це не тільки динаміка об'єктів, а й прав на них, то для визначення оборотоздатності об'єктів авторського права необхідно виявити таку динаміку

прав. Адже, як справедливо зазначається у юридичній літературі, без правового оформлення (руху прав) фактичний оборот будь-яких об'єктів не здатен відобразити сутність цивільного обороту. І така динаміка існує. Більше того, її існування не викликає сумнівів ні в теорії права, ні в правозастосуванні, ні в правореалізації. Сучасна доктрина цивільного права та чинне законодавство України виходять з того, що в результаті цивільного обороту від однієї особи до іншої переходять права (майнові, виключні) на результати інтелектуальної, творчої діяльності [5]. Тобто, права на результати інтелектуальної, творчої діяльності є від'ємними, оскільки навіть після смерті автора твір буде існувати, а майнові права на нього можна реалізувати шляхом правонаступництва або іншим чином.

Отже, здатність творів переходити від однієї особи до іншої та можливість правового оформлення такого переходу (за допомогою правонаступництва, спадкування, іншим чином) вказують на здатність об'єктів авторського права знаходитися у цивільному обороті. У свою чергу, здатність об'єктів авторського права знаходитися у цивільному обороті вказує їх оборотоздатність.

Список бібліографічних посилань

1. Серебровський В. И. Вопросы советского авторского права. М. : АН СССР, 1956. 284 с.
2. Белов В. А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // Объекты гражданского оборота : сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2007. С. 70.
3. Сліпченко А. С. Поняття «цивільний оборот» // Проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті проф. (Харків, 19–20 трав. 2017 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Харків. обл. осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2017. С. 330–331.
4. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М. : Теис, 1996. 704 с.
5. Гоцанюк О. І. Оборотоздатність майнових прав на об'єкти промислової власності в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2017. 20 с.

Одержано 10.04.2018

Наукове видання

Проблеми цивільного права та процесу

Тези доповідей учасників
науково-практичної конференції,
присвяченої світлій пам'яті
Олександра Анатолійовича Пушкіна

Харків, 25 травня 2018 р.

Відповідальні за випуск: *Ю. М. Жорнокуй, П. О. Білоус*
Комп'ютерне верстання: *А. О. Зозуля, П. О. Білоус*

Формат 60x84/16. Ум. друк. арк. 21,93. Обл.-вид. арк. 30,91.
Тираж 70 пр. Зам. № 2018-11.

Видавець і виготовлювач –
Харківський національний університет внутрішніх справ,
просп. Л. Ландау, 27, м. Харків, 61080.
Свідectво суб'єкта видавничої справи ДК № 3087 від 22.01.2008.